

TÜRK TİCARET KANUNU TASARISINA GÖRE NAMA YAZILI PAYLARIN DEVRİNİN SINIRLANDIRILMASI

Yrd. Doç. Dr. Rauf KARASU*

ÖZET

TTK Tasarısı ile getirilen en önemli yeniliklerden birisi de, pay devir kısıtlamalarına ilişkin düzenlemelerdir. TTK Tasarısı, pay devir kısıtlamaları hakkında yeni bir sistem getirmiştir. TTK Tasarısı'nın 490 ila 492. maddelerinde nama yazılı pay senetlerinin devrinin sınırlandırılması ile ilgili temel ilkeler belirlendikten sonra, 493 ila 498. maddelerinde hisse senetlerinin borsaya kote edilmiş olup olmamasına göre konu iki grup hâlinde ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. 6762 sayılı TTK'nın 482. maddesinin 2. fıkrasına göre anonim şirketler, esas sözleşmede hüküm bulunmak şartıyla sebep göstermeksizin dahi nama yazılı pay senetlerinin devrini kayıttan kaçınabilirken, TTK Tasarısı'nda esas sözleşmede sebep gösterilmeksizin red imkânı ortadan kaldırılmıştır. Borsaya kote edilmiş nama yazılı paylarda şirketin red hakkı, iktisap edenin pay sahibi olarak tanınacağı yüzdesel sınırın aşılması gibi nesnel bir sebebe bağlanmıştır. Şirket, ancak esas sözleşmede yüzdesel bir sınır öngörmüş ve belirlenen bu sınır aşılmış ise kayıttan imtina edebilir. Borsaya kote edilmemiş nama yazılı payların devri ise ancak belli sebeplere dayanılarak red edilebilir.

TTK Tasarısı'nın 495. maddesinin 3. fıkrasına göre, Borsaya kote edilmiş nama yazılı payların irade dışı iktisap edilmeleri halinde, iktisabın pay defterine kayıt talebi reddedilemez. Borsaya kote edilmemiş nama yazılı payların devrinde ise, şirket devredilen payları gerçek değeri üzerinden almayı önerdiği takdirde onay vermeyi reddedebilir.

ANAHTAR KELİMELER

Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, nama yazılı paylar, nama yazılı hisse senetleri, nama yazılı payların devrinin sınırlandırılması

* Kırıkkale Üniversitesi İİBF Ticaret Hukuku Öğretim Üyesi.

Yrd. Doç. Dr. Rauf KARASU

**LIMITATION OF THE TRANSFER OF REGISTERED SHARES
ACCORDING TO THE DRAFT TURKISH TRADE LAW**

ABSTRACT

One of the most important changes the Draft Turkish Trade Law will make concerns limitation of the transfer of shares. The Draft Law constitutes almost a totally new system of transfer of shares. Articles 490-492 determine the basic principles regarding the limitation of the transfer of registered shares. Articles 493-498 reglement the details for the shares whether quoted on the stock exchange or not. While the actual Turkish Trade Law Number 6762 permits the public companies to refuse the transfer of the registered shares without any ground provided that this issue has been regulated by the basic contract, the Draft Turkish Trade Law does not admit anymore the possibility of refusing the transfer without any ground solely by the provision of the basic contract. The company can refuse the transfer of the quoted shares but on an objective ground such as in the case that the acquirer exceeds the proportional limit admitted for the shareholders by the basic contract. The company can refuse the transfer of non quoted shares only on certain grounds as well.

The Draft Turkish Trade Law in its Article 495/3 does not admit the refusal of the acquisition in case of non voluntary acquisition of quoted shares. The company however has the right to refuse the transfer of non quoted shares provided that it has offered to purchase the shares on real value.

KEY WORDS

Draft Turkish Trade Law, registered shares, registered stocks, limitation of the transfer registered shares

I. GİRİŞ

TTK Tasarısı, birçok alanda olduğu gibi anonim şirketler alanında da çok köklü yenilikler içermektedir. Getirilen en önemli yeniliklerden birisi de, pay devir kısıtlamalarına ilişkin düzenlemelerdir. TTK Tasarısı'nın 490 ila 492. maddelerinde nama yazılı pay senetlerinin devrinin sınırlandırılması ile ilgili temel ilkeler belirlendikten sonra, 493 ila 498. maddelerinde hisse senetlerinin borsaya kote edilmiş olup olmamasına göre konu iki grup hâlinde ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. 6762 sayılı TTK'nın 482. maddesinin 2. fıkrasına göre anonim şirketler, esas sözleşmede hüküm bulunmak şartıyla sebep göstermeksizin dahi nama yazılı pay senetlerinin devrini kayıttan kaçınabilirken¹, TTK Tasarısı'nda sebep gösterilmeksizin red imkânı ortadan kaldırılmıştır. Borsaya kote edilmemiş nama yazılı payların devri ancak belli sebeplere dayanılarak red edilebilir. Borsaya kote edilmiş nama yazılı paylarda ise şirketin red hakkı, iktisap edenin pay sahibi olarak tanınacağı yüzdesel sınırın aşılması gibi nesnel bir sebebe bağlanmıştır. Şirket, ancak esas sözleşmede yüzdesel bir sınır öngörmüş ve belirlenen bu sınır aşılmış ise kayıttan imtina edebilir.

Bu çalışmada TTK Tasarısının pay devir kısıtlamaları konusunda getirdiği yenilikler incelenecektir.

II. PAY DEVİR KISITLAMALARININ AMACI

Nama yazılı pay senetlerinin devrinin sınırlandırılması bir taraftan pay senetlerinin elden çıkarılmasını zorlaştırdığı ve ekonomik değerini düşürdüğünden, pay sahibinin zararına bir sonuç doğururken; diğer taraftan istenilmeyen kişilerin pay sahibi olmasını veya şirkette çoğunluğu elde etmesini önlemek suretiyle şirketin korunmasına hizmet etmektedir. Bağlam sistemi aracılığıyla pay sahibinin payını serbestçe devredilebilmesindeki menfaati ile şirketin pay devirlerinin sınırlandırılmasındaki menfaati arasında bir denge kurulmaya çalışılmaktadır.

Anonim şirkette, pay sahiplerinin kural olarak şirketten çıkmasının ve çıkarılmasının mümkün olmaması ve pay sahiplerinin kişiliğinin önem taşıması nedeniyle, payların serbestçe devredilebilmesi ilkesi öngörülmüştür².

¹ Bu hüküm ile nama yazılı pay devirlerinde şirkete geniş bir hareket serbestisi tanınmıştır. Bu durum bir taraftan, bölünme kuramına egemenlik tanırken, diğer taraftan da red edilen pay sahibini ve devredeni, "malik fakat şirkete karşı pay sahibi değil/şirkete karşı pay sahibi fakat malik değil" anormal konumuna sokmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Pulaşlı, Hasan;** Bağlı Nama Yazılı Pay Senetleri, Ankara 1992, s. 134 vd.

² Bkz. TTK Tasarısı m. 490/I.

Özellikle hamiline yazılı pay senedi sahipleri bu senetleri kayıtsız ve şartsız olarak serbestçe devredebilme konusunda mutlak bir kazanılmış hakka sahip olduklarından, bu senetlerin hiçbir şekilde bağlam hükümlerine konu olması mümkün değildir³.

Anonim şirketlerde geçerli olan devir serbestliği ilkesi, borsaya kayıtlı anonim şirketler için uygun bir hüküm olmakla birlikte, borsaya kayıtlı olmayan şirketler, özellikle aile tipi şirketler için uygun değildir⁴. Aile tipi anonim şirketlerin en önemli özelliği, aile pay sahiplerinin şirketin aile şirketi özelliğini koruma arzusudur. Şirketin iç ve dış ilişkilerini kontrol etme arzusunda olan aile pay sahipleri, şirketin yabancıların eline geçmesini önlemek veya pay sahiplerinin şirket içinde sahip oldukları güç dengesini korumak isterler. Devir serbestliğinin, özellikle aile tipi anonim şirketlerde istenmeyen etkiler doğurabileceğini göz önünde bulunduran kanun koyucular, devrin sınırlandırılmasına da imkân sağlamıştır. Pay devir kısıtlamaları ile, ekonomik durumu zayıf olan kişilerin, rakiplerin ve yabancıların şirkete pay sahibi olarak katılmasının önlenmesi, şirketin ailesel, kişisel, endüstriyel, bölgesel gibi çeşitli özelliklerden oluşan özgün yapısının korunması amaçlanır⁵. Uygulamada özellikle aile tipi anonim şirket esas sözleşmelerinde, payların şirkete katılımı arzu edilmeden diğer kişilerin eline geçmesini önlemek veya şirket içinde sahip olunan güç dengesini korumak amacıyla payın devredilebilirliğini kısıtlayıcı, mevcut pay sahiplerine payı öncelikle elde etme imkânı tanıyıcı hükümlere yer verilmektedir⁶. Bu tür düzenlemeler, aile tipi anonim şirketlerin yabancılaşmasını veya niteliklerini kaybetmesini önleyen önemli bir araçtır⁷.

³ Bkz. Bkz. **Pulaşlı**, s. 123; **Bahtiyar, Mehmet**; Anonim Ortaklık Anasözleşmesi, İstanbul 2001, s. 255; **Karasu, Rauf**: Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, Ankara 2009, s. 118 vd.

⁴ **Lutter, Marcus**, Zur Umgehung der Vinkulierungsklauseln in Satzungen von Aktiengesellschaften und Gesellschaften der mBH, AG 1989, s. 109; **Pulaşlı**, s. 117 vd. **Karasu**, s. 119.

⁵ Bkz. **Herren, K. W.**, Statutarische Berechtigungen zum Erwerb von Aktien als Übertragungsbeschränkungen, SAG 1975, s. 42; **Karayalçın, Yaşar**, Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler II, Ankara 1983, s. 96 vd.; **Pulaşlı**, s. 115; **Nilsson, Gül Okutan**; Anonim Ortaklıklarda Paysahipleri Sözleşmeleri, İstanbul 2006, s. 77; **Tekinalp, Ünal(Poroy, Reha/Çamoğlu, Ersin)**: Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, Güncelleştirilmiş 9. Basıdan 10. Tıpkı Basım, İstanbul 2005, N.1182; **Yıldız, Şükrü/Özbay, İbrahim**, Bağlı Nama Yazılı Payların TTK m. 418/f.4'de Yazılı Sebeplerle Kazanılmasında Yönetim Kurulu Üyeleri ile Pay Sahiplerine Tanınan Gerçek Değerden Satın Alma Hakkı, XXII. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Ankara 2007, s. 12

⁶ Örnekler için bkz. **Bahtiyar**, s. 241 dnp. 51.

⁷ Türkiye'de, Alman ve İsviçre'nin aksine halka açık anonim şirketlerin esas sözleşmelerinde bile önalım hakkının tanındığı görülmektedir. Halka açık anonim şirketlerin nitelikleri ile bağdaşmayan bu durum, yaygın bir alışkanlığın bilinçsizce sürdürülmesi biçiminde yorum-

TTK. Tasarısına Göre Nama Yazılı Payların Devrinin Sınırlandırılması

Bazı anonim şirketlerde pay sahiplerinin belirli kişisel özellikleri haiz olması istenilebilir. Örneğin bir anonim şirket belli bir mesleğe mensup kişiler tarafından kurulmuş ise ve bu yapının değişmesi istenmiyorsa, esas sözleşmede öngörülecek bir hükümle nama yazılı pay senetlerinin bu meslek mensupları dışındaki kişilere devri yasaklanabilir⁸. Bağlam, kartel veya benzer özellik gösteren bir yapının kurulması ve işlenmesini de sağlayabilir⁹.

III. PAY DEVİR KISITLAMALARINA İLİŞKİN TÜRK TİCARET KANUNU TASARISI HÜKÜMLERİ VE DEĞERLENDİRİLMESİ

TTK Tasarısı, pay devir kısıtlamaları hakkında yeni bir sistem getirmiştir¹⁰. Anonim şirketin hamiline yazılı hisse senetlerinin devrinde hiçbir kontrolü bulunmamaktadır. Nama yazılı pay senetleri de kural olarak serbestçe devredilebilmektedir¹¹. Ancak söz konusu senetlerin devri istisnaî olarak TTK Tasarısı'nın 491. maddesinin 1. fıkrasında öngörülen bazı sınırlamalara tâbi olduğu gibi, TTK Tasarısı m. 493/I uyarınca esas sözleşme de bu tür senetlerin ancak şirketin onayıyla devredilebileceğini öngörebilir.

1. Kanunî Sınırlama

Kanunî sınırlama TTK Tasarısı'nın 491. maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükme göre, "Bedeli tamamen ödenmemiş nama yazılı paylar, ancak şirketin onayı ile devrolunabilir; meğerki, devir, miras, mirasın paylaşımı, eşler arasındaki mal rejimi hükümleri veya cebrî icra yoluyla gerçekleşsin. Şirket, sadece, devralanın ödeme yeterliliği şüpheli ise ve şirketçe istenen teminat verilmemişse onay vermeyi reddedebilir".

Bu hükümle ödeme gücü olmayan kişilerin pay sahibi olması engellenmek suretiyle şirket sermayesinin korunması amaçlanmıştır¹². Bu nedenle şirketin

lamak ya da belirli bir grup pay sahibinin kendilerini şirketin gerçek sahibi veya zamanla bu konuma gelmeyi tasarladığı şeklinde açıklanabilir. Bkz. **Tekinalp**, Anonim Ortaklık Payının Alım, Önalım, Geriyealım ve Benzer Haklara Konu Olması Sorunu, Medeni Kanun 50. Yıl Sempozyumu, İstanbul 1978, s. 154; **Bahtiyar**, s. 241 vd.

⁸ Bkz. **Pulaşlı**, s. 118 vd.

⁹ Bkz. **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, Ortaklıklar, 2003, s. 655.

¹⁰ Nama yazılı payların devrini, red sebeplerini göstererek veya göstermeyerek sınırlandırmış bulunan anonim şirketler, Türk Ticaret Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde, esas sözleşmelerini değiştirerek, Türk Ticaret Kanununun 492 ilâ 498 inci maddelerine uyarlamak zorundadır; aksi hâlde, bu sürenin dolmasıyla tüm sınırlamalar geçersiz hâle gelir. Bkz. Türk Ticaret Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun Tasarısı, m. 30/VI.

¹¹ TTK Tasarısı m. 490, f. 1.

¹² Bkz. TTK Tasarısı'nın 491. maddesinin gerekçesi.

onay talebini reddetme hakkı, devir konusu payların bedellerinin ödenmemiş olması ve ödeme yeterliliği şüpheli olan devralanın şirketçe istenen teminatı¹³ vermemesi hâli ile sınırlı tutulmuştur. Devralanın ödeme gücüne sahip olmasına ve dürüst olmasına rağmen şirketin devir işlemine onay vermemesi, dürüstlük ilkesi ile bağdaşmaz¹⁴.

Payların irade dışı kazanımında¹⁵, devralanın ve devredenin iradesi söz konusu olmadığından, anonim şirketin, pay devirlerini iradi kazanımlarda olduğu gibi reddedip pay defterine kayıttan kaçınması haksızlıklara yol açacaktır. Bu nedenle TTK Tasarısı, payların, miras, mirasın paylaşımı¹⁶, eşler arasındaki mal rejimi hükümleri veya cebri icra gereği iktisap edilmeleri halinde, şirkete kural olarak onay verme zorunluluğu getirmiştir. Ancak şirket söz konusu pay senetlerini gerçek değeri üzerinden almayı önerdiği takdirde onay vermeyi reddedebilir. 6762 sayılı TTK'nın aksine¹⁷ TTK Tasarısı, pay devrine onay verme veya payı gerçek değerden satın alma hakkını, sadece anonim şirkete tanımıştır. Bu hak esas sözleşme ile başka bir organa, pay sahiplerine veya üçüncü bir kişiye tanınmaz. Bu hak şirket tüzel kişiliği adına yönetim kurulu tarafından kullanılır. Gerçek değerden satın alma hakkının muhatabı, gerçekleşen hukuki sebebin türüne göre, bağlı nama yazılı payları miras, mirasın paylaşımı, eşler arasındaki mal rejimi hükümleri veya cebri icra yoluyla iktisap eden kişilerdir.

Şirket, irade dışı kazanım olaylarını herhangi bir şekilde öğrenince gerçek değerden satın alma hakkını kullanabilir. Dolayısıyla irade dışı kazanım olayını öğrenen şirket, payları irade dışı kazananların pay defterine yazım taleplerini beklemeden de hakkını kullanma yetkisine sahiptir¹⁸.

¹³ TTK Tasarısı'nda, 6762 sayılı TTK da olduğu gibi, teminatın türü konusunda herhangi bir açıklık bulunmamaktadır. Bu nedenle gösterilen teminat aynı veya şahsi olabilir, yeter ki, bakiye esas sermaye borcunu karşılayacak ve gerçekleştirecek nitelikte olsun. Bkz. **Pulaşlı**, s. 122.

¹⁴ Bkz. **Karasu**, s. 121.

¹⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Pulaşlı**, s. 201 vd.

¹⁶ 6762 sayılı TTK'da mirasın paylaşımı hakkın doğum nedenleri arasında sayılmamıştır.

¹⁷ Bkz. m. 418 f. 4: Söz konusu hükme göre, hisse senetleri, miras, karı koca mallarının idaresine ait hükümler veya cebri icra yoluyla iktisap edilmiş ise, *yönetim kurulu üyeleri veya ortaklar* bu hisseleri borsa rayıcı, bulunmadığı takdirde kayıt için müracaat tarihindeki hakiki değeri üzerinden almaya talip oldukları takdirde kayıttan imtina edebilirler. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Yıldız/Özbay**, s. 7 vd.

¹⁸ Bkz. **Yıldız/Özbay**, s. 15.

T.T.K. Tasarısına Göre Nama Yazılı Payların Devrinin Sınırlandırılması

TTK Tasarısı'nın 491 ve 493. maddelerinde bağlı nama yazılı payların irade dışı kazanımları sayma yoluyla belirlenmiştir. İrade dışı kazanım hallerinin bu şekilde sınırlı sayıda gösterilmesi nedeniyle, söz konusu hüküm benzer durumlarda uygulanamaz. Tasarı'da sayılan irade dışı kazanım çeşitleri kapsamına benzer nitelikteki kazanımları da yorum yoluyla dahil etmek, istisnaların ancak öngörüldükleri alanla sınırlı olarak uygulanacakları hakkındaki hukuk ilkesi ile bağdaşmaz¹⁹. Kanaatimizce söz konusu Tasarı hükmünde sayılan irade dışı kazanım çeşitlerinin sonuna "gibi" ibaresi eklenmesi uygun olurdu²⁰. Bu şekilde söz konusu hüküm, sayılanlara benzer nitelikteki kazanımlara da uygulanabilirdi. Örneğin, bir anonim şirketin tasfiyesiz infisah yollarından biriyle ortadan kalkması, bir işletmenin bütün aktif ve pasifi ile devredilmesi veya iki işletmenin birleşmesi, hükmün kapsamına alınmış olurdu²¹.

Aynı nama yazılı paylar için birden fazla hukuki sebebin gerçekleşmesi halinde, gerçek değerden satın alma hakkının birisi için kullanılması, diğer sebepten doğan hakkı sona erdirecektir. Zira söz konusu sebeplerin hepsi aynı amaca hizmet etmekte ve kullanılmaları halinde aynı hukuki sonucu doğurmaktadır²².

TTK Tasarısı'nın 495. maddesinin 3. fıkrasına göre, Borsaya kote edilmiş nama yazılı payların, miras, mirasın paylaşımı, eşler arasındaki mal rejimi hükümleri veya cebri icra yoluyla iktisap edilmeleri halinde, iktisabın pay defterine kayıt talebi reddedilemez.

2. Esas Sözleşme İle Sınırlama

a) Pay Devri Kısıtlamalarında Geçerli Olan İlke

TTK Tasarısı'nın 492. maddesi, borsaya kote edilmiş olsun olmasın, tüm nama yazılı payların devrinde esas sözleşme ile getirilebilecek sınırlamalara ilişkin genel ilkeleri belirlemiştir. Söz konusu maddenin 1. fıkrası uyarınca, TTK Tasarısı m. 491'de öngörülen kanunî sınırlama dışında, bir nama yazılı payın devri, ancak esas sözleşme ile ve devrin şirketin onayına bağlanması suretiyle yapılabilir. Dolayısıyla, nama yazılı payların esas sözleşme dışında başka bir işlemle, örneğin, genel kurul kararıyla sınırlandırılması geçerli olmadığı gibi, devrin şirket dışında başka bir kişi veya organın onayına bağlanması da

¹⁹ Yıldız/Özbay, s. 17.

²⁰ Aynı yönde bkz. Yıldız/Özbay, s. 17; Karasu, s. 121.

²¹ Karasu, s. 121.

²² Yıldız/Özbay, s. 17.

mümkün değildir. Ayrıca 6762 sayılı TTK'nın aksine, TTK Tasarısı'na göre, esas sözleşmede herhangi bir neden göstermeksizin pay devirlerinin sınırlandırılması da mümkün değildir²³. Şirket, ancak esas sözleşmede öngörülmuş önemli bir sebebi ileri sürerek veya devredene, paylarını, başvurma anındaki gerçek değeri ile, kendi veya diğer pay sahipleri ya da üçüncü kişiler hesabına almayı önererek, onay istemini reddedebilir.

TTK Tasarısı'nın 492. maddesinin 2. fıkrasında, nama yazılı payların devrine ilişkin sınırlamaların intifa hakkı kurulurken de geçerli olduğu ifade edilmiştir. Dolayısıyla şirket, hangi nedenlerle payın mülkiyetinin bir başkasına geçmesini reddedebiliyorsa, aynı nedenlere dayanarak payın üzerinde intifa hakkı kurulmasını da reddedebilir. Şirket bu yolla pay sahibi olmasını istemediği kimselerin intifa hakkı aracılığıyla şirket kararlarına etki etmesini önlemiş olmaktadır.

Pay devrine ilişkin sınırlamalar tasfiye hâlinde olan bir şirket için geçerli değildir²⁴. Zira pay devir sınırlamaları, şirketin ticari faaliyetinin aktif olarak devam ettiği süre içinde, şirketin amacının gerçekleşmesini engelleyebilecek veya menfaatlerine zarar verebilecek unsurlardan korunmayı sağladığından, tasfiyeye giren bir şirkette, serbestçe devir ilkesinin sınırlandırılmasını haklı gösteren sebepler ortadan kalkmaktadır²⁵.

Nama yazılı pay senetleri gibi senede bağlanmamış paylar için de bağlam öngörülebilir. Nitekim TTK Tasarısı'nın 491. vd. maddelerinde genellikle "pay senedi" yerine "pay" terimi kullanılmıştır. Zira payları borsada işlem görmeyen şirketlerde nama yazılı pay senetlerin bastırılıp sahiplerine dağıtılma zorunluluğu bulunmamaktadır²⁶. Aynı şekilde borsaya kote edilmiş nama yazılı paylar için de pay senedi terimi, sermaye piyasası araçlarının kaydileştirilmesi sistemine geçilmesinden sonra kullanılmamaktadır. Türk hukukunda SerPK'nın 10/A maddesinin 5. fıkrasının kabulü ile sermaye piyasası araçlarının kaydileştirilmesi sistemine geçilmiştir. Bu bağlamda özel hukuk tüzel kişiliğini haiz bir Merkezî Kayıt Kuruluşu (MKK)²⁷ kurulmuştur. Sermaye

²³ 6762 sayılı TTK'nın 418. maddesinin 2. fıkrasına göre, "Sebepl gösterilmeksizin dahi kayıttan intifa olunabileceği şartının esas mukaveleye konması caizdir."

²⁴ TTK Tasarısı m. 491/III.

²⁵ Bkz. TTK Tasarısı'nın 491/III. maddesinin gerekçesi; **Pulaşlı**, s. 234.

²⁶ Ancak azlığın talep etmesi hâlinde, şirket nama yazılı pay senedi bastırıp sahiplerine dağıtmak zorundadır. Bkz. TTK Tasarısı m. 486/III.

²⁷ Sicil, özel hukuk kişiliğine sahip bir kuruluşça tutulduğundan, sicilin yanlış tutulmasından doğacak zararlardan, kayıtları tutan merkez kayıt kuruluşu, ihraççı ve aracı kurumlar kusur-

TTK. Tasarısına Göre Nama Yazılı Payların Devrinin Sınırlandırılması

piyasası araçlarının kaydileştirilmesi sürecinin yer aldığı kaydi sistem; sermaye piyasası araçları ve bu araçlara ilişkin hakların Merkezî Kayıt Kuruluşu tarafından, bilgisayar ortamında, ihraççılar, aracı kuruluşlar ve hak sahipleri itibarıyla tutulduğu ve bu araçlar üzerindeki hakların üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesinde MKK'ya yapılan bildirim tarihinin esas alındığı bir sistemdir. Bu sistemde MKK tarafından tutulan kayıtlara göre belirlenen kişi, pay defterine kaydedilmemiş olsa bile, devir hususunda meşru malik sayılmaktadır²⁸.

b) Borsaya Kote Edilmemiş Nama Yazılı Payların Devrinin Sınırlandırılması

TTK Tasarısı, nama yazılı pay senetlerinin devrinin sınırlandırılması ile ilgili yukarıda açıkladığımız temel ilkeleri belirledikten sonra, konuyu hisse senetlerinin borsaya kote edilmiş olup olmamasına göre iki grup hâlinde ayrıntılı bir şekilde düzenlemiştir²⁹.

TTK Tasarısı'nın 493/1. maddesi, borsaya kote edilmemiş nama yazılı payların devrinin esas sözleşme ile nasıl sınırlanabileceğini düzenlemektedir. Söz konusu hükme göre, bir anonim şirket borsaya kote edilmemiş bulunan payların devrine onay vermeyi iki hâlde reddedebilir. Bunlardan biri, esas sözleşmede öngörülmemiş bir haklı sebebi ileri sürme, diğeri ise, devreden pay sahibine, paylarını başvurma anındaki gerçek değeri ile, kendi veya diğeri pay sahipleri ya da üçüncü kişiler hesabına almayı önermedir.

TTK Tasarısı'nın 493. maddesinin 2. maddesinde yer alan "haklı sebep" kavramı borçlar hukuku ile şahıs şirketleri hukukunda geçerli olan, ilişkiyi çekilmez hâle getiren haklı sebepten farklı olarak şirket açısından önemli sayılan bir sebebi ifade eder³⁰. Hangi sebeplerin önemli sebep olduğu tahdidi bir şekilde sayılmıştır. Buna göre, pay sahipleri çevresinin bileşimine (pay sahiplerinin kompozisyonu) ilişkin esas sözleşme hükümleri, şirketin işletme konusu veya işletmenin ekonomik bağımsızlığı yönünden onayın reddini hak-

ları oranında sorumlu olurlar. Bu sorumluluk sözleşme ile ortadan kaldırılamaz. Bkz. **Ünal, Oğuz Kürşat**; Sermaye Piyasası Araçlarının Kaydileştirilmesi, GÜHFD, Haziran, Aralık 2001, C. V, Sa. 1-2, s. 19; **Turanboy, Asuman**; 2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'na 4478 Sayılı Kanunla Eklenen 10/A Maddesine Göre Kaydi Değer Düzenlemesi, AÜHFD, C. 48, sayı: 1-4, s. 48.

²⁸ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Turanboy**, AÜHFD, C. 48, sayı: 1-4, s. 39 vd.; **Ünal**, GÜHFD, 2001, C. V, Sa. 1-2, s. 1 vd.; Ayrıca bkz. <http://www.mkk.com.tr>.

²⁹ Bkz. TTK Tasarısı'nın 493 ila 498 maddeleri.

³⁰ Bkz. TTK Tasarısı'nın 493/II. maddesinin gerekçesi.

lı gösteriyorsa, önemli sebep oluşturur. Örneğin, şirketle rekabet eden kişilere yapılan pay devirlerini şirketin onayına bağlayan bir esas sözleşme hükmü, şirketin amaç ve konusu bakımından önemli sayılır³¹. Yine esas sözleşmede payların sadece kurucu aile pay sahiplerine veya belli bir meslekten olan kişilere devredilebileceği öngörülebilir³².

Red sebepleri arasında sayılan işletmenin ekonomik bağımsızlığı, TTK Tasarısı'nda tanımlanmamıştır. İsviçre doktrininde, işletmenin bir başka işletmenin veya bireysel bir alıcının fiili veya hukukî olarak kontrolüne girmesi sonucunu doğuracak pay devirlerinin ekonomik bağımsızlık gerekçesiyle reddedilebileceği kabul edilmektedir³³. İşletmenin ekonomik bağımsızlığının red sebepleri arasında sayılması ile işletmenin iç ve dış yabancılaşmasının önüne geçilmek istenmiştir.

Ret sebeplerinin esas sözleşmede çok açık ve somut bir şekilde belirlenmiş olması gerekir. Devralan ve devreden, öngörülen sebeplerden devrin red edilip edilemeyeceği konusunda bir kanaat sahibi olabilmelidir. Ayrıca belirtilen sebepler şirketin işletme amacı veya işletmenin ekonomik bağımsızlığının gerçekleşmesine hizmet etmelidir. Bu nedenle red sebebi konusunda sadece TTK Tasarısı'nın 493. maddesinin 2. fıkrasına atıf yapılmış olması ya da sadece "*önemli nedenler*" ifadesine yer verilmesi yeterli değildir³⁴.

Bir payın devri, şirket kuruluş sözleşmesi ile sınırlandırılmış ise, pay sahiplerinin korunması açısından herhangi bir sorun bulunmamaktadır. Zira bütün kurucular oybirliği ile böyle bir kısıtlamayı kabul etmiştir. Buna karşılık daha önceden serbestçe devredilebilen bir pay için sonradan bağlam öngörülmesi, söz konusu paylara sahip olan pay sahiplerinin haklarını etkileyecektir. Bu nedenle sonradan öngörülecek bağlam objektif olmalıdır. Ayrıca eşit işlem ve ölçülülük ilkelerine aykırı olmamalıdır³⁵.

Anonim şirket, TTK Tasarısı m. 493/I uyarınca haklı sebepler yanında, devre konu olan pay senetlerini gerçek değeri³⁶ üzerinden devralma öneri-

³¹ Bkz. **Böckli**, Schweizer Aktienrecht, § 6 Nr. 254, 268; **Karasu**, s. 123.

³² Ancak söz konusu pay devir sınırlandırmalarının geçerli olması için, şirketin amaç veya konusunda kurucu aile ortakları veya belli meslek mensuplarının menfaatlerinin korunacağına ilişkin bir hükme yer verilmiş olması gerekir. Bkz. **Oertle/Pasquies**, Basler Komm, OR, Art. 685b, N. 4.

³³ Bkz. **Böckli**, Schweizer Aktienrecht, § 6, N. 268 vd.; **Oertle/Pasquies**, Basler Komm, OR, Art. 685b, N. 4. Aksi görüş için bkz. **Kläy**, s. 168 vd.

³⁴ Bkz. **Böckli**, Schweizer Aktienrecht, § 6, N. 247; **Kläy**, s. 143; **Karasu**, s. 124.

³⁵ Bkz. **Kläy**, s. 164, 340; **Pulaşlı**, s. 155; **Karasu**, s. 124.

³⁶ "Gerçek değer"den ne anlaşılması gerektiği konusunda TTK Tasarısı'nda herhangi bir hü-

T.T.K. Tasarısına Göre Nama Yazılı Payların Devrinin Sınırlandırılması

sinde bulunmak suretiyle de uygun görmediği devirlere engel olabilmektedir. 6762 sayılı TTK'da iradi devirler için öngörülmeleyen bu araç, uluslararası uygulamada ve öğretide escape clause (kaçış, kurtuluş klozu) diye anılmaktadır. Bu aracın kullanılabilmesi için esas sözleşmede hüküm bulunması şart olmadığı gibi, haklı bir neden gösterilmesi de gerekmemektedir³⁷.

Devralan, şirket tarafından kendisine yapılan devralma önerisini prensip olarak red edemez. Ancak devralan şirketin önerdiği fiyatı kabul etmek zorunda değildir. Devralan, TTK Tasarısı m. 493/V uyarınca payların gerçek değerinin şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesi tarafından belirlenmesini talep etme hakkını sahiptir. Değerleme giderlerini şirketin karşılaması gerekmektedir. Mahkeme, şirketin karar tarihine en yakın tarihteki değerini esas almalıdır. Söz konusu hüküm, değer ihtilaflarını ortadan kaldırmak amacıyla öngörülmüştür. Ancak devralan, şirketin önerdiği fiyat yerine gerçekçi olmayan bir fiyat talep etmek suretiyle bu hakkını kötüye kullanmamalıdır. Örneğin, tarafların gerçek değer konusunda anlaşamamaları, devralanın şirketin gerçek değer olarak teklif ettiği fiyatın üç katını talep etmesinden kaynaklanmış ve mahkemece şirketin teklifine yakın bir değer gerçek değer olarak belirlenmiş ise, devralanın hakkını kötüye kullandığı sonucuna varılabilir. Bu durumda mahkeme masrafları, devralana yükletilmelidir³⁸.

Tasarı ile, pay devirlerinde şirkete kanunî alım hakkı verilmek suretiyle şirket, şirkete payı devralandan gerçek değerden alma yükümlülüğü³⁹ yükletildiği için de, payını devreden pay sahipleri korunmuştur. Gerçek değer tespit metodunun esas sözleşme ile belirlenmesi mümkündür. Böyle bir düzenleme Kanun hükmünden sapmamakta, bilakis onu tamamlamaktadır. Ancak objektif esaslara dayanmayan bir metot benimsenemez⁴⁰.

Devralan, gerçek değeri öğrendiği tarihten itibaren şirketin devralma önerisini bir ay içinde reddetmezse, öneriyi kabul etmiş sayılır⁴¹. Şirket bir aylık süre içinde teklifiyle bağlıdır.

küm bulunmamaktadır. Tekinalp'e göre gerçek değer, aktiflerin muhtemel satış değerleri esas alınarak belirlenen bilanço değeridir. Good-will de bu değere dahildir. Bkz. Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), Ortaklıklar, Nr. 1185.

³⁷ Bkz. TTK Tasarısı'nın 493/I. maddesinin gerekçesi.

³⁸ Bkz. **Böckli**, Schweizer Aktienrecht, § 6 N. 236; **Karasu**, s. 124. d. 36.

³⁹ **Lutz**, s. 295; **Karasu**, s. 125.

⁴⁰ TTK Tasarısı m. 493, f. 6.

⁴¹ **Karasu**, s. 125.

Esas sözleşme, devredilebilirlik şartlarını ağırlaştırılmaz. Devredilebilirlik şartlarını ağırlaştırılan veya devri tamamen yasaklayan esas sözleşme hükümleri, TTK Tasarısı'nın 493. maddesinin 7. fıkrasına ve anonim şirketlerin temel yapısı ve payların serbestçe devredilebilme ilkesine aykırı olur⁴². Özellikle onay isteminin reddedilebileceği hâller sınırlı sayıda belirtildiği için, esas sözleşmede bu sayılanlar dışında başka red nedeni öngörülemez⁴³. Yine esas sözleşme ile belli pay sahipleri lehine öncelik ve önalım haklarının maddi/gerçek etki doğuracak şekilde, tanınması mümkün değildir⁴⁴. Dolayısıyla bu tür hakları tanıyan esas sözleşme hükümleri sicile tescil ve ilan edilmiş olsalar dahi, şirketi bağlamaz ve üçüncü kişilere karşı veya üçüncü kişilerce ileri sürülemezler. Zira TTK Tasarısı'nın 490. maddesinde Kanunda veya esas sözleşmede aksi öngörülmedikçe, nama yazılı payların, herhangi bir sınırlandırmaya bağlı olmaksızın devredilebileceği ifade edildiğinden ve 493. maddede de bu ilkenin istisnası açık bir şekilde düzenlendiğinden, bu maddede belirtilenler dışında başka bir yolla veya nedenle devrin sınırlandırılmasının, dolayısıyla esas sözleşme ile belli pay sahipleri lehine öncelik ve önalım hakkının gerçek/maddi etki doğuracak şekilde tanınmasının mümkün olamayacağı sonucuna varılabilir. Esas sözleşmede öngörülen, öncelik ve önalım hakları, düzenleme biçimine göre pay sahibinin payını devretme hakkı üzerinde TTK Tasarısı'nda düzenlenen bağlam sisteminden daha ağır bir kısıtlama içerebilmektedir. Öncelik ve önalım hakları payın istenmeyen üçüncü kişinin eline geçmesini engellemekten öte, istenen üçüncü kişilerin eline geçmesini sağlamaktadır⁴⁵. Yine bu tür haklarda hakka riayet edilmeden payını üçüncü bir kişiye devreden pay sahibi, hak sahibine tazminat ödemek zorunda kalmaktadır⁴⁶.

⁴² Karasu, s. 125; İsviçre hukuku için bkz. Kläy, s. 149.

⁴³ Tekinalp, Ortaklık Payının Haklara Konu Olması, s. 352 vd. Böckli, ZBJV 1993, s. 491 vd.; Böckli, Schweizer Aktienrecht, § 6 N. 296 vd.; Sprockhoff, Tilman, Vorkaufsrechte an Aktien, Frankfurt am Main 2004, s. 28.; Forstmoser, Peter, Vinkulierung: ein Mittel zur Sicherung der Unterwerfung unter Aktionärsbindungsverträge? in: Aktienrecht 1992-1997: Versuch einer Bilanz -Zum 70. Geburtstag von Rolf Bär, 1998, s. 89 vd. Aksi görüş için bkz. Meier-Schatz, C. J., Statutarische Vorkaufsrechte unter neuem Aktienrecht, SZW 1992, s. 224 vd. Bu yazarlar gerçek bedelin ödenmesini sağlamak koşuluyla, bağlam kurumu kapsamında önalım haklarının esas sözleşme ile tanınabileceğini savunmaktadırlar.

⁴⁴ Bkz. Böckli, Schweizer Aktienrecht, § 6, N. 296; Karasu, s. 125.

⁴⁵ Yargıtay, mevcut mevzuat çerçevesinde de, esas sözleşmede öngörülen önalım hakkını TTK Tasarısı'nın 418. maddesi anlamında bir bağlam olarak kabul etmiş ve bu bağlam hükümlerine aykırı pay devirlerinin şirkete karşı hüküm ifade etmediğini belirtmiştir. Bkz. Yrg. 11. HD, T. 07.11.2000, E. 6279, K. 8691 (<http://www.kazanci.com.tr>).

⁴⁶ Bkz. Tekinalp, Ortaklık Payının Haklara Konu Olması, s. 352; Kläy, s. 470 vd.; Frey, s. 86; Karasu, s. 126.

TTK. Tasarısına Göre Nama Yazılı Payların Devrinin Sınırlandırılması

Esas sözleşme ile belli pay sahipleri lehine öncelik ve önalım hakkının korporatif etki doğuracak şekilde tanınması mümkün olmadığından, bu tür haklar şirketsel değil, yalnızca borçlar hukuku anlamında sözleşmesel bir nitelik taşır⁴⁷.

TTK Tasarısı'nın 493. maddesinin 3. fıkrasında, 2. fıkrada sayılan haklı sebeplerin dolanılmasını önlemek amacıyla şirkete, devreden kişiden devralanın bir beyanını kendisine sunmasını isteme hakkı tanınmıştır. Devralan, payları kendi adına ve hesabına aldığını açıkça beyan etmezse şirket, devrin pay defterine kaydını reddedebilir. Beyanın doğru olmadığına daha sonra anlaşılması hâlinde, pay defterine yapılan kayıt, ilgililerin görüşleri de alınarak bir mahkeme kararına gerek olmaksızın şirket tarafından silinebilir. Bu hüküm sayesinde bağlam nedeniyle pay sahibi olamayan kişilerin üçüncü şahıslar (saman adam) aracılığıyla pay sahibi olması engellenmiş olacaktır⁴⁸.

TTK Tasarısı'nın 494. maddesinin 1. fıkrasında, borsaya kote edilmemiş pay senetlerinin devrinde hakların geçişi düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre, devir için gerekli olan onay verilene kadar veya onayın verilmemesi hâlinde, pay senetlerinin mülkiyeti ve pay senetlerine bağlı idarî ve malî tüm haklar devredende kalır. Bu durumda yapılan devir sözleşmesi sadece taraflar arasında hüküm ve sonuç doğurabilir. Dolayısıyla 6762 sayılı Kanun'dan farklı olarak bölünme teorisi⁴⁹ yerine birlik teorisi tercih edilmiştir. Ancak pay senetleri/paylar, miras, mirasın paylaşımı, eşler arasındaki mal rejimi hükümleri veya cebrî icra gereği iktisap edilmişlerse, bu durumda birlik teorisi değil bölünme teorisi kabul edilmiştir. Belirtilen durumlarda şirketin onay vermeme yetkisi çok sınırlı olduğundan bölünme teorisinin tercih edilmiş olması kanaatimizce yerinde olmuştur. Bölünme teorisine göre⁵⁰, hisse senetlerinin/payların mülkiyeti ve malvarlığı hakları (kâr payı ve tasfiye payı gibi) devir sözleşmesi ile birlikte derhal, yönetim hakları (genel kurula katılma, oy kullanma, iptal davası açma) ise, ancak şirketin onayı ile birlikte devralana geçmektedir. Şirket bu onayı vermediği sürece söz konusu haklar eski malikte kalır⁵¹.

TTK Tasarısı'nın 494. maddesinin 3. fıkrası, şirkete haklı sebeplerini devralana bildirmek için üç aylık bir süre tanımıştır. Buna göre, şirket, onaylama-

⁴⁷ Karasu, s. 126.

⁴⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Pulaşlı, s. 173 vd.

⁴⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Lutz, s. 42 vd.; Pulaşlı, s. 179 vd.

⁵⁰ TTK Tasarısı m. 494, f. 2.

⁵¹ Bkz. yuk. II.

ya ilişkin talebi, aldığı tarihten itibaren en geç üç ay içinde esas sözleşmede öngörülen bir sebebi ileri sürerek reddetmemişse veya ret haksızsa, onay verilmiş sayılır.

c) Borsaya Kote Edilmiş Nama Yazılı Payların Devrinin Sınırlandırılması

Payları borsada işlem gören şirketler, kural olarak pay devir kısıtlamalarına ihtiyaç duymazlar. Bu tür sınırlamalar daha çok aile tipi anonim şirket esas sözleşmelerinde, şirketin yabancılaşmasını veya niteliklerini kaybetmesini önlemek amacıyla öngörülür⁵². Ancak istisnai de olsa payları borsada işlem gören bazı şirketlerde de, nama yazılı payların devrinin sınırlandırılmasına ihtiyaç duyulabilir. Özellikle yabancı uyruklu kişilerin ve sıcak para kullanan fonların şirkete hakim duruma gelmesini önlemek için, pay devrinin sınırlandırılması yoluna gidilebilir.

TTK Tasarısı, 6762 sayılı TTK'nın aksine borsaya kote edilmiş bağlı nama yazılı payların devrinin onaylanmama nedenlerini büyük ölçüde sınırlandırmıştır. TTK Tasarısı'nın 495. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, nama yazılı payları borsaya kote edilmiş bulunan anonim şirket esas sözleşmelerinde, payları iktisap edenin, pay sahibi olarak tanınmayacağına ilişkin bir hüküm kural olarak konulamaz. Şirket, ancak esas sözleşmede yüzdesel bir sınır öngörmüş ve belirlenen bu sınır aşıldığı takdirde kayıttan imtina edebilir. Örneğin şirket sermayesinin %2'sini aşan iktisapların pay defterine yazılmayacağı kararlaştırılabilir. Söz konusu hüküm bir yandan pay sahiplerinin kompozisyonunu korumayı amaçlarken, diğer yandan da hukuki güvenliğin sağlanmasına da katkı sağlamaktadır. Zira bu hüküm sayesinde şirketin hangi şartlarda pay devirlerine onay vereceği önceden öğrenilebilmektedir⁵³.

TTK Tasarısı'nın 495/I hükmü, nama yazılı pay senetleri borsaya kote edilmiş şirketlerde ve sadece pay senetlerinin borsadan alınması halinde uygulama alanı bulur⁵⁴. Payların borsa dışından iktisap edilmesi halinde, devralan, payın mülkiyetini hemen kazanırken, malvarlıksal haklarını ancak şirkete başvurması ve devrin Kanun'da aranan kriterlere uygun şekilde gerçekleştiğini ispatladıktan sonra kazanabilir.

⁵² **Gehrer, Carole Lea**; Statutarische Abwehrmassnahmen gegen Übernahmen, Zürich 2003, s. 106.

⁵³ Bkz. TTK m. 495 Gereğesi

⁵⁴ Bkz. TTK m. 495/II Gereğesi.

TTK. Tasarısına Göre Nama Yazılı Payların Devrinin Sınırlandırılması

TTK Tasarısı'nın 495. maddesinin 2. fıkrasına göre, şirket tarafından talep edilmesine rağmen, devralan, payları kendi ad ve hesabına aldığını açıkça beyan etmezse, şirket, payların pay defterine kaydını reddedebilir. Bu hüküm 1. fıkranın dolanılmasını önlemek amacıyla öngörülmüştür. Aksi takdirde borsada başkası adına veya hesabına yapılan alımlarla birinci fıkra tamamen etkisiz hâle getirilebilir⁵⁵. Söz konusu red sebebi, esas sözleşmede buna ilişkin bir hüküm bulunmasa da ileri sürülebilir. Esas sözleşmede basit bir bağlam (blosse Vinkulierung) kuralının olması yeterlidir⁵⁶.

Borsaya kote edilmiş pay senetleri hukukî bir işlemle değil de, miras, mirasın paylaşımı, eşler arasındaki mal rejimi hükümleri veya cebrî icra yoluyla iktisap edilmişlerse, iktisabın pay defterine kayıt talebi reddedilemez⁵⁷. Bu durumlarda yüzdesel ve diğer sınırlamalar geçerli değildir.

TTK Tasarısı'nın 496. maddesi ile borsaya kote edilmiş nama yazılı payların borsada satılmaları hâlinde, Merkezî Kayıt Kuruluşuna, SPK'nın yapacağı düzenlemeye uygun olarak devreden kimliğini ve satılan payların sayısını şirkete bildirme ve şirketin bu bilgilere teknik erişimini sağlama yükümlülüğü getirilmiştir. Söz konusu bildirim ile şirket, nama yazılı pay senetlerini kimin aldığını bilmeseydi bile pay defterinde kayıtlı kişinin artık mezkûr hisse senetlerinin ve hakların sahibi olmadığını öğrenmiş olacaktır. Bu uygulama hem pay defterinin gerçek durumunu yansıtması açısından, hem de paya bağlı hakların kullanımı açısından büyük bir önem arz etmektedir. Zira TTK Tasarısı'nın 497/III. maddesi uyarınca borsaya kote edilmiş pay senetleri borsada satılınca, oy hakkı ile ona bağlı haklar hariç, paya bağlı haklar derhal devralana geçmektedir⁵⁸. Dolayısıyla şirketin pay devri konusunda karar vermesi anına kadarki askı döneminde, devralan pay defterine oy hakkından yoksun pay sahibi olarak kaydedilmektedir. Aynı durum pay devrinin, şirket tarafından reddedilmesi halinde de geçerlidir⁵⁹. Borsaya kote edilmemiş bulunan nama yazılı pay senetlerinin devrinde birlik teorisi (Einheitstheorie) kabul edilirken, borsaya kote edilmiş bulunan nama yazılı pay senetlerinin devrinde ise bölünme teorisi (Spaltungstheorie) kabul etmiştir. Kanaatimizce böyle bir sistem farklı-

⁵⁵ Bkz. **Gehrer**, s. 104.

⁵⁶ Bkz. TTK m. 495/III.

⁵⁷ Borsaya kote nama yazılı payların, borsa dışında iktisap edilmeleri hâlinde, söz konusu haklar, pay sahipliği sıfatının şirket tarafından tanınması için, devralanın şirkete başvuruda bulunmasıyla devralana geçer. Bkz. TTK m. 497/I.

⁵⁸ Bkz. TTK m. 497/III.

⁵⁹ Bkz. TTK m. 497/I. Gerekçesi.

lığının kabulü yerinde olmuştur. Borsaya kote edilmiş bulunan nama yazılı pay senetlerinin devrinde de birlik teorisi kabul edilmiş olsaydı, yatırımcıların borsaya olan güveni sarsılır, hatta ortadan kalkabilirdi⁶⁰.

TTK'nın 498. maddesinde şirket için bir red süresi öngörülmüştür. Buna göre, devralanın şirkete yönelttiği pay sahibi olarak tanınma talebi, bu talebin alındığı tarihten itibaren şirket tarafından yirmi gün içinde olumlu veya olumsuz bir karara bağlanmak zorundadır. Aksi takdirde şirket devralanı pay sahibi olarak kabul etmiş sayılır. Söz konusu talebin belli bir şekilde yapılma zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak talebin yazılı olarak yapılması ispat yönünden gereklidir.

Şirketin, devralanı pay sahibi olarak tanımayı reddetmesi halinde, devralan şirkete karşı şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinde dava açabilir. Reddin mahkemece hukuka aykırı olduğuna karar verilmesi halinde, şirket, mahkeme kararının kesinleşme tarihinden itibaren, oy hakkını ve buna bağlı hakları tanımak zorundadır. Söz konusu dava hakkı ile şirketin, keyfi, haksız, art niyetli red kararları ile devralanın oy hakkı ve oy hakkına bağlı haklarını devamlı olarak askıda tutmasına engel olunmuştur⁶¹. Ayrıca şirket, kendisine herhangi bir kusurun yükletilemeyeceğini ispat edemediği takdirde, devralanın red nedeniyle uğradığı zararı da gidermekle yükümlüdür⁶².

3. Pay Devir Kısıtlamalarına İlişkin Emredici Hükümlerin Dolanılması

TTK Tasarısı ile getirilen en önemli yeniliklerden birisi de, TTK Tasarısı'nın 340. maddesinde öngörülen "emredici hükümler ilkesi"dir⁶³. Söz konusu hükme göre, "Esas sözleşme, bu Kanunun anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak, Kanunda buna açıkça izin verilmişse sapabilir. Diğer kanunların, öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri o kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğururlar." 6762 sayılı TTK'ya göre, Kanun'da açıkça yasaklanmayan her konu, kural olarak esas sözleşme ile düzenlenebilirken, TTK Tasarısı'nın 340. maddesine göre, esas sözleşme, anonim şirketlere ilişkin hükümlerden ancak Kanun'da açıkça izin verilmesi hâlinde sapabilmektedir. Söz konusu düzenleme ile anonim şirketlere ilişkin

⁶⁰ Bkz TTK m. 497/IV. Gerekçesi

⁶¹ Bkz. TTK m. 497/IV.

⁶² Ayrıntılı bilgi için bkz. **Karasu**, s. 43 vd.

⁶³ **Karasu**, s. 43.

T.T.K. Tasarısına Göre Nama Yazılı Payların Devrinin Sınırlandırılması

hükümlerin kural olarak emredici olduğu kabul edildiğinden, TTK Tasarısı'na göre, anonim şirketlerde sözleşme özgürlüğü ilkesinin değil, "emredici hükümler ilkesi"nin geçerli olduğu söylenebilir⁶⁴.

Pay devir kısıtlamalarına ilişkin TTK Tasarısı hükümleri emredici olarak düzenlendiğinden, anonim şirketlerde pay devir kısıtlamalarını dolanmak amacıyla yapılan sözleşmeler geçersiz kabul edilmelidir. Aksi takdirde pay devirlerinin şirketin onayına bağlanmasından beklenen sonuç gerçekleşemez. Pay devir kısıtlamalarını dolanmak amacıyla yapılan sözleşmeler değerlendirilirken, tarafların bu konudaki subjektif iradeleri, dolayısıyla tarafların dolanma kast ve niyetinin olup olmadığı dikkate alınmamalıdır. Söz konusu anlaşmaya ilişkin olayların objektif olarak değerlendirilmesinden, anlaşmanın devir sonucunu doğurduğu kanaatine varılması hâlinde dolanmadan bahsedilmelidir⁶⁵.

Pay devir sınırlamalarına ilişkin hükümlerin dolanılması amacıyla yapılan işlemlerin başında oy sözleşmeleri gelmektedir. Kural olarak her pay sahibi genel kurulda oyunu istediği şekilde kullanma hakkına sahiptir. Ancak aile şirketlerinde aile pay sahipleri, oyların aynı yönde kullanılmasını arzu ederler. Özellikle hisselerini halka arz etmeyi düşünen aile şirketleri, aile dışındaki pay sahiplerine karşı daha etkin olmak amacıyla oy sözleşmeleri yapma ihtiyacı duyarlar⁶⁶. Oy sözleşmeleri bu tip şirketlerde şirket içi ilişkiler ile şirket yönetiminin, esas sözleşmenin elvermediği ölçüde kişiselleştirilmesine imkân verir⁶⁷. Ancak bazı oy sözleşmeleri aile tipi şirketlerin istenmeyen kişilerin etkisi altına girme tehlikesine de maruz bırakabilir. Örneğin, onay şartını dolanmak amacıyla yapılan bir oy sözleşmesi uyarınca, pay sahibi, oyunu, payını devredemeyeceği bir üçüncü kişinin talimatlarına göre kullanma yükümlülüğü altına girmişse, üçüncü kişi, şirketin onayı olmadan oy kullanma hakkını elde edip şirketi kontrol etme imkânına kavuşacağından, onay şartı ile güdülen amaç gerçekleşemez⁶⁸. Zira, aile tipi anonim şirketlerde pay devirlerinin

⁶⁴ Lutter, Marcus/Barbara, Grunewald, Zur Umgehung von Vinkulierungsklauseln in Satzungen von Aktiengesellschaften und Gesellschaften der GmbH, AG 1989, s. 110; Karasu, s. 128.

⁶⁵ Bkz. Hoffmann-Becking, Michael; Der Einfluss schuldrechtlicher Gesellschaftervereinbarungen auf die Rechtsbeziehungen in der Kapitalgesellschaft, ZGR 1994, s. 443.

⁶⁶ Moroğlu, s. 11; Karasu, s. 179 vd.

⁶⁷ Bkz. Lutter/Grunewald, AG 1989, s. 111 vd.; Moroğlu, s. 59; BGE 114 II 64; Forstmoser, Peter, Aktionärsbindungsverträge, Festgabe zum 60. Geburtstag von Walter R. Schluep, Zürich 1988, s. 378 vd.; Pulaşh, s. 223.

⁶⁸ Karasu, s. 127.

şirketin onayına tâbi tutulmasının en önemli amacı, üçüncü kişilerin şirket üzerindeki etkisini önlemektir⁶⁹.

Oy hakkının kullanılmasına ilişkin verilen temsil yetkisi⁷⁰ de bazı durumlarda bağlam hükümlerine karşı bir dolanma olarak ortaya çıkabilir. Özellikle oy kullanma konusunda verilen süresiz ve geri alınması yasaklanan temsil yetkileri, pay devir kısıtlamalarını dolanma olarak değerlendirilmelidir. Zira böyle bir temsil yetkisi devir sonucunu büyük ölçüde doğurmaktadır⁷¹. Belli bir süre için verilen temsil yetkileri de bazı durumlarda bağlam hükümlerine karşı bir dolanma olarak görülebilir. Temsil yetkisinin verildiği kişi bağlam hükümleriyle amaçlanan hususlara aykırı düşen biri ise, verilen temsil yetkisi bağlam hükümlerinin dolanılması olarak kabul edilebilir. Örneğin nama yazılı pay senedini devralan kişinin pay defterine kaydedilmemesi üzerine, devreden devralana bir temsil yetkisi verirse, bağlam hükümleri dolanılmış olur[□].

IV. SONUÇ

TTK Tasarısı ile getirilen en önemli yeniliklerden birisi de, pay devir kısıtlamalarına ilişkin düzenlemelerdir. 6762 sayılı TTK'nın 482. maddesinin 2. fıkrasına göre anonim şirketler, esas sözleşmede hüküm bulunmak şartıyla sebep göstermeksizin dahi nama yazılı pay senetlerinin devrini kayıttan kaçınabilirken, TTK Tasarısı'nda esas sözleşmede sebep gösterilmeksizin red imkânı ortadan kaldırılmıştır. Ret sebeplerinin esas sözleşmede çok açık ve somut bir şekilde belirlenmiş olması gerekir. Ayrıca belirtilen sebepler şirketin işletme amacı veya işletmenin ekonomik bağımsızlığının gerçekleşmesine hizmet etmelidir. Bu nedenle red sebebi konusunda sadece TTK Tasarısı'nın 493. maddesinin 2. fıkrasına atıf yapılmış olması ya da sadece "önemli nedenler" ifadesine yer verilmesi yeterli değildir.

Nama yazılı payları borsaya kote edilmiş bulunan anonim şirket esas sözleşmelerinde, payları iktisap edenin, pay sahibi olarak tanınmayacağına ilişkin bir hüküm kural olarak konulamaz. Borsaya kote edilmiş nama yazılı paylarda şirketin red hakkı, iktisap edenin pay sahibi olarak tanınacağı yüzdesel sınırın aşılması gibi nesnel bir sebebe bağlanmıştır.

⁶⁹ TTK Tasarısı'nın 425. maddesi uyarınca, pay sahibi, paylarından doğan haklarını kullanmak için, genel kurula kendisi katılabileceği gibi, pay sahibi olan veya olmayan bir kişiyi temsilcisi sıfatıyla genel kurula yollayabilir. Temsilcinin pay sahibi olmasını öngören esas sözleşme hükümleri geçersizdir. Bkz. **Karasu**, s. 151.

⁷⁰ **Friedewald**, s. 48; **Lutter/Grünwald**, AG 1989, s. 113; **Karasu**, s. 128.

⁷¹ **Pulaşlı**, s. 220, 222.

TTK. Tasarısına Göre Nama Yazılı Payların Devrinin Sınırlandırılması

TTK Tasarısı, borsaya kote edilmemiş pay senetlerinin devrinde hakların geçişi konusunda 6762 sayılı TTK'dan farklı olarak bölünme teorisi yerine birlik teorisi tercih etmiştir.

TTK Tasarısı, payların irade dışı kazanımı konusunda da önemli değişiklikler öngörmektedir. TTK Tasarısı'nın 491 ve 493. maddelerinde bağlı nama yazılı payların irade dışı kazanımları sayma yoluyla belirlenmiştir. İrade dışı kazanım hallerinin bu şekilde sınırlı sayıda gösterilmesi nedeniyle, söz konusu hüküm benzer durumlarda uygulanamaz. Tasarı'da sayılan irade dışı kazanım çeşitleri kapsamına benzer nitelikteki kazanımları da yorum yoluyla dahil etmek, istisnaların ancak öngörüldükleri alanla sınırlı olarak uygulanacakları hakkındaki hukuk ilkesi ile bağdaşmaz.

TTK Tasarısı'nın 495. maddesinin 3. fıkrasına göre, Borsaya kote edilmiş nama yazılı payların, irade dışı iktisap edilmeleri halinde, iktisabın pay defterine kayıt talebi reddedilemez. Borsaya kote edilmemiş nama yazılı payların devrinde ise, şirket devredilen payları gerçek değeri üzerinden almayı önerdiği takdirde onay vermeyi reddedebilir.

KAYNAKÇA

- Bahtiyar, Mehmet:** Anonim Ortaklık Anasözleşmesi, İstanbul 2001
- Basler Kommentar:** Obligationenrecht II, 3. Aufl., Zürich 2008 (Yazar, Basler Komm, madde numarası)
- Böckli, Peter:** Schweizer Aktienrecht, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2004 (Böckli, Schweizer Aktienrecht)
- Burgard, Ulrich:** Die Offenlegung von Beteiligungen bei der Aktiengesellschaft, AG 1992, s. 41 vd.
- Forstmoser, Peter:** Aktionärsbindungsverträge, Festgabe zum 60. Geburtstag von Walter R. Schlupe, Zürich 1988, s. 359 vd.
- Forstmoser, Peter/Meier-Hayoz, Arthur/Nobel, Peter:** Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996
- Forstmoser, Peter:** Vinkulierung: ein Mittel zur Sicherung der Unterwerfung unter Aktionärsbindungsverträge? in: Aktienrecht 1992-1997: Versuch einer Bilanz -Zum 70. Geburtstag von Rolf Bär, 1998, s. 89 vd. (Vinkulierung).
- Frey, Martin:** Statutarische Drittrechte im Schweizerischen Aktienrecht, Zürich 1979
- Friedewald, Rolf:** Die Personalistische Aktiengesellschaft, Bonn 1990
- Gehrer, Carole Lea:** Statutarische Abwehrmassnahmen gegen Übernahmen, Zürich 2003
- Hoffmann-Becking, Michael:** Der Einfluss schuldrechtlicher Gesellschaftervereinbarungen auf die Rechtsbeziehungen in der Kapitalgesellschaft, ZGR 1994
- Karasu, Rauf:** Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, Ankara 2009
- Karayalçın, Yaşar:** Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler II, Ankara 1983 (Meseleler ve Görüşler)
- Kläy, Hanspeter:** Die Vinkulierung: Theorie und Praxis im neuem Aktienrecht, Helbig&Lichtenbahn, Basel 1997

T.T.K. Tasarısına Göre Nama Yazılı Payların Devrinin Sınırlandırılması

- Lutter, Marcus/Barbara, Grunewald:** Zur Umgehung von Vinkulierungsklauseln in Satzungen von Aktiengesellschaften und Gesellschaften der mbH, AG 1989, s. 109 vd.
- Lutz, Peter:** Vinkulierte Namenaktien insbesondere ihr Erwerb ohne Rechtsgeschäft, Zürich 1987
- Meier-Schatz, C. J.;** Statutarische Vorkaufsrechte unter neuem Aktienrecht, SZW 1992, s. 224 vd.
- Moroğlu, Erdoğan:** Özellikle Anonim ve Limited Ortaklıklarda Oy Sözleşmeleri, Ankara 2002 (Oy Sözleşmeleri)
- Nilsson, Gül Okutan:** Anonim Ortaklıklarda Paysahipleri Sözleşmeleri, İstanbul 2006
- Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin:** Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, Güncelleştirilmiş 9. Basıdan 10. Tıpkı Basım, İstanbul 2005
- Pulaşlı, Hasan:** Bağlı Nama Yazılı Pay senetleri, Ankara 1992
- Sprockhoff, Tilman:** Vorkaufsrechte an Aktien, Frankfurt am Main 2004
- Tekinalp, Ünal:** Anonim Ortaklık Payının Alım, Önalım, Geriyealım ve Benzer Haklara Konu Olması Sorunu, Medenî Kanun 50. Yıl Sempozyumu, İstanbul 1978, s. 345 vd.
- Tekinalp, Ünal:** Halka Açık Anonim Şirketler Genel Kurullarında Oluşan Güç Boşluğu Sorununa İlişkin Çeşitli Çözümler, Öneriler ve Eleştiri, Kubilay'a Armağan, İstanbul 1975, s. 469 vd. (Kubilay'a Armağan)
- Turanboy, Asuman:** 2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'na 4478 Sayılı Kanunla Eklenen 10/A Maddesine Göre Kaydi Değer Düzenlemesi, AÜHFD, C. 48, sayı: 1-4, s. 39 vd.
- Ünal, Oğuz Kürşat:** Sermaye Piyasası Araçlarının Kaydileştirilmesi, GÜHFD, Haziran, Aralık 2001, C. V, Sa. 1-2, s. 1 vd.
- Yıldız, Şükrü/Özbay, İbrahim:** Bağlı Nama Yazılı Payların TTK m. 418/f.4'de Yazılı Sebeplerle Kazanılmasında Yönetim Kurulu Üyeleri ile Pay Sahiplerine Tanınan Gerçek Değerden Satın Alma Hakkı, XXII. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Ankara 2007, s. 5 vd.

BOŞ