



**SERMAYE PİYASASI KURULU
ORTAKLIKLAR FİNANSMANI DAİRESİ**

ŞİRKET BÖLÜNMELERİ

YETERLİK ETÜDÜ

**Fatma AKGÜN
Uzman Yardımcısı**

**Ekim 2001
ANKARA**

YÖNETİCİ ÖZETİ

Bölünme, bir şirketin bilançosunda yer alan malvarlığı unsurlarının, kısmen ya da tamamen mevcut veya yeni kurulacak olan şirketlere devredilmesi işlemidir. Devir karşılığında, bölünen ya da devrolan şirketin ortaklarına devralan şirketlerin sermayesini temsil eden paylar verilir ya da kısmi bölünme halinde olduğu gibi, alınan paylar şirket bünyesinde kalır. Bölünme, birleşme işlemine benzer nitelikler taşımaktadır.

Bölünmeye ilişkin esaslar, daha ayrıntılı bir ifadeyle bölünme usulü, alacaklıların korunması, bölünme halinde kamunun aydınlatılması gibi hususlar Türk hukukunda düzenlenmemiş; bu konuda bazı kanun ve kararlarda yer alan hükümler sınırlı kalmıştır. Bununla birlikte, bölünme kurumu sermaye şirketlerinin bölünmelerinin vergi hukuku yönünden ilkelerini belirleyen 4684 sayılı Kanun ile birlikte Türk hukukunda tam anlamıyla yerini almıştır. Bu düzenleme ile bölünmenin vergisiz gerçekleştirilebilmesi olanağı tanınarak, şirketlerin bölünmelerinin önü açılmıştır. Ancak, konunun hukuki alt yapısı itibarıyla TTK’nda düzenlenmemiş olması, bölünmenin işlerliği ve uygulanabilirliği hususunda tartışmalara neden olmuştur.

Bu çalışmada, bölünmenin TTK’nda düzenlenmemiş olmasının yarattığı sorunlar ile uygulanabilirliğinin mevcut hükümler çerçevesinde mümkün olup olmadığı, özellikle konuyu ayrıntılı olarak düzenleyen AB mevzuatının bölünmeye ilişkin hükümleri dikkate alınarak araştırılmaya çalışılmıştır. Aynı şekilde, şirket bölünmelerinin çok daha köklü bir geçmişe sahip olduğu ve sermaye piyasalarında çok çeşitli bölünme türlerinin görüldüğü ABD’deki bölünme hükümleri, konuya ilişkin Kurul düzenlemeleri ile birlikte ele alınarak işlenmiştir.

Diğer taraftan, Adalet Bakanlığı nezdinde çalışmalarını sürdürmekte olan “Türk Ticaret Kanunu Komisyonu”nda kabul edilen TTK Tasarısı’nda şirketlerin bölünmesine ilişkin ayrıntılı hükümler yer aldığı tespit edilmiştir.

Çalışmada bölünme işleminin hukuki alt yapısının, uygulamada çıkabilecek sorunların önlenmesi açısından TTK’nda düzenlenmesi gerektiği, yapılacak bu düzenlemenin de Altıncı Konsey Direktifi esas alınarak gerçekleştirilmesinde yarar

bulunduğu sonucuna ulaşılmıştır. Ayrıca, bölünme ve birleşme hükümlerinin paralel olarak düzenlenmesi, benzer nitelikteki bu iki işlemin farklı uygulamalara tabi tutulmaması açısından önemlidir. Ulaşılan bir diğer sonuç ise, halka açık anonim şirketlerin bölünmelerine ilişkin esasların çıkarılacak bir tebliğ ile düzenlenmesi ve bölünme işleminde kamuyu aydınlatma yükümlülüğünün sıkı kurallara bağlanması gerektiğidir.

Altıncı Konsey Direktifi'nin esas alınması, bölünmenin anılan düzenlemede yeterli olarak ele alınmış olmasının yanı sıra, Türkiye'nin AB'ne adaylığı çerçevesinde gerçekleştirilen Türk hukukunun AB hukukuna uyumlaştırılması çalışmalarının doğal bir sonucu olarak da karşımıza çıkmaktadır.

ABD sermaye piyasalarında görülen özellikle spin-off ve carve-out türündeki bölünmelerin ise, daha derin ve gelişmiş bir piyasa gerektirmesi ve ülkemizde bölünmeye ilişkin hukuki alt yapının tamamlanmamış olduğu dikkate alındığında, hukukumuzda düzenlenmelerinin henüz erken olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

KISALTMALAR	V
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM	3
GENEL OLARAK ŞİRKET BÖLÜNMELERİ	3
1.1. BÖLÜNME KAVRAMI	3
1.1.1. Bölünmenin Tanımı	3
1.1.2. Bölünmenin Nedenleri ve Amaçları	3
1.2. BÖLÜNME ÇEŞİTLERİ	4
1.2.1. Türk Hukukunda Bölünme Çeşitleri	4
1.2.2. Avrupa Birliği Hukukunda Bölünme Çeşitleri	5
1.2.3. Amerikan Hukukunda Bölünme Çeşitleri	5
1.2.3.1. Genel Olarak	5
1.2.3.2. Spin-Off ve Carve-Out'ların Karşılaştırılması	6
İKİNCİ BÖLÜM	7
TÜRK HUKUKUNDA BÖLÜNME İLE İLGİLİ DÜZENLEMELER	7
2.1. TÜRK TİCARET KANUNU	7
2.2. 4684 SAYILI KANUN DEĞİŞİKLİĞİ İLE GETİRİLEN BÖLÜNME HÜKÜMLERİ	8
2.2.1. Genel Olarak	8
2.2.2. Kurumlar Vergisi Kanunu	9
2.2.2.1. Bölünme ve Hisse Değişimi Hükümündeki İşlemler	9
2.2.2.2. Bölünme Halinde Vergilendirme	10
2.2.2.3. Zarar Mahsubu	13
2.2.3. Katma Değer Vergisi Kanunu	14
2.2.4. Gider Vergileri Kanunu	15
2.2.5. Finansman Kanunu	15
2.2.6. Damga Vergisi Kanunu	15
2.2.7. Harçlar Kanunu	15
2.2.8. Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun	15
2.3. SERMAYE PİYASASI KANUNU	16
2.3.1. Genel Olarak	16
2.3.2. Seri:I, No:26 Hisse Senetlerinin Kurul Kaydına Alınmasına ve Satışına İlişkin Esaslar Tebliği	16
2.3.3. Seri:IV, No:1 Sermaye Piyasası Kanunu'na Tabi Olan Anonim Ortaklıkların Uyacakları Esaslar Tebliği	19
2.3.4. Seri:X, No:16 Sermaye Piyasasında Bağımsız Dış Denetim Hakkında Tebliğ	20
2.4. DİĞER DÜZENLEMELER	20
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	21
ŞİRKET BÖLÜNMELERİNDE ÖZELLİK ARZEDEN HUSUSLAR	21
3.1. BÖLÜNMEDE TASFİYESİZ İNFİSAH	21
3.2. BÖLÜNMEDE KÜLLİ HALEFİYET	23
3.3. BÖLÜNMEDE BORÇLARDAN SORUMLULUK	24
3.4. MALVARLIĞININ BAĞIMSIZLIĞI İLKESİ	25

3.5. KISMİ BÖLÜNMEDE SERMAYENİN AZALTILMASI	26
3.6. BÖLÜNME PROSEDÜRÜ	27
3.6.1. Bölünme İşlemi Tarafları Arasında Görüşmeler ve Bu Konuda Anlaşmaya Varılması.....	27
3.6.2. Yetkili Organların Ön Kararları	28
3.6.3. Bölünme Sözleşmesi veya Planı	28
3.6.4. Bilirkişi İncelemesi ve Değer Tespiti	29
3.6.5. Bölünmeye Esas Alınacak Bilanço.....	31
3.6.6. Bölünmenin Yetkili Organlarca Onaylanması	31
3.6.7. Yetkili Makamlardan İzin Alınması.....	33
3.6.8. Ticaret Siciline Tescil ve İlan.....	33
3.7. HALKA AÇIK ANONİM ORTAKLIKLARDA BÖLÜNME.....	33
3.7.1. Ortakların Haklarının Korunması	33
3.7.2. Nev'ilerin Aynı Olması	35
3.7.3. Sermaye Artırımının Niteliği.....	35
3.7.4. Kayıtlı Sermaye Tavanının Aşılması Sorunu.....	36
3.7.5. Ortaklıkta Yönetim Hakimiyetinin Hisse Değişimi ve Bölünme Yoluyla El Değiştirmesi	37
SONUÇ.....	38
KAYNAKÇA	40

KISALTMALAR

AATUHK	:	Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun
AB	:	Avrupa Birliği
ABD	:	Amerika Birleşik Devletleri
BK	:	Borçlar Kanunu
Bkz	:	bakınız
DVK	:	Damga Vergisi Kanunu
FK	:	Finansman Kanunu
GİVK	:	Gider Vergisi Kanunu
GVK	:	Gelir Vergisi Kanunu
HK	:	Harçlar Kanunu
İMKB	:	İstanbul Menkul Kıymetler Borsası
KDVK	:	Katma Değer Vergisi Kanunu
KHK	:	Kanun Hükümünde Kararname
Kurul	:	Sermaye Piyasası Kurulu
KVK	:	Kurumlar Vergisi Kanunu
md.	:	madde
s.	:	sayfa
SPKn.	:	Sermaye Piyasası Kanunu
STB	:	Sanayi ve Ticaret Bakanlığı
TEK	:	Türkiye Elektrik Kurumu
TEAŞ	:	Türkiye Elektrik Üretim İletim A.Ş.
TEDAŞ	:	Türkiye Elektrik Dağıtım A.Ş.
TTK	:	Türk Ticaret Kanunu
TTSG	:	Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi
VUK	:	Vergi Usul Kanunu

GİRİŞ

Günümüz ticari hayatında şirket birleşmelerinin çok önemli bir yere sahip olduğu tartışmasızdır. Nitekim, şirketler verimliliklerini artırma, ölçek ekonomisinden yararlanma gibi nedenlerle büyük bir hızla birleşme işlemlerine yönelmişler; bu nedenle dünyayı genel bir birleşme dalgası sarmıştır. Bunun aksine, daha küçük olma ve daha dar bir alanda faaliyet gösterilmesi ve özellikle bunun şirket bünyesinden varlıkların, bölümlerin ayrıştırılması suretiyle gerçekleştirilmesi olumsuz bir faaliyet olarak algılanmıştır.

Şirket birleşmelerinin arkasındaki temel neden olarak “bütün, parçaların toplamından daha büyüktür” şeklindeki ifadeyle sinerji yer almıştır. Ancak, sinerji veya işletme verimliliği sadece birleşmelerde ortaya çıkan bir unsur değildir. Matematiksel olarak ifade edecek olursak, bazı durumlarda “1+1=3” yerine “2-1=3”ün gerçekleşebilmesi mümkündür. Dolayısıyla, şirket bölünmeleri de önemli yeniden yapılanma araçları arasında yer almaktadır. Bu araçtan, istenen yararların ve işlerliğinin sağlanabilmesi için hukuki alt yapısının oluşturulması gereklidir.

Bu çalışmanın amacı, Türk hukukunda bölünmenin düzenlenmemiş olmasından kaynaklanan sorunların ortaya konulması ve bunlara yönelik çözüm önerilerinin sunulmasıdır. Çalışmanın birinci bölümünde genel hatları ile bölünme kavramı ve bölünme işlemine başvurulmasının nedenleri üzerinde durulmuş, AB ve ABD hukukundaki bölünme türleriyle birlikte Türk hukukundaki bölünme türleri incelenmiştir. Çalışmanın ikinci bölümünde halka açık anonim ortaklıklar açısından Kurul tarafından öngörülen hükümler de dikkate alınarak bölünme ve bölünme işleminin vergilendirilmesine yönelik ülkemiz düzenlemeleri işlenmiştir. Son bölümde ise tasfiyesiz infisah ve külli halefiyet ilkelerinin yokluğunun bölünme işleminin uygulanabilirliğini nasıl etkilediği, devralan şirketlerin devraldıkları şirketlerin borçlarından sorumluluğu ve bunlara ilişkin sorunlar, bölünmenin TTK’nda tam bölünme için devralma suretiyle birleşme, kısmi bölünme için aynı sermaye koyulmasına ilişkin hükümler emsal alınarak ve Kurul düzenlemeleri ışığında tabi

olabileceği prosedür ile kısmi bölünme halinde sermaye azaltımı hususu irdelenmiştir. Diğer taraftan, halka açık anonim ortaklıkların bölünmesinde ortaklarının haklarının korunması ve bu çerçevede ortaklık yapısının aynen devam ettirilmesinin gerekip gerekmediği, bölünme nedeniyle yapılacak sermaye artırımının niteliği, bu nedenle ihraç edilen payların devir yasağına tabi olup olmadığı, halka açık anonim ortaklıkların kısmi bölünme işleminde devralan taraf olup olamayacağı, kayıtlı sermaye tavanının aşılması ve ayrıca yönetim hakimiyetinde meydana gelebilecek değişikliklerin sonuçları gibi önem arz eden noktalar üzerinde durulmuştur.

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK ŞİRKET BÖLÜNMELERİ

1.1. BÖLÜNME KAVRAMI

1.1.1. Bölünmenin Tanımı

TTK'nda birleşme kurumuna yer verilmiş olmakla birlikte, ortaklıkların-daha dar bir deyişle sermaye ortaklıklarının- bölünmesi düzenlenmemiş ve dolayısıyla şirket bölünmelerinin tanımı anılan Kanun'da yer almamıştır. Bölünmenin tanımı, bölünme hükmündeki işlemlerin sayılması suretiyle, sermaye şirketlerinin bölünmelerinin ve hisse senedi değişiminin vergi hukuku yönünden ilkelerini koyan 4684 sayılı Kanun'da¹ yapılmıştır. Buna göre bölünmeyi; bir şirketin bilançosunda yer alan varlık, alacak ve borçlarının kısmen ya da tamamen mevcut veya yeni kurulacak olan şirketlere devredilmesi olarak tanımlamak mümkündür.

1.1.2. Bölünmenin Nedenleri ve Amaçları

Şirketlerin bölünme işlemine başvurmalarının çok çeşitli nedenleri bulunmaktadır. Bunlar arasında; ana faaliyet alanı dışındaki faaliyetlerde etkinliğin sağlanamaması ve performansın düşük olması, birden fazla faaliyet bölümü arasında kaynakların etkinliği ve verimliliği sağlayacak şekilde paylaşılamaması, şirketin verimliliğini kaybetmesi ve optimum ölçeklerden uzaklaşarak verimsiz bir yapıya dönüşmesi, belirli faaliyet bölümlerinden elde edilen karların tatminkar olmaması ve ortaklık kuran kişiler ve grupların müşterek olarak yürüttükleri faaliyetlerin gereklilikleri ve yeterlilikleri konusunda ortaklar ve gruplar arasında görüş ve anlayış farklılıklarının ortaya çıkması gibi nedenler yer almaktadır.

Bu çerçevede, bölünme işlemiyle aynı şirket bünyesinde yürütülen birden çok hizmet veya üretim faaliyetinin ayrıştırılarak, işletmelerin mevcut hantal yapılarından kurtarılması, anlayış veya görüş farklılığı olan ortakların ortaklıklarını ayrıştırması, yeni oluşturulacak üretim ve hizmet işletmelerinin belirli alanlarda yoğunlaşarak

¹ 03.07.2001 tarih ve 24451 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

uzmanlaşması ve ölçek ekonomisinden yararlanarak verimli ve kârlı kuruluşlar haline getirilebilmesi² amaçlanmaktadır.

Diğer taraftan, bölünme yoluyla şirketler, üretim, dağıtım ve pazarlama sürecinin farklı aşamalarını optimum ölçeklerde ayrı birimler olarak örgütlemek ve bunlar arasında işbölümü ve uzmanlaşmaya gitmek gibi ekonomik faaliyetlerde verimlilik ve rasyonelliği sağlamaya yönelik amaçları gerçekleştirebilirler (Türk.1996: 78).

1.2. BÖLÜNME ÇEŞİTLERİ

1.2.1. Türk Hukukunda Bölünme Çeşitleri

Bölünme tam veya kısmi olarak gerçekleşebilir.

Tam bölünme, bir şirketin tasfiyesiz olarak infisah etmek suretiyle bütün malvarlığı, alacak ve borçlarını mevcut veya yeni kurulacak iki veya daha fazla şirkete devretmesi ve karşılığında devredilen şirketin ortaklarına devralan şirketin sermayesini temsil eden paylarının verilmesidir.

Tanımdan tam bölünmenin üç önemli unsurunun olduğu görülmektedir:

1) Bütün malvarlığı, alacak ve borçların en az iki şirkete devri, 2) Bölünen şirketin tasfiyesiz infisah etmesi, 3) Bölünen şirketin ortaklarına malvarlığı devri karşılığında devralan şirketin paylarının verilmesi.

Görüldüğü üzere tam bölünme, bir ortaklığın diğer bir ortaklık tarafından bütün aktif ve pasifleri ile devralınmasına, başka bir deyişle, devralma yoluyla birleşmeye benzer bir işlemi ifade etmektedir. Bilanço değerlerinin tek bir şirket yerine birden fazla şirkete devri aradaki farklılığı teşkil etmektedir (Özbalcı.2001:11).

Kısmi bölünme ise, bir şirketin malvarlığının bir veya birden fazla bölümünün mevcut veya yeni kurulacak bir şirkete, bu değerleri devreden şirketin ortaklarına verilmek veya devreden şirkette kalmak üzere, devralan şirketin ortaklık payları karşılığında devredilmesi işlemidir. Kısmi bölünmede, tam bölünmenin aksine, bölünen şirketin ekonomik ve hukuki varlığı devam etmektedir.

² Bkz. 4684 sayılı Kanun gerekçesi.

1.2.2. Avrupa Birliği Hukukunda Bölünme Çeşitleri

Avrupa Birliği'nin şirketlerin bölünmesi ile ilgili 17 Aralık 1982 tarih ve 82/891/EEC sayılı Altıncı Konsey Direktifi'nde devralma yoluyla bölünme ve yeni şirketler kurulması yoluyla bölünme olmak üzere başlıca iki tür bölünme işlemi tanımlanmıştır.

Devralma yoluyla bölünmede, bir ortaklığın tasfiyesiz infisah etmek suretiyle aktif ve pasifi bütün olarak mevcut birden fazla ortaklığa devredilmekte ve karşılığında bölünen şirketin ortaklarına devralan şirketlerin ortaklık payları verilmektedir. Bunun yanı sıra, verilen payların itibari değerinin, itibari değer bulunmaması durumunda muhasebe değerinin %10'luk kısmının nakit olarak ödenmesi mümkün olmaktadır.

Yeni şirketler kurulması yoluyla bölünme, devralma yoluyla bölünmede olduğu gibi bir ortaklığın malvarlığının bütün hak ve borçlarıyla tasfiye edilmeksizin devrini içermekte, ancak devir işleminin yeni kurulacak olan birden fazla şirkete gerçekleştirilmesi noktasında devralma yoluyla bölünmeden ayrılmaktadır.

Bu iki tür bölünme işleminin yanı sıra, Altıncı Konsey Direktifi bölünen şirketin sona ermemesinin veya nakit ödemenin payların itibari değerinin %10'unu geçebilmesinin benimsenmesi suretiyle de bölünme öngörülebileceğini düzenlemektedir.

1.2.3. Amerikan Hukukunda Bölünme Çeşitleri

1.2.3.1. Genel Olarak

Türkiye için bölünme kavramı yeni olmakla birlikte, ABD'de bölünmenin tarihçesi çok daha eskilere dayanmaktadır. Şirket bölünmeleri 1950'li yıllardan beri ABD'de uygulama alanı bulmuş, ancak büyük ölçekli bölünmeler 1980'li yıllarda kendisini göstermeye başlamıştır. Amerika'da ilk büyük ölçekli bölünme, 1982-83 yıllarında AT&T şirketine karşı, bölgesel ve uzun mesafe telefon hizmetlerinde tekel oluşturmaya çalıştığı iddiasıyla Amerikan hükümeti tarafından açılan antitrust davasının kazanılmasıyla gerçekleşmiştir (Sadtler;Campbell; Koch. 1997:23).

ABD'de özellikle sermaye piyasalarında çok çeşitli türlerde şirket bölünmeleri görülebilmektedir. Aşağıda, bunlardan en önemli olanlarının özelliklerine yer verilmiştir.

i) Spin-off: Bir şirketin sahibi olduğu bir iştirakteki³ paylarının tamamının veya bir kısmının, mevcut ortaklarına payları ile orantılı olarak kar payı şeklinde dağıtılması işlemidir.

ii) Carve-out: Kısmi spin-off olarak da bilinen bu tür bölünme, bir şirketin sahibi olduğu iştirakteki %20'den daha az payını halka arz etmesi, geriye kalan paylarını ise daha ileriki bir tarihte mevcut ortaklarına kar payı olarak dağıtması işlemi içermektedir.

iii) Split-off: Bu bölünme türünde, ana şirketin sahibi olduğu bir iştirakindeki payları kendi hisseleri karşılığında mevcut ortaklara dağıtılmaktadır. Bu işlem, pay sahiplerinin değişim işlemine katılmalarına bağlı olarak sermayedeki paylarıyla orantılı veya orantısız olarak gerçekleşebilir.

iv) Split-up: Ana şirketin sahibi olduğu iki veya daha fazla iştirakindeki paylarının kendi hissesinin tamamı karşılığında mevcut ortaklara dağıtılması ve bunu takiben ana şirketin tasfiyesi işlemidir.

Genel olarak bütün bu bölünme çeşitlerini değerlendirdiğimizde hukukumuzda yer alan bölünme türlerinden bir hayli farklı olduğunu görmekteyiz.

1.2.3.2. Spin-Off ve Carve-Out'ların Karşılaştırılması

Bölünmenin en önemli türlerinden olan spin-off ve carve-out'lar 1990'lı yıllarda Amerika'da⁴ en popüler yeniden yapılanma araçları olmuşlardır (Miles;Woolridge. 1999:99).

Bu iki önemli bölünme türü arasındaki farkları şöyle sıralamak mümkündür:

1) Spin-off'ta hisseler mevcut ortaklara dağıtılırken, carve-out'ta yeni bir ortak tabanı oluşturulmaktadır. Spin-off'ta şirketten ayrılan bir malvarlığı üzerinde mevcut ortaklarının hakkının devam ettirilmesi, diğer bir ifadeyle ortaklık payının korunması ilke olarak benimsenmiştir. Spin-off sonrası aynı ortak tabanına sahip olan, ancak mali ve idari yapısı bağımsız iki şirket söz konusudur. Diğerinde ise ana şirketin iştirak

³ Burada iştirak kavramı mevcut iştiraklerin yanı sıra ayrı bir yasal kişilik haline getirilmiş işletme bölümlerini, faaliyetlerini ve tesislerini de kapsamaktadır.

⁴ Bu tür bölünmeler en yaygın olarak ABD'de görülmekle birlikte başta İngiltere olmak üzere diğer Avrupa ülkelerinde de uygulanmaktadır (Euromoney. Nisan 1997:145-150).

üzerindeki kontrol gücü genellikle devam etmektedir. Ancak, muhtemelen kalan bu hisseler ileride yapılacak bir spin-off işlemi ile mevcut ortaklara dağıtılacaktır.

2) Carve-out'ta halka arz söz konusu olduğu için ana şirkete para girişi vardır, spin-off için bu geçerli değildir.

3) Ana şirket carve-out türü bölünmede daha fazla maliyete katlanmakta ve ayrıca SEC tarafından daha sıkı kamuyu aydınlatma yükümlülüklerine tabi tutulmaktadır.

Şirketlerin bu iki bölünme türü arasında seçim yapmalarında, şirketin yeni para girişine ihtiyacı, devredilecek iştirak veya bölümde kontrol gücünün devam ettirilmek istenmesi, değerini kaybetmiş olan veya kaybettiği düşünülen iştirakin mevcut pay sahiplerine bırakılmasının planlanması gibi etkenler rol oynamaktadır. Ayrıca, carve-out'taki yüksek maliyet ve daha sıkı kamuyu aydınlatma yükümlülüğü bölünme yönteminin seçilmesinde belirleyici bir kriter olabilecektir. Michaely ve Shaw (1995) tarafından yapılan bir çalışmada riskli, daha az karlı ve borç seviyesi yüksek şirketlerin spin-off, diğer taraftan riski az olan, daha karlı şirketlerin carve-out suretiyle bölünmeyi seçtikleri tespit edilmiştir.

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA BÖLÜNME İLE İLGİLİ DÜZENLEMELER

2.1. TÜRK TİCARET KANUNU

Ticaret şirketlerinin birleşmesi TTK'nun 146-151. maddelerinde genel olarak düzenlenmiş; anonim ortaklıkların birleşmesi ayrıca TTK'nun 451-453. maddelerinde hüküm altına alınmıştır.

Esas itibarıyla, birleşme gibi ticaret hukuku ile ilgili olan bölünme kurumuna ilişkin olarak ise TTK'nda herhangi bir hüküm yer almamış; dolayısıyla şirketlerin bölünmesi Türk hukukunda genel bir düzenleme konusu olmamıştır. Tekinalp (2001:3) tarafından belirtildiği gibi, bir hukuk sisteminde bölünmenin düzenlenmesi demek, bölünmeye özgü usulün gösterilmesi, alacaklıların korunmaları hakkında kurallar

öngörülmesi, çeşitli yönlerden kamuyu aydınlatma ilkelerine yer verilmesi anlamına gelmektedir. Ortaklıkların bölünmesi bu anlamda Türk hukukunda düzenlenmemiştir.

Bununla beraber, belirtmek gerekir ki, Adalet Bakanlığı nezdinde çalışmalarını yürütmekte olan “Türk Ticaret Kanunu Komisyonu”nda kabul edilen TTK Tasarısı’nda şirketlerin bölünmesine ilişkin ayrıntılı hükümler yer almaktadır.

Bazı yabancı ülke hukuklarına bakıldığında ise, AB ülkelerinin tamamında, şirketlerin bölünmelerine ilişkin Altıncı Konsey Direktifi’ne uygun olarak, maddi hukukta, yani ticaret kanununun içinde veya ayrı bir kanun ile ayrıntılı bir tarzda şirketlerin bölünmesinin düzenlendiği görülmektedir (Tekinalp.2001:2). Örneğin, Ticaret Şirketleri Kanunu ile Fransız hukukunda birleşme yanında bölünme de, ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiştir.⁵

2.2. 4684 SAYILI KANUN DEĞİŞİKLİĞİ İLE GETİRİLEN BÖLÜNME HÜKÜMLERİ

2.2.1. Genel Olarak

4684 sayılı Kanun ile sermaye şirketlerinin bölünmelerinin ve hisse senedi değişiminin vergi hukuku yönünden ilkeleri konulmuş, devir ve bölünme hallerinde vergilendirmenin bağlı olduğu esaslar gösterilmiştir. KVK ve aşağıda belirtilen diğer vergi kanunları, 4684 sayılı Kanunla daha önce mevzuatımızda uygulaması olmayan bölünme ve hisse değişiminin vergisiz gerçekleşmesini sağlayacak şekilde yeniden düzenlenmiştir. Bu suretle bazı faaliyet konularında uzmanlaşmak ve kaynaklarını bu faaliyete kanalize ederek anlamlı bir iktisadi ölçüğe ulaşmak isteyen şirketlerin bölünerek yeniden yapılanmalarının önü açılmıştır (Şimşek.2001:36).

4684 sayılı Kanun, “Türk Ticaret Kanunu Komisyonu”nda kabul edilen TTK Tasarısı’nın şirketlerin bölünmesine ilişkin hükümleri dikkate alınarak hazırlanmış bulunmaktadır.

⁵ 24 Temmuz 1966 tarih ve 66-537 sayılı Ticaret Şirketleri Kanunu (Loi no. 66-537 du 24 juillet 1966, sur les sociétés commerciales md. 371/II-III, 372-374, 375, 382-387).

2.2.2. Kurumlar Vergisi Kanunu

2.2.2.1. Bölünme ve Hisse Değişimi Hükümündeki İşlemler

KVK'nun 38. maddesinde yapılan düzenleme ile bir şirketin tam veya kısmi bölünmesi ile hisse senedi değişimine⁶ imkan verilmiştir.

i) Tam Bölünme: Tam mükellef bir sermaye şirketinin tasfiyesiz olarak infisah etmek suretiyle bütün malvarlığı ile alacak ve borçlarının, mukayyet değerleri üzerinden mevcut veya yeni kurulacak tam mükellefiyete tabi iki veya daha fazla sermaye şirketine devredilmesi ve karşılığında devredilen sermaye şirketinin ortaklarına devralan sermaye şirketinin sermayesini temsil eden iştirak hisselerinin verilmesi işlemidir. Devredilen şirketin ortaklarına verilecek iştirak hisselerinin itibari değerinin %10'una kadarlık kısmının gerektiğinde hesapların kapatılması amacıyla nakit olarak ödenmesi mümkündür.

Tanımdan da anlaşıldığı üzere tam bölünmenin koşulları şöyledir:

1) Bölünen ve devralan şirketlerin tam mükellef olması, 2) Bölünen ve devralan şirketlerin sermaye şirketi olması, 3) Varlıkları devralacak şirket sayısının en az iki olması, 4) Bölünen şirketin varlıklarının bilançodan VUK'nun 265. maddesinde belirtilen mukayyet değer⁷ üzerinden çıkarılması ve devralan şirket tarafından da mukayyet değerleriyle kayıtlara intikal ettirilmesi, 5) Bölünen şirketin ortaklarına devralan şirketlerin ortaklık paylarının verilmesi, 6) Bölünen şirketin tasfiyesiz infisah etmesi.

ii) 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 ortaklarına verilmek veya devreden şirkette

⁶ Bu işlem, 4684 sayılı Kanuna ilişkin hükümet teklifinde bölünme olarak adlandırılmış, TBMM Plan ve Bütçe Komisyonunda hisse değişimi şeklinde düzenlenmiştir.

⁷ Mukayyet değer bir iktisadi kıymetin muhasebe kayıtlarında yer alan değeridir.

kalmak üzere, devralan şirketin iştirak hisseleri karşılığında aynı sermaye olarak konulmasıdır.⁸

Kısmi bölünme halinde de, bölünen şirketin infisah etmesi ve varlıkları devralacak şirket sayısının en az iki olması dışındaki tam bölünme koşulları geçerlidir. Bunlara ek olarak, kısmi bölünmeye konu olan varlıkların sınırlandırıldığı, örneğin demirbaşların kısmi bölünmeye konu olmadığı görülmektedir. Diğer taraftan, devralan şirketin ortaklık payları şirkette kalabilecek veya bölünen şirketin ortaklarına verilebilecektir. Hisselerin şirket ortaklarına verilmesi halinde, aynı sermaye olarak aktifinden bir varlık çıkan şirketin bilançosunun sermaye azaltımı suretiyle dengelenmesi gerekecektir.

iii) Hisse Değişimi: Tam mükellef bir sermaye şirketinin, diğer bir sermaye şirketinin hisselerini, bu şirketin yönetimini ve hisse senedi çoğunluğunu elde edecek şekilde devralması ve karşılığında bu şirketin ortaklarına kendi şirketinin sermayesini temsil eden iştirak hisselerini vermesidir. Tam bölünmede olduğu gibi bu işlemde de, devralınan şirketin hisselerinin itibari değerinin %10'una kadar nakit ödeme imkanı bulunmaktadır.

Hisse senedi değişiminin belirleyici özellikleri; 1) Sadece devralan şirketin tam mükellef olması, 2) Devirlerin mukayyet değer üzerinden gerçekleştirilmesinin zorunlu olmaması, 3) Hissesi devralınacak şirketin anonim şirket olması ve hisseyi devralacak şirketin anonim şirket dışındaki sermaye şirketi de olabilmesi olarak belirtilebilir.

Bundan hareketle, hisse değişiminin özellikle anonim şirket statüsündeki sermaye şirketleri arasında gerçekleşecek bir işlem olarak düzenlendiği anlaşılmaktadır (Özbalcı. 2001:19).

2.2.2.2. Bölünme Halinde Vergilendirme

KVK'nun 39. maddesinde, aşağıda belirtilen şartların yerine getirilmesi halinde KVK'nun 38. maddesine göre gerçekleştirilen tam bölünmelerde, bölünme suretiyle

⁸ Benzer bir hüküm KVK'nun geçici 28. maddesinde yer almaktadır. Anılan madde uyarınca kurumların üretim ve turizm yatırım veya işletme belgesine sahip turizm tesisleri, bu tesislere ilişkin gayrimenkullerin tamamı veya bir kısmı teşvik belgeli yatırım yapmak üzere kurulacak olan bir sermaye şirketine veya yeni kurulacak yabancı ortaklı bir anonim şirkete sermaye olarak konulabilecektir.

münfesih hale gelen kurumun sadece bölünme tarihine kadar elde ettiği kazançların vergilendirileceği, bölünmeden doğan karların hesaplanmayacağı ve vergilendirilmeyeceği düzenlenmiştir.

1) Bölünen kurum ile bu kurumun varlıklarını devralan kurumların müştereken imzalayacakları bir bölünme beyannamesinin, bölünme tarihinden-bölünmeye ilişkin şirket yetkili kurul kararının Ticaret Siciline tescil edildiği tarihten- itibaren on beş gün içinde bölünen kurumun bağlı olduğu vergi dairesine verilmesi ve bu beyannameye bölünme tarihindeki bilanço ve gelir tablosunun, bölünme sözleşmesinin ve bölünen kurumun varlıklarını devralan kurumların yeni sermaye yapısını gösteren Ticaret Sicili Müdürlüğü yazısının bir örneğinin eklenmesi,

2) Bölünen kurumun varlıklarını devralan kurumların, bölünen kurumun bölünme tarihine kadar tahakkuk etmiş ve edecek vergi borçlarından müteselsilen sorumlu olacaklarını ve bu vecibelerini yerine getireceklerini bölünme beyannamesine bağlı bir taahhütname ile taahhüt etmeleri.

Aynı maddede, kısmi bölünme ve hisse değişimi işlemlerinden doğan karların hesaplanmayacağı ve vergilendirilmeyeceği, kısmi bölünme halinde bölünen kurumun bölünme tarihine kadar tahakkuk etmiş ve edecek vergi borçlarından bölünen kurumun varlıklarını devralan kurumların müteselsilen sorumlu olacağı hükme bağlanmıştır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, KVK’nda vergili ve vergisiz birleşmeye ayrı ayrı yer verilmekle birlikte, bölünmenin vergilendirilmesine ilişkin getirilen düzenlemede sadece vergisiz bölünme durumunun düzenlendiği görülmektedir. Bununla birlikte, vergisiz bölünmenin şartları yerine getirilmediği takdirde, vergili bölünmenin ortaya çıkacağı açıktır.

Yukarıda da belirtildiği gibi, tam ve kısmi bölünme işlemlerinde bilançoda yer alan değerlerin devri mukayyet değerler üzerinden gerçekleştirilmektedir. Bu varlıklar, devir alan şirketler tarafından da mukayyet değer üzerinden kayıtlara aktarılacaktır. Bu nedenle, varlıkların elden çıkarılarak karın realize edildiği tarihe kadar, gerçekte bir kurumlar vergisi ertelenmesi yapılmaktadır. Diğer bir ifadeyle, bölünme işlemlerinden doğan karların vergilendirilmemesi, bölünme işlemine bir kurumlar vergisi istisnası

tanındığı anlamına gelmemektedir. Ancak, hisse değişimi için aynı şeyi söylemek mümkün değildir. Hisse devirlerinin mukayyet değer üzerinden gerçekleştirilmesinin zorunlu olmaması, hisse değişiminden doğan karlar için kurumlar vergisi istisnasının mevcut olduğunu göstermektedir.

Amerikan hukukunda bölünmenin vergilendirilmesi çok daha farklı kriterlere dayanmakta ve bölünme türüne göre değişiklik arz etmektedir. Bunlardan spin-off, ABD vergi otoritesi tarafından kar payı olarak nitelendirilmektedir ve vergiye tabi tutulmaktadır. Bununla birlikte, Ulusal Gelir Kanununun 355. bölümünde öngörülen;

1) Aktif olarak faaliyette bulunma: Gerek ana şirket gerekse de iştirakin kar dağıtım tarihinin en az beş yıl öncesinden beri aktif olarak ticari faaliyette bulunması,

2) Kontrol: Ana şirketin spin-off'tan önce iştirakin yönetim hakimiyetine sahip olması (genellikle oy haklarının %80'i), dağıtımın iştirakin dolaşımında bulunan hisse senetlerinin en az %80'ini oluşturması ve ek olarak ana şirkette kalacak payların pratik olarak iştirakin kontrolüne izin vermemesi,

3) Ticari gaye: İşlemin karın dağıtılması amacıyla kullanılmaması, işle ilgili geçerli bir ticari gaye için yapılmış olması ve bu amacın pay sahiplerinin çıkarları ile ilgili olmaması,

kriterlerin karşılanması durumunda, bu şekildeki kar payı vergilendirilmemektedir.

Antitrust ve diğer yasalara uyum sağlama, ihtiyaç duyulmayan varlıkların elden çıkarılması gibi nedenler geçerli ticari amaç olarak kabul edilmektedir.

Bu kriterlerin sağlanamaması durumunda spin-off işlemi, nakit girişi olmadığı halde satış gibi değerlendirilerek vergilendirilecek, aynı zamanda pay sahiplerinin aldıkları kar payları da vergiye tabi tutulacaktır. Bu nedenle, spin-off işlemine başlamadan önce konunun vergi boyutunun özellikle ticari gaye kriteri açısından iyice değerlendirilmesi gerekmektedir.

Carve-out'ların vergilendirilmesi ise halka arz edilen iştirak hissesi oranına göre değişiklik göstermektedir. Eğer, ana şirket carve-out'tan sonra iştirak paylarının en az %80'ine sahip olmaya devam ediyorsa, iştirakle vergi ve muhasebe bakımından

konsolide edilebilecek ve iştiraktan elde edilen kar paylarının tamamı vergiden düşülebilecektir. Ayrıca, geriye kalan payların vergisiz bir şekilde spin-off yöntemiyle dağıtılması imkanı olacaktır. Bu oranın %50 ile %80 arasında olması durumunda, ana şirket vergi açısından iştirakle konsolide edilebilecek, ancak doğal olarak spin-off'ların vergisiz gerçekleşebilme şartlarından biri olan %80'lik pay oranının altına düşülmesi nedeniyle geriye kalan payların spin-off şeklinde vergisiz olarak dağıtılması imkanı ortadan kalkacaktır. Bununla birlikte, hala iştiraktan alınan kar paylarının %80'inin düşürülebilme imkanı mevcuttur.

Son olarak, %50 oranının altına düşülmesi durumunda herhangi bir vergi avantajı söz konusu değildir.

2.2.2.3. Zarar Mahsubu

KVK'nun 14/7. maddesi değiştirilmek suretiyle, devir veya bölünme yoluyla infisah eden kurumların birikmiş zararlarının, belirli şartlar dahilinde devralan kurumlar tarafından mahsup edilmesine imkan sağlanmaktadır.

Yapılan düzenlemede, zarar mahsubu için başlıca üç şart öngörülmektedir. Bunlar;

1. Devir veya bölünme suretiyle infisah eden kurumlar ile devralan kurumların aynı sektörde faaliyet göstermesi,
2. Devir veya bölünme suretiyle infisah eden kurumların son beş yıla ait kurumlar vergisi beyannamelerini kanuni sürede vermiş olması,
3. Mahsup edilecek zarar tutarının, devir veya bölünme tarihi itibarıyla devrolan veya bölünen kurumun zarar dışındaki aktif toplamını geçmemesidir.

Bu düzenlemeye göre, örneğin otomotiv sektöründe faaliyet gösteren bir kurumun varlıklarının devir veya bölünme suretiyle, gıda sektöründe faaliyet gösteren bir kuruma intikal etmesi halinde, söz konusu kurumlar aynı sektörde faaliyet göstermediğinden, devralan kurum zarar mahsubu yapamayacaktır. Zarar mahsubu için aynı sektörde faaliyet gösterilmesi şartı, bununla beraber, sektör kavramının dar veya geniş olarak yorumlanabilme imkanının bulunması nedeniyle uygulamada bir takım sorunlara yol açabilecektir. En başta, ülkemizde şirketlerin esas sözleşmelerinde fiili

olarak yapılsın veya yapılmasın bir çok faaliyet konusu yer aldığından, faaliyet gösterilen sektörün belirlenmesinde esas sözleşmede belirtilen faaliyetlerin esas alınıp alınmayacağı bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu doğrultuda sektör kavramının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Kanımca, zarar mahsubu şartının belirlenmesinde fiili olarak faaliyet gösterilen sektörün esas alınması uygun olacaktır.

Zarar mahsubunda diğer bir şart olan, mahsup edilecek zarar tutarının zarar dışındaki aktif toplamıyla sınırlandırılması, şirketlerin hiçbir faaliyeti olmayan, tamamen zararlı kurumları devralarak vergiden kaçınma yoluna gitmelerini önleme ve zarar mahsubu imkanının amacına uygun kullanımının sağlanması⁹ bakımından yerinde bir uygulama olmuştur. Ancak, bir sınır olarak belirlenen aktif toplamının her an çok çeşitli yollarla değiştirilebileceği de göz önünde bulundurulmalıdır.

Düzenlemenin tartışma yaratabilecek diğer bir noktası ise, bölünen şirketin birikmiş zararlarından devralan şirketlerin ne kadar yararlanacağı hususunda madde metninde herhangi bir belirleme yapılmamış olmasıdır. Her şirketin devraldığı aktif tutarı kadar zarar mahsubu hakkından yararlanması en muhtemel uygulama olacak gibi görünmektedir (Sarıtaş;Ergüneş.2001:147-148).

Son olarak, zarar mahsubu imkanının kısmi bölünme ve hisse değişimi işlemlerinde bulunmadığını söylemekte yarar vardır.

2.2.3. Katma Değer Vergisi Kanunu

KDVK'nun 17/4-c maddesinde, GVK'nun 81. maddesi ile KVK'nun 37 ve 39. maddelerine göre yapılan devir işlemleri katma değer vergisinden istisna edilmiş bulunmaktadır. KVK'nda yer alan bölünme ile ilgili düzenlemeler çerçevesinde, KDVK'nun anılan maddesindeki istisnanın kapsamına bölünme işlemleri de dahil edilmiştir.

Öte yandan, mevcut düzenlemeye göre KDVK'nun 17. maddesindeki işlemler kısmi istisna kapsamına girdiğinden, bu işlemler dolayısıyla yüklenen vergiler indirim konusu yapılamamakta, önceki dönemlerde indirim konusu yapılan vergilerin de işlem tarihi itibarıyla indirim hesaplarından çıkarılarak beyan edilmesi ve vergi dairesine

⁹ Bkz. 4684 sayılı Kanun gerekçesi.

ödenmesi gerekmektedir. Bu durum şirketlere devir, birleşme, bölünme gibi işlemler nedeniyle getirilmek istenilen vergi kolaylığının ortadan kalkmasına yol açmaktadır. Bu çerçevede, vergiden istisna edilen işlemler dolayısıyla yüklenen vergilerin indirimine imkan tanınmış ayrıca, işlemi yapanların işlem tarihi itibarıyla devreden vergilerinin bulunması halinde bunların yeni işletmelerde indirim konusu yapılması mümkün kılınmıştır.

2.2.4. Gider Vergileri Kanunu

4684 sayılı Kanunla GİVK'nun 29. maddesine (s) bendinin eklenmesi suretiyle, KVK'na göre yapılan birleşme, devir, bölünme ve hisse değişimi işlemlerinden doğan kazançlardan, konusu banka ve sigorta muameleleri vergisine giren kazançlar, anılan vergiden istisna edilmiştir.

2.2.5. Finansman Kanunu

4684 sayılı Kanunla, FK'nun 3. maddesinin (d) bendinde yer alan ve devir-birleşme, nevi değiştirme nedeniyle yeni şirkete devredilecek taşıtların taşıt alım vergisinden istisna edilmesini öngören hüküm, bölünmeyi de kapsayacak şekilde değiştirilmiştir. Anılan hüküm uyarınca, KVK'na göre gerçekleştirilen bölünme hallerinde yeni şirketlere devredilecek taşıtlar, taşıt alım vergisine tabi olmayacaktır.

2.2.6. Damga Vergisi Kanunu

DVK'na ekli (2) sayılı tablonun "IV- Ticari ve medeni işlerle ilgili kağıtlar" başlıklı bölümünde yapılan değişiklik, KVK'na göre yapılan birleşme, devir ve bölünmeler nedeniyle düzenlenen kağıtlar damga vergisi dışında tutulmuştur.

2.2.7. Harçlar Kanunu

HK'nun 123. maddesi uyarınca anonim, eshamlı komandit ve limited şirketlerin birleşme, devir ve bölünmeleri nedeniyle yapılacak işlemler harca tabi tutulmayacaktır.

2.2.8. Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun

AATUHK'nun 36. maddesinde yapılan değişiklik, bölünme halinde bölünen tüzel kişinin varlıklarını devralan tüzel kişilerin, bölünen şahısların yerine geçeceğine ilişkin düzenleme yapılmıştır.

2.3. SERMAYE PİYASASI KANUNU

2.3.1.Genel Olarak

Halka açık anonim ortaklıkların bölünmelerine ilişkin esaslar Kurul tarafından ayrıntılı olarak düzenlenmemiştir. Bölünme işlemine ilişkin sermaye piyasası mevzuatında yer alan hükümlere genel olarak bakıldığında, esas olarak bölünme sonucunda kurulacak yeni ortaklıkların hisse senetlerinin kayda alınmasının ele alındığı, gerek bölünme prosedürü gerekse de bölünme işleminde ortakların haklarının korunması ve kamunun aydınlatılması hususlarında detaylı bir düzenlemeye gidilmediği görülmektedir.

Halka açık şirketlerin bölünmesine ilişkin esasların belirlenmesi için Kurul tarafından düzenleme yapılması gerektiği açıktır.

2.3.2. Seri:I, No:26 Hisse Senetlerinin Kurul Kaydına Alınmasına ve Satışına İlişkin Esaslar Tebliği

Bölünme işlemi halka açık anonim ortaklıklar bakımından Kurul'un Seri:I, No:26 Tebliği'nin 11. maddesi ile düzenlenmiştir. Anılan madde uyarınca, özelleştirme kapsamında olanlar dahil halka açık anonim ortaklıkların,

- 1) Son bilanço aktif toplamının en az %15'i tahsis edilerek yeni ortaklık veya ortaklıklar kurulması,
- 2) Tüzel kişiliklerinin sona erdirilerek yeni ortaklık veya ortaklıklar kurulması, halinde yeni ortaklık ve ortaklıkların hisse senetlerinin, Kurul'a kaydettirilmesi zorunlu bulunmaktadır.

Yeni kurulacak ortaklık veya ortaklıkların ortakları arasındaki sermaye dağılımı halka açık ortaklığın sermaye yapısından farklı ise, yetkili organlarca bölünmeye ilişkin karar alınmadan önce Kurul'dan onay alınması zorunludur.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, söz konusu hükmün en önemli özelliğini halka açık ortaklığın bölünmesi suretiyle kurulacak yeni şirketlerin de halka açık sayılması oluşturmaktadır. Diğer bir dikkat çekici nokta, aktiflerin *mevcut* şirketlere aynı sermaye olarak konulması veya tüzel kişiliklerin sona erdirilerek bütün malvarlıklarının *mevcut* şirketlere devredilmesi hallerinin bölünme olarak ele alınmamış olumasıdır. Bunların

dışında, anılan düzenleme ile kurulacak yeni ortaklığın veya ortaklıkların ortaklık yapısının halka açık anonim ortaklığın ortaklık yapısından farklı olabileceği ilke olarak kabul edilmiş, bununla beraber Kurul'dan onay alınması zorunluluğu getirilerek malvarlıklarının yeni ortaklarla kurulacak ortaklığa aktarılması suretiyle şirketin içinin boşaltılması gibi ortakların haklarını ihlal edecek durumların engellenmesi amaçlanmıştır.

Seri: IV, No: 9 Tebliği'nin 5. maddesinde de halka açık anonim ortaklıkların gerçekleştirdikleri bölünme işlemleri sonucunda yeni kurulacak ortaklıkların, Kurul kaydına alındıkları tarihten itibaren üç yıl süre ile Kurul kaydından çıkamayacakları hüküm altına alınmıştır.

Öte yandan, Birlik Mensucat Ticaret ve Sanayi İşletme A.Ş.'nin aktifinde yeralan Soley Havlu Fabrikası'nın yeni kurulacak bir şirkete aynı sermaye olarak konulması talebini 25.09.1997 tarih ve 27/1532 sayılı toplantısında görüşen Kurul, "...yeni kurulacak şirketin ortaklık yapısının Birlik Mensucat ... A.Ş. ile aynı olması halinde talebin kabul edilebileceği"ne karar vermiştir. Anılan karar ile birlikte, ortaklık yapısının aynı olması şartı Kurulumuz uygulamalarında halka açık anonim ortaklıkların yukarıda belirtilen madde hükmüne göre gerçekleştirdikleri bölünme işlemlerine onay verilmesinde belirleyici bir kriter haline gelmiştir.

Bu noktada ABD sermaye piyasalarında bölünme sonucu oluşan şirketlerin kayda alınıp alınmayacağına ve anılan bölünme işlemlerinin yürütülmesi prosedürüne bakmakta fayda vardır. 1933 Menkul Kıymetler Yasasına göre bütün menkul kıymet satışları eğer muaf değil ise kayda alınmak zorundadır. Nitelik itibariyle spin-off'lar bir satış değildir. Sadece iştirak hisselerinin kar payı olarak ortaklara verilmesi işlemi içerir. Ancak, spin-off'ların bazı hallerde satış niteliği taşıdığı düşünülerek kayda alınması gerekmeyen spin-off durumlarına ilişkin olarak düzenleme yapılmıştır. Aşağıda belirtilen koşulların sağlanması durumunda spin-off hisse senetlerinin SEC tarafından kayda alınması gerekmektedir.

1) Ortaklar verilen iştirak hisseleri karşılığında herhangi bir bedel ödememişlerse: Böyle bir bedelin ödenmesi Menkul Kıymetler Yasası uyarınca devir

işleminin bir değer karşılığı yapılmış ve dolayısıyla bir satış işleminin gerçekleşmiş olduğu anlamına gelmektedir. Satış niteliğindeki menkul kıymet devirlerinin biraz önce de belirtildiği gibi kayda alınması gerekmektedir.

2) Spin-off'ta iştirak hisseleri ortaklara oransal olarak dağıtılmışsa: Oransal dağıtım spin-off öncesi ve sonrasında ortakların hem ana şirkette hem de iştirakte aynı oranda pay sahibi olmaları anlamına gelmektedir. Eğer pay sahiplerinin haklarında bir değişiklik olmuşsa ve bazı pay sahipleri iştirak hisseleri karşılığında bazı değerlerini yitirmişlerse bu oransal bir dağıtım olarak nitelendirilemez.

3) Ana şirket spin-off işlemi ve iştirak hakkında kendi ortaklarını ve piyasayı yeterince bilgilendirmişse.

4) Spin-off geçerli bir ticari nedene dayanılarak gerçekleştiriliyorsa: Geçerli nedenler olarak, her işin yönetiminin o faaliyet konusunda uzmanlaşmasına izin verilmesi, çalışanlara hisse senedi bazlı teşvikler verilmesi, işlerde uzmanlaşmaya izin verilmesi yoluyla finansman olanaklarının artırılması, şirketlere birbirlerinin rakipleriyle iş yapma imkanı tanınması örnek verilebilir.

5) Kısıtlanmış iştirak hisselerinin spin-off'a konu olması durumunda, bunların en az iki yıl elde tutulmuş olması: Kısıtlanmış menkul kıymetler ihraççıdan özel bir işlem sonucu alınmış veya çeşitli satış kısıtlamalarına tabi olan menkul kıymetlerdir ve spin-off'a konu olabilmeleri için ana şirket tarafından en az iki yıl elde tutulmuş olmaları gerekmektedir.

SEC düzenlemeleri çerçevesinde spin-off işlemleri şu şekilde yürütülür. Tipik bir spin-off ana şirketin bu yöndeki niyetini kamuya açıklamasıyla başlar, altı ay gibi bir süre sonunda hisselerin dağıtılmasıyla sona erer. Bu arada SEC tarafından yapılması öngörülen kamuyu aydınlatma ve diğer yükümlülükler yerine getirilir. 1934 Borsa Yasası çoğu durumda ana şirketin ilk halka arzların kayda alınmasına ilişkin S-1 formunda yer alan bilgilerin çoğunu içeren Form 10'un doldurarak SEC'ne iletmesini öngörmektedir. Hisse senetlerinin dağıtımına ancak formun yürürlüğü girmesiyle başlanabilir.

Bu arada kotasyon için de gerekli başvurular yapılır. Spin-off gerekli koşulları sağladığı takdirde borsada işlem görebileceği gibi, tezgah üstü piyasada da işlem görebilir. Bu hisse senetlerinin ilk fiyatlaması piyasa tarafından yapılır.

Carve-out yoluyla bölünme ise bir çeşit halka arz olarak kabul edilirler ve kayda alınmak zorundadırlar. Yeni bir ortak tabanı yaratıldığı için SEC'nin bu duruma ilişkin kayda alma yükümlülükleri spin-off durumlarında kayda alınmadan çok daha sıklıdır. İlk halka arzların kayda alınmasına ilişkin S-1 formu doldurulmak zorundadır. Kayda alınma için son üç yıla ilişkin bağımsız denetimden geçmiş gelir tabloları ve son iki yıla ilişkin bağımsız denetimden geçmiş bilançolar ile son beş yıla ait çeşitli mali bilgilerin sağlanması da gerekir. SEC bütün bu belgeleri inceleyerek, talebi olumlu karşıladığında halka arz başlar. Aynı zamanda kotasyon için de başvuru yapılır, hisse senetleri borsa ya da tezgah üstü piyasada işlem görmeye başlar.

SEC'nin bölünmeye ilişkin düzenlemelerinde temel nokta, bölünme işlemi hakkında kamunun tam olarak aydınlatılmasının sağlanmasıdır.

2.3.3. Seri:IV, No:1 Sermaye Piyasası Kanunu'na Tabi Olan Anonim Ortaklıkların Uyacakları Esaslar Tebliği

Seri: IV, No:1 Tebliği Ek Madde 2'de, hisse senetleri Borsa'da işlem gören ortaklıkların ödenmiş sermayelerinin %5'ini aşan gayrimenkul alım ve satımlarında, kendi gayrimenkullerini başka bir şirkete aynı sermaye olarak koymaları halinde, bu gayrimenkullerin, Kurul'un Seri:VI, No:7 "Gayrimenkul Yatırım Ortaklıklarına İlişkin Esaslar Tebliği"nin Ek Madde 1 hükmünde yer alan ekspertiz şirketlerine değerlemelerinin yaptırılmasının zorunlu olduğu, bu madde kapsamındaki işlemlerde ortaklıkların, ekspertiz şirketince yapılan değerlendirme sonucunu; gayrimenkul alım, satım fiyatlarını ya da aynı sermaye değerini; gayrimenkulün vasıflarını; bu işlemlere konu gayrimenkulün şirket ödenmiş sermayesi içindeki oranını; gayrimenkulün kimden alınıp, kime satıldığını ya da hangi şirkete aynı sermaye olarak konulduğunu; gayrimenkulu alan, satan veya aynı sermaye olarak konulan şirketin ilgili halka açık şirketle doğrudan ya da dolaylı ilişkisini ve Kurulca istenebilecek diğer bilgileri, en geç söz konusu

işlemleri takip eden işgünü, İMKB bülteninde ilan edilmek üzere Borsa'ya bildirmelerinin zorunlu olduğu ifade edilmektedir.

Bu hükümden hareketle, halka açık anonim şirketler tarafından Seri:I, No:26 Tebliği çerçevesinde gerçekleştirilen bölünme işlemlerinde, aynı sermaye olarak konulan gayrimenkullerin ekspertiz şirketlerince değerlemelerinin yaptırılmasının zorunlu olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

2.3.4. Seri:X, No:16 Sermaye Piyasasında Bağımsız Denetim Hakkında Tebliğ

Seri:X, No:7 “Sermaye Piyasasında Bağımsız Dış Denetleme Hakkında Yönetmelik Hükümlerine Göre Özel Denetlemeye Tabi Ortaklıkların Belirlenmesi Hakkında Tebliğ”de, özel denetlemeye tabi olan kuruluşlar arasında bölünen şirketler sayılmamıştır. Ancak, Seri:X, No:16 Tebliği'nin 19. maddesinde, özel denetim, sermaye piyasası araçlarının halka arzı için Kurul'a başvuru sırasında veya birleşme, bölünme, devir ve tasfiye durumunda bulunan ortaklıklar ile aynı durumdaki sermaye piyasası kurumlarınca düzenlenmiş mali tabloların denetlenmesi olarak ifade edilmiştir. Anılan madde hükmü, bölünme durumunda özel bağımsız denetim yükümlülüğü bulunduğunu göstermektedir.

2.4. DİĞER DÜZENLEMELER

Şirketlerin bölünmesi, yukarıda bahsi geçen düzenlemelerin yanı sıra, biraz sonra değinilecek olan kanunlara ve bazı Bakanlar Kurulu Kararlarına konu olmuştur.

Sigorta ve reasürans şirketlerinin bölünmesi, “sigorta portföyünü kısmen veya tamamen diğer bir sigorta şirketine devretmesi” biçiminde dolaylı olarak Sigorta Murakabe Kanunu'nun 24/I-II. madde hükmünde; tarım satış kooperatiflerinin ve birliklerinin bölünmesi ise, “ayrılma” adı ile Tarım Satış Kooperatifleri ve Birliklerinin Kuruluşu Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulüne Dair Kanun'un 25 ve 26/d. maddeleri hükmünde doğrudan doğruya öngörölmüş bulunmaktadır. Ancak bu hükümlerde konunun ayrıntılarına girilmemiş; işlemin nasıl yürütüleceği özel hukuk açısından düzenlenmemiş; daha çok, ilgili denetim makamının yetkisinin belirtilmesiyle yetinilmiştir.

Aynı biçimde 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'da özelleştirme programına alınan kuruluşların "birleşme ve bölünmelerinde gerekli düzenlemeleri yapmak" (md. 4/f), bu kuruluşlardan "anonim şirket statüsünde olanların, aktiflerinin bir kısmının satış yoluyla bir başka şirkete devri veya şirkette mevcut aktiflerin bir kısmının aynı sermaye şeklinde konularak yeni şirket kurulması yoluyla bölünmelerine ve/veya yeni bir anonim şirket halinde birleşmelerine" karar vermek (md.20/A), Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'nın yetkileri arasında sayılmıştır.

12.08.1993 tarih ve 93/4789 sayılı Bakanlar Kurulu Kararnamesi uyarınca TEK bölünmek suretiyle, TEAŞ ve TEDAŞ unvanlı iki ayrı iktisadi devlet teşekkülü şeklinde yeniden örgütlenmiştir (Türk.1996:77-79).

Öte yandan, 4605 sayılı Kanunla da bankaların devir, birleşme ve bölünmelerini kolaylaştırmaya yönelik bir takım vergisel kolaylıklar getirilmiştir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ŞİRKET BÖLÜNMELERİNDE ÖZELLİK ARZEDEN HUSUSLAR

3.1. BÖLÜNMEDE TASFİYESİZ İNFİSAH

KVK'nun 38. maddesinde, tam bölünme, diğer bir ifadeyle, bir sermaye şirketinin malvarlığının tamamının mevcut veya kurulacak en az iki sermaye şirketine devredilmesi halinde, bölünen ortaklığın "tasfiyesiz infisah" edeceği ifade edilmektedir. Oysa, TTK'nun 439. maddesi uyarınca anonim şirketler diğer bir şirketle birleşme, bir limited şirket şekline çevrilme veya bir kamu tüzel kişisi tarafından devralınma durumları dışında tasfiye haline girmektedir. Görüldüğü üzere, "tasfiyesiz infisah" ancak yasadaki açıkça öngörülen durumlarda gündeme gelmesi mümkün bulunan istisnai bir uygulama olup, sermaye ortaklığının malvarlığını bölerek mevcut veya kurulacak en az iki sermaye ortaklığına devretmesi bir infisah sebebi olarak öngörülmemiş bulunmaktadır. Buna bağlı olarak, 4684 sayılı Kanunla KVK'nun 38. maddesinde yapılan değişiklikle getirilen, bütün aktif ve pasifini iki veya daha fazla şirkete devreden

şirketin tasfiyesiz infisah etmesinin, TTK'nda yer alan mevcut hükümlere göre mümkün olup olmadığı tartışmaya açık bir konudur.

Tekinalp (2001:10)'e göre bir infisah sebebinin geçerli olabilmesi için onun maddi hukuk kuralları içeren TTK'nda yer alması şart değildir. Çırtlık (2001:177) tarafından ise konuya tam bölünme halinde tasfiyesiz infisah hakkında hüküm bulunmaması açısından bakılmamakla birlikte, bir şirketin tüm varlığının iki veya daha fazla şirket tarafından devralınacağına ilişkin olarak TTK'nda hüküm bulunmaması nedeniyle, tam bölünmenin TTK'na göre yapılmasının mümkün olmadığı öne sürülmektedir. Yine aynı şekilde, bölünmek suretiyle yeniden yapılanma niyetinde olan bir şirkete verdiği mütalaasında Teoman (2000:91), bölünme ya da ayrılmanın gerçekleşebilmesinin vazgeçilmez nitelikteki önkoşulunun, bölünmesi söz konusu olan anonim ortaklığın sona ermesine rağmen tasfiye edilmemesi, başka bir söyleyiş ile, tasfiyesiz infisahın hukuken mümkün ve geçerli olması olduğunu, Türk Hukuku'nda - TTK'nda yer alan tasfiyesiz infisah halleri sayılarak- bölünme ve ayrılma açısından tasfiyesiz infisah düzenlenmediği için iki ana gruba bölünmesi düşünülen söz konusu şirketin, tüm pay sahiplerinin bu bölünmeyi onaylamaları halinde bile malvarlığının devrinin mümkün olmadığını ifade etmiştir.¹⁰

Bilindiği üzere, birleşmeye ilişkin olarak TTK'nda hükümler yer almaktadır. Devralma suretiyle birleşmeye birtakım benzer özellikler taşıyan tam bölünme için de bu hükümler çerçevesinde işlem yapılabileceği, doğal olarak tam bölünme halinde de bölünen şirketin tasfiyesiz infisah edebileceği öne sürülebilir. Benzer şekilde, kısmi bölünmenin de TTK'ndaki aynı sermayeye ilişkin esaslara tabi olduğu söylenebilir. Ancak, bu hususlar bölünmeye ilişkin olarak tam anlamıyla bir düzenleme yapıncaya kadar tartışmaya açık konular olacaktır.

Şirketlerin yeniden yapılanmalarının önemli araçlarından olan bölünme müessesesinin uygulanabilirliğine yönelik herhangi bir tartışmaya meydan vermemek için, bölünmeye ilişkin esasların TTK'nda düzenlenmesi gerektiği açıktır. Zira,

¹⁰ Bölünme hakkında hüküm bulunmamasının TTK çerçevesindeki işlemlerin yapılma imkanını ortadan kaldırdığına ilişkin olarak bkz. Özbacı (2001:13).

şirketlerin birleşmeleri gibi bölünmeleri de ticari hayatta önemli sonuçlar doğuran olaylardır. Hukuk düzeninde tasfiyesiz bölünme ve külli halefiyet yoluyla şirket malvarlığının birden fazla şirkete devri olanağı tanınmadığı takdirde, aynı amaca ulaşmak için bölünmesi istenen şirket tasfiye edilecek, dolayısıyla işlem daha uzun bir prosedüre tabi olacak ve sonuç olarak bu işlemde genel anlamda ülke ekonomisi zarar görecektir (DPT.1995:61).

3.2. BÖLÜNMEDE KÜLLİ HALEFİYET

Bölünmenin en önemli sonucunun, bölünen ve böylece sona eren şirket malvarlığının tasfiye edilmeksizin külli halefiyet yoluyla devralan veya yeni kurulan şirketlere geçmesi olduğu ifade edilebilir (Türk.1996:79). Altıncı Konsey Direktifi'nde bölünmenin hukuki sonuçları şöyle yer almıştır:

-Bölünen şirketin bütün hak ve borçları, gerek bölünen ve devralan şirketler, gerek üçüncü şahıslar açısından, bölünme koşulları taslağında öngörülen dağıtım esaslarına uygun olarak devralan şirketlere geçer;

-Bölünen şirketin pay sahipleri bölünme koşulları taslağında öngörülen biçimde devralan bir veya daha çok şirkette pay sahibi olurlar;

-Bölünen şirket sona erer (md.17).

Külli halefiyetin mümkün olduğu durumlar açıkça yasada sayılmıştır. Örneğin, TTK'nun 151. maddesine göre birleşme sözleşmesinin kesinleşmesi ile kalan yahut yeni kurulan şirket, ortadan kalkan şirketin yerine geçer. Bunun sonucu olarak, ortadan kalkan şirketin bütün hak ve borçları devralan şirkete kendiliğinden topluca intikal eder ve devralan ortaklık devrolan ortaklığın halefi olur. Külli halefiyet, devir konusu malvarlığı veya işletmeyi bütünüyle kavrayan, bu malvarlığı veya işletmeyi içerdiği bütün haklar ve borçlar itibarıyla bir hukuk öznesinin yerini başka bir hukuk öznesi veya öznelere alması sonucunu doğuran bir toplu intikal biçimi olarak tanımlanabilir (Türk.1996:85).

Mevcut yasa hükümleri çerçevesinde, her ne kadar tartışmaya açık bir konu olsa da, tam bölünme işleminin tasfiyesiz olarak gerçekleşmesinin mümkün olduğunu varsaysak bile, tam bölünme için külli halefiyet durumunun düzenlenmemiş olması

başka bir sorun olarak karşımıza çıkacaktır. Malvarlığının kendiliğinden bir bütün halinde geçişi mümkün olmayacak; her bir varlık ve borç kendine özgü devir şekilleri çerçevesinde devralan şirketlere geçecektir. Alacaklarda temlik, borçlarda borcun nakli, taşınırlarda teslim, taşınmazlarda tescil gibi devir usullerine uyulması gerekecektir. Şüphesiz, böyle bir devir malvarlığı geçişinin daha uzun sürmesi anlamına gelecek, hatta bazı durumlarda örneğin borcun naklinde karşı tarafın muvafakatının alınamaması gibi çeşitli sorunlarla karşılaşılmasına neden olabilecektir.

3.3. BÖLÜNMEDE BORÇLARDAN SORUMLULUK

Daha önce de ifade edildiği üzere, gerek tam bölünme gerekse de kısmi bölünme halinde bölünen şirketin varlıklarını devralan şirketler, bölünen şirketin bölünme tarihine kadar tahakkuk etmiş ve edecek vergi borçlarından müteselsilen sorumludurlar. Benzer şekilde, amme alacaklarının tahsilinde de, tam ve kısmi bölünme itibariyle herhangi bir ayırım yapılmadan bölünme halinde, bölünen kurumun varlıklarını devralan kurumlar, bölünen şirketin yerine geçmektedir. Kamu, bölünme halinde vergi ve diğer alacaklarının tahsili konusunda kendisine yeterli korumayı sağlamaya çalışmıştır. Öte yandan, bölünen şirketin diğer borçlarından devralan şirketlerin sorumluluğu hakkında bir düzenleme yapılmamıştır.

Altıncı Konsey Direktifi, bölünen şirketin borçlarından devralan mevcut veya yeni kurulan şirketlerin sorumlu olmaları konusunda AB üyesi devletlere çeşitli seçenekler sunmuştur. Bunlar, doğrudan doğruya veya ikinci derecede sorumluluk ile sorumluluğun direkt olarak borcun devredildiği şirket hariç olmak üzere devralınan net aktif değer ile sınırlandırılmasıdır (md.12). Bunun yanı sıra, Fransız hukukunda devralan mevcut veya yeni kurulan şirketler, bölünen şirketin borçlarından müteselsilen sorumludurlar (Ticaret Şirketleri Kanunu md.385).

BK'nun 179 ve 180. maddelerinde bir malvarlığı veya işletmeyi devreden kişinin devralanla birlikte iki yıl boyunca müteselsil sorumlu kalması öngörülmüştür. Açıkça görülmektedir ki, bu düzenlemeler, malvarlığı veya işletmesini devreden kişinin bu süre boyunca varlığını sürdüreceği varsayımına dayanmaktadır (Türk.1996:86). Bu çerçevede, şirketin ekonomik ve hukuki varlığını koruduğu kısmi bölünmede, bölünen

şirketin borçlarından dolayı devralan şirketler iki yıl boyunca müteselsil sorumlu tutulabilirler.¹¹

Alacaklıların haklarının korunması bakımından yararı inkar edilemez olmakla birlikte, kısmi bölünmede malvarlığının sadece bir bölümünü devraldığı şirketin bütün borçlarından devralan şirketin müteselsil sorumlu tutulması tartışılabilir bir noktadır. Görüşümüze göre, sorumluluğunun devralınan net aktif değerle sınırlı tutulması veya ikinci derece sorumluluk öngörülmesi daha uygun bir yöntem olacaktır.

Tam bölünmeye gelindiğinde ise, bölünen şirketin varlığının ortadan kalkması nedeniyle, borçlardan sorumluluk bakımından BK'nun 179 ve 180. maddelerinin uygulanması olanağının bulunmadığı görülecektir. Bu da, mevcut hükümler çerçevesinde tamamıyla bölünen bir şirketin borçlarından kimin ne kadar sorumlu olduğu hususunda bir boşluk bulunduğunu göstermektedir.

3.4. MALVARLIĞININ BAĞIMSIZLIĞI İLKESİ

Bütün ticaret ortaklıkları, dolayısıyla sermaye ortaklıkları tüzel kişiliği haiz olup, malvarlıkları, ortaklarının malvarlıklarından bağımsızdır. Aktif yaşamı ve hukuki varlığını sürdürdüğü müddetçe her türlü hukuki işlemin ve sözleşmenin tarafı bizzat ortaklığın kendisidir. Her ne kadar bir anonim ortaklıkta pay sahipleri ortaklık malvarlığının “ekonomik malikleri” iseler de, şirket fesih ya da infisah gibi bir nedenle son bulup, tasfiye olunduğu takdirde tasfiye artığından yararlanmak suretiyle kendilerine düşen payı alabilmek dışında bu mülkiyet hakkını yaşayan bir şirkette tüzel kişiye karşı ileri sürmek olanağına sahip değildirler.

Bu gerekçelerle Teoman (1997:112-113)'a göre bir kısım malvarlığını başka bir şirkete devreden şirketin pay sahiplerinin, devir bedelinin kendilerine ödenmesini isteyemeyecekleri gibi, devralan şirketin hisselerinin de kendilerine verilmesi mümkün bulunmamaktadır.

Bölünmenin en önemli unsurlarından birisi de bölünen şirketin ortaklarına malvarlığı devri karşılığında devralan şirketin paylarının verilecek olmasıdır. Aynı

¹¹ BK'nun 179-180.maddelerinin, aktiflerin sadece bir bölümünün devri halinde de uygulanamayacağı (Teoman.2000:92) tarafından tartışılmıştır.

durum şirket birleşmeleri için de geçerlidir. Ancak, şirket birleşmelerinde devrolunan şirketlerin ortaklarına devralan şirketin ortaklık paylarının verileceği TTK'nda açıkça düzenlenmiş olduğu, diğer bir deyimle, birleşme halinde ortakların şirket malvarlığı üzerinde hak iddia edebilme olanağı yasayla tanınmış olduğu için herhangi bir sorunla karşılaşılmayacaktır. Sonuçta birleşmede devrolunan şirket tasfiyesiz olarak sona ermektedir.

Tam bölünme, devralma yoluyla birleşmeye paralel özellikler gösteren bir işlemdir. KVK ile bölünen şirketler için tasfiyesiz infisah olanağı getirildiği için, mevcut durumda TTK'nun birleşmeye ilişkin hükümlerinde yer aldığı üzere karşılığı oluşturan iştirak hisselerinin devreden, yani bölünen ortaklığın pay sahiplerine verilmesi mümkün olacaktır (Tekinalp.2001:10-11).¹²

Bununla beraber, malvarlığının bir kısmının başka bir şirkete aynı sermaye olarak konulması karşılığında, aynı sermaye konulan şirketin ortaklık paylarının bölünen şirketin ortaklarına verilebilmesi yeni bir kavram olup, TTK'nda buna ilişkin olarak emsal alınabilecek bir hüküm bulunmamaktadır. Bu da, ortaklığa ait bir malvarlığının devredilmesi karşılığında alınan hisselerin ortaklara verilmesinin TTK'na göre mümkün olup olmadığı hususunda tereddütlere yol açacaktır.

3.5. KISMİ BÖLÜNMEDE SERMAYENİN AZALTILMASI

Kısmi bölünme, devralan şirketin ortaklık paylarının; şirket bünyesinde kalması veya ortaklara verilmesi suretiyle iki şekilde gerçekleştirilebilir. Birinci tür kısmi bölünmede alınan ortaklık payları, bölünen şirket tarafından finansal duran varlıklar hesabına kaydedilir. Bu tür bölünmede, bir varlık çıkışı başka bir varlık girişi ile dengelendiği için sermaye azaltımına gidilmesi söz konusu değildir. Oysa, ikinci türde ortaklık malvarlığında bir eksilme olduğu için sermaye azaltımı zorunludur.

Esas sermayenin azaltılması, bilançodaki esas sermaye kaleminin nominal olarak indirilmesi sonucunu doğuran bir işlemdir (Poroy;Tekinalp;Çamoğlu.1997:687). Esas sermayenin azaltılmasına ilişkin esaslar TTK'nun 396-398. maddelerinde

¹² Hatırlatmakta fayda var ki, Tekinalp (2001:10)'e göre infisah sebebinin geçerli olabilmesi için onun maddi hukuk kuralları içeren TTK'nda yer alması şart değildir .

öngörölmüştür. Kanun alacaklıların haklarının korunması bakımından sermayenin azaltılması işleminde bazı hükümlere gerek görmüştür. Anılan işlem esas itibariyle bir ana sözleşme değişikliğidir. Bu nedenle ana sözleşme değişikliğine ilişkin usule ve kurallara tabidir. Halka açık anonim şirketler, örneğin, bu değişiklik için Kurul'dan izin almak zorundadırlar.

Alacaklıların güvence altına alınması kapsamında, mahkemece tayin edilecek üç bilirkişi tarafından hazırlanacak bir raporla, esas sermayenin azaltılmasına rağmen alacaklıların haklarını karşılayacak miktarda aktif mevcut olduğu tespit edilmelidir.¹³ Öngörülen bu denetim mekanizması halka açık anonim ortaklıklarda, küçük pay sahiplerinin haklarının korunması amacına da hizmet edecektir. Ortaklığın önemli varlık unsurlarının devredilerek, borçlarını karşılamayacak bir duruma getirilmesi ve zarara uğratılması önlenilebilecektir. Nitekim, yeterli aktifin bulunduğu tespit edilmedikçe genel kurul tarafından sermaye azaltımı karara bağlanamamaktadır.

Genel kurul kararı alındıktan sonra, yönetim kurulu bu kararı TTSG ve ayrıca esas sözleşmede belirtilen şekilde üç defa ilan eder. Şirketçe bilinen alacaklılara ayrıca çağrı mektupları gönderilir. TTSG'nde yapılan ilanda, üçüncü ilandan itibaren iki ay içinde alacaklıların alacaklarını beyan ederek, ödeme veya tazminat istemeleri gerektiği bildirilir. Esas sermaye ancak alacaklılara verilen sürenin sona ermesinden ve beyan edilen alacakların ödenmesinden veya temininden sonra fiilen azaltılabilir.

TTK'nun 396 ve 397. maddelerinde yazılı şartlara uyulduğunu gösteren belgeler ibraz edilmedikçe esas sermayenin azaltılmasına dair karar ve sermayenin gerçekten azaltılmış olması keyfiyeti ticaret siciline kayıt olunamaz.

3.6. BÖLÜNME PROSEDÜRÜ

3.6.1. Bölünme İşlemi Tarafları Arasında Görüşmeler ve Bu Konuda Anlaşmaya Varılması

Bölünme işleminin başlaması, doğal olarak bölünme taraflarının arasında görüşmeler yapılması ve bu konuda anlaşmaya varılmasına bağlıdır. Tabii ki, malvarlığı

¹³ Bilirkişilerin hangi değerlendirme ölçülerini uygulayacakları tartışmalıdır. Poroy;Tekinalp;Çamoğlu (1997:692)'na göre burada tasfiye değeri esas alınamaz.

devrinin yeni kurulacak şirketlere yapılmasının planlanması durumunda, böyle bir süreç söz konusu olmayacaktır.

3.6.2. Yetkili Organların Ön Kararları

Bölünme işlemlerine başlanabilmesi için yönetim kurulunun karar alması yeterli olmakla birlikte, istenildiği takdirde genel kurul bölünme işlemlerinin yürütülmesi, bölünme sözleşmesinin hazırlanması gibi hususlarda kendisi karar alabilir veya bu hususların yerine getirilmesi için yönetim kurulunu yetkilendirebilir.

3.6.3. Bölünme Sözleşmesi veya Planı

Bir ortaklığın bölünme yoluyla, malvarlığı unsurlarının mevcut ortaklıklara devri halinde bölünme sözleşmesinden, yeni kurulacak ortaklıklara devri halinde bölünme planından söz edilebilir. TTK Tasarısı'nda her iki kavram da öngörülmüş bulunmaktadır.

Birleşme sözleşmesi, yeni kurulacak veya bünyesinde birleşmenin gerçekleşeceği ortaklığın yapısı ile malvarlığı devrini ve payların değişimini içeren bir borçlanma, tasarruf ve örgütlenme sözleşmesi olup, malvarlığının geçişine ilişkin hukuki temeli oluşturmaktadır (Poroy;Tekinalp;Çamoğlu.1997:109). Bölünme sözleşmesinin de aynı hukuki niteliği taşıyacağı kuşkusuzdur. Yine aynı şekilde her ikisi de hem aynı hem de borçlar hukuku ve eşya hukukuna ilişkin unsurları içermektedir.¹⁴

Kısmi bölünme halinde bölünme sözleşmesi veya bölünme planının söz konusu olmayacağı düşünülmektedir. Bu sonuca, aynı sermayeye ilişkin mevcut hükümler emsal alınarak ulaşılmıştır. Tam bölünme için de bölünme sözleşmesi veya bölünme planı öngörülmemiş olmakla birlikte, her zaman ki gibi, birleşme hükümleri teşmil edilerek düzenlenmeleri gerektiği söylenebilir.

AB hukukuna bakıldığında, bölünmeye katılan şirketlerin yönetim organlarının yazılı bir bölünme koşulları tasarısı hazırlamak zorunda oldukları görülmektedir (md.3). Bu tasarı en az;

1)Bölünmeye katılan şirketlerin nev'ileri, ticaret unvanları ve kanuni merkezlerini,

¹⁴ Birleşme sözleşmesinin hukuki niteliği için bkz.(Poroy;Tekinalp;Çamoğlu.1997:109).

- 2) Pay değişim oranı ile gerektiğinde ödenecek olan nakit miktarını;
 - 3) Devralan şirketlere ait payların dağıtımına ilişkin esasları;
 - 4) Bu payların sahiplerinin hangi tarihten itibaren kardan pay alma hakkı kazanacakları ile bu hakkı etkileyen özel koşulları,
 - 5) Bölünen şirketin işlemlerinin muhasebe açısından hangi tarihten itibaren devralan şirketler tarafından yapılmış sayılacağını,
 - 6) Devralan şirketler tarafından imtiyazlı pay sahipleri ve diğer menkul kıymet sahiplerine tanınan hakları,
 - 7) Bölünmeye katılan şirketlerin yönetim, gözetim ve denetim organları üyeleri ile bilirkişilere sağlanacak özel hakları,
 - 8) Devralan her bir şirkete devredilecek aktif ve pasif malvarlığının dağıtımı ile açık tanımını,
 - 9) Devralan şirket paylarının bölünen şirketin ortaklarına dağıtımı ve bu dağıtımın dayandığı ilkeleri;
- içermek zorundadır.

Bölünme sözleşmesi ve bölünme planında yer alması gereken asgari unsurlar ile bunların şekil şartlarının yasada öngörülmesi gerektiği açıktır. Altıncı Konsey Direktifinin yukarıda yer alan hükümleri örnek alınarak böyle bir düzenlemeye gidilebilir.

3.6.4. Bilirkişi İncelemesi ve Değer Tespiti

TTK'nun aynı sermaye konulması ile sermaye azaltılmasına ilişkin mevcut hükümleri çerçevesinde, devralınan ortaklık paylarının ortaklık bünyesinde kalması veya ortaklara verilmesi şeklinde gerçekleşen kısmi bölünme işlemlerinde aynı sermaye olarak konulacak varlıkların değerinin tespit edilmesi gerekmektedir. Bu değer tespiti TTK'nun 289/2, 293 ve 303. maddeleri uyarınca genel kurul tarafından veya mahkemece tayin edilen bilirkişiler tarafından yapılacaktır. STB'nın 1995/1 Tebliği'ne göre de, paradan başka sermaye olarak konulan her türlü hak ve malların değerinin TTK'nun 303. maddesi uyarınca mahkemece atanacak bilirkişi tarafından tespit edilmesi gerekmektedir.

Devralan şirketin ortaklık paylarının ortaklara verildiği, dolayısıyla sermaye azaltımı gerektiren kısmi bölünme halinde ayrıca, daha önce de değinildiği üzere mahkemece tayin edilecek üç bilirkişi tarafından esas sermayenin azaltılmasına rağmen alacaklıların haklarını karşılayacak miktarda aktif mevcut olduğu tespitinin yapılması zorunlu bulunmaktadır.

Diğer taraftan, hisse senetleri Borsa'da işlem gören ortaklıkların kendi gayrimenkullerini başka bir şirkete aynı sermaye olarak koymaları halinde, bu gayrimenkullerin, Kurul'ca belirlenen ekspertiz şirketlerine değerlemelerinin yaptırılması şarttır. Bütün bunların ışığında, sermaye azaltımı suretiyle kısmi bölünmek isteyen, hisse senetleri Borsa'da işlem gören bir şirketin üç farklı değerlendirme yaptırmaya gibi bir durum ortaya çıkmaktadır. Mahkemece atanacak bilirkişilerin Kurul'ca belirlenen ekspertiz şirketlerinden birisi olması ve bilirkişilerin aynı raporda hem aynı sermaye olarak konulacak varlıklarının değer tespitini hem de alacaklıların haklarını karşılayacak miktarda aktif kaldığının tespitini yapmaları daha mantıklı bir yol olarak görülmektedir.

TTK'nun genel olarak birleşmeye ilişkin hükümleri emsal alınarak, tam bölünme halinde bölünme işlemine taraf ortaklıkların özsermayelerinin, devralacak şirketlerin yapmaları gereken sermaye artırımının ve değiş-tokuş oranının tespitinin mahkemece tayin edilen bilirkişi tarafından yapılmasının şart olduğu söylenebilir.¹⁵

Altıncı Konsey Direktifi'nin 8. maddesi bölünme işlemine taraf şirketlerin her biri için adlarına, ancak onlardan bağımsız hareket eden, mahkeme veya idari bir birim tarafından bir veya daha fazla bilirkişiler atanmasını veya onaylanmasını gerekli görmektedir. Anılan bilirkişi ya da bilirkişiler pay sahiplerine yönelik olarak bölünme tasarısı hakkında rapor düzenlemek durumundadırlar (md.8). Bu düzenleme ile bilirkişiler için öngörülenin, değerlemeyi gerçekleştirmek ve değiş-tokuş oranını bizzat

¹⁵ KHK/559 ile TTK md 299'un kaldırılması nedeniyle anonim ortaklıklarda değerlemenin mahkemece incelenmesinin asıl dayanağı ortadan kalkmıştır. Ancak TTK md. 150/3, 293/c.3 ve 303/2 c.2 hükümlerine göre mahkeme incelemesinin birleşme için devam ettiği savunulmaktadır. Bkz. (Tekinalp;Poroy;Çamoğlu. 1997,107).

tespit etmek yerine, yönetim kurulu tarafından yerine getirilen bu hususların denetlenmesi ve bu konuda ortakların bilgilendirilmesi olduğu görülmektedir.

3.6.5. Bölünmeye Esas Alınacak Bilanço

TTK'nun 149. maddesinde, birleşen şirketlerin her birinin, aynı esaslara göre, tek örnek bilançolarını düzenlemeleri ve bunları ilan etmeleri gerektiği hükme bağlanmıştır. Tek örnek bilançonun, ortaklara, alacaklılara ve dış denetimi yapacak olan bilirkişilere sağlayacağı kolaylıklar düşünüldüğünde bu hükmün, bölünen ve devralan ortaklıklara da teşmil edilerek korunması gereği ortaya çıkacaktır (Odman.1997:53). Bölünmeye esas alınacak bilançonun şirketin son durumunu yansıtması gerektiği açıktır. Bölünme bilançosu tarihi ile bölünmenin onaylandığı genel kurul tarihi arasındaki sürenin değerlendirilmesi önemli ölçüde değişmesine yol açacak işlemlere yer vermemek bakımından kısa tutulmasında fayda vardır.

Halka açık anonim ortaklıkların, bölünme işlemine esas olan mali tablolarının özel bağımsız denetime tabi tutulması şarttır. SPK'nun Seri:X, No:16 Tebliği'nin 19. maddesi, özel denetimde denetlenecek mali tabloların bağımsız denetim çalışmasının başladığı ay sonu itibarıyla hazırlanmış olmasının esas olduğunu, ancak bölünmeye ilişkin genel kurul toplantı tarihinden önceki üç ay içinde yer alan bir tarih itibarıyla çıkarılmış olan mali tabloların da özel denetime tabi olabileceğini hükme bağlamıştır. Anılan madde hükmü genel kurul toplantı tarihi ile bölünmeye esas alınacak mali tablo tarihleri arasında en fazla üç aylık bir sürenin bulunabileceğini öngörmüştür.

3.6.6. Bölünmenin Yetkili Organlarca Onaylanması

Bölünme işleminin aşamalarından bir diğeri de, bölünme işlemine katılan şirketlerin genel kurullarında bölünme işleminin onaylanmasıdır. Tam bölünme halinde genel kurulca karara bağlanacak hususlar şunlardır: Bölünme sözleşmesi veya planının onaylanması, bölünen ortaklık için devrolma ve bu surette son bulma, devralan eğer mevcut şirket ise sermaye artırımı kararı alınması.

Kısmi bölünme halinde ise aktif varlığının bir kısmının tahsis edilerek mevcut veya yeni kurulacak bir şirkete aynı sermaye olarak konulması kararının alınması

gerekmektedir. Sermaye azaltımının gerekmesi durumunda, azaltımın ne tarzda yapılacağına da karara bağlanması gerekir.

Bölünen şirketin yönetimi ve bilirkişiler tarafından hazırlanan tüm belgelerin bölünme işlemine karar verilmeden önce ortakların incelemesine sunulmuş olması gereklidir (Odman.1997:54).

TTK'nun 321. maddesi uyarınca temsile yetkili olanlar, şirketin maksat ve mevzuuna dahil olan her nevi işleri ve hukuki muameleleri şirket adına yapma hakkını haizdirler. TTK'nun 317. maddesi uyarınca ise anonim şirkette temsil ve idare yetkisi yönetim kurulundadır. Diğer bir ifadeyle, anonim şirketlerde ortaklık adına karar alınması, ortaklığın iradesinin ifade edilmesi yetkisi ilke olarak yönetim kuruluna aittir. Bununla birlikte temel olarak nitelendirilen bazı işlemlerde yönetim ya da karar alma yetkisi şirketin üst organı niteliğindeki genel kuruldadır. Temel işlemler ise, sadece işletme konusu ile ilgili değil, anonim ortaklığın doğrudan kendisi ile ilgili işlemlerdir (Teoman.2000:95). Tam bölünme işleminin şirketin infisahını gerektirdiği için temel işlemler arasında yer aldığı konusunda şüphe yoktur. Kısmi bölünme halinde ise yönetim kurulu tarafından karar alınmasının yeterli olduğu ileri sürülebilir. Ancak, burada devredilecek malvarlığı unsurunun niteliği önem kazanmaktadır. Şirket için önem taşıyan, aktif toplamının büyük bir kısmını oluşturan veya ortaklığın faaliyetlerini etkileyecek malvarlığı unsurlarının başka şirketlere devrinin temel işlem niteliğinde olduğu söylenebilir. Böyle bir durumda genel kurul tarafından karar alınması gerekecektir.

Altıncı Konsey Direktifi'ne göre bölünme işlemine katılan şirketlerin genel kurullarınca bölünme işleminin onaylanması esas olmakla birlikte, ortakların yeterli derecede bilgilendirilmesi ile azınlık haklarının kullanılmasına yönelik bazı özel şartların varlığı halinde genel kurul onayı zorunluluğu kaldırılabilir.

Bölünmeyle ilgili karar almak üzere yapılacak genel kurul toplantılarında, devir ve birleşme işlemlerinde olduğu gibi, TTK'nun 388. maddesinin üçüncü maddesindeki toplantı nisapları uygulanmalıdır. Öte yandan, halka açık anonim ortaklıkların bölünme

işlemlerinde esas sözleşmede aksine bir hüküm yoksa, TTK'nun 372. maddesindeki nisapların uygulanma imkanı bulunmaktadır.

3.6.7. Yetkili Makamlardan İzin Alınması

SPK'nun Seri:I, No:26 Tebliği'nin 11. maddesine göre, yeni kurulacak ortaklık veya ortaklıkların ortakları arasındaki sermaye dağılımı halka açık ortaklığın sermaye dağılımından farklı ise yetkili organlarca bölünmeye ilişkin karar alınmadan önce Kurul'dan izin alınması zorunludur. Bu, sermaye dağılımının aynı olması halinde ön izin alınmasına gerek olmadığı anlamına gelmektedir.

Anılan madde hükmüne göre gerçekleştirilen bölünme işlemlerinde, yeni kurulacak ortaklık veya ortaklıkların hisse senetlerinin Kurul kaydına alınması da diğer bir gereklilik olarak karşımıza çıkmaktadır.

Kurul düzenlemeleriyle ilgili diğer bir husus ise malvarlığı unsurlarını devralan şirketlerin mevcut şirketler olması halinin düzenlenmemiş olmasıdır. Nitelik ve öz itibarıyla aynı olmakla birlikte devralan tarafın mevcut veya yeni kurulacak bir şirket olması durumları Kurul tarafından farklı uygulamaya tabi tutulmaktadır.

Yeni kurulacak ortaklık veya ortaklıkların esas sözleşmeleri ile sermaye azaltılmasında esas sözleşme değişikliği de Kurul tarafından onaylanması gereken işlemlerdir. Bunlar için STB'ndan da izin alınması gerektiği tabiidir.

3.6.8. Ticaret Siciline Tescil ve İlan

Bölünme genel kurulda onaylanınca bölünme kararı ve devralınan şirketin infisahı tescil ve ilan edilir. Kısmi bölünme sebebiyle devrolunan ortaklığın sermayesinin azaltılması gerekiyorsa buna ilişkin esas sözleşme değişikliğinin de tescil ve ilan ettirilmesi gerekir.

3.7. HALKA AÇIK ANONİM ORTAKLIKLARDA BÖLÜNME

3.7.1. Ortakların Haklarının Korunması

4684 sayılı Kanunla getirilen tam ve kısmi bölünme müesseselerinde, ortaklık paylarının korunması ilke olarak kabul edilmiştir. Bu, devralan şirketlerin ortaklık paylarının bölünen şirketin ortaklarına verilmesi olarak kendisini göstermektedir. Bölünen ve devralan şirketlerin varlıklarının gerçek değerleri belirlenerek ortakların

haklarını koruyucu adil bir değişim oranının tespit edilmesi payların gerçek anlamda korunmasının temelini teşkil eder.

Kurul düzenlemelerinde benzer şekilde, kısmi bölünme niteliğindeki işlemlerde, halka açık anonim şirketin ortaklık yapısının devralan yeni kurulacak şirketlerde devam etmesi öngörülmüştür. Küçük ortakların hak kaybına uğramaması açısından yararlı bir uygulama olmakla birlikte, devralan şirketin sermaye payının şirkette iştirak olarak kalmasının da mümkün olabileceği düşünülmektedir. Çünkü, ortakların söz konusu işlemle dolaylı olarak malvarlığı üzerindeki haklarının devam ettiği söylenebilmektedir.

Diğer taraftan, halka açık bir anonim ortaklığın tam bölünme suretiyle malvarlığının birden fazla mevcut veya kurulacak şirkete devri halinde, sermaye dağılımı aynı kalsa bile mevcut küçük pay sahipleri bakımından çeşitli hak kayıpları olabilecektir. Sermaye dağılımının aynı kalmasının kendisi bile bazen bir sorun oluşturabilecektir. Farklı ihtiyaç ve tercihlere sahip olan ortaklar yeni bir yönetim, tercihlerine uymayan faaliyet alanı gibi nedenlerle devralan şirkette pay sahipliklerini devam ettirmek istemeyebileceklerdir. Ayrıca, hisse senetleri Borsa'da işlem gören şirketlerin bölünmesi sonucunda, malvarlıklarını devralan mevcut veya yeni kurulacak şirketlerin hisse senetleri Borsa'da işlem görmediği takdirde, küçük ortaklar likidite sorunu ile karşılaşacaktır. Zira, ellerinde bulunan hisse senetlerini satabilecekleri organize bir piyasa bulamayacaklardır. Bunun, küçük ortaklar bakımından önemli bir hak kaybı oluşturduğu açıktır. Yabancı hukuk sistemlerinde olduğu gibi, ortaklara paylarını gerçek değerine eşit bir bedel karşılığında satarak ortaklıktan ayrılma hakkının tanınması böyle bir durumda çözüm olabilir.

Ortakları zarara uğratabilecek işlemlerden birisi de bölünme suretiyle şirketin önemli varlıklarının başka şirketlere aktarılarak şirketin ve dolayısıyla küçük ortakların zarara uğratılmasıdır. Bu ve bunun gibi diğer sorunlar, ortakların bölünme işleminin bütünü hakkında tam olarak bilgilendirilmesinin ne kadar büyük bir önem taşıdığını bize göstermektedir. Nitekim, Altıncı Konsey Direktifi'nde, bütün pay sahiplerinin genel kurul toplantısından en az bir ay önce bölünme koşulları tasarısını, bölünmeye katılan şirketlerin son üç yıllık hesapları ile mali raporlarını, bölünmeye katılan şirketlerin

yönetim organlarınca bölünme koşulları tasarısı ile bölünmenin ekonomik ve mali gerekçelerini açıklamak üzere hazırladıkları raporlar ile bilirkişi raporlarını inceleme hakkına sahip oldukları hüküm altına alınmıştır.

TTK'nda böyle bir düzenlemenin yapılması gerektiği, ek olarak bu düzenlemenin, halka açık anonim şirketlerin pay sahiplerinin bölünme işleminde yeterince aydınlatılmalarını teminen SPKn'nda yer alacak hükümlerle desteklenmesi gerektiği aşıkardır.

3.7.2. Nev'ilerin Aynı Olması

TTK'nun 147. maddesi uyarınca, birleşme yalnız nev'ileri aynı olan şirketler arasında mümkün kılınmıştır. Halbuki, 4684 sayılı Kanun bölünen ve devralan şirketlerin sermaye şirketi olmasını öngörmüş, ancak nev'ilerin aynı olması koşulunu aramamıştır.

Çeşitli ekonomik gerekçelerle, farklı nev'ideki ortaklıkların mal varlıklarını farklı bir sistem içerisinde yapılandırmaları gerekli ve uygun olabilir (Odman.1997:48). Bu nedenle, bölünme taraflarının farklı nev'iden olabilmeleri yerinde bir düzenleme olmuştur.

Ancak, halka açık anonim şirketlerin Kurul düzenlemelerinde öngörülen şekilde bölünmeleri sonucunda kurulacak yeni ortaklıkların hisse senetlerinin Kurul kaydına alınması zorunluluğunun bulunması, bu şirketlerin de anonim şirket nev'inden olması gerektiği anlamına gelmektedir.

3.7.3. Sermaye Artırımının Niteliği

Şüphesiz ki, halka açık anonim ortaklıklar da bölünme işleminde devralan taraf olarak yer alabileceklerdir. Bu duruma yönelik herhangi bir hüküm bulunmamakla birlikte, bir sermaye artırımı söz konusu olacağı için bölünme nedeniyle ihraç edilecek hisse senetlerinin Kurul'a kaydettirilmesi gerekecektir.

Bölünme nedeniyle yapılacak bu sermaye artırımının karşılığını tıpkı birleşme nedeniyle yapılan sermaye artırımında olduğu gibi devralanan ya da bölünen şirketin malvarlığı oluşturduğundan, artırılan kısım için para ödenmesi söz konusu olmayıp artırım aynidir (Poroy;Tekinalp;Çamoğlu.1997:102). Bu durumda SPKn'nun 7/3.

maddesinde hüküm altına alınan tam ve nakden ödeme ilkesinin gerçekleştirildiği hususunda şüpheye düşülmektedir. Sönmez (2000:31) tarafından ifade edildiği üzere, birleşme nedeniyle yapılacak sermaye artırımının karşılığının aynı olması birleşmenin kanun gereği mahiyetinden doğmakta olup, tam ve nakden ödeme ilkesine bir istisna getirilmiş olmaktadır. Benzer nitelikteki, tam bölünme nedeniyle yapılan sermaye artımı için de aynı sonuca ulaşmak kaçınılmazdır. Bununla birlikte, kısmi bölünme için aynı şeyi söylemek mümkün olmayacaktır. Çünkü, burada yasa hükmünde de ifade edildiği üzere doğrudan doğruya aynı sermaye konulması durumu mevcuttur. Dolayısıyla halka açık anonim ortaklıklara tam ve nakden ödeme ilkesine aykırılık teşkil edeceği için, kısmi bölünme yolu ile sermaye konulması mümkün değildir.

Yasa ayın karşılığı paylar için devir yasağı öngörmüştür. TTK'nun 404. maddesi uyarınca ayın karşılığı olan payların anonim ortaklığın tescilinden başlayarak iki yıl geçmeden devirleri geçersizdir. Anılan hükmün bölünme hallerinde uygulanıp uygulanmayacağı önemli bir soru olarak karşımıza çıkmaktadır. Ortaklıkların birleşmesinde de aynı durum mevcuttur. Birleşme halinde ekonomik ve hukuki ayniyet gereği TTK'nun 404. maddesi uygulanmamalıdır (Eriş.1995:624).¹⁶ Bundan yola çıkarak tam bölünme halinde de anılan hükmün uygulanmayacağını söyleyebiliriz. Kısmi bölünme halinde ise sermaye artırımında doğrudan aynı sermaye konulması ve sermaye artırımının da anonim ortaklıkların kuruluş hükümlerine tabi olmasından (Eriş.1995:623) hareketle devir yasağı bulunduğu kanaatine ulaşılmıştır.

3.7.4. Kayıtlı Sermaye Tavanının Aşılması Sorunu

Seri:IV, No:7 “Kayıtlı Sermaye Sistemine İlişkin Esaslar Tebliği”nin 3. maddesinde, yeniden değerlendirme değer artış fonu ve maliyet artış fonunun, Kurul'un 15.05.1997 tarih ve 15/695 sayılı ilke kararında temettüün ve 1996/50 sayılı Haftalık Bülteninde yer alan ilke kararında iştirak hisseleri ile gayrimenkul satış kazançlarının sermayeye ilavesi suretiyle kayıtlı sermaye tavanının aşılabileceği, bu durumda çıkarılmış sermayenin yeni kayıtlı sermaye tavanı olarak tescil edileceği hükme bağlanmıştır.

¹⁶ Konu hakkında ayrıca bkz. (Domaniç.1998: 1108; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu. 1993:372;İmregün. 1989:46).

Buna ek olarak, Kurul'un 13.08.1999 tarih ve 77 sayılı toplantısında ise, Kordsa Kord Bezi Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin Dusa Endüstriyel İplik Sanayi ve Ticaret A.Ş.'ni devralmasına ilişkin olarak; kayıtlı sermaye tavanının devralma yoluyla birleşme nedeniyle yapılacak sermaye artırımını ile aşılabileceğine karar verilmiştir.

Bölünme işlemi de, bölünen şirketin varlıklarını devralan şirket konumundaki halka açık anonim ortaklıklar için kayıtlı sermaye tavanının aşılması sorunu ortaya çıkabilecektir. Devralma yoluyla birleşme nedeniyle gerçekleştirilen aynı sermaye artırımını ile benzerlikler taşıması ve amaçsal olarak Kurul düzenlemelerine aykırı düşmeyeceği dikkate alınarak, bölünen şirketin varlıklarının devralınması suretiyle gerçekleştirilecek sermaye artırımları ile de kayıtlı sermaye tavanının aşılabileceği düşünülmektedir.

3.7.5. Ortaklıkta Yönetim Hakimiyetinin Hisse Değişimi ve Bölünme Yoluyla El Değiştirmesi

Hisse değişimi yasadaki ifadesiyle bir şirketin yönetim ve hisse senedi çoğunluğu elde edilecek şekilde bu şirketin hisse senetlerinin devralınmasıdır. Bu çerçevede, yönetimini ve hisse senedi çoğunluğunu ele geçiren şirketin Kurul'un Seri:IV, No:8 "Halka Açık Anonim Ortaklıklar Genel Kurullarında Vekaleten Oy Kullanılmasına ve Çağrı Yoluyla Vekalet veya Hisse Senedi Toplanmasına İlişkin Esaslar Tebliği"nin 17. maddesi uyarınca çağrıda bulunma yükümlülüğü doğabilecektir.

Tam bölünme halinde, bölünen ortaklığın pay sahipleri devralan ortaklıkta pay sahibi olacaklar ve bölünen şirketin yönetim hakimiyeti devralan şirkete geçecektir. Ancak, devralınan ortaklıkta bulunan yönetim kontrolü sağlayan imtiyazlı paylar gibi etkenler bunun tersini, yani yönetim hakimiyetinin devralınan şirket ortaklarına geçmesini mümkün kılacaktır (Sönmez.2000:43).

Kısmi bölünme halinde ise halka açık bir anonim ortaklığın, devralan taraf olması mümkün bulunmadığından yönetim hakimiyetinin değişmesi gibi bir durum söz konusu olmayacaktır.

SONUÇ

4684 sayılı Kanun ile birlikte bölünme kavramı tam anlamıyla Türk hukukuna girmiş bulunmaktadır. Ticari hayat için önemi yadsınamaz olan şirket bölünmelerinin önündeki en büyük engel, bu düzenleme ile vergisiz gerçekleştirilebilmelerine olanak verilmesi dolayısıyla ortadan kalkmıştır. Bundan sonraki aşama, uygulanabilirliği tartışmalarına son verilmesi, bölünme kurumundan istenen yararların sağlanması ve uygulamada ortaya çıkabilecek sorunların çözümü için bölünme işleminin hukuki alt yapısının TTK'nda oluşturulmasıdır.

Yapılacak bu düzenlemenin Altıncı Konsey Direktifi esas alınarak gerçekleştirilmesinde yarar bulunmaktadır. Bilindiği üzere, Türkiye'nin AB'ne adaylığı söz konusu olup, bu nedenle Türk hukukunun AB hukukuna uyumlaştırılması çalışmaları büyük bir hızla devam etmektedir. Nitekim, bu çalışmalar çerçevesinde, şirket bölünmeleri ile ilgili ilk düzenleme, 23.7.1990 tarihli ve 90/434/EEC sayılı "farklı üye ülkelerin şirket bölünme ve aktif devirlerinde ortak vergilendirme rejimi" ile ilgili AB Direktifi esas alınarak, bölünme ve hisse değişimini kolaylaştırıcı mahiyette hükümler getirilmek suretiyle 4684 sayılı Kanun ile yapılmıştır.

DPT tarafından hazırlanan AB Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programı Taslağı'nda da, Altıncı Konsey Direktifi'ne ilişkin olarak yürürlükte olan mukabil Türk mevzuatının mevcut olmadığı belirtilerek, uyumlaştırılmasının gerekli olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

Yapılacak düzenlemede göz önünde bulundurulması gereken bir diğer husus, birleşmeye ilişkin mevcut veya ileride getirilecek hükümlerin bölünmeye ilişkin düzenlemelerde de dikkate alınması gerekliliğidir. Birbirlerine benzer nitelikler taşıyan bu iki kurumun benzer hükümlerle düzenlenilmesi kaçınılmazdır.

Ayrıntılı olarak nelerin düzenlenmesi gerektiği konusuna indiğimizde, bölünmenin tanımı ile hangi işlemlerin bölünme kabul edileceği, tam anlamıyla bölünen şirketlerin tasfiyesiz infisah edeceği ve devralan şirketin bölünen şirketin halefi olduğu yapılacak düzenlemede yer almalıdır. Diğer taraftan, bölünmenin hangi nev'i şirketler tarafından gerçekleştirilebileceği, bölünme usulü, bölünme sözleşmesi veya planı,

bölünme kararı, alacakların güvence altına alınması, ortakların bilgi alma hakları gibi hususlar ayrıntılı olarak düzenlenmelidir.

Bölünme daha çok büyük şirketler arasında görülebilecek bir işlem niteliğinde olduğu için sermaye şirketlerinin nev'i farkı gözetmeksizin kendi aralarında bölünebileceği düzenlenmelidir.

Bölünme sözleşmesinde yer alması gereken asgari unsurlar- ki bunlar da Altıncı Konsey Direktifi'nde öngörülen unsurlardan farklı olmamak üzere- düzenlemede açıkça yer almalıdır.

Alacaklılar çağrı sistemi, devralan şirketlerin devralınan şirketlerin borçlarından sorumlu tutulmaları gibi düzenlemelerle güvence altına alınmalıdır. Ancak, devralan şirketlerin sorumluluklarının yalnızca devraldıkları net aktif değer ile sınırlandırılmasının devralan şirketler için daha adil bir yöntem olacağı düşünülmektedir.

Ortakların bölünme işleminde tam olarak bilgilendirilmeleri, başta bölünme sözleşmesi olmak üzere bölünme işlemine ilişkin belgelere, mali tablolara kolaylıkla ulaşabilmelerinin temini suretiyle sağlanmalıdır.

Halka açık şirketlerin bölünmesine ilişkin esaslar ise Kurul tarafından çıkarılacak bir Tebliğ ile en kısa sürede düzenlenmelidir. Yapılacak değişikliğe ilişkin görüşlerimiz şöyledir:

Düzenlemede devralan şirketlerin yeni kurulacak şirketlerin yanı sıra mevcut şirketler de olabileceklerinin öngörülmesi, halka açık şirketin ortaklık yapısının devam ettirilmesi esas olmakla birlikte, ABD düzenlemeleri de örnek alınarak bunun aksinin gerçekleştiği bölünme türlerinin de düzenlenmesi, devralan şirkette pay sahipliğini devam ettirmek istemeyen ortaklara ayrılma hakkının tanınması ve ek olarak ortakların tam olarak aydınlatılmasına yönelik düzenlemelerin yer alması gerekmektedir. Ayrıca, devralan mevcut veya yeni kurulacak şirketlerin hisse senetlerinin kayda alınmasına ilişkin esasların düzenlenmesi yerinde olacaktır.

ABD sermaye piyasalarında görülen özellikle spin-off ve carve-out türündeki bölünmelerin, daha derin ve gelişmiş bir piyasa gerektirmesi ve ülkemizde bölünmeye ilişkin hukuki alt yapının tamamlanmamış olduğu dikkate alındığında, hukukumuzda düzenlenmelerinin henüz erken olduğu düşünülmektedir.

KAYNAKÇA

- ÇIRTLIK. Sedat
Ağustos 2001
4684, 4697 ve 4705 Sayılı Kanunların İzahı ve Değerlendirilmesi, Vergi Dünyası, Sayı:240, s.173-188
- DEVLET PLANLAMA TEŞKİLATI
1995
Türkiye-AT Mevzuatı Uyumu Sürekli Özel İhtisas Komisyonu Raporları-Şirketler Hukuku Alt Komisyon Raporu, C.I, Ankara, s.52
- ERİŞ, Gönen:
1995
Anonim Şirketler Hukuku, Ankara: Seçkin Yayınevi
- EUROMONEY
Nisan 1997
Spinning A Line On Value, s. 145-150.
- HELVACI, Mehmet
2000
Anonim Ortaklıkların Bölünmesi: Türk Hukukunun Avrupa Birliği Hukukuna Uyumu-Acquis Communautaire'in Alınması Açıklamalar, Değerlendirmeler, Öneriler. İstanbul, s.572-586
- MICHEALY. R. & SHAW. W.H.
1995
The Choice Of Going Public: Spin-Offs vs. Carve-outs, Financial Management, Vol. 24, No.3. s.5-25
- MILES.J. A.& WOOLRIDGE. J.R.
1999
Spin-Offs Equity Carve-Outs: Achieving Faster Growth and Better Performance. New Jersey: Financial Executives Research Foundation Inc.
- ODMAN. N, Ayşe:
1997
Ticaret Ortaklıklarının Bölünerek ve/veya Birleşerek Yeniden Yapılandırılması, 40. Yılında TTK, İstanbul, s.47-55
- ÖCAL. M. Sait
Kasım 2000
Birleşme-Devir-Bölünme, Vergide Gündem Dergisi.

ÖZBALCI. Yılmaz
Eylül 2001

4684 Sayılı Kanunda Yapılan Değişiklikler
Çerçevesinde Birleşme, Bölünme ve Hisse
Değişimi, Vergi Dünyası, Sayı:241, s.11-19

POROY(TEKİNALP/ÇAMOĞLU):
1997

Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, İstanbul: Beta
Basım Yayım Dağıtım A.Ş.

SADTLER. D,CAMPBELL A. & KOCH R.
1997

Breakup!: How Companies Use Spin-Offs to Gain
Focus & Grow Strong. New York: The Free Press

SARITAŞ. M. ve ERGÜNEŞ. İ.
Ekim 2001

Birleşme, Devir ve Bölünme Müesseselerinin
Zarar Mahsubu Açısından Değerlendirilmesi,
Vergi Dünyası, Sayı:242, s.145-149

SÖNMEZ. Z. Yusuf
2000

Halka Açık Anonim Ortaklıkların Birleşmesinden
Doğan Sorunlar, SPK Yeterlik Etüdü, Ankara.

ŞİMŞEK. V.Arif
Eylül 2001

Şirket Birleşme ve Bölünmelerine İlişkin Olarak
4684 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler,
Yaklaşım, Sayı:105, Yıl:9, s.36-41

TEKİNALP. Ünal
2001

Ticaret Hukuku Yönünden Şirketlerin Bölünmesi
ve Hisse Değişimi, Vergisiz Yeniden Yapılanma
Modelleri: Birleşme, Bölünme, Hisse Değişimi ve
Yurtdışı Holding Yapılanmaları Semineri, İstanbul.

TEOMAN. Ömer
2000

Yaşayan Ticaret Hukuku, Cilt I: Hukuki
Mütalaalar Kitap 9: 1998-1999, İstanbul: Beta
Basım Yayım Dağıtım A.Ş.

1997

Yaşayan Ticaret Hukuku, Cilt I: Hukuki
Mütalaalar Kitap 8: 1997, İstanbul: Banka Ve
Ticaret Araştırma Enstitüsü.

TÜRK. Hikmet Sami
1996

KİT'lerin Bölünmesi: Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Cilt XIII. Ankara: Banka Ve Ticaret Araştırma Enstitüsü.

UZUNHASANOĞLU. Defne
2000

Şirketlerin Bölünmesi, SPK Araştırma Raporu, Ankara.

INTERNET ADRESLERİ

<http://www.spinoffadvisors.com>

<http://www.europa.eu.int>

<http://www.corporate-spin-offs.com>

<http://www.dpt.gov.tr>

<http://www.haganlaw.com>

<http://www.sec.gov>