

**PAY SAHİPLERİ SÖZLEŞMESİ KAPSAMINDA ANONİM
ŞİRKETLERDE PAY DEVRİNİN KISITLANMASI**

KEREM BİLGE

113615075

**İSTANBUL BİLGİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI
EKONOMİ HUKUKU**

Doç Dr. Gül OKUTAN NİLSSON

2016

ÖZ

Günümüz dünyasında küreselleşme ile birlikte bir çok teşebbüs, coğrafya ve zaman sınırlamaları engel olmaksızın birbirleri ile işbirliği içerisine girerek ticari faaliyet gösterebilmektedir. Bu işbirliklerinin bir türü de ortaklık şeklinde yapılabilmektedir. Böylece iki veya ikiden fazla teşebbüs, diğer seçenekler bir yana, bir anonim şirket kurarak veya halihazırda kurulu bir anonim şirkette pay iktisabı ile ortaklık kurabilmektedir. Bu çerçevede, ilgili teşebbüsler birbirleri ile “Pay Sahipleri Sözleşmeleri” akdederek ortaklıkları süresince hem aralarındaki ilişkiyi hem de kendilerinin şirket ile olan ilişkisini düzenlemeyi amaçlamaktadırlar.

Pay sahipleri sözleşmeleri kapsamında düzenlenen en önemli konulardan biri de pay devirlerinin kısıtlanmasına ilişkindir. Pay devir kısıtlamaları, zaman zaman anonim şirketler hukukuna aykırı bir durum yaratmakta ve kanunen anonim şirketlerin tasarlandığı yapıdan sapmalara sebep olmaktadır. Buna ilaveten pay devir kısıtlamalarına ilişkin hükümler çoğu kez esas sözleşmelere de dercedilmekte ve bu sayede ilgili kısıtlamaların şirketin korporatif yapısının bir parçası haline getirilmesi amaçlanmaktadır. Ancak bu gibi işlemler esasen anonim şirketler hukukuna aykırı durumlara sebebiyet verebilmektedir.

Çalışmamız kapsamında, anonim şirketlerde pay devir kısıtlamalarına ilişkin pay sahipleri sözleşmeleri ve esas sözleşme hükümleri incelenmiş, İsviçre Hukuku ve Alman Hukuku örnekleri değerlendirilmiş ve bu kapsamda uygulamada fazlasıyla rastlanan pay devir kısıtlamaları borçlar hukuku ve şirketler hukuku açısından irdelenmiştir.

ABSTRACT

In today's global world, enterprises are able to conduct commercial activities in collaboration with each other without the interference of geographical and time constraints. Joint ventures are a type of these collaborations. Thus, two or more enterprises can form partnerships by establishing a new joint stock company or by acquiring shares in an already established joint stock company. In this respect, enterprises aim to regulate the relationship between each other and the company during their partnerships by executing "shareholders' agreements".

Among all, one of the most important topics of such shareholders' agreements are related to the share transfer restrictions. Share transfer restrictions cause, from time to time, certain contradictions with the joint stock company law and give rise to deviations from the structure of joint stock companies as designated by law. Additionally, share transfer restrictions are mostly included in the articles of association and in this respect it is aimed to make such restrictions a part of corporate structure of the company. However, such circumstances may give rise to certain contradictions with the joint stock company law.

Within the scope of our work, provisions of shareholders' agreements and articles of association regarding share transfer restrictions are reviewed, Swiss law and German law examples are overviewed and the share transfer restrictions are examined within the context of contracts and corporate law.

İÇİNDEKİLER

İÇ KAPAK	i
ÖZ	ii
İÇİNDEKİLER	iv
KISALTMALAR CETVELİ	vii
KAYNAKÇA	viii
I. GİRİŞ	1
II. ANONİM ŞİRKETLERDE PAY SAHİPLERİ SÖZLEŞMELERİ	2
A. Şekli	2
B. Süresi	4
C. Taraflar	6
D. Hukuki Niteliği	8
E. Amacı	9
F. Pay Sahipleri Sözleşmesinin Geçerliliği	14
1. Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırı Olmama	14
2. Sözleşmenin Konusunun İmkansız Olmaması	16
3. Ahlaka Aykırı Olmama	17
G. Pay Sahipleri Sözleşmesi ile Esas Sözleşme Hükümleri Arasındaki Nitelik Farkı	19
H. Pay Sahipleri Sözleşmesinin Sona Ermesi	24
1. Adi Ortaklık Oluşturan Pay Sahipleri Sözleşmelerinin Sona Ermesi	24
a. TBK m. 639 f. 1	25
b. TBK m. 639 f. 2	25
c. TBK m. 639 f. 3	26
d. TBK m. 639 f. 4	27
e. TBK m. 639 f. 5	27
f. TBK m. 639 f. 6	27
g. TBK m. 639 f. 7	30
2. Adi Ortaklık Oluşturmayan Pay Sahipleri Sözleşmelerinin Sona Ermesi	31
a. Borcun İfası	31
b. İmkansızlaşma	32
c. Taraflardan Birinin Ölmesi	33
d. İflas	33
e. Tarafların Anlaşması	34
f. Süre	35
g. Haklı Sebep	36
h. Borçlunun Temerrüdü	36
i. Sözleşme İçerisindeki Sona Ermeye İlişkin Düzenlemeler	37
III. PAY SAHİPLERİ SÖZLEŞMESİ ÇERÇEVESİNDE PAYLARIN DEVREDİLEBİLİRLİĞİNİN SINIRLANDIRILMASI	37

A.	Genel Olarak.....	38
B.	Öncelik Hakları.....	40
1.	Teklifte Öncelik.....	42
2.	İcapta Öncelik.....	43
3.	Kabulde Öncelik.....	43
4.	Öncelik hakkı kapsamında dikkat edilmesi gereken diğer unsurlar.....	44
C.	Önalım Hakkı.....	47
1.	Kavram ve Hakkın Tanınma Amacı.....	47
2.	Hukuki Niteliği.....	50
3.	Önalım Hakkının Düzenlenmesi.....	51
D.	Alım ve Satım Hakları.....	53
1.	Kavram ve Hakkın Tanınma Amacı.....	53
2.	Hukuki Niteliği.....	55
3.	Alım ve Satım Haklarının Düzenlenmesi.....	57
E.	Satışa Katılma ve Satışa Katım Hakkı.....	59
F.	Sözleşmesel Pay Devri Sınırlandırmalarının İhlali Sorunu.....	61
IV.	BAĞLAM SİSTEMİ.....	72
A.	Genel Olarak Bağlam Kavramı.....	72
B.	Esas Sözleşmesel Bağlam Sistemi.....	75
C.	Bağlı Nama Yazılı Payların Devri.....	77
1.	Önemli Sebep.....	78
a.	Rakiplere İlişkin Önemli Sebepler.....	79
b.	Yabancılar İlişkin Önemli Sebepler.....	80
c.	Bir Mesleğe veya Aileye Mensubiyete İlişkin Önemli Sebepler.....	82
d.	Oransal veya Sayısal Nitelikteki Önemli Sebepler.....	84
e.	Kontrol Değişikliğinin Engellenmesine İlişkin Önemli Sebepler.....	85
f.	Pay Sahipleri Sözleşmesine Taraf Olmaya İlişkin Önemli Sebepler.....	86
2.	Gerçek değerini Önererek Reddetme İmkânı (Kaçış Klozu).....	88
a.	Genel Olarak.....	88
b.	Gerçek Değer.....	90
ba.	Benzeri Şirket ile Karşılaştırma Yaklaşımını Temel Alan Değerleme Yöntemleri.....	91
bb.	Gelir Yaklaşımını Temel Alan Değerleme Yöntemleri.....	93
bc.	Net Aktif Yaklaşımını Temel Alan Değerleme Yöntemleri.....	94
c.	Şirketin Kendi Paylarını İktisap Etmesi Hali.....	95
d.	Şirketin Kaçış Klozu Bağlamında Payı Pay Sahipleri veya Üçüncü Kişi Hesabına İktisabı.....	98
e.	Kaçış Klozuna İlişkin Esas Sözleşme Düzenlemeleri.....	100
3.	Şirketin Pay Devrine İlişkin Kararı.....	101

a. Genel Olarak Şirketin Pay Devrine İlişkin Kararı.....	101
b. Karara Yetkili Organ.....	102
4. Şirketin Hukuka Aykırı Red Kararı ve Hukuki Yollara Başvuru.....	104
V. PAY SAHİPLERİ SÖZLEŞMESİ ÇERÇEVESİNDE BELİRLENEN PAY DEVİR SINIRLAMALARININ ESAS SÖZLEŞMEYE YANSITILMASI.....	106
A. Pay Sahipleri Sözleşmesi Çerçevesinde Belirlenen Pay Devir Sınırlamalarının Esas Sözleşmeye Yansıtılmasındaki Sınırlar.....	107
1. Tek borç ilkesi.....	107
a. Genel Olarak.....	108
b. Tek Borç İlkesinin İstisnaları.....	110
ba. Primli Paylar.....	110
bb. Temerrüt Faizi ve Cezai Şart.....	111
bc. Sadakat Yükümlülüğü.....	112
bd. İkincil Yükümlülükler.....	113
c. Tek Borç İlkesi Karşısında Pay Sahipleri Sözleşmelerinin Durumu.....	114
2. Emredici Hükümler İlkesi.....	115
3. Esas Sözleşmenin Devredilebilirlik Şartlarını Ağırtaştıramaması.....	123
B. Esas Sözleşmeye Yansıtılan Sınırlamaların Geçerliliği ve Üçüncü Kişilere Karşı İleri Sürülmesi.....	125
1. Öncelik Hakları.....	126
2. Önalım Hakkı.....	132
3. Alım ve Satım Hakları.....	134
4. Satışa Katılma ve Satışa Katım Hakları.....	134
VI. SONUÇ.....	135

KISALTMALAR CETVELİ	
AG	Die Aktiengesellschaft
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
AktG	Aktiengesetz
Art.	Artikel
AŞ	Anonim Şirket
b.	bent
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BK	818 sayılı Borçlar Kanunu
bkz.	Bakınız
C.	Cilt
DCF	Discounted Cash Flow
Dipn.	dipnot
Diss.	Dissertation
E.	Esas
ETTK	6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu
GK	Genel Kurul
GÜHFD	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD	Hukuk Dairesi
İÜHFM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	Karar
Karş.	Karşı Görüş
m.	Madde
N.	Numara / Note
OR	Obligationenrecht
s.	Sayfa
SerPK	6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu
SMMM	Serbest Muhasebeci Mali Müşavir
SPK	Sermaye Piyasası Kurulu
T.C.	Türkiye Cumhuriyeti
TBK	6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK	4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TTK	6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
Vd.	Ve devamı
WM	Wertpapier-Mitteilungen
YMM	Yeminli Mali Müşavir
Yrg.	Yargıtay
YÜHFD	Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

KAYNAKÇA

Akın	Murat Yusuf Akın, Anonim Ortaklıkta Bağlı Nama Yazılı Hisseler, İstanbul, 2014
Akın, Sadakat Borcu	Murat Yusuf Akın, Şirketler Hukukunda ve Özellikle Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Sadakat Borcu, Gayrettepe, Temmuz, 2002
Altaş	Soner Altaş, Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirketler, Ankara, 2013
Altay	Sıtkı Anlam Altay, Türk ve İsviçre Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda Esas Sözleşmesel Bağlam, İsviçre Borçlar Kanunu'nun İktibasının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukuku'nun Türk Ticaret Kanunu'na Etkileri, İstanbul, 2009, s. 563 - 637
Ansay	Tuğrul Ansay, Anonim Şirketler Hukuku, Ankara, 1970
Bahtiyar	Mehmet Bahtiyar, Anonim Ortaklık Anasözleşmesi, İstanbul, 2001
Böckli	Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht mit Fusionsgesetz, Börsengesellschaftsrecht, Konzernrecht, Corporate Governance, Recht der Revisionsstelle und der Abschlussprüfung in neuer Fassung unter Berücksichtigung der angelaufenen Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrecht, Schulthess Juristische Medien AG, Zurich – Basel – Genf., 2009
Böckli, Stimmrecht	Peter Böckli, Das Aktienstimmrecht und seine Ausübung durch Stellvertreter, Diss. Basel, 1961
Crone	Hans Caspar von der Crone, Aktienrecht, Stampfli Verlag AG, Bern, 2014
Demirbaş	Harun Demirbaş, Yenilik Doğuran Haklar, İstanbul, 2007
Demirkol	Berk Demirkol, Pay Sahiplerinin Sözleşmesi ile Getirilen Pay Devir Kısıtlamaları, YÜHFD, Cilt 9, Sayı 2, 2012 s. 851 vd.
Dural	Mustafa Dural, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık, İstanbul, 1976
Druey, Just, Glanzmann	Jean Nicolas Druey, Eva Druey Just, Lukas Glanzmann, Gesellschafts- und Handelsrecht Begründet von Theo Guhl, Schulthess Juristische Medien AG, 2015
Eren	Fikret Eren, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014
Eren, Önalım	Fikret Eren, Türk Medeni Kanununa Göre Yasal Önalım Hakkı, GÜHFD C. XII, Y. 2008, Sa. 1-2
Erkan	Vehbi Umut Erkan, Türk Medeni Kanunu'nda Yasal Önalım Hakkı, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Medeni Hukuk) Anabilim Dalı, Ankara, 2006

Esin, Lokmanhekim	İsmail G. Esin, S. Tunç Lokmanhekim, Uygulamada Birleşme ve Devralmalar, İstanbul, 2003,
Forstmoser, Aktionärbindungsvertrag	Peter Forstmoser, Der Aktionärbindungsvertrag an der Schnittstelle zwischen Vertragsrecht und Körperschaftsrecht, Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts, Festschrift für Heinz Rey zum 60. Geburtstag, Zurich, Bern, Genv., 2003
Forstmoser, Aktionärbindungsverträge	Peter Forstmoser, Aktionärbindungsverträge, Innominatverträge Festgabe zum 60. Geburtstag von Walter R. Schluep, Zurich, 1988
Forstmoser, Meier-Hayoz, Nobel	Peter Forstmoser, Arthur Meier-Hayoz, Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern, 1996
Forstmoser, Vinkulierung	Peter Forstmoser, Die Vinkulierung: ein Mittel zur Sicherstellung der Unterwerfung unter Aktionärbindungsverträge?, Versuch einer Bilanz; zum 70. Geburtstag von Rolf Baer, Hrsg. Roland von Büren, Bern, 1998
Gevurtz	Franklin A. Gevurtz, Corporation Law Second Edition, 2010
Günay	Cevdet İlhan Günay, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara, 2015
Hintz-Bühler	Monika Hintz-Bühler, Aktionärbindungsverträge, Bern, 2001
Honsell, Vogt, Watter	Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Rolf Watter, Basler Kommentar Obligationenrecht II Art. 530 – 1186 OR, Basel, 2008
Karasu	Rauf Karasu, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, Ankara, 2009
Karasu, Devir	Rauf Karasu, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Nama Yazılı Payların Devrinin Sınırlandırılması, GÜHFD, C. XII, S. 1-2, 2008, s. 127-147
Kendigelen	Abuzer Kendigelen, Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, Değişiklikler İşlenmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, İstanbul, 2012
Kırca, Çelik, Manavgat	İsmail Kırca, Feyzan Hayal Şehirali Çelik, Çağlar Manavgat, Anonim Şirketler Hukuku, Cilt 1, Ankara, 2013
Kläy	Hanspeter Kläy, Die Vinkulierung, Basel und Frankfurt am Main, 1997
Lang	Theodor Lang, Die Durchsetzung des Aktionärbindungsvertrags, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich . Basel . Genf, 2003

Meier-Hayoz, Forstmoser	Arthur Meier-Hayoz, Peter Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftrecht, Bern, 2012
Moroğlu	Erdoğan Moroğlu, Anonim Ortaklık Anasözleşmesi ve Hukuki Niteliği, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul, 2000
Moroğlu, Oy Sözleşmeleri	Erdoğan Moroğlu, Özellikle Anonim ve Limited Ortaklıklarda Oy Sözleşmeleri, İstanbul, 1978
Nagel	Thomas Nagel, Die Statutarische Vinkulierung nicht kotierter Namenaktien, AJP, 2015
Noack	Ulrich Noack, Gesellschaftervereinbarungen bei Kapitalgesellschaften, Tübingen: Mohr, 1994
Oğuzman, Öz,	M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, İstanbul, 2015
Oktay	Saibe Oktay, Uzun Süreli Sözleşmelerin Geçerliliği ve Sona Erme Düzeni, İÜHFM C: LV – S 3 (1997)
Okutan Nilsson	Gül Okutan Nilsson, Anonim Ortaklıklarda Paysahipleri Sözleşmeleri, Çağa Hukuk Vakfı, İstanbul, Mayıs 2004
Okutan Nilsson, Opsiyon	Gül Okutan Nilsson, Oğuz Atalay, Anonim Ortaklık Paysahipleri Sözleşmelerinde Öngörülen Pay Alım ve Satım Opsiyonlarının Hukuki Niteliği ve Cebri İcrası, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, İstanbul, 2007
Özatlan	Yurdal Özatlan, Anonim Şirket Birleşmelerinde Ortaklık Paylarının ve Ortaklık Haklarının İncelenmesi Davası, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Yüksek Lisans Programı, İstanbul, 2012
Petrikowski	Moritz Petrikowski, Satzungsstrenge Contra Gestaltungsfreiheit im Recht der “Deutschen” AG und SE, Bielefeld University, 2009
Poroy, Tekinalp, Çamoğlu	Reha Poroy, Ünal Tekinalp, Ersin Çamoğlu, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, İstanbul, 2010
Poroy, Tekinalp, Çamoğlu, Ortaklıklar	Reha Poroy, Ünal Tekinalp, Ersin Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku I, İstanbul, 2014
Pulaşlı	Hasan Pulaşlı, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Adalet Yayınevi, Ankara 2015
Pulaşlı, Bağlı	Hasan Pulaşlı, Bağlı Nama Yazılı Hisse Senetleri, Ankara, 1992
Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi	Hasan Pulaşlı, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt I, Ankara, 2011
Sağmanlı	Metin Sağmanlı, Şirket Değerleme ve Bir Uygulama Örneği, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayını No:06, İstanbul, 1996

Salzgeber - Dürig	Erika Salzgeber – Dürig, Das Vorkaufsrecht und verwandte Rechte an Aktien, Zurich, 1970
Serozan	Rona Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, İstanbul, 1994
Sevi	Ali Murat Sevi, Anonim Ortaklıkta Payın Devri, Ankara, 2012
SPK Kitapçığı	Sermaye Piyasası Kurulu Yatırımcıları Bilgilendirme Kitapçıkları – 8, Ankara, 2007
Tekinalp, Bağlam	Ünal Tekinalp, Anonim Ortaklıkta Yeni Bağlam Sisteminin Esasları, İstanbul, 2012
Tekinalp, Ortaklık	Ünal Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, İstanbul, 2013
Tekinalp, Önalım	Ünal Tekinalp, Anonim Ortaklık Payının Alım, Önalım, Geriyealım ve Benzer Haklara Konu olması, Medeni Kanun 50. Yıl Sempozyumu, 1. Tebliğler, İstanbul, 1978
Tekinay	Selahattin Sulhi Tekinay, Haluk Burcuoğlu, Sermet Akman, Atilla Altop, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1993
Uzel	Necdet Uzel, Anonim Ortaklıkta Esas Sözleşmesel Bağlam, 2013, İstanbul
Yavuz	Cevdet Yavuz, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul, 2014
Yavuz, Şerh	Nihat Yavuz, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013
Yüksel	Sinan Yüksel, Paysahipleri Sözleşmeleri, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Bölümü, İstanbul, 2003
Yüksel, Bağlam	Sinan H. Yüksel, Borsaya Kote Edilmemiş Bağlı Nama Yazılı Payların Devrinde Şirketin Alım Önerisinde Bulunarak Onay İstemini Reddetme Hakkı (Kaçış Klozu) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi – 2013/2, s. 159-217

PAY SAHİPLERİ SÖZLEŞMESİ KAPSAMINDA ANONİM ŞİRKETLERDE PAY DEVRİNİN KISITLANMASI

I. GİRİŞ

Pay sahipleri sözleşmeleri Türk hukukunda oldukça fazla rağbet gören ve uygulamada sıklıkla karşılaşılan sözleşmelerdir. Pay sahipleri sözleşmelerinin akdedilmesi ile, temel olarak aslen sözleşmeler hukuku ile ticaret hukuku arasında bir bağ yaratılmakta ve sermaye esaslı yapılar olan sermaye şirketleri içerisinde ortaklar lehine bir kişiselleştirme durumu oluşturulmaktadır. Ticaret hukukunun emredici hükümleri ile sınırları çizilen sermaye şirketlerinin yapıları, sözleşme özgürlüğü prensibine dayanılarak yapılan işbu pay sahipleri sözleşmeleri ile mütemadiyen bir çatışma içerisinde bulunmakta, birbiri ile çatışma halinde bulunan, deyim yerinde ise bu farklı iki kutup, zaman zaman birbirine üstün gelmekte ve sınırlar yeniden belirlenmektedir. Sermaye şirketlerinde temel bir prensip olan ve “esas sözleşmeyle pay sahibine, pay bedelini veya payın itibari değerini aşan primi ifa dışında borç yükletilemez” şeklinde ifadesini bulan “Tek Borç İlkesi”, bu çatışmanın ticaret hukuku tarafında önemli bir rol oynamaktadır.

Türk hukukunda pay sahipleri sözleşmelerine ilişkin oldukça yaygın bir kullanım alanı olmasına karşın, Türk mevzuatında bu sözleşmeler için herhangi bir kanuni düzenleme mevcut değildir. İşbu pay sahipleri sözleşmelerinin taraflarının isteklerine bağlı olarak oldukça birçok değişikliğe tabi tutulabilmesi ve dolayısıyla farklı pay sahipleri sözleşmeleri içerisinde birbirinden farklı oldukça fazla hüküm barındırma olasılığı göz önüne alındığında, yasa koyucunun pay sahipleri sözleşmelerine ilişkin bir düzenleme yapmaması ve bu sözleşme çeşidinin yorumlanmasını öğreti ve uygulamaya bırakması oldukça doğru bir yaklaşımdır. Ancak bu koşullarda dahi pay sahipleri sözleşmeleri içerisinde bulunan hükümleri genel bir sınıflandırma ile değerlendirebilmek elbette mümkündür. Doktrinde pay sahipleri sözleşmeleri içeriğine ilişkin yapılan bu sınıflandırma, her şeye rağmen sözleşmenin olmazsa olmaz unsurları olmaktan ziyade, genel olarak uygulamada kullanılan pay sahipleri sözleşmeleri içerisinde mevcut hükümlerden oluşmaktadır.

Temelde sözleşme taraflarının, sözleşme özgürlüğü prensibine dayalı olarak pay sahipleri sözleşmesinin içeriğini diledikleri gibi değiştirme hakkına sahiptir. Yine de oy sözleşmeleri, pay devir kısıtlamaları, sadakat yükümü ve rekabet yasağı, mali haklar ve borçlar yükleyen hükümler ve sözleşmeye uyulmasını sağlamaya yönelik hükümler şeklinde bir sınıflandırma yapmak, pay sahipleri sözleşmelerinin içeriği açısından yanlış olmayacaktır. Bu sınıflandırma içerisinde yer alan öğelerden biri olan **pay devir kısıtlamaları**, çalışmamızın ana konusunu oluşturmaktadır.

Bu kapsamda, uygulamada oldukça fazla rastlanmasına rağmen öğretilerde yeterince değinilmemiş olan pay sahipleri sözleşmeleri kapsamında pay devir kısıtlamalarının kendisi ve işbu pay devir kısıtlamalarının esas sözleşmeye yansıtılmaları sorunu üzerinde durulması amaçlanmaktadır. 29 Haziran 1956 tarihinde kabul edilen ve 9 Temmuz 1956 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanan 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'ndan ("*ETTK*") 13 Ocak 2011 tarihinde kabul edilen ve 14 Şubat 2011 tarihindeki Resmi Gazetede yayımlanan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na ("*TTK*") geçiş sebebiyle, bu konuya ilişkin yanıtlanması gereken sorular artmış ve büyük önem kazanmıştır.

Nitekim bu çalışmanın temel amaçlarından bir tanesi, pay sahipleri sözleşmeleri içerisinde yer alan işbu pay devir kısıtlamalarının anonim şirketler nezdinde uygulanılabilirliğinin ne ölçüde sağlanabileceğine ilişkin soruların cevaplanması olacaktır. Bunu yaparken yer yer pay sahipleri sözleşmeleri ile anonim şirketlerin anayasası hükmündeki esas sözleşmenin nitelikleri birbiri ile karşılaştırılacak ve aradaki farkların yarattığı sonuçlar ortaya konulacaktır. Bu soruların cevaplanmasında sistematik olarak karşılaştırmalı hukuk tekniği kullanılarak diğer hukuk öğretileri ile Türk hukuk doktrini arasındaki farklar belirlenecek, bu farkların ortaya konulması ile aynı zamanda Türk hukuk doktrininin eksikleri saptanacaktır.

II. ANONİM ŞİRKETLERDE PAY SAHİPLERİ SÖZLEŞMELERİ

A. Şekli

Pay sahipleri sözleşmeleri sözleşme serbestisi prensibine dayalı olarak akdedilen sözleşmelerdir ve Türk hukuku içerisinde herhangi özel bir düzenlemeye tabi olmuş bir husus değildir. Bunun bir sonucu olarak, esas sözleşmelerin aksine, anonim şirketler açısından pay sahipleri sözleşmesinin varlığı da zaruri bir unsur değildir. Nitekim bir anonim şirketin kurulumu için mevzuat içerisinde belirlenmiş özellikleri haiz yazılı şekilde ve bütün kurucuların imzalarının noterce onaylanmış olduğu bir esas sözleşme sahibi olması geçerlilik şartıdır (TTK m. 339 vd). Buna karşın pay sahipleri sözleşmelerinin varlığı, anonim şirketin kurulumu için bir geçerlilik şartı olmak yerine, pay sahipleri tarafından ihtiyari olarak yapılan bir sözleşme niteliğindedir. Konuyu daha somut bir yaklaşım ile örneklendirmek adına, TTK ile hayatımıza giren tek ortaklı anonim şirketleri düşündüğümüzde, elbette tek ortaklı bir anonim şirketin pay sahibi bir pay sahipleri sözleşmesi akdetmeyecek, ancak ilgili anonim şirket her halükarda bir esas sözleşmeye sahip olacaktır.

Mevzuat içerisinde pay sahipleri sözleşmelerine ilişkin bir düzenleme olmamasının bir sonucu, işbu sözleşmelerin herhangi bir şekil şartına tabi olmamasıdır. Sözleşme içerisindeki belirli hükümlerin tabi olabileceği şekil şartları bir yana (Tahkim şartı¹ veya ölüme bağlı tasarruflar² gibi), pay sahipleri sözleşmelerinin yapılması, veya bunların tadil edilmesi herhangi bir şekil şartına tabi değildir. Bu durumun bir sonucu olarak, pay sahipleri sözleşmeleri tercihe bağlı olarak yazılı, sözlü veya zımni olarak iradelerin örtüşmesi ile kurulabilmektedir³. Ancak pay sahipleri sözleşmeleri uygulamada, ispat sorununu ortadan kaldırmak amacıyla çoğunlukla yazılı olarak yapılmaktadır.

Esas sözleşme ile pay sahipleri sözleşmeleri şekil şartları açısından karşılaştırıldığında, aralarında büyük farklar olduğu görülmektedir. Pay sahipleri sözleşmeleri kanunda öngörülmemiş bir borçlar hukuku sözleşmesi iken, esas sözleşme TTK kapsamında ciddi şekil şartlarına tabi tutulmuş bir

¹ Gül Okutan Nilsson, Anonim Ortaklıklarda Paysahipleri Sözleşmeleri, Çağa Hukuk Vakfı, Mayıs 2004, s. 74

² Theodor Lang, Die Durchsetzung des Aktionaerbindungsvertrags, Schultess Juristische Medien AG, Zürich . Basel . Genf, 2003, s. 19

³ Lang, s. 18; Ulrich Noack, Gesellschaftervereinbarungen bei Kapitalgesellschaften, Tübingen: Mohr, 1994, s. 62

ticaret hukuku sözleşmesidir. Nitekim işlevleri ve etkileri de birbirlerinden farklıdır. Bu duruma bağlı olarak esas sözleşmeler bir anonim şirket için “kuruluş belgeleri” arasında sayılmış ve sicil dosyalarına konulması gerekli görülmüştür (TTK m. 336). Maddenin gerekçesinde de açıkça belirtildiği üzere, bu gereksinimin amaçlarından biri “aleniliği sağlamak ve gizli sözleşme yapılmasını önlemek ve pay sahipleri sözleşmelerini kuruluşun ve şirketler hukuku saçağının dışında tutmaktır”. Ek olarak pay sahipleri sözleşmelerinin aksine, esas sözleşmelerin yazılı olması ve TTK m. 339’da yer alan zorunlu unsurları içermesi gerekmektedir⁴.

Nitekim esas sözleşmenin aleniliği prensibi ve ağır şekil şartları, pay sahipleri sözleşmesinin akdedilmesinde de temel motivasyon kaynaklarından biri olmuştur. Zira bu durum pay sahipleri sözleşmelerine kolaylık ve esneklik sağlamakta, sözleşmenin içeriğinin gizli tutulmasına olanak vermektedir⁵.

B. Süresi

Pay sahipleri sözleşmeleri bir şirketin pay sahipleri arasında paylarına sahip oldukları anonim şirketin düzenini ve idaresini belirlemek amacıyla yapılan sözleşmelerdir. Bu nedenle doğaları gereği sözleşmeler akdedilirken sözleşmenin süresi de sözleşmeye konu anonim şirketin yaşama süresine bağlı kılınmaktadır. Ancak burada önemli bir problem ortaya çıkmaktadır. Zira anonim şirketler belirsiz süreli olarak kurulabilmektedirler (TTK m. 339). Bu halde, ilgili anonim şirketi konu alan bir pay sahipleri sözleşmesi de belirsiz süreli olarak mı akdedilecektir? Belirsiz süreli veya çok uzun süreli olarak akdedilen bir pay sahipleri sözleşmesinin geçerliliği ne olacaktır?

Sözleşmeler hukukunda temel prensip, sözleşmelerin herhangi bir fesih imkanı olmadan belirsiz süreli olarak akdedilemeyeceği yönündedir⁶. Bunun sebebi, bir

⁴ Pulaşlı, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s. 310

⁵ Okutan Nilsson, s. 75

⁶ Peter Forstmoser, Aktionärbindungsverträge, Innominatverträge Festgabe zum 60. Geburtstag von Walter R. Schluep, Zurich, 1988, s. 369; Lang, s. 48; Hans Caspar von der Crone, Aktienrecht, Stampfli Verlag AG, Bern, 2014, s. 699

kimsenin kişisel hürriyetinin aşırı derecede sınırlandırılmayacağı ilkesine dayanmaktadır. Bu noktada bir sözleşmenin bir kimsenin aşırı derecede hürriyetini sınırlandırıyor olması, sözleşme taraflarından birinin ekonomik varlığını tehlikeye düşürüyor olması anlamına gelmektedir⁷. Bu durum tüzel kişiler için de geçerlidir. Aynı şekilde İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında genel iyi niyet prensibinden dolayı böyle bir yasağın doğru olduğunu vurgulamıştır⁸. Ancak bu hususta somut bir kriterin, yani belirli bir zaman sınırının, belirlenmesi imkansızdır. Dolayısıyla sürenin, diğer sözleşme şartları ile beraber somut olay bakımından değerlendirilmesi gerekmektedir⁹. Uygulamada pay sahipleri sözleşmeleri en azından 10 yıl ve üzeri süreler için akdedilmektedir¹⁰. Örnek olarak, Alman Federal Mahkemesi 30 yıl için akdedilmiş olan bir pay sahipleri sözleşmesini ve burada yer alan 30 yıllık önalım hakkını uygun bulmuştur¹¹. Aynı şekilde İsviçre Federal Mahkemesi 6 yıl boyunca bir oy sözleşmesine bağlı kalınmasını ahlaka ve kişilik haklarına aykırı görmemiştir¹². Bunun yanı sıra İsviçre Federal Mahkemesi bir adi ortaklık sözleşmesinin sözleşme taraflarının ölümüne kadar süreceğinin belirlenmesini de kişilik hakları manasında uygun olduğuna karar vermiştir¹³. Bu sebeple pay sahipleri sözleşmesinin adi ortaklık niteliği taşıdığı durumlarda, sözleşme süresinin sözleşme taraflarının hayatı ile sınırlandırılmış olması doktrin tarafından uygun görülmektedir¹⁴. Ancak örneğin bir pay sahibini pay sahipleri sözleşmesi kapsamında uzun süreler ile rekabet yasağına tabi tutulması, pay sahibinin ekonomik özgürlüğünün elinden alınması anlamına gelecektir ve geçerli olmayacaktır¹⁵.

⁷ Forstmoser, Aktionärbindungsverträge, s. 369

⁸ BGE 97 II 399, Lang s. 48; Forstmoser Aktionärbindungsverträge, s. 370; BGE 102 II 249, 100 II 349, Forstmoser Aktionärbindungsverträge s. 370

⁹ Okutan Nilsson, s. 125

¹⁰ Crone, s. 699

¹¹ Okutan Nilsson, s. 125, BGH WM 1987 10, 11

¹² Okutan Nilsson, s. 125, BGE 88 II 172, 174

¹³ BGE 106 II 226

¹⁴ Crone, s. 701

¹⁵ Yrg. 11. HD, 13.5.2013, 2012/17736 E., 2013/9814 K. “davalının daha önce çalıştığı ilçede sözleşmenin sona ermesinden sonra 2 yıl süre ile mesleğini icra edememesi bir rekabet etmeme koşulu değil, kelepçeleme sözleşmesi niteliğinde olup, davalının ekonomik özgürlüğünü kısıtlayan bu hüküm ve dolayısıyla da buna dayalı cezai şart koşulu da geçersizdir.”

Öte yandan uygulamada çoğunlukla karşılaşılan durum, pay sahipleri sözleşmesinin süresinin sözleşme konusu anonim şirketin kendisinin varlığına bağlı olmasıdır. Bu noktada tartışma konusu olan konu, anonim şirketin teorik olarak belirsiz süreli bir yaşam süresine sahip olması ihtimalidir. Zira daha önce açıklandığı üzere, kişinin kendisini belirsiz süreli bir şekilde borç altına sokması kişisel hürriyetinin ihlali anlamına gelmektedir. Bu sebeple pay sahipleri sözleşmesinin süresinin anonim şirketin kendisinin varlığına bağlı olması, İsviçre hukuku öğretisinde kabul görmemektedir¹⁶.

Federal Mahkeme kararlarında bu konuda getirilmiş olan belirli kriterler bulunmaktadır. Buna göre, (i) Eğer sözleşme ilişkisi taraflardan biri için ekonomik özgürlüğün devri anlamına geliyorsa, (ii) taraflardan birini diğerinin keyfine tabi olma durumuna sokuyorsa, ve (iii) taraflardan biri için özgürlüğün özünü tehlikeye sokuyorsa, sözleşme ilişkisinin uzun olmasının kişilik haklarına aykırı olarak kabul edilecektir¹⁷.

Türk hukukunda da benzer bir durum söz konusudur. Zira sözleşmenin süresi ancak MK m. 2 ve MK m. 23 çerçevesinde sınırlandırılabilir¹⁸. Pay sahipleri sözleşmesinin bir adi ortaklık oluşturması veya sürekli borç doğuran iki taraflı veya tek taraflı nitelikte olması halinde, ortaklığın süreli veya belirsiz süreli olmasına bağlı olmaksızın her durumda bir haklı sebebe dayanarak feshedilebilecektir¹⁹.

C. Taraflar

Pay sahipleri sözleşmeleri, sözleşme konusu ortaklığın tüm veya bir kısım pay sahipleri arasında yapılabileceği gibi, üçüncü kişiler de sözleşmeye taraf

¹⁶ Crone, s. 701; Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, Schultess Juristische Medien AG, Zurich – Basel – Genf., 2004, § 12 N. 576; Lang, s. 51

¹⁷ Saibe Oktay, Uzun Süreli Sözleşmelerin Geçerliliği ve Sona Erme Düzeni, İÜHFM C: LV – S 3 (1997), s. 223 ve dipn. 50’de belirtilen karar

¹⁸ Oktay, s. 216

¹⁹ Okutan Nilsson, s. 126

olabilir²⁰. Örneğin A anonim şirketinin kümülatif olarak %51 payına sahip üç ortağının bir araya gelerek bir pay sahipleri sözleşmesi akdetmesi ve buna bağlı olarak genel kurul toplantılarında belirli bir yönde oy kullanacaklarını taahhüt etmeleri mümkündür. Bununla beraber sözleşme tarafı bir pay sahibi olan tüzel kişiliği kontrol eden hakim şirketin işbu sözleşmeye taraf olması ve bağlı şirketinin pay sahipleri sözleşmesi kapsamında taahhütlerini garanti etmesi de uygulamada karşılaşılan durumlardandır.

Öte yandan, pay sahipleri arasında akdedilen pay sahipleri sözleşmesine sözleşme konusu anonim şirketin de taraf yapılması, uygulamada oldukça sık karşılaşılan bir husustur. İlgili sözleşmelere anonim şirketin taraf yapılmasının amacı, sözleşmenin uygulanabilirliğinin artırılması ve/veya pay sahiplerinin kendi aralarındaki bazı anlaşmaların ihlali halinde yaptırım uygulayabilmek için ortaklığın araya girmesidir²¹.

İsviçre hukukunda anonim şirketin pay sahipleri sözleşmelerine taraf yapılmasının kapsamı, ticaret hukukunun emredici düzenlemeleri ile sınırlandırılmıştır. Zira pay sahipleri sözleşmelerinin içeriğinin emredici düzenlemeler ile çelişki içerisinde olmaları halinde, bu hükümler anonim şirketler açısından hükümsüz hale gelecektir²². Bu çalışmamızın konusunu oluşturmamakla birlikte, konunun açıklanması adına önem teşkil etmesi sebebiyle kısaca değinilmesi zaruri olan oy sözleşmeleri, bu durumun bir örneğidir. Zira anonim şirketin genel kurul toplantılarında belirli bir yönde oy verme taahhüdü içeren pay sahipleri sözleşmelerine anonim şirketin kendisinin taraf olması doktrinde oldukça tartışmalıdır. İsviçre hukuku doktrininde böyle bir hükmün geçersiz olacağı fikri hakimdir. Bu fikrin temeli, şirketlerin en üst organının genel kurul olduğunu zikreden İsviçre borçlar kanununa (OR 698/1) istinaden yapılan güçler ayrılığı ve yetki tahsisinin aksine, şirketin en yüksek karar ve kontrol organını bertaraf ederek anonim şirketin kendisinin böyle bir

²⁰ Okutan Nilsson, s. 75

²¹ Okutan Nilsson, s. 313

²² Crone s. 687; Peter Forstmoser, Der Aktionärsbindungsvertrag an der Schnittstelle zwischen Vertragsrecht und Körperschaftsrecht, Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts, Festschrift für Heinz Rey zum 60. Geburtstag, Zurich, Bern, Genv., 2003, s. 382; Böckli§ 12 N. 578 - 579;

taahhüt altına girmesinin batıl olarak görülmesi yatmaktadır²³. Nitekim bu durum, anonim şirketin kendi iç işleyişi ile ilgili bir konunun şirketin pay sahipleri tarafından genel kurul toplantısı sırasında karara bağlanması gerekmesine rağmen, anonim şirketin kendisinin henüz alınmamış bir karar hakkında görüş beyan etmesi ve bir taahhüt altına girmesi anlamına gelmektedir²⁴. Oysa pay sahiplerinin yönetim kurulunun veya anonim şirketin kendisinin talimatına göre oy vermeleri taahhüdünü içeren oy sözleşmeleri, Alman hukukunda açıkça (AktG 136/II), İsviçre ve Türk hukuklarında da doktrin tarafından batıl kabul edilmektedir²⁵.

Pay devirlerini kısıtlayan pay sahipleri sözleşmesi hükümleri açısından da durum farklı değildir. Zira her ne kadar anonim şirket pay sahipleri sözleşmesine taraf edilse bile, anonim şirketin kendisi TTK hükümleri ile bağlı olacaktır. Dolayısıyla, örneğin pay sahipleri sözleşmesi içerisindeki hükümlere aykırı olarak yapılan pay devirlerinin anonim şirket yönetim kurulu tarafından deftere işlenmemesi taahhüdünü içeren bir pay sahipleri sözleşmesi hükmünün anonim şirket açısından uygulanabilirliği, ancak TTK hükümlerine uygun bir şekilde yapılan bir bağlam hükmünün varlığı halinde mümkün olabilecektir.

D. Hukuki Niteliği

Pay sahipleri sözleşmeleri, esas olarak kanunda öngörülmemiş olan bir borç sözleşmesi niteliğindedir²⁶. Zira pay sahipleri sözleşmesi neticesinde sözleşme taraflarının elde ettiği haklar, ancak taraflarca sözleşmenin diğer taraflarına karşı ileri sürülebilecek nispi nitelikte haklardan oluşmaktadır. Bu sözleşmeler temel olarak bir anonim şirketin pay sahiplerinin bu sıfatlarına istinaden birbirlerine karşı sahip olacakları hak ve yükümlülükleri tespit etmek ve düzenlemek amacını taşımaktadır²⁷.

²³ Lang, s. 13

²⁴ Okutan Nilsson, s. 314; Lang s. 13

²⁵ Okutan Nilsson, s. 314

²⁶ Lang, s. 20; Okutan Nilsson, s. 79

²⁷ İsmail G. Esin, S. Tunç Lokmanhekim, Uygulamada Birleşme ve Devralmalar, İstanbul, 2003, s. 67

Pay sahipleri sözleşmelerinin değişik şekillerde ortaya çıkabileceğinden daha önce bahsetmiştik. Pay sahipleri sözleşmeleri, içerdiği hükümlere bağlı olarak, tek taraflı, iki taraflı veya adi ortaklık sözleşmesi şeklinde ortaya çıkabilmektedir²⁸. Sözleşme içerisinde tek taraflı veya iki taraflı edimlerin yer alması halinde, sözleşme karşılıklı borç yükleyen bir niteliğe yaklaşacaktır²⁹. Örnek olarak önalım hakkı içeren pay sahipleri sözleşmelerinde, bu durum söz konusudur. Öte yandan aynı şekilde karma bir doğaya sahip bir sözleşme de ortaya çıkarmak mümkündür. Zira pay sahiplerinin ortak bir amaç unsuru etrafında birleştiği pay sahipleri sözleşmelerinde, BK m. 620 anlamında bir adi ortaklık kimliği öne çıkacaktır³⁰. Bu durumda pay sahipleri belirli bir amaca ulaşmak uğruna emek veya malvarlıklarını birleştireceklerdir. Pay sahipleri sözleşmeleri bakımından pay sahiplerinin beraberce bir ortaklığın yönetimini ele geçirme veya yönetimine etki etme, işletme politikasını belirleme, ortaklıktaki güç dengesini koruma, pay sahiplerinin ortaklıktaki durumlarını iyileştirme veya sağlamlaştırma, ihtilafları önleme veya çözme, üçüncü kişileri o ortaklıktan uzak tutma gibi amaçlar, adi ortaklık niteliği kapsamında ortak bir amaç olarak kabul edilmektedir³¹. Sözleşme taraflarının anonim şirket içerisinde sahip oldukları pay sahipliği haklarını belirtilen amaçlar doğrultusunda kullanmayı birbirlerine karşı taahhüt ettiği sözleşmelerde, bir adi ortaklık söz konusu olacaktır³². Tarafların belirli yönde oy kullanarak belirli yönetim kurulu üyelerini atayacağını taahhüt ettiği pay sahipleri sözleşmeleri, bu duruma bir örnek teşkil etmektedir.

Pay sahipleri sözleşmelerinin birer borç sözleşmeleri niteliğine olmalarından mütevellit, sözleşmenin geçerliliği MK ve TBK kapsamında genel hükümlere tabi olacaktır. TBK kapsamında yanıltma, aldatma ve korkutma şeklinde gerçekleşecek irade sakatlığı yaratacak sebeplerin, TBK m. 27 kapsamında sözleşmenin kesin hükümsüzlük nedenlerinin varlığı halinde veya MK kapsamında ehliyetsizlik halleri sözleşmenin butlanı sonucunu doğuracaktır.

²⁸ Okutan Nilsson, s. 79, Karş. Esin, Lokmanhekim, s. 67

²⁹ Crone, s. 698

³⁰ Crone, s. 698

³¹ Okutan Nilsson, s. 81; Crone, s. 698

³² Okutan Nilsson, s. 81

E. Amacı

Pay sahipleri sözleşmelerinin amacı pay sahiplerinin niteliklerine ve şartlarına göre değişiklik gösterir. Farklı nitelik ve şartlara sahip pay sahipleri bir veya birden çok amaca ulaşmak adına pay sahipleri sözleşmeleri akdedebilirler.

Bu bölümde öncelikle pay sahipleri sözleşmelerinin belirli amaçlarından genel olarak bahsedilecek, daha sonra da farklı nitelik ve şartları haiz pay sahiplerinin hangi amaçları taşıyabileceği değerlendirilecektir.

Konu genel bir bakış açısı ile değerlendirildiğinde pay sahipleri sözleşmelerinin temel amaçları;

- (i) Ortaklığın pay sahiplerinin arzusuna göre şekillendirilmesi,
- (ii) Pay sahipleri ile ortaklık arasındaki bağın güçlendirilmesi,
- (iii) Ortaklığın yabancılaşmasının engellenmesi,
- (iv) Ortaklıkta güç dengesinin sağlanması ve korunması,
- (v) Ortaklıktaki hakimiyetin ele geçirilmesi
- (vi) Ortaklığa yeni pay sahiplerinin gelmesi veya birleşme/devralma/halka açılma hallerinde yeni düzen kurulması şeklindedir³³.

Ancak pay sahipleri sözleşmelerini akdetmenin farklı amaçlarını biraz daha özelleştirerek iki ana başlık altında toplamak mümkündür. Bunlardan ilki, sözleşmeye konu anonim şirketin karar alma süreçleri üzerine etki sağlamaktır. Pay sahipleri sözleşmesini akdetmenin bir diğer amacı ise tarafların sözleşmeye konu anonim şirketi kişiselleştirme ve özel durumlarını bu sözleşmeye yansıtma ve şirket pay sahipliği yapısını tasarlamayı niyet edinmektir³⁴.

Pay sahipleri sözleşmeleri ile taraflar, zaman zaman, bir anonim şirket üzerindeki etkilerinin artırılmasını veya diğer pay sahiplerinin bu anonim şirket üzerindeki etkilerinin azaltılmasını amaçlamaktadır. Bu etkinin sağlanması, paysahipleri sözleşmeleri çerçevesinde yapılacak oy sözleşmeleri ile ve elbette tarafların anonim şirket içerisindeki pay sahipliği oranına bağlı olarak mümkün

³³ Okutan Nilsson, s. 75-78

³⁴ Monika Hintz-Bühler, Aktionärbindungsverträge, Bern, 2001, s. 13

olmaktadır. Zira oy sözleşmesi ile taraflar pay sahipliği oranlarının izin verdiği ölçüde anonim şirketin karar alma sürecinde etkili olabilmektedirler.

Karar alma sürecinde etkinin gerçekleştirilme amacını gütmenin de iki temel motivasyonu olduğu doktrinde varsayılmaktadır. Bunlardan ilki anonim şirket içerisinde hüküm sürececek bir çoğunluk oluşturmak veya kararları veto etme hakkına sahip bir azınlık yaratmak olabileceği gibi, ilgili anonim şirket içerisinde pay sahibi olmayan kişilerin anonim şirketin karar alma sürecine etki edebilmesini sağlamak da olabilmektedir.

Etkili bir çoğunluk veya azınlık yaratmak ancak anonim şirketin karar mercileri genel kurul veya yönetim kurulunda etki sağlamakla mümkün olabilecektir. Bu karar mercilerinde oy hakkına sahip pay sahiplerinin aralarında yapacakları bir sözleşme ile anonim şirket üzerinde süreklilik arz eden bir çoğunluk etkisine sahip olabilecekleri konusunda şüphe yoktur³⁵. İlgili anonim şirket içerisinde azınlık halde kalan pay sahiplerinin de birleşerek bir pay sahipleri sözleşmesi ile etkili bir veto hakkını elde etmeleri veya azlık haklarından³⁶ faydalanmaları mümkündür.

Örnek olarak, sahip olduğu pay oranı anonim şirketin yönetimine seçilmesine imkan vermeyen pay sahibinin, aynı durumdaki diğer pay sahipleriyle bir araya gelerek kendilerinin veya tayin edecekleri bir başkasının anonim şirketin yönetim kuruluna seçilmesini sağlamak üzere oy sözleşmesi yapmaları mümkündür³⁷.

Öte yandan aynı şekilde anonim şirket içerisinde esas sözleşmenin değiştirilmesi için münferit olarak yeterli oya sahip olmayan pay sahiplerinin birleşerek anonim şirketin esas sözleşmesini değiştirme hakkı elde etmeleri de, pay sahipleri sözleşmesinin meşru amaçları arasında sayılabilir.

³⁵ Peter Böckli, Das Aktienstimmrecht und seine Ausübung durch Stellvertreter, Diss. Basel, 1961, s. 49

³⁶ Erdoğan Moroğlu, Özellikle Anonim ve Limited Ortaklıklarda Oy Sözleşmeleri, İstanbul, 1978, s. 14

³⁷ Moroğlu, Oy Sözleşmeleri, s. 13

Bu amaçlarla yapılacak pay sahipleri sözleşmelerinin uygulamada hem halka açık anonim şirketlerde, hem de kapalı anonim şirketlerde görüleceği konusunda da elbette şüphe yoktur.

Aynı şekilde pay sahipleri sözleşmesi, anonim şirketin karar alma süreci üzerinde anonim şirket içerisinde pay sahibi olmayan kişi/kişilerin etkisini sağlama amacı da taşıyabilmektedir³⁸. Bağlı nama yazılı bir payı devralacak olan bir kişinin ilgili anonim şirket pay sahipleri ile yapacağı bir sözleşme neticesinde bağlı nama yazılı payı devrine onay verecekleri hususunda bir taahhüt alması uygulamada karşılaşılan örneklerdendir³⁹. Bir diğer örnek olarak, TTK hükümleri çerçevesinde birbirleri ile birleşmeleri mümkün olan veya bir holdinge katılmaları amaçlanan anonim şirketlerin dağıtık kişilerde bulunan paylarının oy haklarının ilkin pay sahipleri sözleşmeleri ile bir düzene tabi tutulması ve anonim şirketin karar ve yönetim organlarında yeterli etkinlik sağlandıktan sonra amacın gerçekleştirilmesi de mümkün olmaktadır⁴⁰.

Öte yandan pay sahipleri sözleşmelerini akdetmenin bir diğer amacı ise, daha önce bahsedildiği gibi, ilgili anonim şirketi kişiselleştirme niyetini taşımaktadır. Bu sayede anonim şirket paysahiplerinin arzusuna göre şekillendirilebilecektir.

Anonim şirketler nitelik itibarıyla nispeten yüksek sermaye ile kurulmuş ve yüksek iş hacmi amaçlanan ve birbirinden farklı kişileri bir araya getirmeyi sağlayan yapılardır. Bunun bir sonucu olarak sınırlı sorumluluk ilkesi belirlenmiştir⁴¹. Bu sebeple, bilindiği gibi TTK kapsamında anonim şirketler “tek borç” ilkesi üzerine kurulmuş yapılardır. Başka bir deyişle, TTK m. 480 kapsamında da öngörüldüğü üzere, anonim şirketlerde kural olarak pay sahibine esas sözleşme ile pay bedeli veya prim dışında bir borç yüklenememektedir. Aynı şekilde TTK m. 340 kapsamında da anonim şirket esas sözleşmesinin içeriğinin ancak kanunen açıkça izin verilmiş olması halinde TTK hükümlerinden sapabileceği belirtilmiştir. Bunun bir sonucu olarak, anonim

³⁸ Hintz-Bühler, s. 14

³⁹ Hintz-Bühler, s. 14

⁴⁰ Moroğlu, Oy Sözleşmeleri, s. 23

⁴¹ Forstmoser, Aktionärbindungsverträge, s. 361

şirketleri esas sözleşme ile kişiselleştirme ve pay sahiplerinin arzularına göre tasarlama imkanı oldukça sınırlıdır.

Bu sebeple anonim şirket pay sahipleri arasında esas sözleşmede öngöremeyecek oldukları hükümleri yan sözleşmeler ile birbirlerine karşı borç altına girmeleri oldukça yaygındır. Zira doktrinde pay sahipleri sözleşmeleri, kişiselleştirmenin mümkün olmadığı anonim şirketlerde pay sahiplerine ilgili anonim şirketi kişiselleştirme imkanı tanıyan bir araç olarak tanımlanmıştır⁴². Aslen çalışmamızın konusu itibarıyla pay sahipleri sözleşmesinin bu amacı bizim açımızdan daha fazla önem arz etmektedir.

Bu kapsamda anonim şirketin kişiselleştirilmesinin en önemli unsurlarından biri, pay sahipleri çevresini sınırlamaya yönelik niyetlerden oluşmaktadır. Bu niyetler neticesinde pay sahipleri sözleşmeleri çoğu kez anonim şirket paylarının belirli bir pay sahipleri çevresinde sabit kalmasını veya en azından pay devirlerini sınırlamayı amaç edinmektedirler. Bu sonuca bir nebze de olsa bağlam hükümleri ile ulaşmak elbette mümkündür. Ancak pay sahipleri, aslen TTK kapsamında bağlam hükümleri ile mümkün olmayan belirli sınırlandırmaları da pay sahipleri sözleşmeleri ile hükme bağlamaktadır. Örnek olarak, paylar üzerine koyulan alım veya satım hakları pay sahipleri sözleşmelerine çoğunlukla konu olmaktadır. Bu durum, pay sahiplerine bağlam hükümlerine kıyasen pay sahipleri sözleşmeleri ile pay sahipleri çevresini korumaya yönelik daha esnek çözümler sunma imkanı tanımaktadır⁴³.

Öte yandan anonim şirket içerisinde belirli pay sahipleri tarafından sağlanan kontrolün korunması da çoğunlukla pay sahipleri sözleşmesini akdetme amaçlarından biridir. Bu sayede pay sahipleri sözleşmesi esasen bir süreklilik aracı olarak kullanılmaktadır.

⁴² Peter Forstmoser, Arthur Meier-Hayoz, Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern, 1996, §. 2 N. 48

⁴³ Hintz-Bühler, s. 15

Son olarak, bu imkanlar neticesinde anonim şirket pay sahiplerinin haklarının haleflerine geçmesi halinde nasıl bir düzen sağlanacağına ilişkin hükümler de, pay sahipleri sözleşmelerinin içerisinde çoğunlukla düzenlenir. Özellikle aile çevresinin hüküm sürdüğü anonim şirketlerde, pay sahipleri sözleşmelerinin bu amaçla kullanıldığı görülmektedir⁴⁴. Süreklilik amacına da yönelik olarak, pay sahiplerinin vefatı halinde sözleşmenin mirasçılar ile devamı yoluyla ölümden sonra da işletmenin dağılmaması ve yine aile içinde kalması sağlanmaya çalışılmaktadır⁴⁵.

F. Pay Sahipleri Sözleşmesinin Geçerliliği

Pay sahipleri sözleşmeleri sözleşme özgürlüğü ilkesine dayanılarak akdedilen sözleşmelerdir⁴⁶. Bu kapsamda, pay sahipleri sözleşmeleri de, diğer borçlar hukuku sözleşmeleri gibi, belirli sınırlamalara tabi olacaktır. Bu sınırlamalar tarafların ehliyetine ve irade beyanlarının sağlıklı olmasına ilişkin olduğu gibi, TBK m. 27 kapsamında belirtilen unsurlara ilişkindir. Çalışmamızın bu bölümünde TBK m. 27 kesin hükümsüzlük halleri çerçevesinde pay sahipleri sözleşmelerinin geçerliliği incelenecektir.

1) Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırı Olmama

TBK m. 27 uyarınca bir sözleşme, kanunun emredici hükümlerine aykırı olması halinde geçersiz olacaktır. Bu hüküm içerisindeki “kanun” kavramı, geniş yorumlanmayı gerektirmektedir. Zira bu kavramdan kasıt, sadece Borçlar Kanunu veya sadece kanun değil, her türlü hukuk kuralıdır⁴⁷.

Öte yandan, kanunun emredici hükümlerine aykırılık konusu; emredici hukuk kurallarına aykırılığı, kamu düzenine aykırılığı ve kişilik haklarına aykırılığı içermektedir⁴⁸.

⁴⁴ Hintz-Bühler, s. 17

⁴⁵ Okutan Nilsson, s. 77

⁴⁶ Erika Salzgeber – Dürig, Das Vorkaufsrecht und verwandte Rechte an Aktien, Zurich, 1970, s. 49

⁴⁷ M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, İstanbul, 2015, s. 82

⁴⁸ Oğuzman, Öz, s. 82-84

Pay sahipleri sözleşmeleri de, diğer tüm sözleşmeler gibi, bu kanun hükmünden istisna değildir. Bu sebeple, pay sahipleri sözleşmeleri içerisinde yer alan münferit hükümlerin veya sözleşmenin tamamının kanunun emredici hükümlerine aykırı olması hali, TBK m. 27 uyarınca sözleşmenin kesin hükümsüzlüğü sonucunu doğuracaktır.

Bu noktada pay sahipleri sözleşmelerinin en yakın ilişki içerisinde oldukları ticaret hukuku ve sermaye piyasası hukuku mevzuatlarını incelemekte fayda vardır. TTK kapsamında pay sahipleri sözleşmelerine genel olarak yasaklayıcı bir tavır içerisinde olan bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak örneğin SPK tarafından çıkartılan II-30.1 sayılı Vekaleten Oy Kullanılması ve Çağrı Yoluyla Vekalet Toplanması Tebliği'nin⁴⁹ 11/2 maddesi kapsamında halka açık ortaklıkların genel kurullarında pay sahiplerinden çağrı yoluyla vekalet toplanmasında oy hakkı sahiplerine, vekalet vermelerini temin için herhangi bir menfaat önerilmesini ve sağlanmasını yasaklamıştır. Bu noktada çağrı yoluyla yapılacak olan oy sözleşmelerinde bir menfaat sağlanması hususu hukuka aykırı olarak görülmüştür. Aynı şekilde SPK tarafından çıkartılan II-15.1 sayılı Özel Durumlar Tebliği'nin⁵⁰ 12. Maddesinde şirketin toplam oy haklarının belirli seviyelere ulaşması veya belirli seviyelerin altına düşmesi halinde kamuya açıklama yapılması yükümlülüğü belirlenmiş, 13/1/a'da *“Paylar üzerinde işlem yapan gerçek veya tüzel kişilerin, oy haklarını aynı doğrultuda kullanmak üzere ihraççının yönetiminde ortak bir politika belirlemek için yazılı bir sözleşme imzaladığı üçüncü kişilerin sahip olduğu oy haklarının”*, 13/1/b'de ise *“Paylar üzerinde işlem yapan gerçek veya tüzel kişilerin, oy haklarının geçici devri için yazılı bir sözleşme imzaladığı üçüncü kişilerin sahip olduğu oy haklarının”* 12. Madde kapsamında belirtilen oy haklarında hesaplanacağı hükme bağlanmıştır. Bu sebeple, SPK'ya tabi bir ortaklık için yapılan bir pay sahipleri sözleşmesi kapsamında, kanunun burada belirtilen emredici hükümlerini dikkate almak gerekmektedir.

⁴⁹ 24 Aralık 2013 tarihli ve 28861 sayılı Resmi Gazete

⁵⁰ 23 Ocak 2014 tarihli ve 28891 sayılı Resmi Gazete

Öte yandan, anonim şirketin temelini oluşturan belirli nitelikleri vardır. Bu nitelikleri değiştirmeye yönelik pay sahipleri sözleşmeleri hükümleri kesin hükümsüzlük sonucu ile karşılaşacaktır. Örnek olarak, anonim şirketin kendisinin tüzel kişiliğini, sermayenin belirliliğini veya paylara bölünmüşlüğüne değiştirmeye veya ortadan kaldırmaya yönelik pay sahipleri sözleşmesi hükümleri kesin hükümsüz olacaklardır⁵¹. Aynı şekilde, TTK m. 480 kapsamında belirlenen “tek borç ilkesi” de aynı nitelikleri haiz emredici bir hükümdür. Bu hüküm doktrinde anonim şirketin temel niteliklerinden biri, hatta “magna carta”sı⁵² şeklinde ifade edilmektedir. Bu bağlamda örneğin münferit pay sahibi sözleşme ile şirketin belirli borçlarından mesul olmayı veya ortaklığa karşı bazı borçlar üstlenmeyi kabul edebilir. Zira sözleşme özgürlüğü ilkesi buna izin vermektedir. Ancak tek borç ilkesini ortadan kaldıracak şekilde paya bağlı bir düzenleme yapmak, pay sahipleri sözleşmesini hükümsüz hale getirecektir⁵³. Başka bir deyişle, esasen anonim şirketin temel yapısını oluşturan niteliklerine aykırı bir pay sahipleri sözleşmesi kural olarak geçersiz olmayacaktır. Ancak bu şekilde bir hükmün esas sözleşme ile ortaklık hale getirilmesi veya buna yönelik bir düzenleme, geçersiz olacaktır.

2) Sözleşmenin Konusunun İmkansız Olmaması

Sözleşme yapıldığı sırada sözleşmenin konusunu oluşturan edimlerden biri objektif olarak imkansız ise, sözleşme geçerli olmayacaktır⁵⁴. Objektif imkansızlıktan bahis, sözleşme konusunun herkes için imkansız olmasıdır. Bu noktada sözleşme konusunun yalnız borçlu için imkansız olması halinde, sözleşme geçerli olacak ancak borcunu yerine getiremeyen borçlu borcundan sorumlu olacaktır⁵⁵. Bu hüküm itibariyle bahsedilen ve

⁵¹ Okutan Nilsson, s. 119-120

⁵² Murat Yusuf Akın, Anonim Ortaklıkta Bağlı Nama Yazılı Hisseler, İstanbul, 2014, s. 219

⁵³ Okutan Nilsson, s. 120

⁵⁴ Oğuzman, Öz, s. 87

⁵⁵ Oğuzman, Öz, s. 89

sözleşmenin geçerliliğine etki eden imkansızlık, sözleşmenin yapıldığı anda mevcut olan imkansızlıktır⁵⁶.

İmkansızlık fiili bir durumdan dolayı oluşabileceği gibi, hukuki bir imkansızlık da söz konusu olabilir. Hukuki imkansızlık, sözleşme konusu hakkın veya edimin kanun tarafından doğumuna izin verilmemesi veya ifasının yasaklanması şeklinde oluşmaktadır⁵⁷. Fiili imkansızlıkta ise sözleşme konusu değer yok olması hali öne çıkmaktadır⁵⁸.

İmkansızlık konusuna pay sahipleri sözleşmeleri açısından yaklaşıldığında, sözleşme içerisinde taraflarca düzenlenen edime ilişkin işlemin veya hakların hukuk düzenince tanınmayan bir işlem veya hak olması halinde hukuki imkansızlık olacaktır⁵⁹. Öte yandan örneğin pay sahipleri sözleşmesi konusu anonim şirketin aslen mevcut olmaması halinde ise, fiili imkansızlık söz konusu olacaktır. Ancak her durumda, bu tür imkansızlık halleri ile uygulamada fazla karşılaşılmayacağı kabul edilmektedir⁶⁰.

3) Ahlaka Aykırı Olmama

Ahlaka aykırılık da pay sahipleri sözleşmeleri açısından sözleşme serbestisi sınırları kapsamında göz önünde bulundurulması gereken unsurlardandır. Ahlaka aykırılık sözleşmeler açısından doktrinde insanların doğruluk ve insaf duygularını rencide eden taahhütler olarak tanımlanmıştır⁶¹. Öte yandan elbette ahlak anlayışı, şahıslara bağlı olarak değil, topluma mal olmuş ahlak kuralları açısından değerlendirilecektir⁶². Başka bir deyişle, toplumda söz konusu işlem yapıldığı zaman diliminde bulunan normal zekaya sahip, dürüst ve akıllı başında kişilerin ahlak anlayışı esas

⁵⁶ Mustafa Dural, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık, İstanbul, 1976, s. 79

⁵⁷ Dural, s. 9

⁵⁸ Oğuzman, Öz, s. 88

⁵⁹ Okutan Nilsson, s. 122

⁶⁰ Okutan Nilsson, s. 122

⁶¹ Selahattin Sulhi Tekinay, Haluk Burcuoğlu, Sermet Akman, Atilla Altop, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1993, s. 398

⁶² Oğuzman, Öz, s. 85

alınmalıdır⁶³. Sözleşmenin ahlaka aykırılık konusunda değerlendirilmesinde, sözleşmenin konusu ile beraber sözleşmenin amacı da göz önüne alınmaktadır.

Doktrinde kişilik haklarına aykırılık da, ahlaka aykırılık kapsamında değerlendirilmektedir. Zira MK m. 23 uyarınca “Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez. Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz.” Bu sebeple kişilik haklarına aykırılık da ahlaka aykırılık kapsamında değerlendirilmektedir.

Örneğin genel olarak sözleşmeler kapsamında tarafların altına girdikleri yükün veya bu yükün süresinin kişisel veya ekonomik özgürlüğü aşırı derecede sınırlandırması, kişilik haklarına ve ahlaka aykırı olduğu kabul edilir⁶⁴. Pay sahipleri sözleşmeleri açısından da sözleşmenin belirsiz süreli olması kişilerin ekonomik özgürlüğünü kısıtladığı ve dolayısıyla kişilik haklarına ve ahlaka aykırı olduğu kabul edilmektedir⁶⁵.

Konuya pay sahipleri sözleşmeleri açısından yaklaşıldığında, özellikle sözleşme konusu paya bağlı mali hakların kişinin geçim kaynağını oluşturması durumunda, bu hakların kişinin geçimini tehlikeye sokacak derecede kısıtlanması ahlaka ve kişilik haklarına aykırılık oluşturmaktadır⁶⁶. Örneğin pay sahipleri sözleşmeleri kapsamında belirsiz süreli olarak rekabet etmeme yükümlülüğü altına giren bir tarafın, gerçekten ekonomik özgürlüğü ihlal edilmiş olacaktır.

Öte yandan doktrinde bir bedel veya diğer maddi veya gayri maddi bir özel çıkar karşılığında oy kullanılması taahhüdünü içeren oy sözleşmeleri, ortaklık dışında ve ortaklığın zararına olarak özel çıkarlar güdülmesi veya elde edilmesi anlamını taşıması sebebiyle ahlaka aykırılık olarak kabul

⁶³ Oğuzman, Öz, s. 85, dipn. 132

⁶⁴ Okutan Nilsson, s. 124

⁶⁵ Bkz. II/B

⁶⁶ Okutan Nilsson, s. 125

edilmektedir⁶⁷. Ancak elbette şunu da söylemekte fayda vardır ki, oy sözleşmelerini genel olarak ahlaka aykırı kabul etmek yanlıştır, aksine oy sözleşmeleri birçok halde ahlaka aykırı amaç ve sonuçlara ulaşılmasının önlenmesi bakımından etkin bir araç niteliği taşımaktadır⁶⁸.

G. Pay Sahipleri Sözleşmesi İle Esas Sözleşme Hükümleri Arasındaki Nitelik Farkı

Pay sahipleri sözleşmesi ile esas sözleşme hükümleri arasında, bir çok fark olmakla birlikte, özellikle etki ettikleri alan açısından ciddi bir fark vardır. Çalışmamızın bu bölümünde bu farkların niteliklerine değinilecektir. Ancak öncelikle konunun temelini oluşturan esas sözleşmenin nitelendirmesini yaparken, esas sözleşmenin hukuki niteliğini incelemek ve konunun teorik temeline değinmekte fayda vardır.

Esas sözleşmenin hukuki niteliğinin teorik tartışması, öncelikle tüzel kişilik teorileri üzerinden yapılmaktadır. Zira farklı teorilerin benimsenmesi, esas sözleşmenin niteliği hakkında farklı sonuçlara ulaşılmasını sağlamaktadır. Bu bağlamda, tarihsel olarak iki farklı temel görüş oluşturulmuştur. Bunlardan ilki,

⁶⁷ Sinan Yüksel, Paysahipleri Sözleşmeleri, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Bölümü, İstanbul, 2003, s. 64; Moroğlu, Oy Sözleşmeleri, s. 83; Okutan Nilsson, s. 126

⁶⁸ Moroğlu, Oy Sözleşmeleri, s. 32 ve özellikle dipn. 58'deki karar naklen "Söz konusu karara konu olan olayda, Pamukbank T.A.Ş.'nin sermayesinin ve pay senetlerinin topluca %25'den fazlasına sahip bulunan ve böylece ana sözleşme değişikliğini önleyebilme olanağını ellerinde bulunduran altı ortağı, aralarında yaptıkları 1.1.1975 günlü oy sözleşmesinde, %70'den fazla payı temsil eden egemen pay sahiplerine karşı oylarını bir araya getirme ve genel kurulda önceden belirledikleri yönde topluca oy kullanma, pay senetlerini üçüncü kişilere satmama ve bunları milli bir banka veya notere tevdi etme taahhüdünde bulunmuşlardır. Ayrıca bu taahhütler için cezai şart öngörülmüştür. Fakat, buna rağmen oy sözleşmesi taraflarından biri pay senetlerini tevdi etmeyerek egemen pay sahibi grubuna muhtemelen çok yüksek bedelle satıp devretmiş ve onların banka ana sözleşmesini değiştirebilecek bir sermaye ve oy çoğunluğuna sahip olabilmelerini sağlamıştır. Böylece, oy sözleşmesinin amacına ulaşabilmesi olanaksızlaşmış ve bunun üzerine öteki sözleşme tarafları da sözleşmeyi ihlal eden eski pay sahibinden cezai şartı talep ve dava etmişlerdir. Davalı eski pay sahibi, oy sözleşmesinin Borçlar Kanununun 19 ve 20. Maddeleri ile Medeni Kanunun 23. Maddesine aykırı ve genel olarak batıl bir sözleşme olduğunu ileri sürmüştü de mahkeme "Sözleşmenin kül olarak düzenlenmesinde tarafların Kabul ettikleri gayenin kendi menfaatleri açısından maliki bulundukları hisse senetlerinin değerini koruma ve hakim sermaye grubuna karşı azınlık haklarının teminat altına alınmasını sağlamak ve banka genel kurullarına birlikte hareket etmeyi hedef tutturdıklarından, bu nedenle işbu sözleşmenin ahlaka, adaba ve kanuna aykırı bulunmadığı neticesine ve kanaatine varmıştır.

Savigny ve Windschied tarafından savunulan “Varsayımsal Kişilik Teorisi”⁶⁹, diğeri ise Otto von Gierke tarafından savunulan “Gerçek Kişilik Teorisi”dir. Varsayımsal Kişilik Teorisi uyarınca aslen irade sahibi olan insanlardır. Ancak toplumsal gereksinimlerin sonucu hukuk düzeni, bazı varlıklara yapay olarak kişilik tanımıştır. Bunlar aslında var olmamakla birlikte, teknik hukuk düzenlemeleri ile yaratılmıştır. Bunun sonucu olarak bu görüşe göre, tüm ortaklıkların aynı temel formun farklı yansımaları olduğu savunulmuş, esas sözleşmenin geçerlilik nedeni de irade özgürlüğü ilkesine dayandırılmıştır. Öte yandan Gerçek Kişilik Teorisi uyarınca, tüzel kişilerin varlıkları yapay değil, aksine bunlar toplumsal yaşamın yarattığı canlı varlıklardır. Bunlar kanun koyucu tarafından yaratılmaktan ziyade, zaten var olan tüzel kişiler kanun koyucu tarafından kabul edilmiştir. Bu noktada tüzel kişiliği olan ve olmayan ortaklıklar arasında keskin bir ayrıma gidilerek, tüzel kişiliği olmayan ortaklıklar tamamen sözleşme temeline dayandırılmış, öte yandan tüzel kişiliği olan ortaklıkların sözleşmeleri, yani esas sözleşmeler ise, içerdikleri düzenlemelerin objektif normlar niteliğinde olduğu öngörülmüş ve kanun hükümlerine benzerlikleri vurgulanmıştır. Elbette ki bu iki teori arasındaki farklar, pratik açıdan anonim şirket esas sözleşmenin hukuki niteliği konusunda farklı sonuçlar yaratmakta, örnek olarak varsayımsal kişilik teorisine dayanan görüşler, ortaklık esas sözleşmesinin borçlar hukuku sözleşmesi niteliğine sahip olduğu, ortaklıklar hukuku kapsamında değerlendirilmesi gerektiği sonucuna ulaşmakla birlikte, gerçek kişilik teorisi ise, yukarıda belirtildiği gibi, esas sözleşme hükümlerinin objektif normlar niteliğinde olduğunu savunmuştur⁷⁰. Zira Otto Von Gierke tarafından savunulan gerçek kişilik teorisi uyarınca, esas sözleşme imzası sırasında bir sözleşme akdedilmediği, ancak tek taraflı olarak tüzel kişiliği kurma yönündeki beyanların açıklamasından ibaret olan bir toplu işlem (*Gesamtakt*) gerçekleştirildiği savunulmuştur⁷¹.

⁶⁹ Tuğrul Ansay, Anonim Şirketler Hukuku, Ankara, 1982, s. 23 Türk hukukunun anonim şirketlere ilişkin hükümlerinin varsayımsal kişilik teorisine yaklaştığı görüşünde olup, bu görüşünü anonim şirketin kuruluş, ehliyet ve sona erme hususlarında devletin söz sahibi olmasına dayandırmaktadır.

⁷⁰ Mehmet Bahtiyar, Anonim Ortaklık Anasözleşmesi, İstanbul, 2001, s. 17-19

⁷¹ Bahtiyar, s. 24; Okutan Nilsson, s. 85, tartışmanın boyutu aslen dernek tüzüğü bağlamında yapılmakta, ancak niteliği itibarıyla tartışma sonucu anonim şirket ana sözleşmesine uygulanabilmektedir.

Öte yandan günümüzde kabul gören görüş, bu iki görüşün karması niteliğindedir. Bu görüşe göre, ortaklık kuruluşunun teknik anlamda bir hukuki işlem, bir sözleşmeye dayandığı kabul edilmekte, ancak ortaklığın faaliyete geçmesinden sonra esas sözleşmenin içerik ve hukuki etkisi bakımından belirsiz kişiler topluluğuna yönelik (mevcut ve müstakbel pay sahipleri) soyut hükümler içermesi nedeniyle, kanunsal normlara benzer özellikler taşıdığı belirlenmektedir⁷². Bu görüşün dayanağını oluşturan bir Alman Federal Mahkemesi kararı görüşünü, “Tüzük başlangıçta kurucular tarafından akdedilmiş bir sözleşmedir. Ancak derneğin kurulması ile birlikte tüzük kurucuların kişiliğinden bağımsızlaşır. Kendine ait bağımsız bir hukuki yaşama kavuşur, tüzel kişiliğin anayasası halinde gelir ve bu andan itibaren derneğin iradesini, üyelerinin toplu iradesi olarak nesnelleştirir. Kurucuların iradesi ve menfaatleri geri çekilir, onun yerini derneğin amacı ve üyelerin menfaati alır” şeklinde ifade etmiştir⁷³.

Esas sözleşme hükümlerinin bu etki alanı, pay sahipleri sözleşmeleri ile esas sözleşme arasındaki hukuki nitelik farkını oluşturmaktadır. Zira pay sahipleri sözleşmeleri nispi nitelik taşıyan borçlar hukuku sözleşmeleri iken⁷⁴, anonim şirket esas sözleşmeleri şirketin korporatif yapısını ortaya koyan ticaret hukuku sözleşmeleridir. İki sözleşme tipi arasındaki en büyük fark ise bu iki hukuki işlemin etki alanında doğmaktadır. Esas sözleşme, şirketin korporatif yapısını düzenleyen bir nitelikte ve şirketin anayasası olduğundan, burada yer alan ve esas sözleşmesel hüküm niteliğinde olan hükümler, şirketin mevcut ve müstakbel ortaklarına karşı hüküm doğururlar. Yani esas sözleşme, pay sahipleri sözleşmelerinin aksine, şirketin tüm ortaklarını ve şirketin organlarını bağlamaktadır⁷⁵. Oysa pay sahipleri sözleşmesi, ancak tarafları açısından bağlayıcı olacaktır.

⁷² Okutan Nilsson, s. 87; Bahtiyar, s. 30; Erdoğan Moroğlu, Anonim Ortaklık Anasözleşmesi ve Hukuki Niteliği, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul, 2000, s.523

⁷³ Okutan Nilsson, s. 88 bkz. dipn. 55, BGHZ 47, 172- 179-180

⁷⁴ bkz. II/C

⁷⁵ Berk Demirkol, Pay Sahiplerinin Sözleşmesi ile Getirilen Pay Devir Kısıtlamaları, YÜHFD, Cilt 9, Sayı 2, 2012, s. 857

Bu noktada esas sözleşmenin korporatif ve korporatif olmayan hükümleri arasındaki ayrımı belirginleştirmek gerektirmektedir. Zira bu ayrım, konumuz açısından büyük önem arz etmektedir. Korporatif hükümler, ortaklığın özgün yapısını düzenlemeyi amaçlayan, ortaklığa yönelik yapılan ve şirketin mevcut ve müstakbel ortaklarına ve şirketin organlarına karşı hüküm doğuran düzenlemelerdir⁷⁶. Korporatif esas sözleşme hükümleri, şirketin yapısı, organlarının yetkileri, şirketin idaresi ve temsili gibi konuları düzenlemektedir. Bu şekilde düzenlenen hükümler, teorik temelde de açıklandığı üzere, kanunsal normlara benzeyecek ve objektif hukuk kuralı niteliğini kazanacaklardır. Bu sayede esasen ortaksal bir borç doğuracak ve yaptırımları açısından incelendiğinde, bir borç sözleşmesinin ötesinde TTK yaptırımlarından yararlanabileceklerdir.

Buna karşın korporatif hüküm niteliğini kazanamamış olan esas sözleşme hükümleri ise, tarafları arasında borç sözleşmesi niteliğini devam ettireceklerdir. Nitekim bu anlamda, ilgili hükümler ortaklık ile pay sahipleri arasındaki ilişkinin düzenlenmesinden öte, ilgili pay sahipleri arasındaki ilişkiyi düzenlemeye yönelik olup, TTK bağlamında çizilen sınırların dışına çıkmaları sebebiyle bir ortaksal nitelik kazanamayacaklardır. Bu sebeple, ilgili esas sözleşme hükümleri, korporatif niteliği kazanan hükümlerin aksine, şirketin müstakbel pay sahiplerine karşı ileri sürülebilme yetisini kaybetmiş olacaklardır. Bu anlamda, bunları esas sözleşmede yer almasına karar veren pay sahipleri arasında bağlayıcı olacak borç sözleşmeleri olarak görmek doğru olacaktır⁷⁷.

Bu noktada bir esas sözleşme hükmünün nasıl korporatif nitelik kazanabileceği üzerinde durmak gerekmektedir. Kanunun esas sözleşme için çizdiği belirli sınırlar mevcuttur. TTK m. 480 anlamında tek borç ilkesi veya TTK m. 493 f. 7 anlamında esas sözleşmenin payların devredilebilirliğinin şartlarını ağırlaştıramaması kuralları veya TTK m. 340 kapsamında düzenlenen emredici hükümler ilkesi, bu anlamda kanunla esas sözleşme için çizilen sınırlara birer örnek teşkil etmektedir. Nihayetinde bu çizilen sınırın dışına çıkan esas

⁷⁶ Bahtiyar, s. 236

⁷⁷ Yüksel, s. 33-34

sözleşme hükümlerinin korporatif nitelik kazanacağını söylemek mümkün olmayacaktır⁷⁸. Nitekim bu görüş paralelinde Yargıtay tarafından 1995 tarihinde verilen bir kararda, esas sözleşmede yer alan bir öncelik hakkının ihlali karşısında pay sahibi tarafından mahkemeye başvurulmasını takiben, Yargıtay esas sözleşmede düzenlenen öncelik hakkının, tescili öngörülen hususlar arasında olmadığından bahisle sicilin olumlu etkisinden faydalanamayacağına ve üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyeceğine karar vermiştir⁷⁹.

Korporatif hüküm ayrımının yanında, esas sözleşmenin şekli⁸⁰ ve içeriğinin, pay sahipleri sözleşmelerinin aksine, TTK kapsamında belirli şartlara tabi tutulduğunu söylemek gerekir. TTK m. 340 uyarınca, esas sözleşmenin içeriğine, ancak kanunun açıkça cevaz verdiği hükümler konulabilmektedir. Aynı şekilde TTK m. 339 kapsamında esas sözleşmenin içeriğinde bulunması gereken unsurlar belirlenmiştir. Şirketin ticaret unvanı ve merkezi, şirketin işletme konusu ve yönetim kurulu üyelerinin sayısı, belirlenen hükümlerden bazılarıdır. Çalışmamızın amacını aşması itibarıyla bu konunun detayına girilmeyecektir. Ancak burada önem arz eden husus, gerçekten pay sahipleri sözleşmeleri içeriği sözleşme özgürlüğüne dayalı olarak serbestçe belirlenebilecekken, esas sözleşmenin içeriği konusunda TTK ve diğer ilgili mevzuat hükümlerinin (Sermaye Piyasası Kanunu veya Bankacılık Kanunu gibi) emredici hükümlerine tabi olmasıdır. Bu durum, elbette pay sahipleri açısından pay sahipleri sözleşmesi akdedilmesi gerekliliğinin başlıca motivasyonlarından biridir. Zira pay sahiplerinin yazılı olarak düzenlemek istediği ancak mevzuatın sınırlamaları neticesinde esas sözleşme tarafından karşılanmayan belirli hususlar mevcuttur. TTK m. 340'ın gerekçesinde de, bu hükmün normatif sistemin zorunlu bir parçası olduğundan ve açıkça geçersiz olan, pay sahipleriyle alacaklıların haklarını zedeleyen veya sınırlayan düzenlemelerinin esas sözleşmelerin içerisine girmesini engelleme amacı taşıdığından açıkça bahsedilmiştir. Konumuz bağlamında, TTK m. 491 vd. kapsamında belirlenen anonim şirket paylarının devrinin sınırlandırılmasını nitelik olarak aşan pay devir sınırlandırmalarının esas sözleşmedeki yeri,

⁷⁸ Okutan Nilsson, s. 96

⁷⁹ Moroğlu, s. 528, Yrg. 11. HD. 23.2.1995, E. 7138, K. 1522

⁸⁰ şekli şartların açıklaması için bkz. II/A

özellikle TTK m. 340 ile beraber değerlendirildiğinde, oldukça tartışmalı hale gelmektedir. Buna rağmen, pratikte bu hükmün uygulaması oldukça değişken sonuçlara yol açmakta, özellikle ticaret sicil uygulamaları bağlamında oldukça tartışmalı sonuçlar ortaya çıkmaktadır.

H. Pay Sahipleri Sözleşmesinin Sona Ermesi

Pay sahipleri sözleşmelerinin borç sözleşmeleri olduğundan daha önce bahsetmiştik. Bu sözleşmelere ilişkin hukuki tespit itibarıyla, sözleşmelerin sona ermesinin de Borçlar Hukuku sözleşmelerin sona ermesi hükümlerine tabi olduğunu söylemek doğru olacaktır⁸¹. Bu kapsamda, pay sahipleri sözleşmelerinin adi ortaklık oluşturmaları veya diğer ihtimallere göre ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira daha önce belirttiğimiz üzere, pay sahipleri sözleşmeleri tek taraflı veya iki taraflı sözleşmeler olabileceği gibi içerisinde ani edimli borçları veya sürekli edimli borçları ihtiva edebilir veya içerisinde adi ortaklık niteliğinde tanımlanabilecek hükümler de barındırabilmektedir⁸².

1. Adi Ortaklık Oluşturan Pay Sahipleri Sözleşmelerinin Sona Ermesi

Pay sahipleri sözleşmelerinin adi ortaklık oluşturmaları halinde sona ermeleri TBK m. 639-640 hükümlerine tabi olacaktır. Sona ermeye ilişkin madde TBK m. 639 hükmü aşağıdaki gibidir;

“MADDE 639- Ortaklık, aşağıdaki durumlarda sona erer:

- 1. Ortaklık sözleşmesinde öngörülen amacın gerçekleşmesi veya gerçekleşmesinin imkânsız duruma gelmesiyle.*
- 2. Sözleşmede ortaklığın mirasçılarla sürdürülmesi konusunda bir hüküm yoksa, ortaklardan birinin ölmesiyle.*

⁸¹ Moroğlu, Oy Sözleşmeleri, s. 101

⁸² Yüksel, s. 218-219

3. *Sözleşmede ortaklığın devam edeceğine ilişkin bir hüküm yoksa, bir ortağın kısıtlanması, iflası veya tasfiyedeki payının cebri icra yoluyla paraya çevrilmesiyle.*
4. *Bütün ortakların oybirliğiyle karar vermesiyle.*
5. *Ortaklık için kararlaştırılmış olan sürenin bitmesiyle.*
6. *Ortaklık sözleşmesinde feshi bildirme hakkı saklı tutulmuş veya ortaklık belirsiz bir süre için ya da ortaklardan birinin ömrü boyunca kurulmuşsa, bir ortağın fesih bildiriminde bulunmasıyla.*
7. *Haklı sebeplerin bulunması hâlinde, her zaman başkaca koşul aranmaksızın, fesih istemi üzerine mahkeme kararıyla.”*

Konunun önemi açısından her bir sona erme hükmünün ayrı ayrı incelenmesinde fayda vardır.

- a. **TBK m. 639 f. 1:** Adi ortaklık sözleşmesinde belirlenen amacın gerçekleşmesi veya amacın gerçekleşmesinin imkansız hale gelmesiyle birlikte, adi ortaklığın sona ereceği öngörülmüştür. Örnek olarak pay sahipleri sözleşmeleri taraflarından birinin sözleşmeye aykırı olarak payını devretmesi halinde, pay sahipleri sözleşmesinin amacının imkansız hale gelmiş olması söz konusu olabilir⁸³. Öte yandan bir defalık oy kullanımını düzenleyen pay sahipleri sözleşmesi hükümleri, oyun kullanılması ile sona erecektir⁸⁴.
- b. **TBK m. 639 f. 2:** Adi ortaklık sözleşmesi kapsamında sözleşmenin taraflardan birinin ölmesi ile sözleşmenin mirasçılarla devam edeceğine ilişkin bir hüküm olmaması halinde, sözleşme taraflarından birinin ölmesi ile adi ortaklık sözleşmesi sona erecektir. Ancak sözleşmelerde bu yönde bir hükmün öngörülmüş olması halinde, ortaklığın devam edeceğini belirtmek gerekir. Bu durumda miras şirketi sözleşmenin tarafı haline gelecektir⁸⁵.

⁸³ Okutan Nilsson, s. 403

⁸⁴ Yüksel, s. 220, dipn. 603

⁸⁵ Reha Poroy, Ünal Tekinalp, Ersin Çamoğlu, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, İstanbul, 2010, s. 78

Pay sahipleri sözleşmesinin mirasçılarla devam olunacağı yönünde bir hükmün varlığı halinde ise bu sözleşmenin özellikle ölüme bağlı tasarruflar anlamında bir şekle tabi olup olmayacağı da önemli bir unsurdur. Doktrindeki görüş, devam hükmünün ölen ortağın tüm mirasçılar ile devam edeceği yönünde düzenlendiği halde, bu hükmün mirasın paylaşılması yönünde bir tasarruf sağlamayacağı sebebiyle, bir şekle tabi olmayacağıdır. Ancak ilgili devam hükmünün belirli mirasçılara sağlanması halinde, bu hüküm kısmi miras paylaşılması şeklinde yorumlanacak ve ölüme bağlı tasarruf olarak değerlendirilecektir. Bu sebeple ölüme bağlı tasarrufların şekline tabi olacaktır⁸⁶.

Öte yandan pay sahipleri sözleşmesinin sona ermesini engellemek ve ortaklar arasındaki pay dengesini korumak amacıyla, sözleşme içerisinde taraflardan birinin ölümü halinde kullanılmak üzere sağ kalan ortaklar lehine bir alım veya önalım hakkının tanınması da mümkündür⁸⁷.

c. TBK m. 639 f. 3: Adi ortaklık niteliğini taşıyan pay sahipleri sözleşmesi içerisinde, bir ortağın kısıtlanması, iflası veya tasfiyedeki payının cebri icra yoluyla paraya çevrilmesi halinde ortaklığın devam edeceğine ilişkin bir hüküm yoksa, bu hallerden birinin varlığında ortaklık sona erecektir. Adi ortaklık payının cebri icra konusu olması, pay sahipleri sözleşmesinin bir iç ortaklık oluşturduğu, dışarıya karşı bir ortaklığın varlığının gözükmediği hallerde değil, pay sahipleri sözleşmesinin bir iş ortaklığının parçası olması gibi dışa dönük bir ortaklığın varlığı halinde söz konusu olabilmektedir⁸⁸.

Öte yandan sözleşme taraflarından birinin adi ortaklık payının ihtiyati haciz konusu olması veya bunun hacze çevrilmesi, ortaklığı sona erdirmeyecektir. Sona erme için ortaklık payının paraya çevrilmesi

⁸⁶ Poroy, Tekinalp (Çamoğlu), Ortaklıklar, s. 77

⁸⁷ Moroğlu, Oy Sözleşmeleri, s. 143

⁸⁸ Okutan Nilsson, s. 404

gerekmektedir⁸⁹. Zira cebri icra yoluyla adi ortaklık payını elde eden üçüncü kişi ortaklık sıfatını kazanmayacaktır.

Adi ortaklık sözleşmesi ortaklarından birinin iflası halinde ise, diğer ortakların iflas eden ortağın payını iflas masasına ödeyerek ortaklığı sona ermeden kurtarmaları ve aralarında devam ettirmeleri mümkün olacaktır⁹⁰.

Öte yandan hem cebri icra hem de iflas durumları için doktrinde sözleşmede herhangi bir hüküm öngörülmemiş olması halinde ortakların oybirliği ile ortaklığın devamının kararlaştırılabileceği savunulmuştur⁹¹.

d. TBK m. 639 f. 4: Adi ortaklığın bütün ortakların oybirliği ile sona ereceği de, TBK içerisinde sona erme sebepleri arasında sayılmıştır. Bu karar herhangi bir şekle bağlı olmayacağı gibi, sözlü olarak alınmış bir karar da geçerli olacaktır⁹². Öte yandan sözleşme çerçevesinde ortaklık kararlarının çoğunlukla alınacağı düzenlenmiş olması halinde, çoğunluk niteliğinde bir sona erme kararı da geçerli olacaktır⁹³.

e. TBK m. 639 f. 5: Adi ortaklık için bir sürenin kararlaştırılmış olması halinde, süre bitiminde adi ortaklık sona erecektir. Öte yandan sürenin sona ermesine rağmen ortakların faaliyete devam etmesi halinde, ortaklık belirli süreli den belirsiz süreliye dönüşecektir (TBK m. 640 f. 3).

f. TBK m. 639 f. 6: Adi ortaklıkların sözleşmesinde feshi bildirme hakkı saklı tutulmuş veya ortaklık belirsiz bir süre için ya da ortaklardan birinin ömrü boyunca kurulmuşsa, bir ortağın fesih bildirimisiyle adi ortaklık sona erecektir.

⁸⁹ Poroy, Tekinalp (Çamoğlu), Ortaklıklar, s. 79

⁹⁰ Poroy, Tekinalp (Çamoğlu), Ortaklıklar, s. 79

⁹¹ Moroğlu, Oy Sözleşmeleri, s. 143

⁹² Poroy, Tekinalp (Çamoğlu), s. 80

⁹³ Poroy, Tekinalp (Çamoğlu), s. 80

Pay sahipleri sözleşmeleri açısından irdelendiğinde, genellikle sözleşmelerin içerisinde fesih ihbar hakkı tanınmadığı görülmektedir⁹⁴. Zira pay sahipleri sözleşmeleri çoğunlukla taraflar arasında tarafların anonim şirket içerisinde pay sahipliği devam ettiği sürece geçerli olması arzu edilen bir ilişki kurmaktadır. Bu durum uygulamada pay sahipleri sözleşmelerinin belirsiz süreli veya anonim ortaklığın süresi boyunca hüküm sürmek üzere akdedilmeleri yönünde bir sonuç doğurmaktadır.

Ancak adi ortaklık niteliğini haiz belirsiz süreli pay sahipleri sözleşmeleri açısından TBK m. 640 f. 1 kapsamında tüm sözleşme taraflarının altı ay öncesinden ihbarda bulunmak kaydıyla sözleşmeyi feshedebileceği kabul edilmektedir. Adi ortaklık niteliğini haiz pay sahipleri sözleşmesinde ortaklık süresinin belirtilmemiş bulunması veya sözleşmesine göre belirli süreli olmasına rağmen sürenin sona ermesinden sonra işlerine devam edilmesi halinde, TBK m. 640 f.1 hükmü uygulama alanı bulacaktır.

Adi ortaklık niteliğini haiz pay sahipleri sözleşmelerinin sürelerinin sözleşme konusu anonim şirketin süresine bağlı olduğu durumlarda, bu sözleşmenin süre bakımından nitelemesini yapmak, sona erme hükümleri bağlamında büyük önem taşımaktadır. Bu konuda somut durumun nitelikleri önem taşımaktadır. Örneğin sözleşme konusu anonim şirketin kendisinin süresi sınırlı ise, bu durumda sözleşmenin kendisinin de belirli süreli bir adi ortaklık oluşturduğu söylenebilecektir⁹⁵. Ancak sınırsız süreli şekilde kurulmuş olan bir anonim şirketin kendisinin sona ermesi haline bağlı bir pay sahipleri sözleşmesinin belirsiz süreli olduğu kabul edilmelidir. Zira bu durumda pay sahipleri sözleşmesinin sona ermesi, “vukuu şüpheli” bir olaya bağlanmış halde bulunmaktadır.

Bununla beraber bir anonim şirketin pay sahipleri arasındaki düzenin belirlenmiş olacağı pay sahipleri sözleşmesinin, esasen anonim şirketin

⁹⁴ Okutan Nilsson, s. 404

⁹⁵ Poroy, Tekinalp (Çamoğlu), Ortaklıklar, s. 81

yaşamına egemen olacak temel sözleşme olarak akdedilmesinden ötürü, kanun tarafından verilen bu imkan neticesinde pay sahipleri sözleşmesinin feshedilmesi taraflarca istenmeyecek bir durum yaratmaktadır⁹⁶. Zira pay esahipleri sözleşmesinin tek taraflı bir beyanla feshedilebilmesi imkanı, sözleşme taraflarının ilişkisinin güvenilirliğini ve dolayısıyla işlevini etkileyebilmektedir⁹⁷. Bunun neticesinde uygulamada böyle bir fesih imkanını ortadan kaldırmak adına sözleşmelere süre kaydının konulması doğru bir yöntem olacaktır⁹⁸.

Öte yandan belirsiz süreli adi şirketlerde olağan fesih hakkının emredici hüküm olmadığını ve sözleşme ile kaldırılabilceğini savunan görüşler bulunmaktadır⁹⁹. İsviçre Federal Mahkemesi'nin de bu yönde bir kararı mevcuttur¹⁰⁰. Mahkemeye konu kararda bir baba ve 4 oğlu arasında 1969 tarihli bir sözleşme ile adi ortaklık kurulmuştur. Sözleşme en az babanın yaşam süresi boyunca olmakla birlikte, belirsiz süreli olarak kurulmuştur. Davacılar bu hüküm nedeniyle sözleşmenin OR m. 546 (TBK m. 640) kapsamında sözleşmenin bir ortağın yaşam süresi boyunca kurulmuş olduğunu ve fesih ihbarı ile sona erdirilebileceğini ileri sürmüşlerdir. Davalı taraf ise sözleşmenin ortaklarından birinin en az yaşamı süresince akdedildiğini, bunun o süre boyunca sözleşmenin feshedilemeyeceğini ileri sürmüşlerdir. Mahkeme davalıların iddiasını kabul etmiş ve OR m. 546'nın emredici olmadığını ve bu hakkın sözleşme ile kaldırılabilceğini hükme bağlamıştır.

TBK m. 639 f. 6 kapsamında sözleşmenin bir ortağın hayatı süresince akdedilmiş olduğu durumlarda, feshin ihbar yoluyla sona erdirilebileceği öngörülmektedir. Bu kapsamda, bir ortağın hayatı süresi boyunca akdedilmiş sözleşmeler de belirsiz süreli sözleşmeler gibi görüldüğü sonucunu çıkarmak mümkündür¹⁰¹.

⁹⁶ Moroğlu, Oy Sözleşmeleri, s. 145

⁹⁷ Moroğlu, Oy Sözleşmeleri, s. 145

⁹⁸ Okutan Nilsson, s. 405; Moroğlu, Oy Sözleşmeleri, s. 145

⁹⁹ Moroğlu, Oy Sözleşmeleri, s. 145

¹⁰⁰ BGE 106 II 226

¹⁰¹ Okutan Nilsson, s. 405

TBK m. 639 f. 6 hükmünün içerdği bir diğer durum ise, sona erme durumunun sözleşme içerisinde öngörülmüş olma halidir. Bu yöndeki sözleşme düzenlemelerinin, belirsiz süreli adi ortaklıklar bakımından öngörülen 6 aylık fesih ihbar süresini kısaltması veya belirli bir süre fesih hakkının öngörülmemesi gibi hükümleri içermesi mümkündür¹⁰². Ancak şunu belirtmek gerekir ki, bu yönde düzenlemelerin hem belirsiz süreli adi ortaklıklar hem de belirli süreli adi ortaklıklar bakımından uygulama alanı bulması meşru olacaktır¹⁰³.

g. TBK m. 639 f. 7: İlgili madde hükmünde haklı sebeplerin varlığı halinde fesih istemi üzerine mahkeme kararı ile adi ortaklığın son bulacağı belirlenmiştir. Hangi durumun önemli sebep teşkil edeceği TBK kapsamında belirlenmemiştir. Aynı şekilde İsviçre Borçlar Kanunu'nda da böyle bir belirlemeye yer verilmemiştir.

Ancak Alman Medeni Kanunu kapsamında bu konuda örnekleme yoluyla bir belirlemeye gidilmiştir. BGB § 723 kapsamında ortaklardan birinin ortaklık sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden birini kasten veya ağır ihmal nedeniyle ihlal etmesi halinde veya bir yükümlülüğün imkansız hale gelmesi halinde, bu durum önemli sebep teşkil edecektir¹⁰⁴.

İsviçre Federal Mahkemesi ise “Ortaklık sözleşmesinin yapılmasını sağlayan başlıca kişisel koşulların, ortaklık amacına sözleşmenin yapıldığı sırada öngörüldüğü tarzda ulaşılmasını olanaksızlaştıracak veya önemli ölçüde güçleştirecek yahut tehlikeye sokacak biçimde ortadan kalkmış olması halinde” önemli sebeplerin varlığından bahsetmiştir¹⁰⁵.

¹⁰² Poroy, Tekinalp (Çamoğlu), Ortaklıklar, s. 80

¹⁰³ Poroy, Tekinalp (Çamoğlu), Ortaklıklar, s. 80

¹⁰⁴ BGB § 723 f. (1), b. 1

¹⁰⁵ Moroğlu, Oy Sözleşmeleri, s. 146, dipn. 333’de bahsedilen kararlar

Nihayetinde Türk hukuk doktrininde bu haklı sebepler “ortaklık vecibelerinin yerine getirilememesi, itimadı sarsacak hallerin ortaya çıkması, devamlı zarar verilmesi, konunun elverişsiz bulunması, müşterek gayenin imkansız olmamakla birlikte değişen konjonktürde çok zor hale gelmesi gibi objektif; ya da ortaklar veya bazı ortaklar arasında geçimsizlik, bir ortağın huysuzluğu, bazı ortakların yeteneksizliği, yolsuzluk, yaşlılık, beklenenin veya umulanın bulunmaması gibi sübjektif nedenler” olarak sayılmıştır¹⁰⁶.

Haklı sebep açısından bir adi ortaklığın sona erdirilmesi, ortaklık taraflarından birinin TBK m. 639 f. 7’ye istinaden diğer ortaklardan ortaklığın feshini talep etmesiyle mümkün olacaktır. Bu talebin diğer ortaklarca kabul edilmesi halinde, adi ortaklık TBK m. 639 f. 4 hükmüne istinaden bütün ortakların oybirliği ile feshedilecektir. Öte yandan böyle bir durumun söz konusu olmaması halinde, ortak mahkemeden ortaklığın feshedilmesini talep edecek, sebebin haklı bulunması halinde ise ortaklık mahkemece feshedilecektir. Bu durumda, mahkeme kararı kurucu nitelikte olacaktır¹⁰⁷.

2. Adi Ortaklık Oluşturmayan Pay Sahipleri Sözleşmelerinin Sona Ermesi

Pay sahipleri sözleşmelerinin farklı türlerde ortaya çıkabileceğinden daha önce bahsetmiştik. Pay sahipleri sözleşmelerinin sona ermesine ilişkin olarak, sözleşmenin türünün sona ermeye etkisinden ötürü, çalışmamızda öncelikle adi ortaklık sözleşmeleri niteliğinde bulunan pay sahipleri sözleşmeleri bakımından sona erme halleri incelenmiştir. Ancak pay sahipleri sözleşmelerinin sadece adi ortaklık niteliğinde olmayacağından hareketle, diğer halleri de incelemekte fayda vardır. Bu sebeple aşağıda adi ortaklık hükümleri dışında diğer ihtimaller öngörülerek pay sahipleri sözleşmelerinin sona erme hükümleri incelenmiştir.

¹⁰⁶ Poroy, Tekinalp (Çamoğlu), Ortaklıklar, s. 82

¹⁰⁷ Poroy, Tekinalp (Çamoğlu), s. 82

1. Borcun İfası: Pay sahipleri sözleşmeleri kapsamında yer alan borçların ifası ile borç sona erecektir. Bu sebeple, sözleşme kapsamında yer alan tüm borçların ifa edilmesi, sözleşmeyi sona erdirecektir. Örnek olarak, iki pay sahibinin belirli bir genel kurulda yapılacak yönetim kurulu üyesi seçiminde taraflardan biri için veya karşılıklı olarak oy verme taahhüdünde bulunduğu halde, genel kurulda pay sahiplerinin oyunu belirlenen yönde kullanmaları ile borçları ifa edilmiş olacaktır. Bu sebeple, sözleşme sona erecektir¹⁰⁸. Öte yandan pay sahiplerinin ortaklığın sermayesini belli bir miktarda artırma taahhüdünü içeren sözleşmeler için de, sermayenin belirlenen miktarda artırılması ile aynı durum geçerli olacaktır¹⁰⁹.

2. İmkansızlaşma: Borcun ifasının borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebepler ile imkansızlaşması, borcu sona erdiren sebepler arasında TBK m. 136 kapsamında öngörülmüştür. Türk hukukunda bu konuda tartışma olmakla birlikte, Alman Medeni Kanunu'nda sübjektif imkansızlığın objektif imkansızlıkla aynı sonucu doğuracağı açık hükümle düzenlenmiştir (BGB § 275). Bu noktada Alman hukukundan hareketle, Türk hukukunda da sübjektif imkansızlığın objektif imkansızlık ile aynı sonuçları doğuracağı savunulmaktadır¹¹⁰. Örnek olarak, pay sahipleri sözleşmesi konusu anonim şirketin tarafların kusuru olmadan sona ermesi halinde, sözleşme konusu borçlar imkansızlaşacak ve bu kapsamda TBK m. 136 uyarınca sözleşme sona erecektir¹¹¹.

Öte yandan borcun imkansızlaşmasında borçlunun kusuru olması halinde TBK m. 136 lafzından ötürü uygulama alanı bulamayacaktır. Zira madde hükmünde borcun sona ermesinin sebebi, “borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerden” şeklinde ifade edilmiştir. Bu kapsamda,

¹⁰⁸ Moroğlu, Oy Sözleşmeleri, s. 138

¹⁰⁹ Okutan Nilsson, s. 398

¹¹⁰ Oğuzman Öz, s. 550; Tekinay, s. 909; Rona Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, İstanbul, 1994, § 15, N. 1

¹¹¹ Okutan Nilsson, s. 398

imkansızlık borçlunun kusurlu davranışından ötürü ileri gelmiş olması halinde, borç sona ermeyecek, yalnızca içeriği değişecektir¹¹². Borçlunun edim borcunun yerini, TBK m. 112 gereğince alacaklının zararını tazmin yükümlülüğü alacaktır. Ancak buna karşılık, OĞUZMAN/ÖZ tarafından savunulan görüşe göre, bu halde de borç sona erecek, kusur unsurunun etkisi borçlunun alacaklının zararını tazmin borcuna olacaktır¹¹³. Görüldüğü gibi iki halde de borcun imkansızlaşması kendi kusurundan kaynaklanan borçlunun, alacaklının zararını tazmin etme borcu doğacaktır. Örnek olarak, pay sahipleri sözleşmesi kapsamında payları üzerine pay devir sınırlandırması getirilen bir pay sahibinin, bu borcuna aykırı olarak payını üçüncü bir kişiye devretmesi halinde, borçlunun kusurlu hareketi neticesinde ortaya çıkmış bir subjektif imkansızlık hali meydana gelecektir. Zira sözleşmenin aynen ifası, yani pay sahipleri sözleşmesinin içerisinde yer alan, örnek olarak önalım hakkının, üçüncü kişiye dermeyeran edilmesi ve borcun aynen ifasının talebi mümkün olmayacaktır¹¹⁴. Dolayısıyla bu halde, borcu kendi kusurundan ötürü imkansızlaşan borçlu, alacaklının, yani önalım hakkı sahibinin, zararını tazmin etmek zorunda olacaktır.

3. Taraflardan birinin ölmesi: Sözleşme taraflarından birinin ölmesi halinde sözleşme kural olarak sona ermeyecektir, meğer ki ölen kişinin borcu şahsa bağlı bir edim içersin. Ölen kişinin borcu, vekalet akdinde vekilin durumu gibi şahsa bağlı bir borç içermesi halinde, kişinin ölmesi ile sözleşme sona erecektir (TBK m. 513)¹¹⁵. Pay sahipleri sözleşmeleri kapsamında genellikle şahsa bağlı borçlar yer almamaktadır.

4. İflas: Borçlunun iflası kural olarak sözleşmeyi sona erdirmemektedir. Ancak belirli özel durumlarda, borçlunun iflasının TBK hükümleri kapsamında borcun sona ereceği belirlenmiştir. Örnek olarak, bağışlama sözleşmesinde bağışlama sözü verenin iflası (TBK m. 296), ürün

¹¹² Oğuzman Öz, s. 552

¹¹³ Oğuzman Öz, s. 552

¹¹⁴ Demirkol, s. 869

¹¹⁵ Okutan Nilsson, s. 398

kirasında kiracının iflası (TBK m. 370), vekilin iflası (TBK m. 513) gibi durumlarda ilgili sözleşmelerin sona ereceği hükme bağlanmıştır. Ancak bu özel hükümler, genellikle pay sahipleri sözleşmeleri içerisinde karşılaşılan hususlar olmamaktadır. Öte yandan, pay sahipleri sözleşmeleri için önem arz etmesi itibariyle, iflas konusunu karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler bağlamında değerlendirmekte fayda vardır. Zira TBK m. 98 kapsamında karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan birinin iflası halinde diğer tarafa sözleşmeden dönme hakkı tanınmıştır. Bu halde, hakkı tehlikeye düşen taraf öncelikle karşı edimin ifası güvence altına alınmasını talep edecek ve bu süre içerisinde kendi ediminin ifasından kaçınabilecek, kendisine istediği güvencenin verilmemesi halinde sözleşmeden dönme hakkı olacaktır.

TBK m. 98 hükmü sürekli borç ilişkileri açısından da geçerli olacaktır. Böyle bir durumun varlığı halinde, dürüstlük kuralı uyarınca ve TBK m. 126 hükmüne istinaden sözleşmenin ileriye etkili şekilde feshedilmiş sayılacağı savunulmaktadır¹¹⁶. Bu sebeple, fesih anına kadar verilen şeyler geri istenemeyecek, fesih anına kadar verilmesi gerekip de verilmeyen şeylerin ifası sonradan da istenebilecek, ancak fesih anından sonraki dönemdeki borçlar son bulacaktır¹¹⁷.

Pay sahipleri sözleşmelerinin uygulamasında genellikle taraflardan birinin iflasının sözleşmeyi sona erdirmeye sebebi sayılması, çoğunlukla karşılaşılan bir husustur. Böyle bir düzenlemenin arka planında, tabiatı itibariyle sözleşme taraflarının iflas eden bir kişi ile sözleşmeye devam etmek istememeleri yatmaktadır. Taraflardan birinin iflası halinde diğer tarafların lehine bir pay alım hakkı tanınması da, böyle bir durumun engellenmesi bakımından sözleşme taraflarını mantıklı bir çözüme ulaştırabilecektir.

¹¹⁶ Oğuzman Öz, s. 349

¹¹⁷ Oğuzman Öz, s. 349

5. Tarafların Anlaşması: Pay sahipleri sözleşmesinin tarafların anlaşmaları ile sona erdirilmesi de mümkündür. Sona erdirmeye ilişkin anlaşma “ikale”, “bozma” veya “sona erdirme” sözleşmesi olarak anılmaktadır¹¹⁸. İ kale sözleşmesi ile tarafların arasındaki hukuki ilişki geçmişe etkili olarak sona erdirilebileceği gibi, geleceğe etkili olarak da sona erdirilebilir. Özellikle ifaya başlanmış olan sürekli borç ilişkilerinde, sözleşmenin geleceğe yönelik olarak sona erdirilmesi, hakkaniyetli olacaktır¹¹⁹.

6. Süre: Süreye bağlı olarak düzenlenmiş pay sahipleri sözleşmeleri, sürenin bitiminde kendiliğinden sona erecektir. Ancak daha önce belirttiğimiz gibi, pay sahipleri sözleşmeleri genellikle belirsiz süreli olarak akdedilmekte ve sürekli edim borcunu içermektedir¹²⁰. Bu sebepten ötürü ilgili sözleşmelerin sona ermesi, adi şirket niteliğini haiz pay sahipleri sözleşmelerinde olduğu gibi, sürekli edim borcu içeren iki taraflı veya tek taraflı sözleşmelerde de soru işaretleri doğurmaktadır.

TBK kapsamında belirli sözleşme tipleri açısından tarafların belirli bir ihbar süresine uyarak sözleşmeyi tek taraflı beyanla ileriye etkili olarak sona erdirme hakları bulunmaktadır. Olağan fesih hakkı olarak tanınan bu hak, süresi belirli olmayan sözleşmelerde tarafların sonsuza kadar bağlı kalmasını engelleme düşüncesine dayanmaktadır¹²¹. Belirsiz süreli kira sözleşmelerindeki fesih hakkı (TBK m. 368), belirsiz süreli hizmet sözleşmelerinde fesih hakkı (TBK m. 431), belirsiz süreli adi ortaklıkta fesih hakkı (TBK m. 640) bu durumun birer yansımalarıdır.

Öte yandan kanunda özel hüküm barındırmayan bir sözleşme türü olan pay sahipleri sözleşmeleri açısından durum farklılaşmaktadır. Pay sahipleri sözleşmeleri genellikle çok uzun süreli veya sözleşme konusu

¹¹⁸ Okutan Nilsson, s. 399

¹¹⁹ Okutan Nilsson, s. 400

¹²⁰ bkz. II/B ve II/H/1/f

¹²¹ Okutan Nilsson, s. 400

anonim şirketin süresine bağlı olarak akdedilmektedir. Bu özellikleri sebebiyle adi ortaklık niteliğinde olmayan pay sahipleri sözleşmeleri taraflarının olağan fesih hakkına sahip olup olmayacakları tartışılması gereken bir konudur.

İsviçre hukukundaki hakim görüş, belirsiz süreli veya çok uzun süreli sözleşmelerin olağan fesih hakkına sahip olması gerektiği, aksi halde bu durumun dürüstlük kuralına ve kişilik haklarına aykırı olacağı savunulmaktadır¹²².

Ancak Türk hukukunda özellikle pay sahipleri sözleşmeleri açısından savunulan görüş, sözleşme taraflarının kanunen olağan fesih hakkı verilmiş bulunan diğer sözleşme türlerine göre, özel bir durumda bulundukları ve bu özel durum neticesinde pay sahipleri sözleşmelerinden tek taraflı bir beyan ile fesih hakkının mümkün olmayacağı yönündedir. Ancak fesih için haklı sebebin olduğu durumlar kabul görmektedir¹²³.

7. Haklı Sebep: Sürekli borç ilişkisi ihtiva eden sözleşmelerin haklı sebep ile sona erdirilmesi TBK genel hükümler kapsamında düzenlenmemiştir. Öte yandan kira sözleşmesi, hizmet sözleşmesi veya adi ortaklık sözleşmesi gibi özel hükümler çerçevesinde belirli sözleşmeler için bu imkan tanınmıştır. Ancak gerek İsviçre ve Alman doktrini ve yüksek yargı kararlarında, gerekse Türk doktrininde bütün sürekli borç ilişkilerinin haklı nedenlere istinaden tek taraflı bir irade beyanı ile feshedilebileceği kabul edilmiştir¹²⁴. Zira aksi takdirde taraflar, hakkaniyete aykırı bir şekilde, kendileri için çekilmez hale gelen bir hukuki ilişkiye devam etmek zorunda kalacaklardır. Pay sahipleri sözleşmeleri açısından da bu durum geçerli olacaktır¹²⁵.

¹²² Forstmoser, Meier-Hayoz, Nobel, § 39 N. 173

¹²³ Okutan Nilsson, s. 402

¹²⁴ Moroğlu, Oy Sözleşmeleri, s. 140-141

¹²⁵ Okutan Nilsson, s. 402

8. Borçlunun Temerrüdü: Pay sahipleri sözleşmesinin sona ermesine ilişkin bir diğer durum ise, sözleşme borçlusunun temerrüde düşmesi halidir. Bu durumda diğer tarafın TBK m. 125 uyarınca sözleşmeden dönme hakkı olacaktır. Bu halde sözleşmeden dönen tarafın ayrıca borcun ifa edilmemesinden doğan zararın tazminini talep etme hakkı da olacaktır. Örnek olarak, karşılıklı oy verme taahhüdü içeren pay sahipleri sözleşmeleri açısından karşı tarafın oy borcunu ifada temerrüde düşmesi halinde, diğer taraf sözleşmeden döndüğü takdirde kendi oy taahhüdünü yerine getirmekten kurtulacak ve bu sebeple oluşan zararın tazminini talep edebilecektir¹²⁶. Başka bir örnek olarak, pay sahiplerinden birinin sermayeyi artırma taahhüdüne karşılık olarak diğerinin onunla ve şirketle rekabet etmeme borcu altına girdiği iki taraflı bir sözleşme bakımından da, aynı sonuç söz konusu olacaktır¹²⁷.

9. Sözleşme içerisindeki sona ermeye ilişkin düzenlemeler: Pay sahipleri sözleşmeleri içerisinde sona ermeye ilişkin özel bir hüküm de öngörülmüş olabilir. Bu durumun bir örneği olarak, sözleşmenin içerisinde hangi durumların bir tarafa haklı sebeple sözleşmeyi fesih hakkı verecek olduğu belirtilmiş olabilmektedir. Haklı sebebin gerçekleşmiş olması, taraflardan biri lehine pay üzerinde bir alım hakkı doğuracak bir olay (*Triggering Event*) şeklinde düzenlenmiş olabilir. Bu hallerde sözleşme içerisinde aksine bir düzenleme olmaması halinde, sözleşmenin genel bir haklı sebebe istinaden fesih hakkının bertaraf edilmiş olduğu kabul edilmektedir¹²⁸. Zira bu durumun aksi, sözleşmede sona ermeye ilişkin öngörülen düzenlemenin göz ardı edilmesi anlamına gelecektir. Öte yandan sözleşmede öngörülen sona erme düzenlemesinin TBK 27 kapsamında ahlaka aykırı bir durum yaratması halinde, sözleşme

¹²⁶ Moroğlu, Oy Sözleşmeleri

¹²⁷ Okutan Nilsson, s. 403

¹²⁸ Okutan Nilsson, s 403

taraflarının genel haklı sebeplere dayanarak sözleşmeyi feshetme imkanının olduğu da kabul edilmektedir¹²⁹.

III. PAY SAHİPLERİ SÖZLEŞMESİ ÇERÇEVESİNDE PAYLARIN DEVREDİLEBİLİRLİĞİNİN SINIRLANDIRILMASI

A. Genel Olarak

Anonim şirketlerin tanımlayıcı unsuru olan “anonim” kelimesinin anlamı, esasen anonim şirketlerin yapısına dair ciddi bir ipucu vermektedir. Nitekim, bu tanımlamanın en önemli iki sonucu, anonim şirketlerin paylarının bağımsızlığı ve devredilebilirliğidir¹³⁰. Payın devredilebilirliği ilkesi, anonim şirketin temel unsurlarından biridir. Bu ilke anonim şirketin hamiline yazılı payların herhangi bir sınırlamaya tabi olmadan devredilebileceğini, nama yazılı paylar ile çıplak payların (senede bağlanmamış payların) ise devrinin istisnaen sınırlandırılabilirliğini ve istisnaların kanunda emredici bir şekilde belirlendiği anlamına gelmektedir. Doktrinde payın devredilebilirliğinin nispi müktesep hak niteliğinde olduğu belirtilmektedir¹³¹.

Payın devredilebilirliğine ilişkin durum TTK’da açık düzenlemelere tabi olmuştur. TTK m. 490 uyarınca nama yazılı payların “kanunda veya esas sözleşmede aksi öngörülmedikçe” serbestçe devredilebileceği belirlenmiştir. Nama yazılı payların devredilebilirliğinin esas sözleşme ile sınırlandırılması için öngörülen yöntem ise, TTK m. 492 uyarınca esas sözleşme ile payların “ancak şirket onayıyla devredilebileceğinin” öngörülmesidir. TTK m. 493 kapsamında izin verilen ve istisnai pay devir sınırlandırmaları olan bağlam hükümlerine uygun olarak yapılmayan bir devrin, anonim şirket tarafından bu devire onay verilmemesi ve yönetim kurulunca pay defterine işlenmemesi şeklinde bir devir sınırlandırılması tekniği öngörülmüştür.

¹²⁹ Okutan Nilsson, s. 403

¹³⁰ Ünal Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, İstanbul, 2013, s. 12

¹³¹ Tekinalp (Poroy, Çamoğlu), s. 555

Ancak elbette ki, payların devredilebilirliğinin sınırlandırılması hakkında TTK kapsamında izin verilen hareket alanı, bazı durumlarda yeterli olmamaktadır. Zira anonim şirket pay sahiplerinin arzu ve istekleri, TTK m. 493 kapsamında sayılan red sebeplerinden zaman zaman farklılaşmakta, veya payı sahibinin iradesi dışında tedavülünü öngörebilmektedir. Bu sebeple anonim şirketlerin paylarının devirleri, zaman zaman TTK kapsamındaki bağlam hükümleri ile uyumlu bir biçimde, zaman zaman ise bu hükümleri aşan bir şekilde pay sahipleri sözleşmeleri kapsamında sınırlandırılmaktadır. Bu sınırlamaların arkasında temel olarak, şirket içerisinde kimin pay sahibi olduğunu veya ileride olacağını kontrol etme arzusu yatmaktadır¹³².

Uygulama içerisinde anonim şirket paylarının yabancıların, rakiplerin veya şirket içerisinde bulunması arzu edilmeyen diğer kişilerin eline geçmesini engelleme arzusu oldukça yaygındır. Aynı şekilde şirketin faaliyet gösterdiği pazar içerisinde bilgi birikimine sahip işletmeci pay sahibini şirket içerisinde tutmak için de pay devri sınırlandırmaları getirilmektedir. Bunun yanında işbu pay devir sınırlandırmaları zaman zaman bizatihi pay sahipleri sözleşmeleri çerçevesinde belirlenen tarafların yükümlülük ve taahhütlerini bir anlamda teminat alma amacı da taşıyabilir¹³³. Zira pay sahipleri sözleşmesi çerçevesinde belirli edimler altına girmiş bir pay sahibinin, bu edimleri yerine getirmemesinin alım veya satım opsiyonunu tetikleyici (*Triggering Event*) sözleşme hükümlerinin akdedilmesi, uygulamada oldukça fazla karşılaşılan durumlardır.

Ancak, özellikle halka açık olmayan anonim şirketler düşünüldüğünde, pay sahiplerinin paylarını devredebilmelerinin sınırlandırılması, kendilerini yatırımlarının likiditesinin azalması ile karşı karşıya bırakmaktadır. Başka bir deyişle bu pay sahiplerinin payları kolaylıkla elden çıkartılamayacaktır. Zira normal şartlarda halka açık olmayan bir anonim şirketin azınlık payını devretmek, mutad ticari şartlar altında pek mümkün değilken, bu paylar üzerinde bir de pay devir sınırlandırmalarının koyulması, ilgili pay sahipleri açısından durumu daha da kötü bir hale getirmektedir. Örnek olarak, çoğunluk veya azınlık

¹³² Hintz-Bühler, s. 87

¹³³ Esin, Lokmanhekim, s. 74

olmasına bağılı olmaksızın, payları üzerinde önalım hakkı bulunan bir payı satın almaya niyetli olan bir üçüncü kişinin, ilgili paylar üzerinde önalım hakkı olduğunu bilmesi, bu üçüncü kişiyi payı almak için ilave masraflar yapmaktan imtina ettirecektir.

Ancak başka bir açıdan düşünüldüğünde, bazı pay devir sınırlandırmaları aynı zamanda önemli bir işlevi de yerine getirmektedir. Şöyle ki, aslen kolay kolay alıcı bulunamayacak bir anonim şirket payına, bu sınırlandırmalar neticesinde halihazırda alıcılar bulunmakta ve ilgili pay sahibinin anonim şirketten kolayca çıkışına imkan verilmektedir¹³⁴. Zira anonim şirket içerisinde arzu etmediği bir kişi ile ortak olmak istemeyen diğer pay sahipleri, payını devretme niyetinde bulunan pay sahibinin payını bu pay devir sınırlandırmaları neticesinde satın alacaklardır (örnek olarak satım hakkı).

Pay devir sınırlandırmalarının amaçları ve sonuçları bir yana, bir satım sözleşmesine konu olabilen taşınır ve taşınmaz mal, bir bütün olarak ticari işletme, devri mümkün olan her hak, bir adi senede veya kıymetli evraka bağlanmış olsun ya da olmasın alacak gibi her şeyin, alım, önalım ve geriye alım haklarına da konu olabileceği hukuki olarak tartışmasız kabul edilmektedir¹³⁵.

Pay sahipleri sözleşmeleri kapsamında yapılan devir sınırlandırmalarının çeşitleri elbette oldukça fazladır. Nitekim bu sınırlandırmalar sözleşme özgürlüğü prensibine dayalı olarak sınırsız varyasyona tabi tutulabilir. Buna rağmen, pay devir sınırlandırmaları çeşitlerini bir sistematik içerisinde incelemek ve bu çeşitleri tasnif etmek mümkündür. Genel olarak çalışmamız çerçevesinde bu sınırlandırmalar öncelik hakları, önalım hakları ve alım/satım hakları, birlikte satmaya zorlama ve birlikte satıma zorlama hakları ve pay devir yasakları bağlamında incelenecektir. İşbu pay devir sınırlandırması türleri incelendikten sonra ise, sözleşmesel pay devir sınırlandırmalarının ihlali konusunda bir inceleme yapılacaktır.

¹³⁴ Franklin A. Gevurtz, Corporation Law Second Edition, 2010, s.541

¹³⁵ Bahtiyar, s. 239

B. Öncelik Hakları

Pay sahipleri sözleşmeleri kapsamında payların devrinin sınırlandırılmasının bir örneği, öncelik haklarıdır. Öncelik hakları, hak sahibine hak konusu şey üzerinde, hak borçlusunun bu şeyi satmak istemesi veya başka belirli sözleşmesel bir durumun varlığı halinde, hak alacaklısının bu şey üzerinde bir öncelik hakkı sahibi olmasına dayanmaktadır¹³⁶. Paylara ilişkin olarak, öncelik hakları payın üçüncü bir kişiye devrinden önce mevcut pay sahiplerine teklif edilmesinin şart koşulmasına ilişkindir¹³⁷. Bu durumda, payını devretmek isteyen pay sahibi payını devretme hakkından mahrum kalmayacaktır. Ancak payını devretmek istediğinde, payı öncelikle öncelik hakkı sahibine teklif etmek borcu altında olacaktır. Bu teklif neticesinde öncelik hakkı sahibinin payı alması ile birlikte anonim şirketin yabancılaşması veya herhangi bir rakibinin şirkete dahil olması önlenmiş olacaktır. Öncelik haklarına doktrinde gerçek olmayan önalım hakkı ismi de verilmektedir¹³⁸. İsviçre hukukunda ise “Vorhandsrecht” olarak ifade edilmektedir¹³⁹.

Öncelik hakları ancak hakkın borçlusu paylarını satışa sunmak istediğinde kullanılabilecektir. Bu hakkın kullanılabilmesi için hakkın borçlusunun payları satmak istediğine dair bir irade beyanı gerektiğinden ve öncelik hakkı sahibinin tek taraflı irade beyanı ile sözleşme kurma yetkisi bulunmadığından, öncelik hakkı bir yenilik doğurucu hak olarak kabul edilmemektedir¹⁴⁰.

Doktrinde öncelik hakları teklifte öncelik, icapta öncelik ve kabulde öncelik olarak incelenmiştir.

¹³⁶ Hintz-Bühler, s. 89

¹³⁷ Okutan Nilsson, s. 210

¹³⁸ Bahtiyar, s. 247

¹³⁹ Hintz-Bühler, s. 101; Ünal Tekinalp, Anonim Ortaklık Payının Alım, Önalım, Geriyealım ve Benzer Haklara Konu olması, Medeni Kanun 50. Yıl Sempozyumu, 1. Tebliğler, İstanbul 1978, s. 349

¹⁴⁰ Gül Okutan Nilsson, Oğuz Atalay, Anonim Ortaklık Paysahipleri Sözleşmelerinde Öngörülen Pay Alım ve Satım Opsiyonlarının Hukuki Niteliği ve Cebri İcrası, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, İstanbul, 2007, s. 410

1. Teklifte Öncelik (Verpflichtung zur Unterlassung der Veraeussierung an einen Dritten, falls der Berechtigte eine mindestens gleichwertige Offerte macht¹⁴¹)

Teklifte öncelik hakkının tanındığı durumlarda, öncelik hakkına konu payın sahibi payını devretmek istediğinde öncelik hakkı tanındığı kişiye teklifte bulunma borcu altına girmektedir. Bu noktada elbette sözleşme metninin düzenlenmesine bağlı olmakla birlikte, genellikle öncelik hakkına konu payın sahibinden herhangi bir üçüncü kişi alıcı ile görüşmeye başlamadan önce öncelik hakkı sahibine payların satın alımı konusunda bir teklif yapması beklenir. Ancak payını satmak isteyen pay sahibi tarafından yapılan bu teklif, teknik anlamda bir icap anlamına gelmemekte, onun yerine bir icaba davet niteliğinde olmaktadır. Dolayısıyla aslen teklifte öncelik borcunun yerine getirilmesini müteakip öncelik hakkı sahibi tarafından yapılan teklif karşısında payını satmayı arzu eden pay sahibinin bu teklifi kabul etme zorunluluğu bulunmayacaktır. Bunun aksine, hak borçlusunun hak alacaklısı tarafından yapılan tekliften daha kötü bir teklif ile payını üçüncü bir kişiye satmama borcu altına girdiği görülmektedir¹⁴². Ancak elbette yapılan tekliften daha iyi şartlara sahip bir anlaşma ile payını üçüncü kişi bir alıcıya satması mümkün olacaktır. Öte yandan, öncelik hakkı sahibinin teklifini uygun bulmayan pay sahibi, payını satmaktan vazgeçme hakkına da sahip olmaktadır.

Uygulamada, özellikle finansal yatırımcıların taraf olduğu devralma işlemlerinin pay sahipleri sözleşmelerinde finansal yatırımcının borçlu olacağı bir pay devir sınırlaması düzenlenmek istediğinde, genellikle teklifte öncelik hakkı tercih edilmektedir. Bunun temel sebebi, finansal yatırımcıların yatırım yaptığı şirketlerden belirli bir vade içerisinde ve hedeflenen kar oranına ulaşıldığında çıkmak istemesidir. Zira finansal yatırımcıları, stratejik yatırımcılardan ayıran temel özellik de tam olarak budur. Dolayısıyla bir finansal yatırımcının taraf olduğu bir pay sahipleri

¹⁴¹ Salzgeber-Dürrig, s. 124

¹⁴² Hintz-Bühler, s. 91

sözleşmesi içerisinde, finansal yatırımcı ilgili anonim şirket içerisinde çıkışında mümkün olduğunca az sınırlamaya tabi olmak isteyecektir. Bu sebeple finansal yatırımcıların taraf olduğu pay sahipleri sözleşmelerinde genellikle finansal yatırımcının borçlu olacağı bir önalım hakkı yerine teklifte öncelik hakkı düzenlenmektedir.

2. İcapta Öncelik (Verpflichtung zur Abgabe eine Angebots¹⁴³)

İcapta öncelik, teklifte öncelikten farklı olarak, öncelik hakkına konu payların sahibine bir icapta bulunma borcu yüklemiş olduğu hallerde meydana gelecektir. Bu anlamda, hak borçlusu payını devretmek istediği takdirde, hak alacaklısına payını devretmek adına, tercihen devretmek istediği pay adedi ve fiyatı ile birlikte, bir icapta bulunma borcu altına girmektedir. Hak alacaklısının bu icaba karşılık olarak kabul beyanını iletmesiyle, sözleşme kurulmuş olacaktır¹⁴⁴. Buna karşılık elbette hak alacaklısının kendisine iletilen icabı kabul etmeme hakkı olacaktır. Bu halde, hak borçlusunun payını üçüncü bir kişiye satması mümkün olacaktır¹⁴⁵. Ancak icapta öncelik hakkında da, teklifte öncelik hakkında olduğu gibi, öncelik hakkı sahibinin yapılan icabı kabul etmemesi halinde, paylar üçüncü kişi bir yatırımcıya daha kötü anlaşma şartları ile satılmamalıdır¹⁴⁶.

İcapta öncelik, özellikle önalım hakları ile büyük benzerlik göstermektedir. Ancak aradaki fark, önalım hakkında önalım hakkı borçlusunun paylarını devretmesi halinde, önalım hakkı sahibinin tek taraflı yenilik doğurucu beyanı ile satış sözleşmesi kurma imkanı varken, öncelik hakkında ise pay sahibinin paylarını satmak istediğini hak sahibine beyan etmesi olgusu hak sahibine kabul beyanı ile sözleşme kurma imkanı vermektedir. Yani iki halde de hak sahibi kendi beyanı ile sözleşme kurulmasını sağlamakta, ancak hakkın kullanılmasını sağlayan olgular farklılaşmaktadır.

¹⁴³ Hintz-Bühler, s. 90

¹⁴⁴ Salzgeber-Dürrig, s. 121

¹⁴⁵ Hintz-Bühler, s. 90

¹⁴⁶ Okutan Nilsson, s. 212

3. Kabulde Öncelik (Verpflichtung zur Annahme eines Angebots¹⁴⁷)

Uygulamada fazla rastlanmamakla beraber, öncelik hakkı kabulde öncelik şeklinde de düzenlenebilir. Kabulde öncelik hakkında, payı üzerinde kabulde öncelik hakkı tesis edilmiş olan pay sahibi payını devretmek istediği takdirde, bu iradesini hak alacaklısına bildirmesi ile, öncelik hakkı sahibinin kendisine yapacağı icabı müteakip öncelik hakkı borçlusuna kendisine yapılan icabı, üçüncü kişi tarafından kendisine yapılan daha iyi bir teklif bulunmadığı sürece, kabul etme borcu altında kalmaktadır¹⁴⁸. Başka bir deyişle, hak alacaklısı tarafından hak borçlusuna yapılan icap, üçüncü kişiler tarafından yapılan en azından eşdeğer icaplar arasında öncelikli olacaktır. Elbette üçüncü bir kişi tarafından hak alacaklısının yaptığı icaptan daha iyi nitelikte bir icabın mevcudiyeti halinde, hak borçlusuna payını ilgili üçüncü kişiye devretmekte serbest olacaktır. Ancak buradaki asıl problem, henüz üçüncü kişi yatırımcılar ile görüşme fırsatı bulmamış bir pay sahibinin payını satmak istemesi halinde, öncelik hakkı sahibinin teklifi ile bağlı olacak olmasıdır. Bu problemi çözmek adına, öncelik hakkı sahibinin yaptığı icabı takiben hak borçlusuna bir vade verilmeli ve o vade içerisinde üçüncü bir kişi tarafından hak alacaklısının yaptığı icaptan daha iyi bir icap yapılmaması halinde, hak borçlusuna öncelik hakkı sahibinin yaptığı icabı kabul etme borcu altına sokulmalıdır.

4. Öncelik hakkı kapsamında dikkat edilmesi gereken diğer unsurlar

Bu bölümde, yukarıda açıklanan üç temel öncelik hakkı türüne ek olarak, öncelik haklarının sözleşme içerisinde düzenlenmesinde dikkat edilmesi gereken diğer unsurların üzerinde durulacaktır.

Pay sahipleri sözleşmesi kapsamında öncelik hakkı düzenlenirken, bu hakkın süresinin belirlenmesi büyük önem taşır. Zira sürenin sözleşme ile belirlenmemiş olması halinde, öncelik hakkı sahiplerinin haklarını ne zaman

¹⁴⁷ Hintz-Bühler, s. 90

¹⁴⁸ Okutan Nilsson, s. 212, Tekinalp, Önalım, s. 349, Salzgeber-Dürrig, s. 124; Hintz-Bühler, s. 90

kaybedecekleri konusu tartışma yaratacaktır. Bir başka ifade ile, öncelik hakkına konu payların sahibinin borcuna uyarak bildirimi yapmasından itibaren ne kadar süre teklifi ile bağlı kalacağı hususu çok önemlidir. Sözleşmede böyle bir düzenleme olmaması ve tarafların bu konuda bir ihtilafa düşmesi durumunda, ihtilafı inceleyen hakimin MK 2’ye göre makul bir süre tayin etmesi gerekecek, belirlenen bu makul süre içerisinde yapılmayan bildirimler geçerli sayılmayacaktır¹⁴⁹.

Aynı şekilde öncelik hakkının kullanılmasında pay bedelinin belirlenmesi de doktrinde tartışmalı bir konudur. Ancak spesifik olarak öncelik hakkının kullanımında pay bedelinin kendisinin veya pay bedelinin belirleme yönteminin sözleşme ile belirlenmesi, iyi niyetli üçüncü kişilerin varlığı şartıyla, çoğu zaman gerekli olmayacaktır. Bunun sebebi, aslen öncelik haklarının fahiş fiyatlandırmaya karşı doğal bir koruma mekanizması olan “teklif edilen fiyattan daha kötü bir fiyata üçüncü bir kişiye satılamaması” unsurudur. Zira yukarıda belirttiğimiz gibi, öncelik haklarının sistemi öncelikle payını devretmek isteyen pay sahibinin öncelik hakkı sahiplerine bir irade beyanında (teklifte öncelik, icapta öncelik veya kabulde öncelik şeklinde) bulunması, sonrasında öncelik hakkı sahiplerinin de bu irade beyanı üzerine yapılan teklifteki şartları kabul edip etmemesi unsurlarına dayanmaktadır. Zira hakkın niteliğine bağlı olarak, ilgili pay sahibi diğer pay sahiplerinin beyanı üzerine ya satım sözleşmesi kurmak zorunda kalacak, ya da bu teklifi kabul etmeyerek teklifin içerdiği şartlardan daha iyi şartları kabul edecek iyi niyetli üçüncü kişi bir alıcı bulmaya yönelecektir. Bu noktada öncelik hakkı sahiplerinin yapılan teklifi kabul etmemeleri halinde, zaten payını devretmek isteyen pay sahibi daha önce öncelik hakkı sahibine yaptığı irade beyanının içerisinde belirttiği şartlardan daha kötü şartlar içeren bir anlaşma ile bir üçüncü kişiye payını devredemeyecektir. Böyle bir durumun varlığı, öncelik hakkının ihlali anlamına gelecektir. Dolayısıyla payını devretmek isteyen pay sahibinin fahiş bir teklif yaparak öncelik hakkı sahiplerini haklarını kullanmaktan mahrum bırakma olasılığı, aynı şekilde payını devretmek isteyen pay sahibinin payını devrini zorlaştıracığı için,

¹⁴⁹ Demirkol, s. 870

karşılaşılması güç bir olgu olarak karşımıza çıkacaktır. Zira fahiş fiyat teklif eden paysahibinin, payını bu fahiş fiyata bir üçüncü kişi alıcıya satma ihtimali de, ticari şartlar gereği oldukça azdır. Bu sebeple öncelik hakkının düzenlenmesi sırasında önceden belirli şartların üzerine çıkılamamasına (özellikle fiyat açısından) yönelik düzenlemeleri, esasen diğer paysahipleri açısından elbette yararlı olmakla birlikte, sözleşme içerisinde düzenlenmesi gereken zaruri bir unsur olarak görmemek gerekir. Buna karşın elbette işlemler çerçevesinde iyi niyetli üçüncü kişilerin varlığı önem taşımaktadır. Zira öncelik hakları fahiş fiyata karşı doğal bir koruma mekanizması içerdiği kadar, bu hakkı dolanmak adına yapılan işlemler neticesinde ilgili üçüncü kişinin gerçek değerinin çok üzerinde bir fiyat üzerinden payı devralmasına ve hak sahibinin hakkını kullanamaması sonucuna varacak yöntemlere karşı da korumasız kalmaktadır.

Ayrıca tarafların irade beyanlarını içeren bildirimlerin uygulanmasını kolaylaştırmak amacıyla, özellikle birden çok öncelik hakkı sahibinin mevcudiyeti halinde, sözleşme tarafları bir bildirim makamı seçmelidirler. Bu makam, şartlara göre değişmekle birlikte, öncelik hakkı sahibi sözleşme taraflarının aralarında belirleyeceği bir kişi veya bizzat öncelik hakkı konusu payı içeren anonim şirket olabilmektedir. Bildirim makamı olarak anonim şirketin bir organının seçilmesi halinde, özellikle hamiline yazılı payların söz konusu olduğu durumlarda, anonim şirket ortakları takip etme şansını kaybedecektir. Ancak pay sahipleri sözleşmesinin taraflarının adres değişikliği bilgilerini güncellemesi ile veya şirketin web sayfasında gerekli açıklamaların yayınlanması gibi bir prosedürün belirlenmesi ile yapılması gereken bildirimler konusunda bir aksama yaşanmayacaktır¹⁵⁰.

Son olarak, öncelik hakkına konu payların sahibinin payını öncelik hakkını ihlal ederek üçüncü bir kişiye devretmesi halinde, artık pay üzerindeki hak üçüncü kişiye geçeceği için borçlunun borcunu ifa etmesi subjektif imkansızlık haline gelecektir¹⁵¹. Bu sebeple sözleşmenin aynen ifası

¹⁵⁰ Demirkol, s. 871

¹⁵¹ Demirkol, s. 869

mümkün olmayacak, ancak genel borca aykırılık hükümleri uygulanarak (TBK m. 112) payını devreden borçlu, öncelik hakkı sahibinin zararını kusuruna istinaden tazminle yükümlü olacaktır¹⁵².

C. Önalım Hakkı

1) Kavram ve Hakkın Tanınma Amacı

Önalım hakkı, payını üçüncü bir kişiye satmak üzere ilgili üçüncü kişi ile anlaşılan bir pay sahibinin payını tek taraflı bir beyan ile satın alma imkanı veren bir haktır¹⁵³. Bu noktada payını devretmek isteyen pay sahibinin, önalım hakkı sahibinin yaptığı tek taraflı beyandan sonra payını önalım hakkı sahibine devretme borcu ortaya çıkacaktır. Bu hak sayesinde, anonim şirket pay sahiplerinin sözleşme ile kurdukları düzenin devamı sağlanacaktır¹⁵⁴. Önalım hakları doktrinde sınırlı/sınırsız önalım hakkı ve gerçek/gerçek olmayan önalım hakkı¹⁵⁵ şeklinde ayrımlara konu olmuştur. Sınırlı (mevsuf) önalım hakkında hakkın kullanılma koşulları (bedel, vade) sözleşme ile belirlenmektedir. Bedel için belirli bir rakam veya hesaplama yöntemi gösterilmektedir¹⁵⁶. Sınırsız önalım hakkında ise herhangi bir şart belirlenmemekte, önalım hakkına konu olan payların sahibinin payını satması durumunda, önalım hakkı sahiplerinin üçüncü kişi ile yapılan satış şartları ile payı tek taraflı beyanları ile devralma hakkı doğmaktadır.

¹⁵² Cevdet İlhan Günay, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara, 2015, s. 492’de bahsedilen Yrg. 13. H.D., 5/11/1991, E.1991/7755, K.1991/10072 sayılı kararda satış vaadi sözleşmesinin konusu taşınmaz malın davacıdan önce üçüncü kişilere davalı tarafından satış vaadi sözleşmesiyle satıldığı alıcılardan ikame ettikleri tapu iptali ve ferağa icbar davası sonunda davalı adına olan tapunun iptal edildiği ve bu davanın yargılaması devam ederken aynı taşınmazın davalı tarafından davacıya satış vaadi sözleşmesi ile satıldığı, tapunun iptal edilmesi olgusunun kusursuz imkansızlık olarak savunulmasına rağmen, taşınmazı davacıdan evvel tapu iptali ve tescil davasını kazaanan kişilere satış vaadi sözleşmesi ile davalı sattığına göre kusurlu bulunup davacı ile yapılan sözleşmeden önce davalının irade ve ihtiyarı tahtında imkansızlığın gerçekleştiği ve bunun objektif imkansızlık niteliğinde bulunmadığı için BK.m. 117 uyarınca borcundan kurtulamayacağı kabul edilmiştir.

¹⁵³ Jean Nicolas Druey, Eva Druey Just, Lukas Glanzmann, Gesellschafts- und Handelsrecht Begründet von Theo Guhl, Schulthess Juristische Medien AG, 2015, s. 163; Okutan Nilsson, s. 214; Demirkol, s. 871; Esin, Lokmanhekim, s. 78

¹⁵⁴ Okutan Nilsson, s. 214

¹⁵⁵ Gerçek olmayan önalım hakkı konusunda bkz. III/B

¹⁵⁶ Tekinalp, Önalım, s. 347

Önalım hakkı MK 732 vd. , ayrıca TBK m. 237 vd. kapsamında düzenlenmiş haklardır. MK 732 kapsamında yasal önalım hakkı anlatılmış, MK 735 kapsamında ise sözleşmeden doğan önalım hakkına değinilmiş ve bu hakkın tapuya şerh edilebileceği belirtilmiştir. Aynı zamanda TBK m. 237 kapsamında gayrimenkullere ilişkin önalım sözleşmesinin geçerliliği, yazılı şekle bağlanmıştır.

Ancak bu hakların uygulama alanı kanunen gayrimenkuller üzerinde belirlenmiştir. Buna rağmen, bu hakların kanunen sadece gayrimenkuller üzerinde öngörülmüş olmaları, bu hakkın diğer malvarlığı değerleri üzerinde kıyasen uygulanamayacağı anlamına gelmemektedir. Zira doktrinde gayrimenkuller için öngörülen bu hakların, uygun düştüğü ölçüde diğer malvarlığı değerlerine de uygulanacağı belirtilmiştir¹⁵⁷. Bu noktada doktrindeki tartışma, anonim şirket payları üzerinde tanınan önalım hakkının, aynı MK ve TBK kapsamında taşınmazlar için belirlendiği gibi, bu haklara şerh sistemine benzer bir yolla güç kazandırmanın ve bu borç ilişkisine bir nevi “eşyaya bağlı borç” niteliği vermenin mümkün olup olmayacağı ve dolayısıyla üçüncü kişilere karşı ileri sürülme olanağı kazandırılıp kazandırılmayacağı hususunda yapılmaktadır¹⁵⁸.

Gayrimenkuller üzerinde kanunen düzenleme yapılan önalım hakkı, MK 732 vd. kapsamında düzenlenmiştir. Bu kapsamda, önalım hakları “yasal önalım hakkı” ve “sözleşmeden doğan önalım hakkı” olarak ikiye ayrılmıştır. Yasal önalım hakkı, MK m. 732 kapsamında, “yasal önalım hakkı, paylı mülkiyette bir paydaşın taşınmaz üzerindeki payını tamamen veya kısmen üçüncü kişiye satması halinde, diğer paydaşlar önalım hakkını kullanabilirler” şeklinde düzenlenmiştir. Sözleşmeden doğan önalım hakkı ise, MK 735 kapsamında “Tapu kütüğüne şerh verilen sözleşmeden doğan

¹⁵⁷ Okutan Nilsson, s. 215; Bahtiyar, s. 245

¹⁵⁸ Tekinalp, Önalım, s. 346

önalım hakkı, şerhte belirtilen sürede ve belirtilen koşullara göre her malike karşı kullanılabilir.” şeklinde düzenlenmiştir.

Yasal önalım hakkı, hak sahibinin alıcıya karşı açacağı bir yenilik doğuran (inşai) dava ile hakkını kullanabilecektir¹⁵⁹. Aynı şekilde, MK m. 735 f. 3 kapsamında, “yasal önalım hakkının kullanılmasına ve vazgeçmeye ilişkin hükümler sözleşmeden doğan önalım hakkında da uygulanır” şeklinde bir düzenleme ile, tapu kütüğüne şerh verilen sözleşmeden doğan önalım hakkının da, alıcıya karşı açılacak bir dava ile kullanılabileceği belirlenmiştir¹⁶⁰.

Görüldüğü gibi gayrimenkul payları üzerinde tesis edilen önalım haklarının, üçüncü kişilere ileri sürülmesi mümkündür. Buna karşın, şirket payları için aynı durum söz konusu değildir. Bu konu çalışmanın ileriki bölümlerinde ayrıntıları ile birlikte irdelenecek olmakla birlikte, konunun bütünlüğü açısından mevcut durumda paylar üzerinde tesis edilen önalım haklarının üçüncü kişilere karşı ileri sürülme olanağının olmadığını söylemek mümkündür. Zira sözleşme kapsamında paylar için düzenlenen önalım hakkının, MK kapsamında taşınmazlar için düzenlenen haktan farklı olarak, bir şerh sistemine tabi tutulamaması, hak sahibinin üçüncü kişi karşısında korunmasını mümkün kılamamaktadır.

Amaç bakımından ise, gayrimenkullere tanınan önalım hakkı ile şirket payları üzerinde tesis edilen önalım hakkı benzerlik göstermektedir. Gayrimenkullere tanınan önalım hakkının amacı, gayrimenkulün birden fazla maliki olması halinde, gayrimenkul paylarının sahiplerinin ilişkilerini devam ettirmelerini sağlamak ve yabancı bir kişinin gayrimenkul üzerinde paysahibi olmasına engel olmaktır. Aynı şekilde, anonim şirketlerin payları üzerinde düzenlenen önalım hakları da benzer amaca yönelmektedir. Zira

¹⁵⁹ Fikret Eren, Türk Medeni Kanununa Göre Yasal Önalım Hakkı, GÜHFD C. XII, Y. 2008, Sa. 1-2, s. 117

¹⁶⁰ Vehbi Umut Erkan, Türk Medeni Kanunu’nda Yasal Önalım Hakkı, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Medeni Hukuk) Anabilim Dalı, Ankara, 2006, s. 14

paysahipleri de aynı şekilde anonim şirketin mevcut düzenini devam ettirmek adına önalım haklarından faydalanmaktadır¹⁶¹.

2) Hukuki Niteliği

Önalım Hakkının hukuki niteliği konusunda yapılacak olan ilk tespit, bu hakların ortaksal nitelikte değil, aksine alacak hakkı niteliğinde bir borçlar sözleşmesi olmalarıdır¹⁶². Başka bir deyişle, anonim şirketlerde pay devrinin sınırlandırılmasının istisnai bir durum olarak gören bir TTK sistemi içerisinde, önalım hakkına ilişkin sözleşmesel düzenlemelerin korporatif nitelik kazanması imkanı mevcut değildir.

Öte yandan önalım hakkı, yenilik doğurucu bir haktır¹⁶³. Bu yenilik doğurucu hakkın kullanılması yetkisi, hak konusu payın üçüncü kişiye satılmasına ilişkin anlaşma yapılması şartına bağlanmıştır. Diğer bir deyişle, bir geciktirici şarta bağlanmıştır¹⁶⁴. Nitekim önalım hakkının kullanılmasının satış olgusuna bağlanması, önalım hakkını gerçek önalım hakkı olarak nitelememiz sonucunu doğurmaktadır¹⁶⁵.

Paylar üzerinde tesis edilecek önalım hakları ile TTK kapsamındaki belirli kavramlar benzerlik göstermektedir. Bu durum önalım haklarının hukuki nitelendirmesini yapmak açısından önem arz etmektedir.

¹⁶¹ Bahtiyar, s. 241, 51. dipn.'ta anasözleşmede yer alan bir önalım hakkı örneği verilmiştir. ÜPA İhtiyaç Maddeleri Üretim ve Pazarlama AŞ. Anasözleşmesi, m. 9: "Nama yazılı hisse senetlerinin devri idare meclisinin muvafakatine bağlıdır. (A) grubu ortaklar bu hisselerin alımında öncelik hakkına sahiptirler. (A) grubundan alıcı bulunmadığı takdirde sırası ile diğer grup ortaklara teklifte bulunulur ve şayet netice alınamazsa ortak dilediğine devretme hakkına sahip olur. Ancak şirket devir keyfiyetini pay defterine kayıttan imtina edebilir." (Bkz. TTSG. T. 22.6.197, s.6)

¹⁶² Bahtiyar, s. 247, Tekinalp, Önalım, s. 352

¹⁶³ Okutan Nilsson, s. 216; Tekinalp, Önalım, s. 348

¹⁶⁴ Tekinalp, Önalım, s. 348

¹⁶⁵ Ünal Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, İstanbul, 2013, s. 606; Gerçek olmayan önalım hakkı (öncelik hakkı) için bkz. III/B

Benzerlik gösteren kavramlardan ilki, rüçhan haklarıdır. Paylar üzerinde kurulan önalım hakları ile anonim şirketlerde pay sahiplerine kanunen tahsis edilen yeni paylar üzerindeki rüçhan hakları birbirinden farklı kavramlardır. Rüçhan hakları TTK m. 461 kapsamında düzenlenmiştir. Düzenleme uyarınca, “her pay sahibi, yeni çıkarılan payları, mevcut paylarının sermayeye oranın göre, alma hakkını haizdir”. Maddenin ikinci fıkrasında ise bu hakkın sınırlandırılmasına ilişkin yöntemler tarif edilmiştir. Ancak görüldüğü üzere, TTK kapsamında düzenlenmiş olan rüçhan hakkı, anonim şirketlerde sermaye artırımını yapılması, diğer bir deyişle yeni pay çıkarılması koşuluna bağlanmıştır. Oysa ki paylar üzerinde sözleşmesel olarak ihdas edilecek önalım hakkında böyle bir şart mevcut olmayacaktır. Bunun yerine, önalım hakkının kullanılması, payın devrine bağlı olacaktır¹⁶⁶.

Öte yandan doktrinde paylar üzerinde sözleşmesel olarak tesis edilen önalım hakkı ile paylar üzerindeki imtiyaz hakları arasında da yakınlık olduğu tartışılmış, aralarındaki farklar ortaya konulmuştur. Bu kapsamda imtiyazların ortaksal nitelikte olduğu, paya bağlı oldukları ve konu itibarıyla farklı hususlara ilişkin oldukları belirtilmiş, kanunen düzenlenmiştir (TTK m. 478 vd.). Oysa ki önalım hakları, borçlar hukukuna dayanan alacak hakkı niteliğinde olmakla birlikte, ahde vefa ilkesine bağlı olup, sahibinin rızası dışında üzerinde tasarruf edilememektedir¹⁶⁷.

3) Önalım hakkının düzenlenmesi

Önalım hakkı düzenlemeleri içerisinde sınırlı/sınırsız önalım hakkı ayırımından daha önce bahsedilmişti¹⁶⁸. Pay sahipleri sözleşmeleri kapsamında anonim şirket payları üzerine tesis edilecek bir önalım hakkının düzenlenmesinde bu ayırım önemli bir rol oynayacaktır. Zira düzenlenecek önalım hakkının kullanılacağı sırada satış fiyatının kendisinin veya fiyatın

¹⁶⁶ Bahtiyar, s. 248, özellikle dipn. 76 içerisindeki Yrg. Kararı

¹⁶⁷ Bahtiyar, s. 248

¹⁶⁸ bkz. III/C/1

hesaplanma usulü belirlenebilmektedir. Bu belirlemenin söz konusu olduğu durumlarda, sınırlı önalım hakkının varlığından söz edilecektir¹⁶⁹.

Uygulamada, özellikle hak alacaklısı pay sahipleri açısından düşünüldüğünde, sınırsız önalım hakkına nazaran, sınırlı önalım hakları tercih edilebilir. Bu tercihin temelinde yatan sebep, aslen önalım hakkı alacaklısının ileride önalım hakkını kullanması halinde anlaşma içerisinde gireceği en yüksek şartların önceden belirlenmesidir. Zira önalım hakkı borçlusunun üçüncü kişi ile payların devri hakkında yaptığı anlaşma uyarınca pay bedelinin yüksek olması halinde, sınırsız bir önalım hakkı tesis edilmişse önalım hakkı alacaklısı bu yüksek fiyat üzerinden payı devralmak zorunda kalacaktır¹⁷⁰.

Ancak bu noktada belirtmek gerekir ki, sözleşme içerisinde önalım hakkının düzenlenmesinde belirli koşulların belirlenmesi ile sınırlı önalım hakkının tesis edilmesi, önalım hakkı alacaklıları için yararlı olmakla birlikte, iyi niyetli üçüncü kişilerin varlığı şartıyla, kendilerinin herhangi bir mağduriyete karşı korunması açısından zaruri bir unsur olmayacaktır. Zira sınırsız önalım hakları da, öncelik hakları gibi, nitelikleri gereği önalım hakkı borçlusu pay sahibinin fahiş bir fiyat ile üçüncü bir kişi ile anlaşma yaparak önalım hakkı alacaklısı diğer pay sahiplerinin mağduriyetine sebep vermelerini bir bakıma engellemektedir. Ancak öncelik hakları için de açıklandığı üzere, iyi niyetli üçüncü kişilerin varlığı bu anlamda hak sahiplerini korumak adına önem arz etmektedir.

Fahiş bir fiyat üzerinden üçüncü bir kişi ile payların satımına ilişkin anlaşma yapılması sebebiyle önalım hakkı alacaklısı diğer pay sahiplerinin tercihen önalım haklarını kullanmayacakları açıktır. Bu durum, hak alacaklılarının ilgili payları devralamamaları sonucunu doğuracaktır. Ancak bu halde, iyi niyetli üçüncü kişi alacaklı da payı fahiş şartlar ile devralmış olacaktır ki, bu durum ticari hayatın içerisinde karşılaşılmaması oldukça zor bir durumdur.

¹⁶⁹ Bahtiyar, s. 246

¹⁷⁰ Okutan Nilsson, s. 218

Bu sebeple, önalım hakkına ilişkin düzenlemenin sınırlı önalım hakkı şeklinde yapılması hak alacaklıları diğer pay sahipleri açısından yararlı olmakla birlikte, düzenlemenin zaruri bir unsuru olmadığını ve nitekim uygulamada bir çok kez sınırsız önalım hakkının kullanıldığını belirtmekte fayda vardır.

Sınırlı önalım hakkı tesisinde payın devir bedeli için hesaplama yöntemi olarak piyasa değeri, makul değer, tasfiye değeri, emsal değer¹⁷¹, borsa değeri, malvarlığı değeri, bilanço değeri, itibari değer, kapitalizasyon değeri¹⁷² veya gerçek değer esas alınabilmekte, ayrıca payın değerinin belirlenmesi için bir üçüncü kişi, örneğin mali bir denetleme kuruluşu tayin edilebilmektedir¹⁷³.

Öte yandan önalım hakkının düzenlenmesinde diğer bir önemli unsur, önalım hakkının kullanımına ilişkin sürenin belirlenmesi olacaktır. Kanun koyucu tarafından taşınmazlar için önalım hakkının kanunda öngörüldüğünü daha önce belirtmiştik. Bu düzenleme içerisinde, gayrimenkullerde önalım hakkına ilişkin süreler de belirlenmiştir. Bu durum, MK 733/4 uyarınca “önalım hakkı, satışın hak sahibine bildirildiği tarihin üzerinden üç ay ve her halde satışın üzerinden iki yıl geçmekle düşer” şeklinde açıklanmıştır. Yargıtay 6. Hukuk dairesi tarafından da tespit edildiği üzere, bu süreler hak düşürücü sürelerdir¹⁷⁴.

Bu noktada çalışmamızın konusu açısından önem arz eden unsur, MK 733/4 kapsamında belirlenen sürelerin pay sahipleri sözleşmesi altında düzenlenen kıyasen uygulanıp uygulanmayacağına ilişkindir. Bu durum, doktrinde tartışmalıdır. Zira açık bir kanun hükmü olmadan MK 733/4 kapsamında belirlenen süreyi kıyas yoluyla durumumuza uyarlamak, hukuken kabul

¹⁷¹ Yurdal Özatlan, Anonim Şirket Birleşmelerinde Ortaklık Paylarının ve Ortaklık Haklarının İncelenmesi Davası, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Yüksek Lisans Programı, 2012, İstanbul, s. 40-42

¹⁷² Tekinalp, Önalım, s. 347-348

¹⁷³ Okutan Nilsson, s. 218 dipn. 339

¹⁷⁴ Yrg. 6. H.D., 26.5.1986, E. 1986/5563, K. 1986/7486

edilmesi zor bir sonuç olacaktır¹⁷⁵. Bu sebeple pay sahipleri sözleşmesi kapsamında düzenlenecek olan önalım hakkının, sürelerinin de sözleşme içerisinde belirlenmesinde fayda vardır. Nitekim uygulamada çoğu kez böyle bir yol tercih edilmektedir. Bu belirlemenin sözleşme kapsamında yapılmadığı hallerde ise, önalım hakkı alacaklısının satışı öğrenmesinden itibaren makul bir süre içerisinde bu hakkını kullanması gerekecektir¹⁷⁶.

D. Alım ve Satım Hakları

1) Kavram ve Hakkın Tanınma Amacı

Paylar üzerinde kurulan alım ve satım hakları, Amerikan hukukunda “call option” ve “put option” olarak ifade edilmektedir. Alım hakkı, hak sahibine, sözleşme düzenlemesine bağlı olarak, her zaman veya belirli şartların gerçekleşmesi üzerine tek taraflı irade beyanı ile payı hak borçlusundan alma hakkı vermektedir¹⁷⁷. Aynı şekilde satım hakkı ise, tek taraflı irade beyanı ile hak sahibine payını hak borçlusuna satma hakkı vermektedir. Bu hakların tesis edilmesi neticesinde, üzerinde alım veya satım hakkı kurulan payların mülkiyetine sahip pay sahibinin iradesine bağlı olmadan elinden alınabilmesi veya üçüncü kişilerin elindeki değerlerin zorla kendisine satılabilmesi sonucunu doğurmaktadır¹⁷⁸. Bu sebeple alım ve satım haklarına uygulamada belirli amaçlara ulaşmak doğrultusunda başvurulmaktadır.

Alım ve satım haklarına, bir anonim şirket içerisinde pay sahiplerinin kurduğu düzende yönetimin veya diğer karar alma mekanizmalarının kilitlendiği (“deadlock”) durumlarda başvurulabilmekle birlikte, aynı şekilde pay sahipleri sözleşmeleri taraflarının sözleşme kapsamındaki yükümlülüklerini teminat altına alma amacı da taşıyabilmektedir¹⁷⁹. Bazı

¹⁷⁵ Tekinalp, Önalım, s. 354

¹⁷⁶ Tekinalp, Önalım, s. 354

¹⁷⁷ Hintz-Bühler, s. 88

¹⁷⁸ Okutan Nilsson, s. 225

¹⁷⁹ Esin, Lokmanhekim, s. 94

durumlarda ise herhangi bir şarta bağlı olmaksızın bu hakkın kullanım imkanı verilebilmektedir¹⁸⁰.

Yukarıda bahsedilen kilitlenme durumlarında taraflara veya bir tarafa alım veya satım hakkı tanınması, genellikle eşit güçteki iki taraf veya grubun pay sahibi olarak anonim şirket içerisinde mevcut olduğu durumlarda karşılaşılmaktadır¹⁸¹. Başka bir deyişle, tarafların anonim şirket içerisinde yönetim hakkında eşit veya birbirine yakın oy hakkına sahip olması halinde, veya eşit olmasalar dahi azınlık olan tarafın üstün imtiyaz haklarına sahip olması halinde görülmektedir. Örnek olarak, ilgili anonim şirketin yönetim kuruluna eşit sayıda yönetim kurulu üyesi atanmış olduğu ve bu yönetim kurulu üyelerinin anonim şirketin kendisini ilgilendiren önemli bir konuda esas sözleşme ile belirlenen toplantı veya karar sayılarını oluşturamadıkları takdirde, ilgili konuda karar alamayacaklardır. Bu noktada, anonim şirketin yönetiminin aksayacağı düşüncesinden yola çıkarak, şirketin yönetiminin kilitlendiği varsayılır ve bu gibi durumların varlığı halinde doğacak bir alım veya satım hakkı ilgili pay sahiplerine tanınabilir. Bu hakkın amacı, yaşanan fikir ayrılığından kurtularak, taraflardan birinin şirketten ayrılması ve paylarının tamamını diğer tarafa bırakmasıdır¹⁸².

Öte yandan alım ve satım hakları, pay sahipleri sözleşmesi çerçevesinde tarafların yükümlülüklerinin ifasını teminat altına almak amacını da taşıyabilir. Bu halde, pay sahipleri sözleşmesi hükümlerini taraflardan birini ihlal etmesi durumunda, diğer tarafın pay sahipleri sözleşmesini ihlal eden tarafa ait payları satın almasına olanak verecek bir alım hakkı şeklinde düzenlenebileceği gibi, ihlal etmeyen tarafın paylarını düzenlenecek sözleşme hükmüne dayanarak ihlal eden tarafça satın alınmasını sağlayacak bir satım hakkı şeklinde de düzenlenebilir¹⁸³.

¹⁸⁰ Okutan Nilsson, Opsiyon, s. 412

¹⁸¹ Okutan Nilsson, s. 224

¹⁸² Okutan Nilsson, s. 224

¹⁸³ Esin, Lokmanhekim, s. 94

Bazı hallerde ise, yukarıda belirtildiği üzere, herhangi bir şarta bağlı olmaksızın sözleşme taraflarına paylar üzerinde alım veya satım hakkı tanınabilmektedir. Örnek olarak, taraflardan birine anonim şirket içerisinde pay oranını artırabilmesi imkanını tanımak adına, belirli bir süre içerisinde belirli bir oranda pay için alım hakkı tanınabilmektedir¹⁸⁴. Aksi şekilde de, örnek olarak azınlık pay sahibine belirli bir süre geçtikten sonra kullanılmak üzere payları üzerinde satım hakkı tanınması, uygulamada oldukça fazla karşılaşılan örneklerdendir.

2) Hukuki Niteliği

Paylar üzerinde tesis edilen alım¹⁸⁵ ve satım hakları, hak alacaklısının tek taraflı beyanı ile kullanılabilmektedirler¹⁸⁶. Yukarıda da ifade edildiği gibi, alım ve satım haklarının düzenlenmesinde, öncelik haklarından farklı olarak, alım veya satım hakkı borçlusunun bir irade beyanına ihtiyaç duyulmamaktadır. Aksine, varsa sözleşme ile belirlenen olgunun gerçekleşmesi bu hakların kullanılması için yeterlidir. Bu sebeple doktrinde alım ve satım hakları, yenilik doğurucu haklar kapsamında değerlendirilmektedir¹⁸⁷. Ancak elbette bu hakkın yenilik doğurucu bir hak kapsamında değerlendirilebilmesi için, sözleşme içerisinde de bu şekilde düzenlenmesi gerekmektedir.

Alım ve satım haklarında alma veya satma beyanının karşı tarafa varması ile bir satım sözleşmesi kurulmakta, alma hakkında hak sahibi payın kendisine devrini talep etmekte ve payın kendisinin sahibinin ise payı devretme borcu altına girmektedir. Aynı şekilde satma hakkında ise hak

¹⁸⁴ Okutan Nilsson, Opsiyon, s. 412

¹⁸⁵ Doktrinde terim olarak “iştirâ” hakkı da kullanılmaktadır. Çalışmanın bütünlüğü açısından “alım hakkı” terimi kullanılacaktır.

¹⁸⁶ Harun Demirbaş, Yenilik Doğuran Haklar, İstanbul, 2007, s. 55

¹⁸⁷ Okutan Nilsson, Opsiyon, s. 412

sahibi payın karşılığı bedelin kendisine devrini talep etmekte ve payı devralacak kişi de payın bedelini ödeme borcu altına girmektedir¹⁸⁸.

Bu noktada, hukuki nitelikleri açısından birbirlerine karışabilecek iki kurum olan alım ve satım hakları (opsiyonları) ile SPK mevzuatı çerçevesinde Vadeli İşlemler ve Opsiyon Borsasında işlem gören opsiyonları birbirinden ayırmak gerekmektedir. Zira bu iki kurum, amaçları bakımından birbirlerinden farklıdır¹⁸⁹. Borsalarda işlem gören opsiyonlar, SPK tarafından da açıklandığı üzere, opsiyonu alan tarafa, ödediği opsiyon primi karşılığında, belirli bir vadede veya belirli bir vadeye kadar, önceden belirlenen fiyat, miktar ve nitelikte ekonomik veya finansal göstergesi, sermaye piyasası aracını, malı, kıymetli madeni ve dövizli alma veya satma hakkı veren, satan tarafı ise yükümlü kılan sözleşmelerdir¹⁹⁰. Görüldüğü üzere bu noktada karşımıza çıkan ilk fark, borsalarda tedavül eden opsiyonların, bizim konumuz açısından önem arz eden paylar üzerinde kurulan alım ve satım haklarının aksine, belirli bir prim karşılığında tanınmasıdır. Teknik olarak mümkün olmakla birlikte, uygulamada genellikle pay sahipleri sözleşmeleri içerisinde yer alan opsiyonlar bedel karşılığında tanınmaktadır¹⁹¹. Öte yandan amaçları bakımından bir değerlendirme yaptığımızda, borsalarda tedavül eden opsiyonları kullanmanın temel amacının kazanç sağlamak olduğu görülmektedir. Oysa ki pay sahipleri sözleşmeleri kapsamında belirlenen opsiyonlar, buna karşılık olarak ortaklık düzeninin sağlanmasına ilişkindir.

3) Alım ve Satım Haklarının Düzenlenmesi

Alım ve satım haklarının sözleşme içerisinde nasıl düzenleneceğine ilişkin konular, hem hukuki niteleme açısından hem de sözleşmenin uygulanabilirliği açısından büyük önem taşımaktadır.

¹⁸⁸ Okutan Nilsson, s. 228

¹⁸⁹ Okutan Nilsson, s. 225

¹⁹⁰ Sermaye Piyasası Kurulu Yatırımcıları Bilgilendirme Kitapçıkları – 8, Ankara, 2007, s. 6

¹⁹¹ Okutan Nilsson, s. 226

Alım ve satım hakları çerçevesinde tek taraflı irade beyanı ile bir satım sözleşmesi kurulduğundan daha önce bahsetmiştik. Bu sebeple pay sahipleri sözleşmesi kapsamında düzenlenecek alım ve satım haklarının, satım sözleşmesi ile bağına değinmekte bu noktada fayda vardır. Zira sözleşme içerisindeki düzenlemelerin bu değineceğimiz noktaları göz önüne alarak yapılması gerekmektedir.

Satış sözleşmelerinin unsurları (i) satılan, (ii) satış bedeli ve (iii) satılan ile satış bedelinin birbiriyle değiştirilmesi üzerine anlaşma konularıdır¹⁹². Pay sahipleri sözleşmeleri kapsamında düzenlenecek alım ve satım hakları açısından değerlendirildiğinde, esaslı unsurlar satım konusu payların adedi ve fiyatı olarak öne çıkmaktadır¹⁹³. Zira paylar üzerine tesis edilen önalım hakkında aslen bir üçüncü kişi ile yapılan bir sözleşmenin emsal alınabilme imkanı varken, alım ve satım haklarında böyle bir imkan söz konusu değildir, çünkü alım ve satım haklarında hakkın doğuşunu sağlayan şart önalım haklarından farklı olarak paylar üzerinde bir üçüncü kişi ile kurulacak bir satış sözleşmesi değildir. Bu sebeple bu iki unsurun belirlenmiş veya belirlenebilir olmaları önem arz etmektedir.

Alım veya satım hakkı konusu payın bedeli sözleşme içerisinde belirlenmiş olabileceği gibi, hakkın kullanılması esnasında bedelin nasıl hesaplanacağına dair açıklamalar da düzenlenebilmektedir¹⁹⁴. Bu açıklamalar içerisinde bedelin hesaplanmasına ilişkin bir formül olabileceği gibi, bedelin belirlenmesi hakkı tamamen alım veya satım hakkı sahibinin uhdesine bırakılmış da olabilmektedir. Bu noktada önemli olan, alım veya satım hakkının tek taraflı beyan ile sözleşmenin kurulabilmesini sağlaması açısından pay bedelinin belirlenebilir olmasıdır¹⁹⁵.

Pay bedelinin sözleşme düzenlemesinde belirlenebilir olmaması halinde, çeşitli seçenekler söz konusudur. TBK m. 207 f. 3 çerçevesinde “*durum ve*

¹⁹² Cevdet Yavuz, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul, 2014, s. 56

¹⁹³ Okutan Nilsson, s. 228

¹⁹⁴ Tekinalp, Önalım, s. 347, hesaplama yöntemlerine ilişkin açıklamalar için bkz. III/C/3

¹⁹⁵ Okutan Nilsson, s. 229

koşullara göre belirlenmesi mümkün olan bedel, kararlaştırılmış bedel hükmündedir” şeklinde bir ifadeye yer verilmiştir. Bu kanun hükmünün duruma uygulanması halinde, payın alım hakkının kullanıldığı zaman ve yerdeki cari değerin esas alınması sonucu doğacaktır¹⁹⁶. Öte yandan, pay bedelinin esaslı unsur niteliği taşıması sebebiyle, belirlenebilir olmaması halinde alım veya satım hakkı da geçerliliğini yitirecektir¹⁹⁷. Zira alım veya satım hakkının tek taraflı beyan ile kullanılması halinde bir satım sözleşmesi kurulamaz hale gelmiştir.

Aynı şekilde, alım veya satım hakkının sözleşmesel düzenlemesinde, pay bedelinin yanında satım sözleşmesinin bir diğer önemli unsuru olan satılanın kendisi, yani payın tespit edilmesi gerekmektedir. Başka bir deyişle, satım konusu payların hangi paylar olduğu, varsa grup/tertip veya pay sahibi belirtilerek tarif edilmesi gerekmektedir¹⁹⁸. İlâveten, sözleşme içerisinde bu belirlemenin yapılmasının yanında, anonim şirket içerisinde yapılabilecek olası sermaye artırımlarında doğabilecek paylar da göz önüne alınmalıdır. Zira bu payların alım veya satım hakkının konusuna dahil edilmemesi halinde, taraflarca amaçlanan sonuca ulaşamaması riski ortaya çıkacaktır. İlgili anonim şirket içerisinde yeni pay ihracı olması halinde, taraflarca alım veya satım hakkı sonucu ulaşılması amaçlanan pay sahipliği oranları değişebilecektir.

E. Satışa Katılma ve Satışa Katım Hakkı (Tag Along / Drag Along Rights)

Pay sahipleri sözleşmeleri içerisinde sıklıkla gözlenen bir diğer pay devir sınırlandırmaları türü ise, satışa katılma ve satışa katım (*Tag Along ve Drag Along Rights*) haklarıdır.

Satışa katılma hakları, sözleşme taraflarından birinin paylarının, bir üçüncü kişi tarafından satın alınması için ilgili sözleşme tarafına bir teklif sunulması halinde, diğer sözleşme taraflarının da bu satışa katılma hakkı verilmesine ilişkindir. Bu

¹⁹⁶ Okutan Nilsson, s. 229

¹⁹⁷ Salzgeber - Dürig, s. 93

¹⁹⁸ Okutan Nilsson, Opsiyon, s. 414

durumda, sözleşme düzenlemeleri standart olarak, satışa katılma hakkını kullanan diğer sözleşme taraflarına, teklifi alan sözleşme tarafının teklifinde yer alan aynı şart ve hükümler çerçevesinde, ilgili üçüncü kişi alıcıya paylarını satma imkanı vermektedir.

Satışa katılma hakları, genel olarak azınlık pay sahiplerini şirket içerisinde meydana gelebilecek olası kontrol değişikliklerine karşı koruma amacı taşımaktadır. Zira halihazırda şirket içerisinde azınlık paya sahip bir pay sahibinin, mevcut çoğunluk pay sahibinin paylarının el değiştirmesi halinde, yeni pay sahibi ile meydana gelebilecek olası problemlerini önlemek veya kendisine ilgili şirketten herhangi bir sebeple çıkış imkanı sunmak adına adına paylarını satma hakkını kullanmasını kendi inisiyatifinde bırakarak, bu opsiyonu kullanmasına imkan vermektedir.

Satışa katım hakkı ise, satışa katılma hakkının tam tersi bir şekilde düzenlenmek suretiyle, sözleşme taraflarından birinin paylarının, bir üçüncü kişi tarafından satın alınması için ilgili sözleşme tarafına bir teklif sunulması halinde, payını satmak isteyen pay sahibinin diğer sözleşme taraflarını da bu satışa katma hakkı verilmesine ilişkindir. Satışa katılma hakları ile benzer bir şekilde, satışa katım hakkını kullanan sözleşme tarafı, diğer sözleşme taraflarını, kendisine iletilen teklifte yer alan aynı şart ve hükümler çerçevesinde, ilgili üçüncü kişi alıcıya paylarını satmaya zorlamaktadır.

Şirket içerisindeki payını satmak için teklif alan pay sahibi, satışa katım hakkını kullanmak suretiyle diğer pay sahiplerinin paylarını da ilgili üçüncü kişiye satmaya zorlaması halinde, esasen belirli durumlarda şirketten çıkış imkanını kolaylaştırmaktadır. Zira belirli durumlarda üçüncü kişi alıcılar, şirketin tüm paylarının satın alınması ile ilgilenmekte, bu durumun aksi neticeler pratikte satışın olmaması sonucuna neden olabilmektedir. Örneğin bir şirketin pay sahipliği durumunun küçük pay sahiplerine bölünmüş olduğu ve en büyük pay oranına sahip pay sahibinin %40, diğer pay sahiplerinin ise %10 ve %5 gibi pay oranlarına sahip olduğu bir şirket düşünülüğünde, %40 pay oranına sahip bir pay sahibinin paylarını satmak istemesi durumunda, herhangi ilave bir veto hakkı tanınmaksızın bir alıcının sadece ilgili pay sahibinin paylarını satın alması,

kendisine şirket üzerinde somut bir kontrol imkanı sunamayabilmektedir. Bu durumda, şirkette %40 pay oranına sahip pay sahibinin satışa katım hakkını kullanması, ilgili üçüncü kişi alıcının şirket paylarının çoğunluğuna sahip olmasını sağlayacak ve payını satmak isteyen pay sahibi ve ilgili üçüncü kişi alıcı arasında bir satış ilişkisinin doğmasını kolaylaştırabilecektir.

F. Sözleşmesel Pay Devri Sınırlandırmalarının İhlali Sorunu

Pay sahipleri sözleşmeleri kapsamında düzenlenen bir anonim şirketin paylarına ilişkin pay devir sınırlamaları kaynağını sözleşme özgürlüğü prensibinden alan Borçlar Hukuku sözleşmeleri olduğu daha önce belirtilmiştir. Nitekim doktrinde bu sınırlandırmaların esas sözleşmeye yansıtılması durumunda bile, korporatif niteliğe kavuşmayacağı fikri hakimdir¹⁹⁹. Bu sebeple sözleşme hükümlerinin edim borçluları tarafından ihlali halinde bu ihlalin sonuçlarını Borçlar Hukuku perspektifinden incelemekte fayda vardır.

Genel olarak pay sahipleri sözleşmeleri Borçlar Hukuku karakterlerinden dolayı nispi etki doğuran sözleşmelerdir. Başka bir deyişle, bu sözleşmeler ancak taraflarını bağlayacaktır. Bu sözleşmelerin içerisinde ortaklık düzenine ilişkin anonim şirketin esas sözleşmesinde de bulunan veya ona nakledilmesi öngörülen hükümler barınsa dahi, pay sahipleri sözleşmelerinin nispi özelliklerinden dolayı ancak sözleşme taraflarını, yani pay sahiplerini bağlayacaktır. Ancak bu durumun bir istisnası, payın devrinde ortaklığa onay hakkı veren bağlı nama yazılı paylar ile henüz tam olarak bedelleri ödenmemiş çıplak veya nama yazılı payların devrinde yaşanır. Zira bu sayılan özelliklere sahip payların devrinde ortaklık da ilgili hale gelecek, dolayısıyla bu devir ortaklıksal bir nitelik kazanmış olacaktır²⁰⁰. Ancak bu ifadeden sözleşme içerisinde düzenlenen pay devir sınırlandırmalarının ortaksal nitelik kazanacağı anlaşılmamalıdır. Bağlı nama yazılı payların devri ortaksal bir konu olmakla birlikte, paysahipleri sözleşmeleri kapsamındaki devir sınırlandırmalarının bu konu ile olan ilgisi,

¹⁹⁹ Tekinalp, Önalım, s. 352

²⁰⁰ Okutan Nilsson, s. 392

üzerinde hak tesis edilen paylar ile bağlı nama yazılı payların aynı paylar olması halinde, hak konusu şeyin aynı olacağından ibarettir.

Pay sahipleri sözleşmelerinin Borçlar Hukuku karakterli olmalarının başka bir sonucu ise, sözleşmelerin ihlalinde şirketler hukuku yaptırımlarının uygulanamayacak olmasıdır²⁰¹. Bu durum, genellikle uygulamada pay sahipleri sözleşmelerini akdeden tarafların arzuladığı bir sonuç olmamakla birlikte, özellikle pay sahipleri sözleşmeleri kapsamında yer alan pay devir sınırlandırmalarını içeren hükümlerin esas sözleşmeye TTK'ya uygun bir biçimde nakledilerek korporatif nitelik kazandırılmadığı sürece, sözleşme tarafları Borçlar Hukuku yaptırımları ile yetinmek zorunda kalacaklardır.

Uygulamada pay senetlerinin arkasına devir sınırlandırmaları içeren hakların varlığını ve hak sahibinin yazılması, hakların esas sözleşmeye yazılması, pay senetlerinin güvenilir bir üçüncü kişiye tevdi edilmesi ve bu düzenlemelerin bağlam hükümleri ile güçlendirilmesi şeklinde yollara başvurulmaktadır.

Pay senetlerinin arkasına haklara ve hak sahiplerine ilişkin ibarelerin yazılması, istenilen sonucu vermemektedir. Zira söz konusu kayda rağmen payı iktisap eden üçüncü kişinin kötü niyetli olduğu iddiası ile kendisinden geriye dönük olarak talepte bulunmak mümkün değildir²⁰².

Pay sahipleri sözleşmeleri kapsamında düzenlenen pay devir sınırlandırmaları hükümlerinin esas sözleşmeye yazılması ise, neticede istenen sonuca ulaşmaya yetmeyecektir²⁰³.

Pay senetlerinin bir üçüncü kişiye tevdi edilmesi de uygulamada oldukça kullanılan bir yöntemdir. Seçilen üçüncü kişiler genellikle banka, noter gibi kurumlar olabileceği gibi, özellikle bu iş konusunda uzmanlaşmış yed-i emin aracıları (*escrow agent*) da olabilmektedir²⁰⁴. Böyle bir durumda, kendisine

²⁰¹ Yüksel, s. 164

²⁰² Tekinalp, Önalım, s. 356; Okutan Nilsson s. 254; Salzgeber-Dürrig, s. 75

²⁰³ bkz. V/B

²⁰⁴ Esin, Lokmanhekim, s. 100

payların tevdi edildiği üçüncü kişi, payları kendisi ile imzalanacak yed-i emin sözleşmesi kapsamında saklamakla yükümlü olacaktır. Ancak böyle bir yöntemin seçilmesi de, istenilen sonuca ulaşmayı engelleyebilecek niteliktedir. Zira bağlam hükmüne tabi olmayan ve bedeli tamamen ödenmiş bir nama yazılı pay TTK m. 490 f. 1 kapsamında ciro edilmiş nama yazılı pay senedinin zilyetliği devralana geçmesi ile, hukuki olarak devir yapılmış sayılacaktır. Bu durumda, bu önleme rağmen yed-i emin zilyetliğine verilen paylar herhangi bir şekilde devralındığı takdirde²⁰⁵, aynı sonuca ulaşılacak ve üçüncü kişi mülkiyeti kazanmış olacaktır²⁰⁶.

Pay sahipleri sözleşmeleri kapsamında düzenlenen pay devir sınırlandırmalarını, bağlam ile güçlendirmek ise tercih edilen yollar arasındadır. TTK m. 492 f. 1 çerçevesinde, şirket esas sözleşmesi ile nama yazılı payların ancak şirketin onayıyla devredilebileceği öngörülebilmektedir. Şirketin esas sözleşmede öngörülmüş 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 reddetme imkanı vardır²⁰⁷. TTK m. 493 f. 2 kapsamında şirket tarafından ileri sürülen sebep, şirketin işletme konusu veya işletmenin ekonomik bağımsızlığı yönünden onayın reddini haklı gösteriyorsa, önemli sebep oluşturacağı düzenlenmiştir.

Bu kapsamda, pay sahipleri sözleşmesini akdeden tarafların şirket esas sözleşmesinde usulüne uygun olarak düzenleyecekleri bağlam hükümleri ile, şirketin paylarının üçüncü kişilere devrini engelleme imkanı mevcuttur. Zira eski hukuktaki “bölünme teorisi” düşüncesine karşılık, TTK 494 f. 1 kapsamında yapılan düzenleme ile “birlik teorisi” benimsenmiştir. Bu duruma istinaden, bağlı nama yazılı payın devrinde şirket tarafından gerekli onay verilmediği takdirde, payların mülkiyeti ve paylara bağlı tüm haklar devredende kalacaktır.

²⁰⁵ Yed-i emin kendisi ile yapılan sözleşmeye aykırı davranarak zilyetliğinde bulunan payları pay sahibine teslim etmesi ve ilgili pay sahibinin sözleşmeye aykırı bir şekilde payları bir üçüncü kişiye usulüne uygun bir şekilde devretmesi bu duruma örnek olarak gösterilebilir.

²⁰⁶ Tekinalp, Önalım, s. 357

²⁰⁷ TTK m. 493 f. 1

Eski hukuktaki düzenlemeler çerçevesinde şirketin pay devrini herhangi bir sebebe bağlamadan reddedebileceği açıkça düzenlenmiş olması göz önüne alınarak, pay sahipleri sözleşmesi kapsamındaki devir usulüne uyulmadan yapılacak devirlerin şirket tarafından reddedilmesi ve pay defterine işlenmemesini sağlayacak bir bağlam uygun görülmekteydi²⁰⁸.

Ancak yeni hukuktaki düzenlemeler çerçevesinde borsaya kote olmayan nama yazılı paylar için bağlam sisteminde ancak şirketin işletme konusu veya işletmenin ekonomik bağımsızlığı yönünden reddetme imkanı düzenlenmiştir. Bu sebeple, pay sahipleri sözleşmesinde yer alan hükümlere uyulmadan payın devrinin, şirket için bir önemli sebep oluşturması mümkün olmayacaktır²⁰⁹.

Bu sebeple eski hukukun aksine, pay sahipleri sözleşmesi kapsamında düzenlenen devir hükümlerine aykırılığın, bağlam hükümleri anlamında devri engelleyici bir mekanizma oluşturmayacağını kabul etmek gerekir. Ancak özellikle kaçış klozu mekanizmasının devreye sokulabileceği durumlar ve sebepten bağımsızlık durumu söz konusu olduğunda, pay sahipleri sözleşmesi tarafları için her ne kadar sözleşme düzenlemeleri ile bir bağı olmasa da, bu imkanın kullanılması pratik anlamda ulaşılması amaçlanan sonuca varılmasını sağlayacak bir çözüm olarak ortaya çıkmaktadır.

Pay sahipleri sözleşmelerinin ihlali konusuna Borçlar Hukuku perspektifinden bakıldığında, uygulanabilecek yaptırımlar açısından aynen ifa, tazminat, karşılıklı sözleşmeler bakımından sözleşmeden dönme ve adi ortaklık sözleşmesi niteliğindeki sözleşmeler bakımından haklı sebeple sözleşmenin feshi şeklinde bir sıralama yapılabilir²¹⁰.

Konuyu pay devir sınırlandırmalarına ilişkin hükümler çerçevesinde incelediğimizde, öncelikle belirtmek gerekir ki, bu hükümlerin ihlali halinde aynen ifa talep etmek kural olarak mümkündür²¹¹. Zira genel bir çerçevede, ifası

²⁰⁸ Forstmoser, Vinkulierung, s. 93

²⁰⁹ Forstmoser, Vinkulierung, s. 93 - 94

²¹⁰ Okutan Nilsson, s. 344

²¹¹ Okutan Nilsson, 391; Yüksel, s. 185

mümkün olan her türlü edim için aynen ifa talep edilebilir, hatta bu alacaklının başvurabileceği yegane yoldur. Bunun sebebi, borcun ifasının mümkün olduğu hallerde, alacaklının ifa yerine tazminat istemek veya sözleşmeden dönmek hakkına kural olarak sahip olmamasından ileri gelmektedir²¹².

Aynen ifa, bir ifa davası (eda davası) ile gerçekleştirilebilecektir. İfa davası ile borcun alacaklısı, borçlunun borcunu ifaya mahkum edilmesini talep edecektir. İlke olarak ifa davasının açılabilmesi için borcun muaccel ve ifanın mümkün olması gerekmektedir.

Pay devri sınırlandırmaları kapsamında aynen ifa konusuna bakıldığında, aynen ifanın talep edilebilmesi için öncelikle önalım, alım veya satım gibi yenilik doğurucu hakların kullanılması veya bir icabın kabulü yoluyla payın devri konusunda borç sözleşmesinin kurulmuş olması gerekmektedir²¹³. Payın devrine ilişkin borç sözleşmesinin kurulmasını müteakip, sözleşme borçlusu edimini ifa etmediği takdirde, sözleşmeyi ihlal etmiş sayılacak ve alacaklının edimin ifasını talepli bir ifa davası açma hakkı olacaktır.

Ancak şu da belirtilmelidir ki, üzerinde sınırlandırmalar bulunan payların muvazaadan ari olarak üçüncü kişilere devri halinde aynen ifanın talebi söz konusu olamayacaktır. Sözleşme kapsamında düzenlenen ilgili devir sınırlandırmasının, taşınmazlarda bulunan uygulamaların aksine, şerh veya benzeri bir kayıt ile güçlendirmek imkanı bulunmamasından ötürü, hak sahibinin üçüncü kişi karşısında korunması mümkün olamayacaktır. Bu sebeple, hakkın alacaklısı böyle bir durumda ancak hakkın borçlusundan tazminat isteme hakkına sahip olacaktır²¹⁴. Zira hak borçlusunun borcunu ifası ile borç subjektif olarak imkansızlaşmış olacaktır. Bu sebeple, hak alacaklısının zararının tazminini talep etmekten başka çaresi olmayacaktır.

²¹² Oğuzman, Öz, s. 371

²¹³ Okutan Nilsson, s. 391

²¹⁴ Tekinalp, Önalım, s. 354; Okutan Nilsson, s. 392

Öte yandan hak borçlusunun üçüncü bir kişi ile payı devrine ilişkin bir sözleşme yapmış olması ancak payı fiilen henüz devretmemiş olması halinde, aynen ifa mümkün olacaktır²¹⁵. Zira sözleşme yapılmış olması, anonim şirketlerde payın devri hükümleri uyarınca payın mülkiyetinin devri için yeterli değildir. Bu sebeple payın mülkiyeti devredilmiş sayılmayacak, ve dolayısıyla hak borçlusunun borcu imkansızlaşmış olmayacaktır. Neticede, böyle bir halde hak alacaklısının aynen ifa talep etmesi mümkündür.

Öte yandan, ilgili üçüncü kişinin devir sınırlandırmasından haberdar olması dahi, hakkın kendisine karşı dermeyeran edilebilir olmayacağı gerçeğini değiştirmeyeceği kabul edilmektedir²¹⁶. Örneğin uygulamada fazlasıyla karşılaşılan bir yöntem olarak, pay senetlerinin arkasına önalım veya benzeri hakların varlığı ve hak sahibinin açıkça yazılması halinde bile, istenilen sonuca ulaşılamayacaktır. Zira söz konusu kayda rağmen payı iktisap eden üçüncü kişi kötü niyetli olsa dahi, kendisinden payı geri istemde bulunmak mümkün olmayacaktır. Bu noktada kötü niyetten bahsedilemez, çünkü bu devir sınırlandırmasını bilmek, sözleşmelerin nisbiliği ilkesi gereği, bilen kötü niyetli hale getirmeyecektir²¹⁷.

Ancak gerekli şartların varlığı halinde TBK m. 49 f. 2 hükmü uyarınca hak sahibinin üçüncü kişiden tazminat talep etme hakkı doğacaktır. Elbette bu TBK m. 49 f. 2 çerçevesindeki durum, üçüncü kişinin payın devri üzerindeki sözleşmesel hakkı bilmesi ve hak sahibine zarar vermek amacıyla payı devralması gibi, ahlaka aykırı bir fiil ile hak sahibine zarar verdiği noktada uygulanabilecektir²¹⁸. TBK m. 49 hükmünün uygulamasında, zarar veren fiili işleyen kişinin iradesi hukuka aykırı bir sonuç doğurması değil, bir zarar oluşturmaya yönelik olması gerekmektedir²¹⁹. Eylemi yerine getiren üçüncü kişinin, yani örneğin pay devir sınırlandırmalarına dair sözleşme hükümlerine aykırı olarak payı devralan kişinin, yaptığı eylem ahlaka aykırı olarak

²¹⁵ Okutan Nilsson, s. 393

²¹⁶ Okutan Nilsson, s. 393

²¹⁷ Tekinalp, Önalım, s. 445

²¹⁸ Okutan Nilsson, s. 393

²¹⁹ Nihat Yavuz, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 442

nitelendirilebiliyorsa, yani örneğin hak sahibine zarar vermek amacıyla hareket edilmiş ise veya ahlaka aykırı bir yol ile sözleşmenin ihlali teşvik edilmiş ise, eylem TBK m. 49 f. 2 kapsamında değerlendirilebilecektir²²⁰.

Böyle bir eylemin varlığı halinde ise, TBK m. 51 gereği hakim tarafından tazminatın kapsamının ve ödenme biçiminin belirlenmesi mümkündür. Bu kapsamda, tazminatın belirlenmesi için iki ihtimal söz konusudur. Bunlardan ilki zararın nakden tazmini, ikincisi ise aynen tazminidir²²¹. Başka bir deyişle, hakim tarafından mağdurun, yani hak sahibinin, malvarlığında meydana gelen azalmanın nakden tazmin edilmesine yönelik karar verilebileceği gibi, mağdurun malvarlığının eski haline getirilmesi suretiyle zararın giderilmesine karar verilebilir²²². Bu durumda hakim, ahlaka aykırı bir yol ile sözleşmenin ihlalinin teşvik etmiş olan kişinin eyleminden mağdur olan hak sahibine, bu eylem sebebiyle meydana gelen zararı tazmin etmeye yönelik olarak, üzerinde hak tesis edilen payın devredilmesine karar vermesi mümkündür²²³. Bu durumda, her ne kadar nispi etkiye sahip olan sözleşmesel hakkın üçüncü kişiye karşı ileri sürülmesi meydana gelmemiş olsa da, üçüncü kişinin ahlaka aykırı davranışı sonucu olarak meydana gelen zararın tazmininde, hak sahibinin hak konusu paylara sahip olması mümkündür²²⁴.

Tüm bunların yanında, pay devir sınırlandırmalarını tesis eden hakların üçüncü kişiye devredilmeleri hakkında Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 23.2.1995 tarihli ve E. 1994/138, K. 1995/1522 sayılı kararına değinmekte fayda vardır. İlgili kararda bu konu aşağıdaki şekilde ifade edilmiştir.

“Bu durum karşısında ana sözleşmede yer alan ve bir nevi önalım hakkı benzeri olan bu hükmün satışın gerçekleşmesi halinde sözleşmede yer alan prosedürün yerine getirilmemiş veya eksik bırakılmış olması halinde pay senetlerini devir

²²⁰ Okutan Nilsson, s. 393

²²¹ Yavuz, Şerh, s. 453; Fikret Eren, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 774

²²² Yavuz, Şerh, s. 453; Eren, s. 775

²²³ Okutan Nilsson, s. 394

²²⁴ Okutan Nilsson, s. 394

alan üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesinin mümkün olmadığına kabulü gerekecektir.”²²⁵.

Anılan yüksek daire kararında esas sözleşmede yer alan önalım hakkı benzeri bir devir sınırlamasından bahsedilmektedir. Anonim şirket payları üzerinde kurulan bu tür sınırlandırmaların, esas sözleşmede yer alsalar dahi, belirli istisnalar saklı kalmak kaydıyla, ortaklıksal bir nitelik kazanmayacağı ve aynı pay sahipleri sözleşmeleri içerisinde yer alırken haiz oldukları Borçlar Hukuku karakterlerinin devam edecektir²²⁶. Bu sebeple anılan yargı kararındaki tespit ve sonuç, ilgili devir sınırlamalarının esas sözleşmeye nakledilmemeleri halinde de, yani sadece pay sahipleri sözleşmelerinde yer almaları haline de uygulanabilecektir.

Konuya ilişkin bir başka yüksek mahkeme kararında da benzer şekilde hüküm tesis edilmiştir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin 08.04.2014 tarihli kararında²²⁷, davacılar şirket ana sözleşmesinin 8. maddesinde öngörülen pay devrine ilişkin koşulların hem ortaklar hem de yeni pay almak isteyen 3. kişiler tarafından bağlayıcı olduğunu, şirket ortaklarından ve ana sözleşmeyle K. Hissedarları olarak belirlenen belirli kişilerin 17.6.2008 ve 29.8.2008 tarihlerinde paylarının D.L.Co’ya devredildiğini, bu devirlerin ana sözleşmenin 8. maddesindeki koşullara uyulmadan gerçekleştirilmiş olması nedeniyle geçersiz olduğunu, yabancı ortak L. Co tarafından geçersiz hisse devri sonucu elde edilen 1.159 oy olmak üzere toplam 42.432 oyun özellikle K. Hissedarlarının katılmasına ve onayına tabi yeter sayıları bakımından genel kurulda ana sözleşme değişikliğine ilişkin 4 sayılı kararın alınmasında etkili olduğunu, geçersiz pay devirlerine ilişkin 42.432 adet hisse K. Hissedarlarına ait payın genel kurulda temsil edilmiş sayılamayacağını, ana sözleşmenin özellikle 23. maddesinde öngörülen nisaplar gözetildiğinde K. Hissedarlarının çoğunluğunun temsil edilmediği genel kurulda alınan ana sözleşmenin belirli maddelerini değiştiren 4 nolu kararın iptaline

²²⁵ Reha Poroy, Ünal Tekinalp, Ersin Çamoğlu, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, İstanbul, 2010, s. 444, Yrg. 11 HD 23.2.1995, E.1994/138, K. 1995/1522

²²⁶ Tekinalp, Önalım, s. 354

²²⁷ Yrg. 11 HD 8.4.2014, E. 2012/19169, K. 2014/6894

karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalı vekili ise davanın reddini savunmuştur.

İlk derece mahkeme tarafından verilen kararda, “*şirketin ana sözleşmesinin 8. maddesi kapsamında K. Hissedarlarından olan pay sahiplerinin hisselerini devretmek istedikleri takdirde öncelikle diğer K. Hissedarları tarafından satın alınması konusunda bir hakkın tanınmış bulunduğu, bu yöndeki bir hakkın esasında TTK’da düzenlenmediği, ana sözleşmedeki bu düzenlemenin MK’da dayanağını bulan şufa hakkıyla benzerlik arz ettiği, K. Hissedarlarından olan R.R.E, A.S.E., O.T.E. ve F.E.K.’nin şirketteki paylarını yabancı ortak olan L. Co’ya devrettikleri, öncesinde kendileri dışındaki diğer K. Hissedarlarına bu payları satın alıp almayacakları konusunda teklifte bulunmadıkları gerekçesiyle pay devrinin geçersiz olduğunu kabul etmenin mümkün olmadığı, sadece bu sözleşmede davacıların da içinde bulunduğu diğer K. Hissedarlarının uğradıkları bir zarar varsa tazminat isteminde bulunabilecekleri, pay satışlarının tümünden geçersiz kabul edilemeyeceği...*” şeklinde hüküm tesis edilmiştir.

Yüksek mahkeme de, ilk derece mahkemesinin kararıyla uyumlu bir şekilde, “*dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına, davalı şirketin ana sözleşmesinde yer alan ve K. Hissedarları olarak adlandırılan ortakların paylarını, diğer K. Hissedarlarına teklif etmeden doğrudan başkasına devir edemeyeceği yönünde hüküm olmasına, K. Hissedarlarından bir kısmının sözleşme hükmüne uymadan başka ortağa hisselerini devir ettiğinin sabit bulunmasına, ancak bu şekilde hisse devrinin hükümsüzlük sonucu doğurmamasına, işbu davanın, genel kurulda anılan kararın iptaline ilişkin olmasına, devir sözleşmelerinin iptali sağlanmadan anılan bu hususun ileri sürülmesinin mümkün bulunmamasına göre, davacılar vekilinin tüm temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir*” şeklinde karar vermiştir.

Görüldüğü üzere, ilgili kararda MK’daki şufa hakkı (önalım hakkı) ile benzerlik gösteren ana sözleşme hükmüne aykırı olarak yapılan pay devirleri neticesinde

hükümsüzlük sonucunun doğmayacağı kabul edilmiştir. Neticede, yüksek mahkemenin yaptığı tespit itibariyle ilgili ana sözleşme hükmünün üçüncü kişiye karşı ileri sürülemeyeceği ve bu ana sözleşme hükmü sebebiyle devir işleminin geçersiz olmadığı sonucuna varılmıştır.

Bu noktada şunu da belirtmekte fayda vardır ki,ETTK zamanında belirli öncelik haklarının (teklifte öncelik hakkı ve satılacak pay adedi ile fiyatın pay sahibi tarafından belirlenmesi veya en azından payın gerçek değerinin ödenmesi koşuluyla icapta öncelik hakkı) esas sözleşmeye nakledilmeleri halinde bu hükümlerin bağlam sistemi çerçevesinde korporatif nitelik kazanabileceği kabul edilmekteydi²²⁸. Bunun sebebi olarak, esasen temelde ilgili hakların bağlam hükümleri ile benzerlikleri, ya da en azından bağlam sistemi çerçevesinde yapılan sınırlamaları aşmamaları ve bu sebeple tek borç ilkesine aykırı düşmemeleri gösterilmekteydi. Pratikte bu hükümlerin korporatif nitelik kazanmalarının ise bir önemi esasen olmamaktaydı. Zira ilgili hakların bu niteliği kazanmaları dahi, ilgili payın üçüncü kişiye devredilmesi halinde bu hakkın kendilerine karşı ileri sürülebileceği anlamına gelmemektedir. Öncelik haklarının esas sözleşmede düzenlenmeleri bu hakkın ancak bağlam hükmü çerçevesinde pay sahiplerini ve organları bağlayıcı olmasını sağlayacağı, şirket tarafından bu haklara riayet edilmeden yapılan bir devrin reddedilmesinin sağlanabileceği ve hakkın payı devralmış olan üçüncü kişilere dermeyeran edilebilmesi sonucunu doğurmayacağı kabul edilmekteydi²²⁹. Yeni TTK sistemi içerisinde bağlam sisteminde yapılan revizyonlar neticesinde eski görüşten ayrılmak gerektiğini, esas sözleşmede korporatif niteliği kabul edilecek bir öncelik hakkına riayet etmeden yapılacak devirin şirket tarafından önemli sebep olarak ileri sürülmesinin doğru olmayacağını, ancak kaçış klozu çerçevesinde yapılacak bir düzenlemenin mümkün olabileceğini, nihayetinde böyle bir düzenlemenin kaçış klotuna bir alternatif veya ilave bir etki yaratmayacağını, dolayısıyla pratikte bu hükmün esas sözleşmede yer almasının hak alacaklıları açısından bir sonucu olmayacağını kabul etmek gerekir²³⁰.

²²⁸ Okutan Nilsson, s. 253

²²⁹ Okutan Nilsson, s. 253; bu duruma ilişkin olarak bkz. V/B/1

²³⁰ bkz. V/B/1

Tüm bunların yanında, önalım hakkı, alım hakkı veya satım hakkı gibi düzenlemelerin esas sözleşmeye dercedilmeleri halinde de korporatif bir nitelik kazanamayacağı kabul edilmektedir.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 29.3.2007 tarihli kararı da bu konuda dikkat edilmesi gereken bir niteliktedir. Söz konusu karara konu olayda bir anonim şirketin esas sözleşmesinde A grubuna, B grubu payların üçüncü kişilere devrinde payların önce A grubu pay sahiplerine önerilmesi hakkı tanınmıştır. Müflis bir bankanın iflas idaresi müflisin portföyünde bulunan B grubu payları açık teklif toplama yolu ile satışa çıkartmış ve bu paylar E.B'ye satılmıştır. A grubu pay sahibi olduğu çekişmesiz bulunan S.S. söz konusu payların pay defterine kaydından önce mezkur hakkını kullandığını ilgili anonim şirkete yazılı olarak bildirmiştir. Anonim şirket S.S'ye söz konusu hakkını kullandırmamış, ancak pay defterine "A grubu payların önalım hakkı saklıdır" şeklinde bir şerh düşmüştür. Hak sahibi S.S. ise payları satın alan E.B'ye ve müflis bankanın iflas idaresine dava açmıştır. Yerel mahkeme davayı reddetmiş, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi ise yerel mahkemenin kararını aşağıdaki gerekçe ile bozmuştur.

*"Görüldüğü üzere davacı taraf payların alıcı adına kaydından önce payları satın almak istediğini bildirdiğinden, mahkemenin başkaca hiçbir gerekçeye yer vermeksizin davanın reddine dayanak aldığı Dairemizin 1998/8341 E., 1999/375 K. Sayılı ilamı bu davada emsal olamaz. Her ne kadar sözleşmesel önalım hakkının alıcıya karşı ileri sürülmesinin mümkün olmaması nedeniyle davacı tarafın bu yöne ilişkin savunmalarına itibar olunamaz ise de, hukuki nitelikle mahkemeye ait olduğundan, davacının talebinin TTK'nın 418. Maddesinin (ETTK m. 418) son fıkrası hükmü kapsamında değerlendirilerek ve davada payları çıkaran Hür Sigorta A.Ş. 'ye de husumet yöneltilmesi gerektiği gözetilerek davacı tarafa Hür Sigorta A.Ş'ye dava açması hususunda mehil verilip mehil gereği yerine getirildiğinde açılacak dava bu dava ile birleştirilerek neticesine göre karar vermek gerekirken"*²³¹.

²³¹ Yrg. 11 HD 29.3.2007, E. 2005/13577, K. 2007/8378

Bu kararın gerekçesinde yapılan tespit itibariyle , davacının esas sözleşmede yer alan satım önerisine öncelikle muhatap olma hakkı payı devralan üçüncü kişiye de uygulanabileceği belirtilmektedir²³². Somut olayda esas sözleşme ile öngörülmüş olan önalım hakkının, hakiki bir red sebebi oluşturacağı, bu sebeple üçüncü kişiye karşı ileri sürülebileceği ifade edilmektedir.

Ancak söylemek gerekir ki, TTK kapsamında düzenlenen bağlam sistemi çerçevesinde, ETTK'daki sistemin aksine, şirket tarafından ileri sürülecek olan red sebebinin, şirketin işletme konusu veya işletmenin ekonomik bağımsızlığı yönünden onayın reddini haklı göstermesi halinde önemli sebep oluşturacağı belirlenmiştir²³³. Bu açıdan bakıldığında somut olaydaki durumun, şirket açısından önemli bir sebep olarak üçüncü kişiye karşı ileri sürülmesi doğru olmayacaktır. Zira önalım hakkının mevcudiyetinin şirketin işletme konusu veya işletmenin ekonomik bağımsızlığı yönünden onayın reddini haklı gösterdiği sonucuna ulaşmak zordur. Bu sebeple, ilgili karar neticesinde önalım hakkının üçüncü kişiye karşı ileri sürülemeyeceğini ifade etmek gerekir.

IV. BAĞLAM SİSTEMİ

A. Genel Olarak Bağlam Kavramı

Anonim şirketlerde payın devredilebilirliği ilkesinden daha önce bahsetmiştik²³⁴. Bu ilke esasen anonim şirketin temel taşlarından birini oluşturmaktadır²³⁵. Zira bu ilke sayesinde anonim şirketlerin payları serbestçe devredilebilir olmakta ve bu sayede pay sahiplerinin kişisel özelliklerinin önem taşımadığı bir ortaklık düzeni sağlanmakta ve bu durum anonim şirketin temel yapısını oluşturmaktadır²³⁶. Nitekim bu ilke, anonim şirketin “anonimlik”

²³² Tekinalp (Poroy, Çamoğlu), Ortaklıklar, s. 609

²³³ Bkz. TTK m. 493 f. 2

²³⁴ Bkz. II/A

²³⁵ Ünal Tekinalp, Anonim Ortaklıkta Yeni Bağlam Sisteminin Esasları, İstanbul, 2012, s. 1

²³⁶ Forstmoser, Meier-Hayoz, Nobel, § 44-6

özelliğine anlam ve içerik kazandırmaktadır²³⁷. Bu sayede anonim şirket pay sahibi dilediği gibi şirketten ayrılabilir, sahibi olduğu payları ekonomik yönden değerlendirebilecek ve paylarının değerinin düşme ihtimali bulunduğu durumlarda zarardan kaçınma imkanı sahibi olacaktır²³⁸. Nitekim anonim şirketin bu özelliği aynı zamanda şirketin paylarına yatırım yapmayı, diğer şirket türlerine göre daha çekici hale getirmektedir²³⁹.

Bağlam sistemi ile bu devredilebilirlik ilkesine bir istisna getirilmiştir. Esasen anonim şirketin temel yapısını oluşturduğu savunulan payın devredilebilirliği ilkesine bir istisna şeklinde getirilen bağlam sisteminin uygulanması neticesinde anonim şirketin kendisi sermaye ortaklığı yapısından ve anonimlik unsurundan az veya çok uzaklaştırmaktadır²⁴⁰. Ancak bağlam sisteminin kendisinin varlığı da elbette belirli menfaatlerin daha üstün tutulması neticesinde ortaya çıkmış bir kavramdır. Şirketin ekonomik bağımsızlığını korumak, şirketin işletme konusunu daha iyi bir şekilde elde etmesini sağlamak ve verimliliğini artırmak gibi amaçlar, bağlam sisteminin mevcudiyetine temel teşkil etmektedir²⁴¹. Bağlam sistemi bir taraftan pay sahiplerinin çıkarlarını korurken, diğer yandan şirket pay sahipliği yapısını sağlamlaştırarak esasen şirketin çıkarlarını korumaktadır²⁴².

Bu noktada öncelikle belirlenmesi gereken husus, bağlam sisteminin hangi tür paylar üzerinde uygulanabilirliği olacağı yönündedir. TTK kapsamında hamiline yazılı paylara bağlam hükümlerinin uygulanabileceği yönünde bir hüküm mevcut değildir. Öte yandan bağlam hükümleri, nitelikleri itibari ile en önemli özellikleri serbestçe devredilebilirlikleri olan hamiline yazılı pay senetleri ile bağdaşmamaktadır. Zira hamiline yazılı pay senetleri serbestçe ve anonim şekilde tedavül olanağına sahiptir²⁴³. Bu sebeple anonim şirketin hamiline yazılı

²³⁷ Tekinalp, Bağlam, § 1 N. 1

²³⁸ Tekinalp, Bağlam, § 1 N. 1

²³⁹ Thomas Nagel, Die Statutarische Vinkulierung nicht kotierter Namenaktien, AJP, 2015, s. 190

²⁴⁰ Tekinalp, Bağlam, § 1 N. 28

²⁴¹ Tekinalp, Bağlam, § 1 N. 28

²⁴² Kläy, § 7, N. 538

²⁴³ Ali Murat Sevi, Anonim Ortaklıkta Payın Devri, Ankara, 2012, s. 226

pay senetleri, bağlam sistemi içerisinde değerlendirilmemekte, hatta anonim şirket esas sözleşmesinde hamiline yazılı pay senetlerine ilişkin bağlam kuralları geçersiz sayılmaktadır²⁴⁴. Başka bir deyişle, TTK kapsamında bağlam sistemi nama yazılı paylar üzerinde uygulama alanı bulmaktadır.

Bağlam sistemi ETTK içerisinde halihazırda yer alan bir kavramdır. Ancak yeni TTK ile, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 1991'de uğradığı revizyona istinaden TTK hükümlerinin mehz İsviçre Borçlar Kanunu'na uyumu sağlanmıştır.

ETTK'daki bağlam sistemi, 1936 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu m. 686 f. 2'ye uyumlu olarak, ETTK m. 418 f. 2 kapsamında anonim şirketin pay devrini herhangi bir sebep göstermeden kayıttan imtina edebileceğini belirtmektedir.

Elbette anonim şirket payının devrini sebep göstermeden pay defterine kayıttan imtina olanağı, pratikte oldukça soruna yol açmıştır. Zira bu imkan, bağlı nama yazılı payların kullanım alanının oldukça genişletmiş ve halka açık anonim şirketler tarafından dahi yaygın olarak kullanılması sonucunu doğurmuş, aynı zamanda bu imkanın zaman zaman istismar edilmesine yol açmıştır²⁴⁵. Zira bu sistem kaçınılmaz bir şekilde anonim şirketin kendisinin pay sahiplerini belirlenmesine olanak vermekte, anonim şirketin temel yapısında ciddi zararlara yol açmaktadır²⁴⁶.

Tüm bu deneyimler eşliğinde İsviçre hukukunda 1991 revizyonu ile birlikte, Türk hukukunda ise TTK ile yeni bir bağlam sistemine ihtiyaç duyulmuştur.

Yeni TTK'daki bağlam sisteminden bahsetmek gerekirse, TTK m. 490 hükmünün başlığı "*Nama yazılı payların ve pay senetlerinin devrinde ilke*" şeklindedir. İlgili hükmün içeriği ise, "*Kanunda veya esas sözleşmede aksi öngörülmedikçe, nama yazılı paylar, herhangi bir sınırlandırmaya bağlı olmaksızın devredilebilirler*" şeklinde belirlenmiştir. Anılan hüküm ile nama yazılı payların ilke olarak devredilebilirliğine vurgu yapılmıştır. Öte yandan bu

²⁴⁴ Hasan Pulaşlı, Bağlı Nama Yazılı Hisse Senetleri, Ankara, 1992, s. 145

²⁴⁵ Arthur Meier-Hayoz, Peter Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftrecht, Bern, 2012, § 3 N. 64

²⁴⁶ Meier-Hayoz, Forstmoser, § 16 N. 308

devirlere ilişkin olarak kanun veya esas sözleşme ile istisnaen belirli sınırlamalara tabi tutulabileceği de ortaya koyulmuştur. Başka bir deyişle nama yazılı paylara ilişkin olarak genel prensip devredilebilirlik, istisna ise kanuni veya esas sözleşmesel sınırlamalardır.

Esasen bu belirtilen sınırlamalar, TTK kapsamında bağlam sisteminin temelini oluşturmaktadır. Zira doktrinde bağlam, bir anonim şirkette nama yazılı payların devrini sınırlandıran ve yasaklayan kanunda ve esas sözleşmede öngörülen sebepler olarak tanımlanmaktadır²⁴⁷.

Kanuni bağlam hükümleri TTK m. 491 kapsamında belirlenmiştir. Madde metni uyarınca miras, mirasın paylaşımı, eşler arasındaki mal rejimi hükümleri veya cebri icra yoluyla gerçekleşen pay devirleri hariç olmak üzere, bedeli tamamen ödenmemiş nama yazılı paylar ancak anonim şirketin kendisinin onayı ile devrolunabilecektir. TTK m. 491 f.2'ye göre ise, anonim şirket ancak devralanın ödeme yeterliliği şüpheli ise ve şirketçe istenen teminat verilmemişse devre onay vermeyi reddedebilecektir. Başka bir deyişle, şirket ancak bu iki şartın bir arada olması halinde kanuni bağlam hükmüne dayanarak onay istemini reddedebilecektir.

Çalışmamızın konusu itibarıyla bizim için esas önem arz eden konu, esas sözleşmesel bağlam hükümleridir. Dolayısıyla bağlam sisteminin incelenmesi, bu çerçeveye ile sınırlı tutulacaktır.

B. Esas Sözleşmesel Bağlam Sistemi

TTK m. 492 f. 1 hükmü, nama yazılı payların ancak şirketin onayıyla devrolunabileceğine ilişkin esas sözleşme hükümlerinin öngörülebileceğini hükme bağlamıştır. Bu sayede, esasen payın serbestçe devrolunabilirliği genel ilke olmasına rağmen, hukuk düzeni esas sözleşme ile bu ilkenin bir istisnası niteliğinde bir sınırlama yapılabileceğini öngörmüştür.

²⁴⁷ Tekinalp, Bağlam, § 1 N. 5

Bağlam sisteminin esas sözleşme hükümleriyle uygulanmasına ilişkin olarak, kanun koyucu borsaya kote edilmiş ve edilmemiş nama yazılı paylar açısından bir ayrıma gitmiştir. Bu ayrımda dikkati çeken husus, esasen borsaya kote nama yazılı payların bağlam düzeninin, borsaya kote olmayan nama yazılı paylara oranla daha dar çizildiği yönündedir²⁴⁸. TTK kapsamında bu yönüyle daraltılmış bir düzenlemeye yer verilen borsaya kote edilmiş paylar açısından durum incelendiğinde, 6362 sayılı Sermaye Piyasaları Kanunu (“SerPK”) düzenlemesinden bahsetmek gerekir. Zira SerPK m. 137 f. 3 uyarınca, “halka açık ortaklıkların borsada gerçekleştirilen işlemler neticesinde satın alınan paylarının pay defterine kaydedilmesinden imtina edilemez. Bu ortaklıkların borsada işlem görmeyen payları için ise 6102 sayılı kanunun 493 üncü ve 494 üncü maddeleri uygulanır” şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu düzenleme neticesinde, esasen borsaya kote paylar açısından TTK kapsamında düzenlenen bağlam hükümleri uygulamasının oldukça sınırlı bir hale geldiğini söylemek mümkündür. Ancak çalışmamızın kapsamı itibariyle, bağlam hükümleri borsaya kote olmayan nama yazılı paylar yönünden incelenecektir.

Bu durumda öncelikle “*borsaya kote olmayan nama yazılı paylar*”ın bir tanımını yapmak gerekmektedir. Bu terim, şüphesiz borsaya kote olmayan anonim şirketlerin paylarını ifade etmekte olduğu gibi, aynı zamanda paylarının bir kısmı borsaya kote olan, bir kısmı ise borsaya kote olmayan şirketler için borsaya kote olmayan paylarını da ifade etmektedir²⁴⁹. Bu sebeple TTK kapsamında borsaya kote olmayan nama yazılı paylara ilişkin düzenlenen hükümler, iki durum için de uygulama alanı bulacaktır.

Borsaya kote olmayan nama yazılı payların bağlamına ilişkin düzenlemelere TTK m. 493 ve m. 494’te yer verilmiştir. TTK m. 493 f. 1’in madde metni, “*Şirket, esas sözleşmede öngörülmüş önemli bir sebebi ileri sürerek veya devredene, paylarını, başvurma anındaki gerçek değeriyle, kendi veya diğer pay sahipleri ya da üçüncü kişiler hesabına almayı önererek, onay istemini reddedebilir*” şeklindedir. Madde metninde öne çıkan ilk kavram önemli

²⁴⁸ Meier-Hayoz, Forstmoser, § 16 N. 311

²⁴⁹ Akın, s. 35-36

sebeptir. Bu belirlemeye istinaden, şirketin pay devrini reddetmesi için önemli bir sebebin varlığı aranmaktadır. Hükümdeki bir diğer anahtar konu ise, önemli sebebin olmadığı hallerde payın başvurma anındaki gerek değeriyle şirketin ilgili payları kendi veya diğer pay sahipleri ya da üçüncü kişiler hesabına almayı önererek onay istemini reddetmesidir. Bu duruma da doktrinde “escape clause” yani “kaçış klozu” ismi verilmektedir²⁵⁰.

Öte yandan TTK m. 493 f. 3 anonim şirketin kendisine payı devralan kişinin payları kendi adına ve hesabına aldığını açıkça beyan etmediği takdirde pay defterine kaydını reddetme imkanı sunmuştur. Anonim şirketin devir için onay vermesinin sonucu ise TTK m. 494 f. 1 ile açıklanmış, onay verilmediği sürece payların mülkiyetinin ve paylara bağlı tüm hakların devredende kalacağı belirlenmiştir.

Esas sözleşmesel bağlam sistemine ilişkin genel bir açıklamadan sonra, bağlı nama yazılı payların devrine ilişkin hususların açıklanması doğru olacaktır. Zira esasen çalışmamızın özü itibarıyla, bağlam sisteminin genel açıklamasından ziyade, bu durumun uygulamadaki etkileri bizim için daha fazla önem taşımaktadır. Bu şekilde hem bağlam sisteminin etkisi daha iyi anlaşılabilir hale gelecek, hem de çalışmamızın konusu ile bağlam sisteminin birleştiği yerler daha net bir şekilde ortaya çıkacaktır.

C. Bağlı Nama Yazılı Payların Devri

Anonim şirketler hukukunda nama yazılı payların devrinde iki unsur yer almaktadır. TTK m. 490 f. 2 uyarınca nama yazılı paylar ciro ve zilyetliğin devralana geçmesi ile devrolunmaktadır. Ancak bağlı nama yazılı paylar ile devri sınırlandırılmamış nama yazılı payların devir işlemlerinde önemli bir fark bulunmaktadır. Zira TTK m. 492 f. 1 uyarınca bağlam sistemine tabi tutulmuş bir nama yazılı payın devrinde, TTK m. 494 f. 1 uyarınca devir için gerekli anonim şirketin onayı verilmediği sürece, payların mülkiyeti ve paylara bağlı tüm haklar devredende kalacaktır. Başka bir deyişle, bağlı nama yazılı paylar

²⁵⁰ Akın, s. 34

şirketin onayı olmadan devrolunamamaktadır. Bu sebeple, esasen bağlı nama yazılı pay senedinde ciro ve zilyetliğin devri işlemi ile devralan pay sahibi sıfatına değil, fakat bunu talep etmek üzere ortaklığa başvurma hakkına ve pay sahipliği hususunda bir beklentiye kavuşmaktadır²⁵¹.

Şirketin bu onayı vermemesinin hangi durumlarda caiz olacağı önem arz etmektedir. Bu kapsamda, TTK m. 493 f. 1 kapsamında belirlenmiş olan “önemli sebep” ve “kaçış klozu” kavramlarının açıklanması doğru olacaktır.

1. Önemli Sebep

TTK m. 493 f. 1 içerisinde şirketin esas sözleşmesinde öngörülmüş önemli bir sebebi ileri sürerek devre onay istemini reddedebileceği belirlenmiştir. Aynı zamanda TTK m. 493 f. 2’de ise bu önemli sebeplerin niteliğine ilişkin açıklama yapılmıştır. Bu hüküm uyarınca, *“Pay sahipleri çevresinin bileşimine ilişkin esas sözleşme hükümleri, şirketin işletme konusu veya işletmenin ekonomik bağımsızlığı yönünden onayın reddini haklı gösteriyorsa..”* önemli sebebin varlığından bahsedilmiştir. Başka bir deyişle, esas sözleşmede öngörülebilecek önemli sebepler, ancak şirketin işletme konusu veya işletmenin ekonomik bağımsızlığı yönünden haklı bir sebep oluşturuyor ise, geçerli olacaktır.

Önemli sebep kavramına yer veren TTK m. 493 f. 1 ve f. 2 hükümlerinin gerekçesinde ise ortaklığın haklı görülebilecek her tür sebebi önemli sebep olarak esas sözleşmesinde öngörmesinin mümkün olmadığı, TTK m. 493 f. 2’de belirlenen kıstaslara ilişkin olmayan red sebeplerinin önemli sebep olarak nitelendirilemeyeceği belirtilmiştir. Bu sebeple esas sözleşmede yer alan önemli sebebin geçerliliğinin değerlendirmesi için öncelikle pay sahipleri çevresinin bileşiminin belirlenmesi gerekmektedir. Bu belirleme sonrası önemli sebebin şirketin işletme konusu veya işletmenin ekonomik bağımsızlığı ile ilişkilendirilmesi gerekmektedir²⁵². Başka bir deyişle her ne

²⁵¹ Sevi, s. 230

²⁵² Tekinalp, Bağlam, § 6 N. 8

kadar esas sözleşmelerde öngörülebilecek önemli sebeplerin sınırlı sayıda olduğunu söylemek mümkün değilse de, önemli sebeplerin hukuka uygunluğunun tespitinde kullanılan kıstasların sınırlı sayıda olduğunun vurgulanması gerekmektedir²⁵³.

Bu kapsamda kanunen belirlenmiş olan önemli sebep kavramını somutlaştırmak adına, belirli halleri örnekleme yoluyla değerlendirmek doğru olacaktır.

- a. Rakiplere İlişkin Önemli Sebepler:** Anonim şirket paylarının şirketin rakipleri tarafından edinilmesini yasaklayan esas sözleşme hükümleri, hem İsviçre doktrininde hem de Türk doktrininde geçerli sayılmakta ve önemli sebepler arasında kabul edilmektedir. Rakiplerin anonim şirket içerisinde pay sahibi olmalarını engellemelerine yönelik esas sözleşme hükümleri, şirketin işletme konusu ve işletmenin ekonomik bağımsızlığı yönünden haklı gözükmemektedir²⁵⁴.

Rakip, şirket içerisinde pay sahibi olmasını takiben şirketin işletme konusunun elde edilmesinin önüne engeller çıkartabileceği gibi, yatırımlara muhalefet ederek zorlaştıracı eylemlere girebilecek²⁵⁵ ve anonim şirketin ticari sırları niteliğinde belirli bilgilerin dışarı sızmasında rol oynayabilecektir.

Ancak rakiplere ilişkin önemli sebeplerin esas sözleşmede düzenlenmesi hakkında belirli tartışma konuları bulunmaktadır. Bunlardan ilki rakibin nasıl tanımlanması gerektiği yönündedir. Örnek olarak İç Anadolu bölgesinde yerel bir gazoz üreticisinin çok uluslu bir meşrubat üreticisinin rakibi olup olmadığı hususu, tartışmalı olacaktır²⁵⁶. Öte yandan geniş ve birbiriyle organik biçimde

²⁵³ Necdet Uzel, Anonim Ortaklıkta Esas Sözleşmesel Bağlam, 2013, İstanbul, s. 233

²⁵⁴ Forstmoser, Meier-Hayoz, Nobel, § 44 N. 146

²⁵⁵ Tekinalp, Bağlam, § 6 N. 9

²⁵⁶ Akın, dipn. 198

ilintilendirilmiş coğrafyalarda faaliyet gösteren anonim şirketin payları açısından, bu durum elbette farklılık gösterecektir²⁵⁷.

Bir diğer tartışma konusu ise anonim şirket içerisinde edinilecek payın oranıdır. Başka bir deyişle, anonim şirketin rakibinin şirket paylarının birini devralması durumunda da esas sözleşmede yer alan önemli sebebi öne sürerek payın devrini reddetmek mümkün olacak mıdır? BÖCKLİ²⁵⁸ bu durumun her ne kadar istenmeyecek bir husus olmasına rağmen, katlanılması gereken bir devir olması gerektiği yönünde görüştedir. Ancak öte yandan FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL²⁵⁹ tarafından konu hakkında, belirli bir dünya görüşü veya politik görüşü paylaşan çevrelerin pay sahibi olduğu veya YMM hizmeti veren yapılar gibi pay sahiplerinin kişisel özelliklerinin ön planda olduğu yapılarda bu durumun katlanılabilir olmayacağına işaret etmektedir.

Hukukumuzda TEKİNALP²⁶⁰ tarafından konuya ilişkin yapılan açıklamalar esasen rakibin hangi oranda pay sahibi olması halinde önemli sebep durumunun ortaya çıkacağından bahsetmemekle birlikte, bu konuda ayırım yapılmamasının esasen tüm pay alımlarının önemli sebep teşkil edeceği yönünde bir çıkarım yapmak mümkün olacaktır. UZEL²⁶¹ tarafından ise açıkça anonim şirket içerisinde rakipler tarafından bir adet payın devralınmasının bile engellenebileceği savunulmaktadır.

Buna karşın AKIN²⁶² tarafından konuya ilişkin yapılan açıklamalar neticesinde özellikle kişisel özelliklerin veya dünya görüşü ve politik-dini inanç gibi hususların ön planda olmadığı şirketler bakımından rakibin tek bir pay edinmesi veya belirli bir orana kadar pay edinmesine

²⁵⁷ Akın, s. 59

²⁵⁸ Böckli, § 6 N. 267

²⁵⁹ Forstmoser, Meier-Hayoz, Nobel § 44 N. 146

²⁶⁰ Tekinalp, Bağlam, § 6 N. 9

²⁶¹ Uzel, s. 257

²⁶² Akın, s. 58

ortakların katlanmasının gerekli olduğu anlaşılmaktadır. Aynı görüş uyarınca belirlenecek oranın azınlık haklarının kullanımına olanak sağlayan %10'luk oranı ve TTK m. 439 f. 1 uyarınca özel denetçi atanmasını talep hakkını ifade eden şirket sermayesinin 10.000.000 TL'den fazla olan şirketler için 1.000.000 TL tutarındaki bir nominal değer terditli olarak, yani alternatifli bir şekilde esas sözleşmede sınır olarak kullanılabilecektir.

Özetle, rakibin anonim şirket içerisinde pay sahibi olmasının önemli sebep olarak nitelendirildiği esas sözleşme hükümleri genel olarak geçerli olmakla birlikte, bu hükümlerin düzenlenmesinde doktrindeki görüşlerin dikkate alınması doğru olacaktır.

b. Yabancılar İlişkin Önemli Sebepler: Bağlam hükümlerinin uygulamasında öne sürülecek önemli sebepler açısından yabancılik unsuru, tek başına kural olarak bir önemli sebep oluşturmayacaktır. Başka bir deyişle, anonim şirket payını devralacak kişinin belirli bir ülkenin vatandaşı olmasını gerekli kılacak önemli sebeplerin geçerli olduğundan bahsedilemeyecektir²⁶³.

Ancak istisnasi olarak belirli mevzuatlar gereği bazı işletme konuları yabancılar kapanmış veya yabancı iştiraki belirli bir yüzde ile sınırlandırılmıştır²⁶⁴. Bu durumlarda bağlam hükümleri açısından da bir istisna meydana gelecek ve yabancıların durumu önemli sebep olarak ileri sürülebilecektir. Bunlara örnek olarak;

- TTK m. 940 uyarınca bir tüzel kişiliğe ait bir geminin Türk bayrağı çekebilmesi için, “...Türk ticaret şirketlerine ait olan gemiler, şirketi yönetmeye yetkili olanların çoğunluğunun Türk vatandaşı olmaları ve şirket sözleşmesine göre oy çoğunluğunun Türk ortaklarda bulunması, anonim ve sermayesi paylara bölünmüş

²⁶³ Tekinalp, Bağlam, § 6 N. 10; Uzel, s. 263

²⁶⁴ Tekinalp, Bağlam, § 6 N. 10

komandit şirketlerde ayrıca payların çoğunluğunun nama yazılı ve bir yabancıya devrinin şirket yönetim kurulunun iznine bağlı bulunması..” gerekmektedir.

- Bir diğer örnek ise 13.06.1989 tarihli ve 20194 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmış 3568 sayılı Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu kapsamında mevcuttur. Kanunun 4. Maddesine göre YMM ve SMMM’lerin T.C. vatandaşı olması gerekmektedir. Aynı kanunun 45. Maddesine göre ise kurulacak şirketlerin ortakları da sadece YMM veya SMMM olabilecektir. Bu sebeple yabancılik unsuru aynı şekilde bir önemli sebep olarak kurulacak şirketin esas sözleşmesinde yer alması geçerli olacaktır.

Örnekler yukarıdakiler ile sınırlı değildir, ancak genel bir tespit olarak kanunen Türk vatandaşlığına dair özel bir gereklilik öngörülen hallerde, yabancılik unsurunun esas sözleşme kapsamında önemli bir sebep olarak düzenlenmesi geçerli olacağı yorumunu yapmak doğru olacaktır.

c. Bir Mesleğe veya Aileye Mensubiyete İlişkin Önemli Sebepler:

Önemli sebep teşkil edecek durumların her koşulda şirketin işletme konusu veya ekonomik bağımsızlığı ile ilişkilendirilmesi gereğinden daha önce bahsedilmişti. Bu kapsamda, bir anonim şirketin pay sahiplerinin mesleki nitelik veya yeterliliklerinin işletme konusunun sürdürülebilmesi için gereklilik arz edebileceği durumların varlığı, bu durumların önemli sebep olarak esas sözleşmede öngörülebileceği sonucunu doğurmaktadır. Meslek mensupları arasında kurulmuş olan anonim şirketlerde özellikle bu yöndeki önemli sebepler öne çıkmaktadır. İlgili anonim şirketin mimarlardan, mühendislerden, mali müşavirlerden veya avukatlardan meydana gelmesi bu duruma örnek

oluşturmaktadır. Öte yandan et, süt veya domates üreticileri de bu “meslek” kavramının içine dahil edilmesi gereken iş kollarındandır²⁶⁵.

Öte yandan bir aileye mensubiyet konusu doktrinde tartışmalı bulunan önemli sebepler arasındadır. Oldukça yaygın olmakla birlikte, bir aileye mensubiyetin gerçekten önemli sebep olarak kabul edilip edilmeyeceği noktasında yazarların fikirleri ayrılmaktadır.

İsviçre öğretisinde belirli bir aileye mensubiyetin bir haklı sebep teşkil edeceği konusunda yazarlar olumlu yönde görüş belirtmelerine karşın, KLÄY²⁶⁶ tarafından aileye mensubiyetin esasen şirketin konusu ve bağımsızlığı noktasında bir önemli sebep teşkil etmemesi gerektiğini belirtmiştir.

Türk öğretisine bakıldığında TEKİNALP²⁶⁷ nama yazılı payları devralacak bir kimsenin belirli bir aileden, özellikle bir ailenin belirli bir kolundan gelen kişilerden olmasını şart koşan esas sözleşme hükümlerinin geçerli olduğunu belirtmiştir. Ancak yazar örneğin “Bulut” ailesi şeklinde geniş bir tanım yapmak yerine, “Ahmet Bulut ve eşinin altsoyundan gelenler” şeklinde bir ifade ile aileyi tanımlamanın önemine dikkat çekmektedir. Yazar MK m. 373 vd. hükümleri kapsamında “aile malları ortaklığı”nın bu konuda sağlam bir hareket noktası olabileceğini, aile mallarının bir anonim şirket tarafından işletilmesi halinde aile mensuplarının ve alt soylarının belirli kişiler olacağını ve önemli sebebin meşruiyet kazanacağını belirtmektedir.

Öte yandan AKIN²⁶⁸ özellikle hareket noktası olarak aile malları ortaklığının alınmasını açık bir şekilde eleştirmiştir. Ancak yazar aile

²⁶⁵ Tekinalp, Bağlam, § 6 N. 11

²⁶⁶ Hanspeter Kläy, Die Vinkulierung, Basel und Frankfurt am Main, 1997, s. 172-173

²⁶⁷ Tekinalp, Bağlam, § 6 N. 12

²⁶⁸ Akın, s. 55

mensubiyetinin esas sözleşmede önemli sebep olarak yer alabileceği konusunda TEKİNALP ile görüş birliği içerisinde.

- d. Oransal veya Sayısal Nitelikteki Önemli Sebepler:** TTK m. 495 f. 1 “Şirket, borsada kote edilmiş nama yazılı payları iktisap eden bir kimseyi, pay sahibi olarak tanımayı, ancak esas sözleşme, iktisap edilebilecek nama yazılı paylar ile ilgili olarak iktisap edenin pay sahibi olarak tanınacağı, sermayeyi esas alan ve yüzde ile ifade edilen bir iktisap üst sınırı öngörmüş ve bu üst sınır aşılmışsa reddedebilir” şeklindedir. Başka bir deyişle, borsaya kote edilmiş nama yazılı paylar açısından sermayeyi esas alan yüzdesel olarak belirli bir üst sınır öngörerek bağlam hükmü yaratmak kanunen mümkündür. Bu imkanın borsaya kote edilmemiş nama yazılı paylar açısından da geçerli olacağı kabul edilmektedir²⁶⁹. Zira borsaya kote nama yazılı paylar açısından kanunen öngörülmüş bir olanağın, borsaya kote olmayan nama yazılı paylar açısından uygulama bulmayacağını söylemek zor olacaktır²⁷⁰.

Bu geçerliliğin esas gerekçelendirmesi “işletmenin ekonomik bağımsızlığı” çerçevesinde yapılmaktadır²⁷¹. Zira bir anonim şirketin belirli bir pay sahibinin kontrolüne girmemesinin amaçlandığı haller, “işletmenin ekonomik bağımsızlığı” çerçevesinde pay sahipliğine belirli oransal bir sınır getirilmesini meşru kılacaktır. Bu yönde düzenlenecek bir esas sözleşme hükmü, pay sahipliği yapısının denetim altında tutularak pay sahipliği yoğunlaşmasını engelleme amacına hizmet edecektir²⁷².

Ancak elbette bu şekilde düzenlenecek bir önemli sebebin esasen “işletmenin ekonomik bağımsızlığı” ile ilişkilendirilmesi zorunluluğu neticesinde, belirlenecek yüzdesel sınırın kontrol değişikliği yaratacak işlemler ve pay sahipliği yapısı dikkate alınarak öngörülmesi

²⁶⁹ Böckli, § 6 N. 271; Kläy, s. 163; Tekinalp, Bağlam, § 6 N. 14; Akın, s. 60

²⁷⁰ Böckli, § 6 N. 271

²⁷¹ Tekinalp, Bağlam, § 6 N. 14

²⁷² Uzel, s. 270

gerekecektir. Zira belirlenecek yüzdesel sınırın tek bir paya denk gelecek şekilde düzenlenmesi ve deviri imkansız hale getirmesi, “işletmenin ekonomik bağımsızlığı” ile ilişkilendirilemeyeceğinden, TTK m. 493 f. 2 uyarınca geçersiz olacaktır²⁷³. Ya da şirket içerisindeki pay sahiplerinin pay sahipliği oranlarının %20 gibi büyük paketler halinde (*Paketquote*) olması halinde, %5 veya %3 oranında belirlenecek sınırlamaların “işletmenin ekonomik bağımsızlığına” hizmet etmekten çok, mevcut pay sahiplerinin şirket üzerinde kontrol imkanlarının korunmasına hizmet edecektir²⁷⁴. Bu sebeple şirketin içerisinde bulunduğu şartlara göre bu oranın %5 ile %33 arasında belirlenmesi, hem İsviçre hukuku açısından hem de Türk hukuku açısından uygun görülmektedir²⁷⁵. Zira İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında %9,5 oranda bir sınırlamayı kabul etmiştir²⁷⁶.

Türk öğretisinde birçok TV üreticisinin, işletme konusu TV tüpü üretimi olan bir anonim şirket kurması, ve kurulan anonim şirketin amacının TV üreticilerinin TV tüplerini bu anonim şirketten tedarik etmeleri olması ve bu anonim şirketin tüm pay sahiplerinin eşit bir şekilde hizmetinde olabilmesi için her pay sahibinin pay oranının %8’i aşamayacağı esas sözleşme ile öngörülmesi hali konuya örnek olarak verilmiş ve bu örneğin TTK m. 493 f. 2 çerçevesinde geçerli olacağı tespiti yapılmıştır²⁷⁷. İşbu tespit ilgili anonim şirketin bir veya birkaç pay sahibinin kontrolü altına girmesinin kuruluş amacına aykırı ve bir anlamda bağımsızlığının kaybı olacağı yönünde gerekçelendirilmiştir.

e. Kontrol Değişikliğinin Engellenmesine İlişkin Önemli Sebepler:

Doktrinde önemli sebepler arasında gösterilen bir diğer konu ise kontrol değişikliğidir²⁷⁸. Şirket üzerindeki kontrolün el değiştirmesi ile sonuçlanacak pay devirlerinin engellenmesine yönelik esas sözleşme

²⁷³ Uzel, s. 270-271

²⁷⁴ Böckli, § 6 N. 272; Kläy, s. 164

²⁷⁵ Akın, s. 65

²⁷⁶ BGE 4C.35/2007

²⁷⁷ Tekinalp, Bağlam, § 6 N. 14

²⁷⁸ Akın, s. 66; Uzel, s. 268

hükümleri, ekonomik bağımsızlık yönünden TTK m. 493 f. 2 anlamında geçerli olacaktır. Bu sayede, anonim şirketin esas sözleşmeye kendisini bir ortaklıklar topluluğunun veya bir hakim ortaklığın bağlı ortaklığı veya iştiraki haline getirecek pay devirlerini reddetme imkanı verecek bir önemli sebep olarak esas sözleşmesinde düzenlemesi mümkün olacaktır²⁷⁹. Zira şirketler topluluğuna bağlı şirket şeklinde dahil olacak bir şirket, TTK m. 199 f. 1 kapsamında raporlama mükellefiyetinden TTK m. 202, 203 ve 204 kapsamında belirli zararlara katlanmaya kadar geniş bir yükümlülükler yelpazesine tabi olabilecek, bu sebeple ekonomik bağımsızlığının korunmasının önemi artacaktır²⁸⁰.

Ancak belirtmek gerekir ki, elbette tüm kontrol değişikliklerini bu kapsamda önemli sebep olarak değerlendirmemek gerekir. Örneğin halihazırda ekonomik olarak kötü bir şirketin bir iyileştirme projesi kapsamında çoğunluk paylarının değişmesi bu anlamda ekonomik bağımsızlığa bir tehdit olarak algılanmayacaktır. Zira şirketin batık olması halinde ekonomik bağımsızlığından da bahsedilemeyecektir²⁸¹. Öte yandan ilgili devir neticesinde şirkette bir kontrol değişikliği olmasına karşın, bu devir ile esasen şirket bir şirketler topluluğu içerisinde bağlı şirket olarak yer almayacak ise, ekonomik bağımsızlığın tehlikeye düşmesi söz konusu olmayacak ve dolayısıyla pay devri talebinin reddi için bir haklı sebep oluşmayacaktır²⁸².

f. Pay Sahipleri Sözleşmesine Taraf Olmaya İlişkin Önemli Sebepler

1991 tarihli İsviçre ticaret hukuku revizyonları ve 2012 tarihli Türk ticaret hukuku öncesindeki bağlam sisteminin kapsamında, herhangi bir sebep ileri sürmeden bağlı nama yazılı payın devrinin şirket tarafından reddedilme imkanının varlığından ötürü, payı devralacak olan üçüncü

²⁷⁹ Tekinalp, Bağlam, § 6 N. 14

²⁸⁰ Akın, s. 66

²⁸¹ Akın, s. 66

²⁸² Böckli, § 6 N. 269; Kläy, s. 169

kişilerin pay sahipleri sözleşmesine taraf olmalarının koşılması uygulamada oldukça yaygın olarak görülmekteydi²⁸³. Pay sahipleri sözleşmesine taraf olmayı kabul etmeyen potansiyel alıcıların ise, pay devirleri şirket tarafından herhangi bir sebebe dayanmadan reddolunmaktaydı.

Yeni bağlam sistemi ile getirilen düzende ise, böyle bir durumun kabul görmeyeceğini düşünen yazarlar çoğunluktadır²⁸⁴. TTK m. 493 f. 2 hükmünden de anlaşılacağı üzere, yeni bağlam sistemi kapsamında pay devrini reddetme imkanı sunan önemli sebeplerin, şirketin işletme konusu veya işletmenin ekonomik bağımsızlığı ile ilişkilendirilmesi gerekmektedir. Ancak bu ilişkilendirmeyi aşan esas sözleşme hükümlerinin, TTK m. 493 f. 7 hükmü çerçevesinde değerlendirileceği açıktır²⁸⁵.

Buna karşın, doktrinde pay sahipleri sözleşmesine taraf olmayı bir önemli sebep olarak sunmanın, a priori olarak mümkün olmayacağını düşünmeyen görüşler de mevcuttur²⁸⁶. Buna göre, geniş sınırlar içerisinde pay sahipleri sözleşmesine taraf olmayı bir önemli sebep olarak addetmenin, pay sahipleri sözleşmesinin bağlam kurallarına aykırı hükümler getirmediği bir senaryoda mümkün olabileceği savunulmaktadır. Sözleşmesel bir gizlilik yükümlülüğü veya rekabet etmeme yükümlülüğü yükleyen bir pay sahipleri sözleşmesine taraf olmanın önemli sebep olarak sunulmasının, şirketin işletme konusuna ulaşması ve işletmenin ekonomik bağımsızlığını koruması anlamında kabul görebileceği savunulmaktadır²⁸⁷.

Nihayetinde pratikte pay sahipleri sözleşmelerinin genellikle gizlilik ve rekabet etmeme yükümlülüklerinden fazlasını sözleşmesel olarak hükme bağlaması sebebiyle, şirketin esas sözleşmesinde “pay sahipleri

²⁸³ Salzgeber – Dürig, s. 245; Hint-Bühler, s. 125; Forstmoser, Vinkulierung, s. 94

²⁸⁴ Kläy, s. 176

²⁸⁵ Akın, s. 72

²⁸⁶ Forstmoser, Vinkulierung, s. 96

²⁸⁷ Forstmoser, Vinkulierung, s. 101

sözleşmesine taraf olma koşulunu” bir önemli sebep olarak düzenlemesi ve bu önemli sebebin, payı devralacak potansiyel bir alıcının pay devrini reddetmesi, TTK m. 340 çerçevesinde emredici hükümlere aykırı olacak, esas sözleşme içerisinde tescil ve ilan edilmiş olsalar bile ortaklıksal bir uygulama alanı bulamayacaklardır²⁸⁸.

Bu duruma ilişkin önerilen bir diğer çözüm yöntemi ise, şirketin bir borç sözleşmesi ile (pay sahipleri sözleşmesi), payların pay sahipleri sözleşmesine taraf olmayı kabul etmeyen bir kişi tarafından satın alınması halinde, kaçış klotunu kullanma ve payların devrini reddetme borcu altına sokulmasıdır²⁸⁹.

2. Gerçek Değerini Önererek Reddetme İmkânı (Kaçış Klotu)

a. Genel Olarak

TTK m. 493 f. 1 kapsamında borsaya kote olmayan nama yazılı payların devrine ilişkin bağlam sistemi konusunda “önemli sebep” mekanizmasının yanında, şirketin devredene paylarını başvuru anındaki gerçek değeriyle, herhangi bir gerekçe göstermeden, kendi veya diğer pay sahipleri ya da üçüncü kişiler hesabına almayı önererek onay istemini reddetme imkânı getirilmiştir. Bu duruma İsviçre doktrininde “escape clause” adı verilmektedir²⁹⁰.

Bu imkan sayesinde esasen şirket, pay sahibi olarak görmek istemediği üçüncü kişilerin payı satın alımını kabuldten kaçınabilecekken, aynı zamanda payını devretmek isteyen pay sahibinin elindeki payları satın alarak kendisine şirketten çıkış imkânı sunacaktır. ETTK’da herhangi bir sebep göstermeden payın devrini red imkânı, bu sayede daha adil bir çözüme ulaştırılarak menfaatler dengesi sağlanmıştır²⁹¹.

²⁸⁸ Böckli, § 6 N. 24

²⁸⁹ Hintz-Bühler, s. 126

²⁹⁰ Böckli, § 6 N. 24

²⁹¹ Akın, s. 75

Belirtmek gerekir ki, payını devretmek isteyen pay sahibi şirkete onay talebini iletmesi üzerine şirketin payı devralma önerisi, bir önalım hakkı niteliğinde olmayacaktır. Zira önalım hakkında hak sahibinin hakkını kullanması neticesinde hakkın borçlusunun paylarını devretme borcu doğmaktadır. Bu sebeple TTK m. 493 f. 1 anlamındaki kaçış klozunun kullanılması ile payını devretmek isteyen pay sahibinin payını şirkete devretmeye zorlanmayacağını söylemek gerekir. Paylar, ancak pay sahibinin şirketin teklifini kabul etmesi halinde şirkete devrolunacaktır²⁹².

Kaçış klozunun bir başka yönü ise, buna ilişkin sürelerdir. Belirtmek gerekir ki, TTK m. 494 f. 3 uyarınca payını devretmek isteyen pay sahibinin payın devrinin onaylanmasına ilişkin talebinin şirkete ulaşmasından itibaren üç ay içerisinde şirketin payın devrini reddetmesi gerekecektir. Bu süre içerisinde reddedilmediği halde, onay verilmiş sayılacaktır. Bunun yanında TTK m. 493 f. 6 “*Devralan, gerçek değeri öğrendiği tarihten itibaren bir ay içinde bu fiyatı reddetmezse, şirketin devralma önerisini kabul etmiş sayılır.*” şeklindedir. Bu kapsamda, esasen kanun hükmü değerın dava yoluyla tespit ettirildiği hallerde uygulama bulacağına ilişkin bir anlam çıksa da, bunu söylemek doğru olmayacaktır. Zira bu sürenin, tarafların değer belirlenmesine ilişkin karşılıklı pazarlıkların sürdüğü hallerde de azami zaman dilimi olarak kabul edilmesi gerekir²⁹³.

Öte yandan bu hakkın kullanılabilmesi için özellikle şirketin böyle bir hakkı olduğuna yönelik bir esas sözleşme düzenlemesine gerek olmayacaktır. Ayrıca bu hakkın kullanılması için bir önemli sebep veya herhangi bir sebebe de gerek yoktur²⁹⁴. Esas olan, şirket esas sözleşmesinde TTK m. 492 f. 1 kapsamında nama yazılı payların

²⁹² Akın, s. 75

²⁹³ Akın, s. 109

²⁹⁴ Tekinalp, Bağlam, § 6 N. 15

şirketin onayıyla devredilebileceğinin öngörülmesi olacaktır. Böyle bir hükmün varlığında, şirketin kanundan doğan hakkını kullanarak pay devrini reddetmesi ve payları başvuru anındaki gerçek değeriyle almayı önermesi mümkün olacaktır²⁹⁵.

b. Gerçek Değer

Bu noktada kanunda geçen “gerçek değer” kavramının açıklanması doğru olacaktır. Bu kavram kanun koyucu tarafından tercihen tanımlanmamıştır. Zira bu durum, TTK m. 493 f.1 hükmünün gerekçesinde, “Tasarı "gerçek değer"i tanımlamamayı tercih etmiştir. Tanım öğreti ile içtihata bırakılmıştır. İsviçre’de ve 6762 sayılı Kanunun 418 inci maddesi sebebiyle Türk doktrinde söz konusu değerle, aktiflerin olası satış değerinin, kapitalizasyon değerinin ve işletme iktisadının kabul ettiği şirketin tüm varlıklarını temel alan diğer değerlerin ifade edildiği savunulmuştur. Bu değer, tasfiye değerinin üstündedir. Çünkü yaşayan bir şirketin değeridir.” şeklinde açıklanmıştır. Ancak belirtmek gerekir ki, kötü niyetle payların değerini etkilemek üzere sürdürülen düşük karlılık politikası gibi durumlar saklı kalmak kaydıyla, şirketin sona erme aşamasında olduğu veya karlılıktan yoksun olduğu bir durumda, payların tasfiye değerinin gerçek değer olarak esas alınması mümkün olmalıdır²⁹⁶.

Doktrinde TTK m. 493 f. 1’in lafzından, kanun koyucunun esasen gerçek değer taraflar arasındaki pazarlıklar sonucu belirlenmesine öncelik tanıdığı yorumu yapılmaktadır²⁹⁷. Ancak her durumda, kanun koyucu tarafından TTK m. 493 f. 5 kapsamında, devralanın payların gerçek değerinin belirlenmesi amacıyla şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinden talep etme hakkını sunmuştur. Başka bir deyişle, taraflar arasında payın gerçek değerine ilişkin mutabakat sağlanamaması halinde, asliye ticaret mahkemesine

²⁹⁵ Böckli, § 6 N. 197

²⁹⁶ Uzel, s. 320

²⁹⁷ Akın, s. 94

başvurularak, masrafları şirkete ait olmak kaydı ile, gerçek değer tespit ettirilecektir. Söylemek gerekir ki, gerçek değer bulunması adına uygulanacak değerleme yönteminin esas sözleşme kapsamında düzenlenmesi kural olarak mümkündür²⁹⁸. Ancak dikkat etmek gerekir ki, esas sözleşme ile belirlenecek değerleme yönteminin adil olmaması veya ilgili yöntemin şirketin niteliğine uygun olmaması ihtimaller dahilindedir. Bu sebeple, bu şekilde yapılacak olan düzenlemeler problemli olabilecek, gerçek değer tespitinde kısıtlamalara sebep olabilecektir²⁹⁹. Bu sebeple esas sözleşme ile belirlenecek yöntemin adil, şirketin durumunu göz önüne alan ve bağlam sistemi anlamında kısıtlayıcı bir nitelikte olmayan bir şekilde düzenlenmesi gerekmektedir. Her halükarda esas sözleşme ile gerçek değerden farklı bir değer, esas alınacağına ilişkin esas sözleşme hükümleri TTK m. 493 f. 7 temelinde geçersiz olacaktır³⁰⁰.

Doktrinde gerçek değer belirlenmesine ilişkin belirli yöntemler belirtilmiştir. BÖCKLİ³⁰¹ tarafından değerlemeye ilişkin iki yöntem gösterilmiştir. Bunlardan ilki uygulayıcı metodu (*“Praktiker Methode”*), diğeri ise indirgenmiş serbest nakit akım metodudur (*“Discounted Free Cash-Flow-Methode”*).

Öte yandan aynı şekilde TEKİNALP³⁰² tarafından gerçek değer saptanmasına ilişkin belirli yöntemler belirlenmiş, bu yöntemlerin ayrıntıları açıklanmış ve payın değerinin bilanço değerine, malvarlık değerine veya kapitalizasyon değerine göre belirlemenin mümkün olduğu belirtilmiştir.

Şirketin paylarının değerinin bulunması esasen hukuk disiplinin konusu olmamakla birlikte, konumuz ile yakın bağlantısı sebebiyle bu noktada

²⁹⁸ Uzel, s. 319

²⁹⁹ Forstmoser, Meier-Hayoz, Nobel § 44 N. 168

³⁰⁰ Uzel, s. 319.; Forstmoser, Meier-Hayoz, Nobel § 44 N. 168

³⁰¹ Böckli, § 6 N. 222, 223, 224, 225, 226, 227, 228

³⁰² Tekinalp, Önalım, s. 347, 348

şirket paylarının değerinin saptanması konusunda kullanılan yöntemleri kısaca açıklamak faydalı olacaktır. Şirket değerlemesi yöntemi açısından kullanılan 3 temel yöntem vardır. Bunlar doktrinde, (i) benzeri şirket ile karşılaştırma yaklaşımı, (ii) gelir yaklaşımı ve (iii) net aktif yaklaşımı olarak açıklanmaktadır³⁰³.

ba. Benzeri Şirket ile Karşılaştırma Yaklaşımını Temel Alan Değerleme Yöntemleri:

Benzeri şirketler ile karşılaştırma yaklaşımını temel alarak değerlendirme sonucuna ulaşmayı amaçlayan yöntemler, borsaya kote olan şirketlerin paylarının tedavül ettiği ve alıcının ve satıcının tam bilgi sahibi olarak işlem yapmış oldukları varsayılan pay senedi piyasalarında, borsaya kote benzer şirketlerin verilerinden yararlanarak değerlendirme yapılan şirketin değerinin bulunmasını amaçlamaktadır.

Bu yöntemlerden bir tanesi, fiyat/kazanç oranı karşılaştırması ile şirket değerinin tespit edilmesidir. Fiyat/kazanç oranı, bir şirkete ait pay senedinin hesap dönemi başında veya sonunda elde ettiği değer, o döneme ait pay başına kazancı kaç defa karşıladığını göstermektedir³⁰⁴. Başka bir deyişle, bu oran ilgili şirketin pay başına net kazancını hesaplamaktadır³⁰⁵. Bu yöntemdeki amaç, değerlendirme yapılacak şirket ile benzer sektörlerde faaliyet gösteren ve benzer faaliyetlere sahip şirketlerin fiyat kazanç oranlarından yola çıkarak, bir karşılaştırma yapıp ilgili şirketin paylarının değerini bulmaktır. Bu yönteme ilişkin olarak ortaya çıkan belirli eleştiriler vardır. Yöntemin şirket kazançlarındaki büyümeyi dikkate almaması, borsa değerinin gerçek değerden farklı olabilmesi ve karşılaştırma yapılacak şirketlerin doğru seçilmesinin zorluğu gibi eleştiriler ile birlikte, yöntem kapsamında gösterge olarak alınan net karın esasen muhasebe uygulamaları ve

³⁰³ Sağmanlı, s. 22 - 30

³⁰⁴ Özatlan, s. 56

³⁰⁵ Sağmanlı, 33

enflasyondan etkilenecek gerçek karı yansıtmaması, eleştiriler arasındadır³⁰⁶.

bb. Gelir Yaklaşımını Temel Alan Değerleme Yöntemleri:

Şirket değerlemelerinde kullanılan bir diğer yaklaşım ise, gelir yaklaşımı (*income approach*) adını taşımaktadır. Bu yaklaşımı temel alan değerleme yöntemleri, gelecek yıllarda elde edilecek gelirlerin bugünkü değerini (*present value*) bulmayı amaçlamaktadır³⁰⁷. Gelir yaklaşımı yöntemlerinde, esas olarak şirketin gelecek yıllardaki gelir ve giderleri arasındaki farkın (kar veya nakit akımları) belirli bir iskonto oranı ile bugünkü değerlerine indirilmekte ve bu değerler toplanmak suretiyle şirketin değeri bulunmaktadır³⁰⁸.

Bu yaklaşımı kullanarak şirket değerlemesi yapılan iki temel yöntem bulunmaktadır. Bunlar daha çok Almanya ve batı Avrupa ülkelerinde kullanılan “Ertragswert” (“*EW*”) (Bu yönteme ayrıca “Discounted Future Earnings Method ismi de verilmektedir³⁰⁹) yöntemi ile Anglo-Amerikan ülkelerde yaygın olan “Discounted Cash Flow” (“*DCF*”) yöntemidir.

Kısaca bahsetmek gerekirse, *EW* yönteminde şirketin ileride sahip olacağı gelir ve gider arasındaki farktan yararlanılırken, *DCF* yönteminde ise serbest nakit akımları değerlemenin temelini oluşturmaktadır³¹⁰. Ayrıca *DCF* yönteminde şirketin “artık değeri” (*terminal value*), yani seneler boyu fayda sağlayan şirketin sonunda kullanım süresi bittiğinde sahip olduğu değer, hesaba katılırken, *EW*

³⁰⁶ Özatlan, s. 57

³⁰⁷ Sağmanlı, s. 30

³⁰⁸ Sağmanlı, s. 41

³⁰⁹ Sağmanlı, s. 43

³¹⁰ Sağmanlı, s. 42

metodunda teorik olarak şirketlerin süresi sonsuz olarak kabul edilerek bu değer göz ardı edilmektedir³¹¹.

BÖCKLİ³¹² tarafından DCF yöntemine ilişkin olarak belirli eleştiriler getirilmiştir. Bunlardan kısaca bahsetmek gerekirse,

- (i) bu metod içerisinde şirketin en azından 5 yıllık iş planları gerekli olmakta, ancak borsaya kote olmayan birçok şirkette genellikle böyle planlar mevcut olmamakta, olsa bile bunların gerçekçiliği tartışılır hale gelmektedir;
- (ii) iş planlarının genellikle sır niteliğinde tutulması, üçüncü kişilerin yaptıkları değerlemelerin doğrulanabilirliğini zorlaştırmaktadır;
- (iii) Gelecekteki serbest nakit akımlarının bugünkü değerine ulaşmak amacıyla kullanılan oranların doğru tespiti oldukça zordur ve bu oranın hesaplama sonucu bulunacak değer üzerinde etkisi oldukça fazladır; ve
- (iv) Hedeflenen kazançlara ulaşılmasında yönetimin etkisi ihmal edilmektedir.

bc. Net Aktif Yaklaşımını Temel Alan Değerleme Yöntemleri:

Net aktif yaklaşımını temel alan değerlendirme yöntemleri, şirketin sahibi bulunduğu varlıkların tümü, yani toplam özvalıklarının şirketin değeri olarak esas alan yöntemlerdir³¹³. Dolayısıyla bu yöntemler kapsamında şirketin mali tabloları ve bilançosundan şirketin değeri tespit edilmektedir. Bu yöntemlerin, özellikle gelir yaklaşımını temel alan yöntemlerden farklı olarak, şirketin değerini statik olarak ele aldığı söylenebilir.

³¹¹ Sağmanlı, s. 42

³¹² Böckli, § 6 N. 228

³¹³ Sağmanlı, s. 59

Bu kapsamda net aktif yaklaşımını temel alan değerleme yöntemlerinden ikisi, net aktif değeri yöntemi ile tasfiye değeri yöntemi olarak adlandırılmaktadır.

Kısaca açıklamak gerekirse, net aktif değeri yönteminde sermaye, yedek akçe ve yeniden değerlendirme veya diğer fonlarının toplamından bilanço zararları çıkartılarak şirketin özkaynak değeri bulunmaktadır³¹⁴. Tasfiye değeri yönteminde ise, şirketin sona ereceği varsayılarak, şirketin bütün aktiflerinin elden çıkartılması sonrası tüm borçların ödenmesi ile elde kalan değer şirket değeri olarak belirlenmektedir³¹⁵. Neticede genellikle şirketin net aktif değeri, tasfiye değerinden daha yüksek olmaktadır.

Sonuç olarak bu şirket değerlendirme yöntemleri neticesinde pay sahibinin payı için belirli bir değeri “gerçek değer” olarak esas almak ve bu gerçek değer üzerinden pay sahibine şirket tarafından yapılacak bir teklif neticesinde şirketin kendi veya diğer pay sahipleri ya da üçüncü kişiler hesabına alması mümkün olacaktır. Ancak her durumda önemli olan bu değer adil bir değer olmasıdır. Bunun ortaya çıkması için de, genellikle değerlendirme yöntemlerinden birden fazlasını kullanarak ortaya gerçeğe yakın bir değer çıkarmak doğru bir yöntem olacaktır.

c. Şirketin Kendi Paylarını İktisap Etmesi Hali

TTK m. 493 f. 1 kapsamında kaçış klotunun kullanılmasına ilişkin açıklanması gereken bir diğer konu, şirketin bu anlamda payları satın alması halinde TTK m. 379 vd. hükümleri ile olan ilişkisi olacaktır. Zira

³¹⁴ Özatlan, s. 47

³¹⁵ Sağmanlı s. 62

TTK m. 379 vd. hükümlerinde şirketin kendi paylarını iktisap etmesi hali açıkça düzenlenmiş, bu duruma sermayenin korunması ilkesi çerçevesinde belirli sınırlamalar getirilmiştir.

İsviçre Borçlar Kanunu uyarınca (OR m. 659/I) şirketin kendi paylarını iktisap etmesi ancak ilgili payların şirket sermayesinin nominal değerinin %10'unu aşmaması ve şirket içerisinde iktisap için kullanılabilecek serbest özkaynak, başka bir deyişle kar ve serbest yedekler, bulunması şartlarına bağlanmıştır. Öte yandan aynı maddenin ikinci fıkrasında satın almanın bir devir sınırlandırmasına istinaden yapılması halinde, şirketin sermayenin nominal değerinin %20'sine kadar pay satın alabileceği hükme bağlanmış, ancak bunun yarısının iki yıl içerisinde satılması veya sermaye azaltılması yoluyla itfa edilmesi öngörülmüştür.

TTK'daki düzenlemeler içerisinde, TTK m. 612 f. 2 çerçevesinde limited şirketlerde şirketten çıkma veya çıkarma dolayısıyla şirketin kendi paylarını iktisap etmesine ilişkin kuralların aksine, anonim şirketin bağlam hükümleri çerçevesinde kendi paylarını iktisap etmesine istinaden bir istisna hükmü getirilmemiştir. Başka bir deyişle, açık bir hüküm ile bu özel durum düzenlenmemiştir. Neticede bu boşluğun yorum yoluyla doldurulması gerekmektedir. Doktrinde bu konuda fazlasıyla tartışma bulunmaktadır.

TEKİNALP³¹⁶ tarafından savunulan görüş uyarınca, şirketin bağlam hükümleri çerçevesinde kendi payını iktisabında TTK m. 379 vd. hükümlerinde yer alan şartların gerçekleşmesi gerekmediğini, örneğin GK'dan alınmış izne veya yakın ve ciddi bir tehlikenin varlığına gerek olmadığını, TTK m. 493 hükmünün TTK m. 379 f. 1'e bir istisna olarak değerlendirilmesi gerektiğini, şirketin kendi paylarını iktisap etmesinde m. 379 f. 3 uyarınca tanımlanan serbest yedek akçelerden ödeme yapma gereği bulunmadığını, şirketin dilerse bankadan kredi sağlayarak da

³¹⁶ Tekinalp, Bağlam, § 6 N. 17

payları iktisap edebileceğini, iktisap edilen payların TTK m. 384 uyarınca elden çıkarılmalarının gereğinin bulunmadığını belirtmiş, ancak TTK m. 520 gereğince payların iktisap değerlerini karşılayacak tutarda yedek akçe ayrılması gerekliliğini ortaya koymuştur.

Öte yandan KENDİGELEN³¹⁷ şirketin böyle bir durumda TTK m. 379 bağlamında %10'luk bir sınır ile bağlı olmayacağını, ancak payların satın alınmasında TTK m. 379 f. 3 hükmü uyarınca iktisap edilecek payların bedelleri düşüldükten sonra, kalan şirket net aktifinin en az esas veya çıkarılmış sermaye ile kanun ve esas sözleşme uyarınca dağıtılmasına izin verilmeyen yedek akçelerin toplamı kadar olması gerektiği şartının uygulanması gerektiğini savunmuştur.

Buna karşı AKIN³¹⁸ %10'luk sınırın bu maddenin uygulamasında geçerli olmayacağını, TTK m. 381 kapsamında belirlenen “yakın ve ciddi bir kaybın önlenmesi” sebebinin esasen bağlam hükümleri çerçevesinde kaçış klotunun kullanmasını da içereceğini, şirketin payları satın almasında dilerse yabancı kaynak (banka) kullanabileceğini, GK kararı gerekliliğinin olmayacağını, TTK m. 379 f. 3 hükmünün uygulama bulmayacağını belirtmiş, ancak şirketin kaçış klotunun kullanması neticesinde TTK m. 520 hükmünün uygulama bulacağını belirtmiştir. Öte yandan yazar şirketin iktisap ettiği payların elden çıkarılması gereğine ilişkin olarak, TEKİNALP'in aksine, şirketin bu durumda TTK m. 384 ile bağlı olmayacağını ancak dürüstlük kuralları çerçevesinde elden çıkartması gerektiğini, bunu da elindeki payları halihazırdaki pay sahiplerine teklif ederek veya şirket esas sözleşme şartlarını taşıyan üçüncü bir kişiye devrederek yapması gerektiğini, ikisinin mümkün olmaması halinde sermaye azaltımına giderek payları itfa etmesi gerektiğini savunmuştur.

³¹⁷ Abuzer Kendigelen, Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, Değişiklikler İşlenmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, İstanbul, 2012, s. 403

³¹⁸ Akın, s. 86 - 87

Nihayetinde doktrindeki baskın görüş uyarınca şirketin kendi paylarını iktisap etmesi konusunda TTK m. 379 vd. hükümlerinin uygulama bulmayacağını ve esasen TTK m. 493 f. 1 kapsamında getirilen kaçış klozunun bu hükümlere bir istisna teşkil edeceğini söylemek mümkündür. TTK m. 493 f. 1 hükmünün, şirketin kendi paylarını iktisap etme konusundaki %10'luk sınır ile bağlı olmayacağını, TTK m. 381 kapsamında kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini, ancak mehaz İsviçre borçlar kanunundaki düzenleme³¹⁹ göz önüne alındığında ve dürüstlük kuralına ithafen şirketin iktisap ettiği payları belirli bir süre içerisinde elden çıkartması veya itfa etmesi gerektiğini söylemek gerekir.

Öte yandan şirketin iktisap ettiği payların uygun bir zaman içerisinde elden çıkarması gerektiğine ilişkin görüşe katılmamak mümkün değildir, zira kaçış klozunun temel mantığı şirketin iktisap ettiği payların uzun süreli sahibi olması değil, ortaklık yapısının değişmesini engellemek adına şirketin bir önlem almasıdır. Mehaz İsviçre hukukundaki düzenleme de göz önüne alındığında, düzenleme içerisinde belirtilen süre ile bağlı olunmasa bile, şirketin uygun bir zaman içerisinde iktisap edilen payları elden çıkarması gerektiğini söylemek doğru olacaktır.

Öte yandan şirket yönetim kurulunun iktisap edilen payları elden çıkarırken bağlılık yükümü çerçevesinde ve eşit işlem ilkesine göre hareket etmesi gerekmektedir³²⁰. Bu bağlamda esasen kural olarak şirketin iktisap ettiği payların tüm pay sahiplerine payları oranında (*pro rata*) teklif edilmesi gerekecektir. Ancak böyle bir durumun mümkün olmaması halinde, bu durumdan imtina edilebilecektir³²¹.

d. Şirketin Kaçış Klozu Bağlamında Payı Pay Sahipleri veya Üçüncü Kişi Hesabına İktisabı:

³¹⁹ Forstmoser, Meier-Hayoz, Nobel § 44 N. 162

³²⁰ Akın, s. 92

³²¹ Akın, s. 92

TTK m. 493 f. 1 hükmü gereğince, şirket kaçış klozu bağlamında ilgili payı kendi hesabına satın alabileceği gibi, diğer pay sahipleri veya üçüncü kişiler hesabına da satın almayı teklif edebilecektir. Şirketin payı diğer pay sahipleri veya üçüncü kişiler hesabına iktisap etmesi halinde, kendi paylarını iktisap etmesine ilişkin hükümler uygulanmayacaktır.

TTK m. 493 f. 1 kapsamında şirket tarafından yapılacak alım önerisinin “diğer pay sahipleri veya üçüncü kişiler hesabına” yapılabileceği düzenlenmiş olması itibariyle, bu durumda şirket ile diğer pay sahipleri veya üçüncü kişiler arasında bir dolaylı temsil ilişkisi kurulmuş olacağı kabul edilmektedir³²². Bu temsil ilişkisi kapsamında şirket tarafından yapılan icabın muhatap tarafından kabulü ile bir satış sözleşmesi kurulmuş olacaktır.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, TTK m. 493 f. 1’in açık düzenlemesine karşın, kaçış klozunun şirket tarafından diğer pay sahipleri hesabına alınması durumunda, pay sahiplerinin payları şirket yoluyla iktisap etmek yerine yerine doğrudan kendilerinin payı satın almayı teklif etmesi şeklinde yapılacak bir esas sözleşme düzenlemesinin geçerliliği doktrinde tartışmalı konulardandır. Pratikte böyle bir çözümün sürecin işleyişi açısından kolaylık yaratacağı söylenebilir. Ancak özellikle birden çok pay sahibinin ilgili pay için istekli bulunması durumunda, istekli pay sahipleri arasında bir koordinasyonun gerekli olacağını belirtmek gerekir ve bu anlamda TTK düzenlemesinin de yararlı olduğunu söylemek mümkündür³²³.

Satış sözleşmesinin şirket ile muhatap arasında kurulması kanunun lafzı açısından önemli olmakla birlikte, pay bedeli ödeme borcunun kim tarafından ifa edilmesi gerektiğine ilişkin bir düzenlemeye yer

³²² Yüksel, Bağlam, s. 196; Uzel, s. 312

³²³ Forstmoser, Vinkulierung, s. 104

verilmemiştir. Ancak dolaylı temsil ilişkisinin niteliği itibariyle, yapılan hukuki işlemin sonuçları temsilciye ait olacaktır³²⁴. Bu bağlamda, pay bedeli ödeme borcu da şirkete ait olacak³²⁵ ve satım sözleşmesi şirket ile muhatap arasında kurulmuş olacaktır.

Buna karşın doktrinde şirket tarafından bu süreçte kaçış klotuna konu olan payı satın almak isteyen kişilerin belirlenmesi ve satıcı konumundaki kişi ile bu alıcıları buluşturarak devir sözleşmesinin kurulmasını bu kişilere bırakılabileceği ifade edilmiştir³²⁶. Böyle bir durumun varlığı halinde, her ne kadar pay bedelini ifa borcunun şirketin ödenmeyen borçtan sorumlu kalacak olması kabul edilse de³²⁷, pay bedelinin ilgili alıcılar tarafından ifa edilmesinde hukuken herhangi bir sorun görülmemelidir. Zira bu çerçevede gerçek değer tespit edilmiş, şirket tarafından eşit işlem ilkesine uygun olarak ilgili payın alıcıları belirlenmiş ve sözleşme aşamasına gelinmiştir. Bu noktada payını devredecek olan satıcının menfaati karşılanmış ve pay bedelini ödeme borcu şirket yerine ilgili üçüncü kişi alıcılar tarafından ifa edilmiş olacaktır. Başka bir deyişle, kanunun lafzından ötürü kaçış klotunun kullanılması, gerçek değer belirlenmesi ve satış sözleşmesinin kurulması aşamalarının şirket tarafından veya şirket denetiminde gerçekleştirilmesi hem satıcı pay sahibinin hem de diğer pay sahiplerinin menfaatine olduğunu kabul etmek gerekse de, şirketin pay bedelini ifa borcunun payı nihayetinde devralacak olan diğer pay sahipleri veya üçüncü kişiler tarafından ifa edilebilmesi mümkün olmalıdır.

Ancak buna karşın pay bedeli ödeme borcunun şirket tarafından ifa edildiği durumlarda doğru olan, şirket yönetim kurulunun devre konu

³²⁴ TBK m. 40 f. 2

³²⁵ Akın, s. 93

³²⁶ Akın, dipn. 328

³²⁷ Bu durumda dahi pay bedelini ifa borcunun şirkette kalacağının kabul edilmesinin sebebi, “kanunda yer alan ifade ve satıcı konumundaki pay sahibinin satım bedelini tahsil etmesindeki menfaat” şeklinde açıklanmıştır. Bkz. Akın, dipn. 328

payların gerçek değeri temsil eden bedeli payların nihai alıcısı olan kişilerden nakden tahsil etmesi veya bu bedele ilişkin bir güvence temin etmesidir³²⁸. Aksi halde, yönetim kurulunun yetkisi dahilinde yapılan işlemde yeterli güvencenin alınmamış olunması, yönetim kurulunun sorumluluk sebebi haline gelecektir³²⁹.

Şirketin talep edeceği güvence hakkında doktrinde banka teminat mektubu, muteber ülkelerin ihraç ettikleri devlet borçlanma senetleri, kesin borç ipoteği veya mali gücü bulunan muteber bir başka kişinin kefaleti örnek olarak verilmiştir³³⁰.

e. Kaçış Klotuna İlişkin Esas Sözleşme Düzenlemeleri

Doktrinde kaçış klotunun anonim şirketlere verilen kanuni bir hak olmasından dolayı, daha önce buna ilişkin özel bir esas sözleşme düzenlemesinin gerekmeyeceği, TTK m. 492 f.1 bağlamında payların şirketin onayı olmadan devredilemeyeceğine ilişkin bir esas sözleşme düzenlemesinin yeterli olacağından bahsedilmiştir³³¹.

Buna rağmen şirketin hangi kaynaklardan kendi paylarını satın alabileceği, mevcut pay sahiplerine satın alınacak payların hangi ilkeler dahilinde arz olunacağı, şirketin tüzel kişilik olarak bu hakkı kullanmadığı hallerde mevcut hissedarların bu hakkı nasıl kullanacakları gibi hususlarda esas sözleşme düzenlemeleri getirmek mümkün, gerekli ve faydalı olacaktır³³².

3. Şirketin Pay Devrine İlişkin Kararı:

Çalışmamızın bu bölümüne kadar bağlam ve esas sözleşmesel bağlam sistemi genel esasları ile anlatılmış, bağlı nama yazılı payların devrinde

³²⁸ Böckli, § 6 N. 196

³²⁹ Akın, dipn. 327

³³⁰ Akın, s. 93

³³¹ IV/C/2/a

³³² Akın, s. 111

anonim şirketin pay devrini reddetme olanaklarından ikisi olan önemli sebep ve kaçış klozu açıklanmıştır. Bu noktada, bağlam kuralları çerçevesinde bağlı nama yazılı payın devrinde şirketin pay devrine dair kararına ilişkin genel bilgiler aktarılacak ve bu kararın hangi organ tarafından alınması gerektiği üzerinde durulacaktır.

a. Genel Olarak Şirketin Pay Devrine İlişkin Kararı:

Konunun bütünlüğü açısından, öncelikle bu payların devrine ilişkin prosedürel adımların genel bir açıklaması yapılması doğru olacaktır. Çalışmamız kapsamında bağlam sisteminin yalnızca önemli sebep ve kaçış klozu unsurlarının incelenmiş olduğunu hatırlatır, farklı bağlam türleri konusunda farklı prosedürler işleyebileceğini belirtmek isteriz.

Bağlam sisteminde öncelikle esas sözleşmeye dercedilmiş TTK m. 492 vd. hükümleri çerçevesinde bir bağlam kuralının mevcudiyeti ve nama yazılı payların varlığı esastır. Bu halde, bağlı nama yazılı payların varlığı söz konusu olacaktır. Bağlı nama yazılı payların devirleri, esas sözleşme düzenlemesine bağlı olarak şirketin onayına tabi olacaktır.

Bu halde, payını devretmek isteyen pay sahibinin veya payı devralmak isteyen üçüncü kişinin payını devretmek veya devralmak istediğine ilişkin irade beyanında bulunması ve bu irade beyanını şirkete yapacağı başvuru ile ortaya koyması gerekmektedir³³³. İspat kuralları çerçevesinde yapılacak başvurunun yazılı olması önem teşkil etmektedir. Başvurunun yanında, ciro edilmiş pay senetleri veya pay devir sözleşmesi gibi payın iktisabına ilişkin belgeleri eklemek de doğru olacaktır³³⁴.

Pay sahibinin bu beyanını takiben, şirketin TTK m. 494 f. 3 hükmü itibariyle beyanın kendisine ulaşmasından itibaren 3 ay içerisinde bir

³³³ Akın, s. 181

³³⁴ Akın, s. 183

karar vermesi gerekmektedir. Şirketin kararını ilgili pay sahibine iletmemesi halinde, şirket tarafından payın devri onaylanmış sayılacaktır. Bu karar devri onaylama şeklinde olabileceği gibi, TTK m. 493 f. 1 hükmü çerçevesinde onay istemi reddedilebilecektir. Pay devrine ilişkin talebin reddedilmesi halinde, red kararı ile birlikte red kararının gerekçesinin açıkça belirtilmiş olması gerekir. Aksi halde reddin haklı veya haksız olduğu tespit edilemeyecektir³³⁵.

b. Karara Yetkili Organ

TTK m. 493 vd. hükümlerinde onay istemine ilişkin kararın şirket tarafından verileceği belirlenmiştir. Ancak şirketin hangi organının karar vermeye yetkili olduğu hususunda bir belirleme yapılmamış olmasından ötürü, bu noktanın açıklanması doğru olacaktır.

Genel olarak kabul gören görüş, esas sözleşmede aksi öngörülmediği takdirde şirket yönetim kurulunun bu kararı vermeye yetkili olduğudur³³⁶. Başka bir deyişle, pay devrine ilişkin kararın genel kurul tarafından verileceğine ilişkin bir esas sözleşme düzenlemesi ile, böyle bir kararın genel kurulun yetkisine bırakılması da mümkün olacaktır. Doktrinde tartışma olmakla birlikte, bu kararı vermek adına üçüncü bir kişinin yetkilendirilmesinin de caiz olduğunu savunan görüşler mevcuttur³³⁷.

Şirketin onay istemine ilişkin kararının üçüncü kişilere devredilebileceğine ilişkin konuda UZEL³³⁸ tarafından savunulan görüşe göre, bu karar TTK m. 375 uyarınca yönetim kurulunun

³³⁵ Tekinalp, Bağlam, § 6 N. 37

³³⁶ Sıtkı Anlam Altay, Türk ve İsviçre Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda Esas Sözleşmesel Bağlam, İsviçre Borçlar Kanunu'nun İktibasının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukuku'nun Türk Ticaret Kanunu'na Etkileri, İstanbul, 2009, s. 594; Akın, s. 185; Uzel, s. 57; Hitz-Bühler, s. 128

³³⁷ Uzel, s. 57; Sinan H. Yüksel, Borsaya Kote Edilmemiş Bağlı Nama Yazılı Payların Devrinde Şirketin Alım Önerisinde Bulunarak Onay İstemini Reddetme Hakkı (Kaçış Klozu) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi – 2013/2, 192 Karşı Görüş için bkz. Rauf Karasu, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Nama Yazılı Payların Devrinin Sınırlandırılması, GÜHFD, C. XII, S. 1-2, 2008, s. 133; Akın, s. 185

³³⁸ Uzel, s. 57-58

devredilemez görev ve yetkileri arasında açıkça yazılmaması sebebiyle bu yetkinin genel kurula devri caiz olacaktır. Öte yandan yazarın görüşüne göre TTK m. 367 kapsamında yönetimin devrine istinaden bu kararı verme yetkisinin yönetim kurulunun bir veya birkaç üyesine veya üçüncü bir kişiye iç yönerge yoluyla tevdi edilmesi de mümkündür.

Kanımızca bu görüşün kabulü gerekir. Zira anonim şirketler bağlamında TTK m. 375 çerçevesinde yönetim kurulunun devredilemez görev yetkileri arasında açıkça yazılmayan bu yetki, TTK m. 616 f. 1/g kapsamında limited şirketler açısından açıkça genel kurulun devredilemez yetkileri arasında sayılmıştır. Öte yandan pay defterinin tutulması TTK m. 375 f. 1/f kapsamında yönetim kurulunun devredilemez görev ve yetkileri arasında sayılmıştır. Doktrinde de belirtildiği üzere³³⁹, ilgili düzenlemede açıkça pay defterinin tutulması devredilemez görev ve yetkiler arasında sayılmış olduğundan ötürü, yönetim kurulunun devre onay vermesinin devredilemez nitelikte olduğu sonucuna varmak doğru değildir. Bu nedenle pay devrine ilişkin kararın esas sözleşme düzenlemesi ile genel kurula tevdi edilebileceğini kabul etmek gerekir. Öte yandan ilgili yetkinin yönetim kurulu tarafından belirli kişi/kişilere tevdi de mümkün olmalıdır. Zira TTK m. 367 çerçevesinde yönetim kurulu tarafından şirketin yönetiminin tamamı veya bir kısmını bir veya birkaç yönetim kurulu üyesine veya üçüncü kişiye devredilebileceği açıkça belirlenmiştir. Bu noktadan hareketle, şirketin devre onay vermesinin yönetim kurulunun devredilemez görev ve yetkileri arasında olmadığına da kabulü ile, bu yetkinin üçüncü kişiye iç yönerge yoluyla tevdi edilmesi kabul edilmelidir.

Ancak belirtmek gerekir ki, şirketin pay devrine ilişkin karar verme yetkisinin genel kurula tevdi edilmesi halinde, tüm pay devirlerinde bir olağanüstü toplantı yapılması gerekeceği göz önüne alınarak, nispeten

³³⁹ Tekinalp, Bağlam, § 2 N. 12; Yüksel, Bağlam, s. 192

daha az sayıda pay sahibine sahip kapalı anonim şirketler açısından bu çözümün mümkün olabileceğini, aksi halde böyle bir yetki devrinin pratik anlamda zorluklar yaşatabileceğini belirtmek gerekir³⁴⁰.

4. Şirketin Hukuka Aykırı Red Kararı ve Hukuki Yollara Başvuru:

Şirketin onay istemini reddetmesini düzenleyen TTK m. 493 vd. hükümleri uyarınca, şirket borsaya kote olmayan bağlı nama yazılı payların devrinin onayına ilişkin talebin esas sözleşmede öngörölmüş önemli bir sebebi ileri sürerek veya devredene, paylarını, başvurma anındaki gerçek değeriyle, kendi veya diğer pay sahipleri ya da üçüncü kişiler hesabına almayı önererek, onay talebini reddedebilecektir. Şirketin pay devrini reddetmesi halinde, TTK m. 494 f. 1 uyarınca payların mülkiyeti ve paylara bağlı tüm haklar devredende kalacaktır.

Şirketin talebin kendisine ulaşmasından itibaren üç ay içerisinde red kararını vermesi gerekmektedir. Şirketin üç ay içerisinde karar vermemesi veya reddin haksız olması halinde, TTK m. 494 f. 3 uyarınca onay verilmiş sayılacaktır.

Pay sahibinin şirket tarafından verilen red kararı karşısında başvurabileceği belirli hukuki yollar bulunmaktadır. Pay sahibi, şirkete karşı bir taraftan reddin iptaline ilişkin bir eda davası açabileceği gibi, diğer taraftan bu karar neticesinde bir zarara uğramış ise tazminat davası açabilecektir³⁴¹.

Bu kapsamda, reddin iptali davasına ilişkin olarak, (i) red sebebi esas sözleşmede gösterilmemişse, (ii) sebep esas sözleşmede gösterilmiş olmakla birlikte somut olay TTK m. 493 kapsamında önemli sebep şartlarını taşııyorsa, (iii) önemli sebep TTK'ya uygun olmasına rağmen somut olay ile uyuşmuyorsa, (iv) istem tarihinden itibaren üç ay geçtikten sonra onay reddedilmişse, reddin iptali davasının sebepleri oluşmuş anlamına

³⁴⁰ Hintz-Bühler, s. 128

³⁴¹ Tekinalp, Bağlam, § 6 N. 38

gelecektir³⁴². Bu sebeplere dayanarak pay sahibinin reddin iptali davasını açması mümkün olacaktır. İptal davasının yanında, aynı zamanda pay defterine kaydın da hükme bağlanmasının talep edilmesi gerekmektedir³⁴³.

Reddin iptaline ilişkin olarak açılan eda davasının sonuçları, borsaya kote edilmiş nama yazılı paylar açısından TTK m. 497 f. 4 kapsamında açıkça düzenlenmiştir. Buna göre, “red hukuka aykırı ise şirket, mahkeme kararının kesinleşmesinden itibaren, oy hakkını ve buna bağlı hakları tanır.” şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir. Başka bir deyişle, şirketin hukuka aykırı olarak verdiği red kararına karşı açılan davanın hukuki sonuçları, mahkeme kararının kesinleşmesi ile birlikte ileriye yönelik olarak sonuç doğuracaktır. Doktrinde, TTK m. 497 f.4 kapsamında borsaya kote edilmiş nama yazılı paylar açısından yapılmış bu düzenlemenin, kıyasen borsaya kote edilmemiş nama yazılı paylar açısından da uygulama alanı bulacağı görüşü kabul edilmektedir³⁴⁴. Söylemek gerekir ki, bu durum payı devralan ve devreden kişilerin menfaatlerinin göz önüne alınmadığı eleştirisine haklı olarak sebep olmaktadır. Ancak yaratılan bu sistemin, özellikle işlem güvenliği perspektifinden haklılığı kabul edilmelidir. Zira dava sonuçlarının geriye etkili olarak kabul edilmesi, payı devreden pay sahibinin dava süresince paya bağlı olarak yaptığı işlemleri zorluğa sokacaktır. Özellikle payın devredilebilirliğinin esas alındığı bir sistem içerisinde, örneğin dava sırasında devreden pay sahibinin üçüncü bir kişiye payını devretmesi ve bu devrin şirket tarafından usulünce onaylanması halinde, bu devrin geçerli olacağı kabul edilmektedir³⁴⁵. Bu noktada, mahkeme kararının geriye dönük olarak etki doğuracağının kabul edilmesi, sistemin zarar görmesine ve işlem güvenliğinin azalmasına sebebiyet verebilecektir. Aynı şekilde paya bağlı yönetsel hakların da dava süresince kullanımı halinde, geriye dönük olarak verilmiş bir kararın varlığı büyük sorunlara yol açabilecektir. Şirketin pay sahipleri ve ilgili üçüncü kişiler açısından bu durum menfaat dengesinin bozulmasına sebep olabilecektir. Tüm bu sebeplerle, mahkeme kararının

³⁴² Tekinalp, Bağlam, § 6 N. 38

³⁴³ Tekinalp, Bağlam, § 6 N. 39

³⁴⁴ Uzel, s. 224

³⁴⁵ Uzel, s. 226

ileriye dönük olarak geçerli olmasının doğru bir denge sağladığı söylenebilir.

Zira devralan pay sahibinin elinde ilaveten zararlarının tazminini talep etme hakkı vardır. Red kararı sebebiyle uğranılan zararın tazmini, TTK m. 497 f. 4 kapsamında borsaya kote nama yazılı paylar açısından düzenlenmiş bir husustur. Buna göre, “*Şirket, kendisine herhangi bir kusurun yükletilemeyeceğini ispat edemediği takdirde, devralanın red nedeniyle uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür*”. Bu kapsamda, TEKİNALP³⁴⁶ tazminat davasına ilişkin bu hükmün borsaya kote olmayan nama yazılı paylara da kıyasen uygulanacağını belirtmiştir. Bu imkan sayesinde, devralan pay sahibinin bu red kararı sebebiyle uğradığı zarar, şirket tarafından tazmin edilecek ve devralan pay sahibinin menfaatleri korunacaktır.

V. PAY SAHİPLERİ SÖZLEŞMESİ ÇERÇEVESİNDE BELİRLENEN PAY DEVİR SINIRLAMALARININ ESAS SÖZLEŞMEYE YANSITILMASI

A. Pay Sahipleri Sözleşmesi Çerçevesinde Belirlenen Pay Devir Sınırlamalarının Esas Sözleşmeye Yansıtılmasındaki Sınırlar

Çalışmamızın bu bölümüne kadar genel olarak pay sahipleri sözleşmelerinden ve pay sahipleri sözleşmeleri içerisinde yer alan pay devir kısıtlamalarından ve şirketin TTK’nın izin verdiği ölçüde pay devirlerini bağlam sistemi çerçevesinde nasıl sınırlayabileceğinden bahsedilmiş, yer yer pay sahipleri sözleşmelerinin ve bu sözleşmeler içerisinde yer alan pay devir sınırlandırmaları hükümlerinin esas sözleşme ile ilişkileri açıklanmıştır. Bu bağlamda, pay sahipleri sözleşmeleri çerçevesinde belirlenen pay devir sınırlamalarının esas sözleşmeye yansıtılması ve bu sınırlamalara ne ölçüde ortaklıksal (korporatif/maddi) nitelik kazandırılabilmesi konusunun tartışılması gerekmektedir. Zira her ne kadar bu sınırlandırmaların pay sahipleri sözleşmeleri içerisinde düzenlenmesi sözleşme özgürlüğü prensibine dayanarak geçerli olsa da, aslen bu sözleşmeleri akdeden

³⁴⁶ Tekinalp, Bağlam, § 6 N. 40

tarafların bu sınırlama hükümlerinin uygulanabilirliğine ilişkin beklentileri, temel Borçlar Hukuku yaptırımlarından fazlası olmaktadır. Başka bir deyişle, pay devir sınırlamalarını içeren sözleşme hükümlerinin sadece sözleşmesel nitelik taşıması ve genel Borçlar Hukuku prensiplerine göre yaptırımlara başvurulabilmesi, sözleşmeyi akdeden taraflar için genellikle yeterli olmamaktadır. Taraflar çoğunlukla bu şekilde düzenlenen pay devir sınırlandırmalarının uygulanabilirliğini artırmak adına ilgili devir sınırlamalarını esas sözleşmeye nakletmek veya devir sınırlandırmalarını pay senetlerinin arkasına yazmak gibi yollara başvurarak, ortaklıksal (korporatif/maddi) nitelik kazandırılmaya çalışıldığı görülmektedir.

Konunun açıklanması adına, öncelikle anonim şirketlerin genel ilkeleri ve TTK hükümleri çerçevesinde bir inceleme yapmak zaruridir. Bu kapsamda, (i) TTK m. 480 (tek borç ilkesi), (ii) TTK m. 340 (emredici hükümler), ve (iii) TTK m. 493 f. 7 (esas sözleşmenin devredilebilirlik şartlarını ağırlaştıramaması) hükümlerinin incelenmesi gerekmektedir.

1) Tek borç ilkesi

a. Genel Olarak

Tek borç ilkesi Türk hukuku dahil birçok kıta Avrupası hukukunda kendine yer bulmuş bir kavramdır. Bu kapsamda, öncelikle diğer hukuk sistemlerinde tek borç ilkesine ilişkin düzenlemeler açıklanacak, sonrasında Türk hukuk sistemindeki düzenleme incelenecektir.

Mehaz İsviçre Borçlar Kanununa (OR m. 680) bakıldığında, tek borç ilkesini düzenleyen maddenin başlığının pay sahiplerinin edim yükümü (*Leistungspflicht des Aktionärs*) olduğu görülmektedir. Maddenin birinci fıkrasında “pay sahibi, esas sözleşme ile dahi, payın alımı için belirlenen ihraç bedelini aşan bir edimde bulunmaya zorlanamaz” (*Der Aktionär kann auch durch die Statuten nicht verpflichtet werden, mehr zu leisten*

als den für den Bezug einer Aktie bei ihrer Ausgabe festgesetzten Betrag) ifadesi kullanılmıştır.

Aynı şekilde Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu (AktG § 54) da tek borç ilkesine yer vermiştir. AktG § 54 kapsamında maddenin ana başlığı Pay sahiplerinin Ana Borcu (*Hauptverpflichtung der Aktionäre*) olarak belirlenmiş, maddenin birinci fıkrasında ise “pay sahibinin katılma payının ifası borcunun payların ihraç değeri ile sınırlı olacağı” (*Die Verpflichtung der Aktionäre zur Leistung der Einlagen wird durch den Ausgabebetrag der Aktien begrenzt*) hükme bağlanmıştır³⁴⁷.

Türk hukukunda tek borç ilkesi, TTK m. 480 çerçevesinde ifadesini bulmaktadır. TTK m. 480 f. 1, “*kanunda öngörülen istisnalar dışında, esas sözleşmeyle pay sahibine, pay bedelini veya payın itibarî değerini aşan primi ifa dışında borç yükletilemez.*” şeklinde düzenlenmiştir. Maddenin lafzından da anlaşılabileceği üzere, anonim şirket pay sahibine, pay bedeli veya payın itibari değerini aşan primi ifa borcu dışında başka borç yükletilemeyecektir. Bu sebeple anonim şirketler doktrinde “tek borç ortaklıkları” olarak da anılmaktadır³⁴⁸.

ETTK m. 405 f. 1 kapsamında da daha önce düzenlenmiş olan tek borç ilkesi, “fazla bir şey ödemeye esas mukavele ile dahi mecbur tutulamaz” şeklinde ifade edilmiştir. Bu hükümdeki “ödeme” ifadesi, doktrinde tartışma konusu olmuştur. Zira bu ifade, pay sahibinin para borçları dışında başka borçlar altına sokulabileceği izlenimini uyandırmaktadır. Ancak yerleşik görüş, pay sahibinin taahhüt ettiği pay bedelini ödemek dışında ortaklığa karşı herhangi bir borç altına da sokulamayacağı

³⁴⁷ Okutan Nilsson, s. 29

³⁴⁸ Tekinalp, Önalım, s. 351

yönündedir³⁴⁹. Zira TTK düzenlemesinde de “borç” terminolojisi kullanılarak bu belirsizlik giderilmiştir.

Bu durum, maddenin gerekçesinde de “*İlke yönünden 6762 sayılı Kanunun 405 inci maddesinin birinci fıkrasının ifadesinde değişiklik yapılmıştır. Mevcut metin "fazla bir şey ödemeye esas mukavele ile dahi mecbur tutulamaz" diyerek ödeme sözcüğünü vurgulamıştı. Bu da, Türk öğretisinde, hükmün sermaye ve prim borcu dışındaki diğer para borçlarını kapsamadığı görüşünün ileri sürülmesine sebep olmuştur. Onun için 480 inci maddede "borç yükletilemez" ifadesi bilinerek kullanılmıştır. Hükümdeki borç sözcüğü geniş anlam taşımaktadır.*” şeklinde ifade edilmiştir. Başka bir deyişle, TTK m. 480 f. 1 kapsamındaki “borç yükletilemez” ifadesi geniş anlamda tüm borçları kapsayacak şekilde kullanılmış, ETTK’daki belirsizlik giderilmiştir³⁵⁰. Aynı zamanda bu sayede mehz İsviçre hukuku düzenlemesine de yaklaşmıştır.

Bu kapsamda, tek borç ilkesi neticesinde, pay sahiplerine ikincil yükümlülükler ve diğer kanuni istisnalar hariç olmak üzere, şirkete borç vermek, bilanço açıklarını kapatmak, kefil olmak, garanti sağlamak, borçları devir almak, borç silmek gibi parasal yükümlülükler getirilemeyecektir³⁵¹. Pay sahibine yükletilmesi yasak olan ikincil yükümlülüklerin kapsamına, fikri veya fiziki olarak çalışma gibi kişisel yükümlülükler de girmektedir³⁵².

Öte yandan, yine bu ilke neticesinde, esas sözleşmeye çalışmamızın önceki bölümlerinde açıklamış olduğumuz³⁵³, paylar üzerinde alım ve

³⁴⁹ Okutan Nilsson, s. 15

³⁵⁰ Soner Altaş, Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirketler, 2013, Ankara, s. 361

³⁵¹ Tekinalp, Ortaklık, s. 329

³⁵² Forstmoser, Meier-Hayoz, Nobel, § 42 N. 16

³⁵³ bkz. III/D

satım haklarının düzenlenmesini de imkansız hale gelmiştir³⁵⁴. Ancak her halükarda, pay sahiplerine yüklenecek parasal veya alım/satım hakkı gibi diğer borçların pay sahipleri sözleşmesi kapsamında düzenlenmesi mümkün olacaktır.

b. Tek Borç İlkesinin İstisnaları

Her ne kadar tek borç ilkesi gereği anonim şirketlerde pay sahibinin asli borcu pay bedelini ödemek olsa da, buna kanunen belirli istisnalar tanınmıştır. Bu noktada bu istisnalardan bahsetmek doğru olacaktır.

ba. Primli Paylar:

TTK m. 480 f. 1 metninden anlaşıldığı üzere, tek borç ilkesi kapsamında anonim şirketlerde paysahiplerine pay bedelini ödeme borcunun yanında, payın itibari değerini aşan primi ifa borcu da yüklenebilecektir. Primli payların çıkarılabilmesi, TTK m. 347 kapsamında düzenlenmiş bir konudur. Bu kapsamda, esas sözleşme hükmü veya genel kurul kararı ile payların itibari değerinden yüksek bir bedelle çıkarılabilmeleri mümkün olacaktır.

Primli payların çıkarılmasına karar verilmesi ile, payın bedeli ile beraber payın nominal bedelini aşan primin bedeli anonim şirket tarafından tahsil edilecek, ve TTK m. 519 çerçevesinde prim bedeli kanuni yedek akçe hesabına alınacaktır³⁵⁵. Nihayetinde söylemek gerekir ki, paysahibinin prim ödeme borcu, tek borç ilkesinin kanuni bir istisnasını oluşturmaktadır³⁵⁶.

³⁵⁴ Tekinalp, Ortaklık, s. 329

³⁵⁵ Tekinalp, Ortaklık, s. 77

³⁵⁶ Okutan Nilsson, s. 32

bb. Temerrüt Faizi ve Cezai Şart: TTK m. 129 ve m. 482 f. 1 uyarınca pay sahibinin taahhüt ettiği parasal sermaye borcunu zamanında ifa etmemesi halinde, aksine esas sözleşme hükmü olmaması halinde temerrüt faizine maruz kalabilecektir. Öte yandan TTK m. 481 f. 2'ye istinaden esas sözleşmede cezai şartın öngörülebilmesi de mümkün kılınmıştır.

Sermaye borcunun hangi vadelerde ödeneceğinin esas sözleşme içerisinde açıkça ve kesin olarak gösterildiği hallerde, vade geldiği zaman borç muaccel olacaktır ve ilgili pay sahibi herhangi bir ihtar gerek kalmadan mütemerrit durumuna düşecektir. Böyle bir düzenlemenin yokluğunda, pay sahibinin temerrüde düşürülmesi için ihtar gerekli olacaktır. Öte yandan esas sözleşme içerisinde öngörülen cezai şartın, hakim tarafından fahiş bulunarak indirilmesi de mümkündür³⁵⁷.

Doktrindeki görüş birliği uyarınca, esasen temerrüt faizi ve cezai şart tek borç ilkesinin istisnası niteliğini taşımamaktadır³⁵⁸. Zira TTK kapsamında esas sözleşme borcunun ifa edilmemesi hali için öngörülen bu yaptırımlar, esasen borçlar hukukunun borcun ifa edilmemesine bağladığı sonuçların bir yansıması olarak görülmektedir³⁵⁹. Bu nedenle pay sahibine tek borç ilkesine istisna teşkil edecek ilave bir yükümlülük getirdiğini söylemek doğru olmayacaktır.

bc. Sadakat Yükümlülüğü

³⁵⁷ Tekinalp, Ortaklık, s. 331

³⁵⁸ Forstmoser, Meier-Hayoz, Nobel, § 42 N. 20; Okutan Nilsson, s. 33; Pulaşlı, s. 569

³⁵⁹ Okutan Nilsson, s. 33

Türk ticaret hukuku kapsamında anonim şirketlerde pay sahibinin sadakat borcunu düzenleyen bir hüküm mevcut değildir. Başka bir deyişle, kollektif ortaklıklar arasında kanuni düzenlemesini bulan (TTK m. 230) bir rekabet yasağı, anonim şirketler pay sahipleri için mevcut değildir.

Öte yandan pay sahiplerinin MK m. 2 anlamında tüm şirketler hukuku için geçerli olduğu gibi, anonim şirketler içerisinde de bir sadakat borcunun varlığından söz etmek mümkün olacaktır³⁶⁰. Zira doktrinde sadakat yükümlülüğünün pay sahibinin ortaklıktan doğan haklarını kullanırken MK m. 2 anlamında uyması gereken genel bir davranış kuralı olduğu görülmekte, böyle bir yükümlülüğün de esasen tek borç ilkesine aykırılığından söz edilmemektedir³⁶¹.

Ancak hem açıklamak hem de somutlaştırmak adına, TMK m. 2 kapsamını aşan ve örneğin pay sahibinin toplantıya gelip oy kullanmasını veya olumlu oy kullanmasını dayatan bir yükümlülüğün, tek borç ilkesine aykırı olacağını söylemek mümkün olacaktır³⁶². Ancak pay sahibinin oy verme tasarrufu anlamında yine de dikkat etmek gerekir ki; genel kurulda alınacak kararın şirketin menfaatine uygunluğu, bu kararın gerekliliği ve bu kararın neticesinde ortaya çıkacak uzun vadeli yararın, varsa, kısa vadeli meydana gelebilecek zarardan fazla olmasının önem taşıyacağı bir ölçülülük kriteri çerçevesinde değerlendirme yapıldığında, sonucun olumlu olması halinde pay sahibinin bir sadakat borcundan ve dolayısıyla ilgili genel kurulda olumlu oy kullanma yükümlülüğünden bahsedilebilecektir³⁶³.

³⁶⁰ Murat Yusuf Akın, Şirketler Hukukunda ve Özellikle Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Sadakat Borcu, Gayrettepe, Temmuz, 2002, s. 150; Ansay, s. 190

³⁶¹ Okutan Nilsson, s. 36

³⁶² Okutan Nilsson, s. 36

³⁶³ Akın, Sadakat Borcu, s. 167-168

Netice itibariyle sadakat yükümlülüğünü olayın şartları çerçevesinde değerlendirilerek böyle bir yükümlülüğün varlığından söz etmek ve TMK m. 2 sınırları içerisinde kalmak kaydıyla, böyle bir yükümlülüğün pay sahibi açısından tek borç ilkesine bir aykırılık teşkil etmeyeceğini söylemek gerekecektir.

bd. İkincil Yükümlülükler

Tek borç ilkesine dair bir diğer istisna, pay sahiplerine yüklenebilecek ikincil yükümlülüklerle ilişkindir. TTK m. 480 f. 4 hükmü uyarınca, pay devirlerinin şirketin onayına bağlı olduğu hallerde, belirli zamanlarda tekrarlanan ve konusu para olmayan edimleri yerine getirmek yükümlülüğü de yüklenebilmekte, bu ikincil yükümlülüklerin nitelik ve kapsamı pay senetlerinin veya ilmühaberlerin arkasına yazılarak paya bağlı hale getirilebilmektedir.

Alman paylı ortaklıklar kanunu kapsamında da (AktG § 55 f. 1) tanınan bu hak, esasen anonim şirketin ihtiyacı olacak hammadde gibi malzemelerin pay sahipleri tarafından şirkete temin edilmesini sağlamakta, anonim şirketin kendisinin bir tür kooperatif gibi faaliyet göstermesine izin vermektedir³⁶⁴.

Aslen bu amaca, anonim şirket esas sözleşmesi yerine, pay sahipleri arasında akdedilecek bir pay sahipleri sözleşmesi içerisinde ikincil yükümlülüklerin düzenlenmesi³⁶⁵ veya pay sahiplerinin şirket ile akdedecekleri bir sözleşme³⁶⁶ ile de ulaşmak mümkündür. Ancak kanuni

³⁶⁴ Tekinalp (Poroy, Çamoğlu), N. 1075

³⁶⁵ Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Rolf Watter, Basler Kommentar Obligationenrecht II Art. 530 – 1186 OR, Basel, 2008, s. 731

³⁶⁶ Okutan Nilsson, s. 38

düzenleme neticesinde, pay sahiplerine yüklenecek konusu para olmayan edimler, sözleşmesel bir borç olmanın ötesinde, ortaklıksal bir borç haline gelmiş ve bu borçların pay senetlerinin veya ilmhahaberlerin arkasına yazılabilmesi ve payı devralacak olan kişilere karşı ileri sürülmesine imkan verilmiştir³⁶⁷.

Dikkat çekilmesi gereken bir diğerkonu, kanuni düzenlemede belirtilen ikincil yükümlölüklerin, pay devirlerinin şirketin onayına bağılı olduğı hallerde getirilebileceğidir. Bu husus, TTK m. 480 f. 4 hükmünün lafzı itibariyle, “pay devirlerinin şirketin onayına tabi olduğı hallerde” şeklinde getirdiğı şarttan kaynaklanmaktadır. Doktrindeki görüş, esasen böyle bir hükmün varlığı halinde, payı devralacak kişinin yan edim yükümlölüğünü de devraldığı ve devralacak kişinin bu yükümlölüğü yerine getiremeyecek olması halinde, şirketin devre karşı çıkabileceğı yönündedir³⁶⁸.

c. Tek Borç İlkesi Karşısında Pay Sahipleri Sözleşmelerinin Durumu:

TTK m. 480 f. 1 metninde, pay sahibine pay bedelini veya payın itibari değerini aşan primi ifa dışında başka bir borcun, esas sözleşme aracılığı ile yükletilemeyeceğı hükme bağlanmıştır. Bu sebeple, tek borç ilkesinin uygulama alanının pay sahipleri sözleşmesi olmayacağı çıkarımını yapmak mümkündür.

Tek borç ilkesinin pay sahipleri sözleşmesi alanında uygulama bulmayacağı çıkarımından ötürü, aslen pay sahipleri sözleşmelerinin geçerliliğı tek borç ilkesinin emredici niteliğinin dışında kalmaktadır. Başka bir deyişle, esas sözleşmeye tek borç ilkesi sebebiyle giremeyecek, girse bile ortaksal nitelik kazanamayacak bir çok hükmün pay sahipleri

³⁶⁷ Okutan Nilsson, s. 38

³⁶⁸ Okutan Nilsson, s. 39

sözleşmesi içerisinde düzenlenmesi mümkün olacaktır. Neticede pay sahiplerinin kendi aralarında veya ortaklığa karşı borçlar hukukuna tabi yükümlülükler üstlenmelerinin önünde bir engel yoktur³⁶⁹. Nitekim doktrinde paylar üzerinde kurulacak alım veya satım haklarının, her ne kadar tek borç ilkesine aykırı olsa da, pay sahipleri sözleşmeleri içerisinde düzenlenmesi uygun görülmüştür³⁷⁰.

2) Emredici Hükümler İlkesi

Pay sahipleri sözleşmelerinin anonim şirket esas sözleşmesine yansıtılmalarındaki bir diğer sınır ise, TTK m. 340³⁷¹ kapsamında yansımaları bulan emredici hükümler ilkesidir. Nitekim bu hüküm, esasen özel hukuk alanında geçerli bir prensip olan ve TBK m. 26 kapsamında ifade edilen “sözleşme özgürlüğü” prensibinin anonim şirketler açısından bir istisnasını oluşturmaktadır. TBK m. 27 anlamında belirlenen kesin hükümsüzlük şartlarından biri olan “kanunun emredici hükümlerine aykırılık”, esasen TTK m. 340 kapsamında belirlenen esas sözleşmeye ilişkin sınırlar ile birlikte düşünülmelidir. Zira TTK m. 340 kapsamında düzenlenen hüküm ile, anonim şirketler esas sözleşmeleri kapsamında sözleşme özgürlüğüne bir sınır getirilmekte, maddedeki ifadesi ile, “esas sözleşme, bu kanunun (TTK) anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak bu kanunda (TTK) açıkça izin verilmişse sapabilir.” şeklinde emredici bir düzenlemeye tabi tutulmaktadır.

Hukukumuzda 6102 sayılı TTK ile giren bu hüküm, esasen kaynağını Alman hukukundan almaktadır. Bu açıdan, hükmün niteliğini açıklamak adına mehzaz düzenlemenin incelenmesinde fayda vardır.

³⁶⁹ Okutan Nilsson, s. 41

³⁷⁰ Tekinalp, Ortaklık, s. 329

³⁷¹ TTK kapsamında limited şirketler için de benzer bir hükmün (TTK m. 579) öngörülmüş olduğunu hatırlatmakta fayda vardır. Ancak çalışmamızın kapsamı dışında kalması itibarıyla, bu konuya değinilmeyecektir.

Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu (AktG § 23.5) bu anlamda Türk hukukundaki emredici hükümler ilkesine kaynak oluşturmaktadır. Bu ilkenin Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu kapsamındaki ifadesi, “*Esas sözleşme ile bu Kanundaki hükümlerden ancak buna açıkça izin verilmişse ayrılabilir. Esas sözleşmenin tamamlayıcı hükümleri, Kanunda tahdidi bir hüküm bulunmaması halinde geçerlidir*” şeklindedir³⁷². Başka bir deyişle, esas sözleşme içerisinde kanunda öngörülen hükümlerin dışına çıkılması, ancak kanun tarafından açıkça izin verilmişse mümkün olabilecektir. Tamamlayıcı nitelikteki hükümler açısından ise bu durum, kanunda tahdidi bir hüküm bulunmaması halinde geçerli olacaktır. Tahdidi hüküm, konuyu her yönüyle ayrıntılı veya sınırlayıcı bir biçimde düzenleyen hükümdür³⁷³. İşbu hükümden dolayı esasen anonim şirket esas sözleşmesi sıkı kalıplar içerisinde değerlendirilmekte, Alman doktrinde buna *Satzungsstrenge* adı verilmektedir³⁷⁴.

Anonim şirketler hukukunda benimsenen bu katı tutum, esasen yatırımcıların ve alacaklıların korunması amacını taşımaktadır³⁷⁵. Zira kanun koyucu anonim şirket esas sözleşmelerini bir örnekletmek istemekte, anonim şirket payını satın alacak olan yatırımcılara şirket esas sözleşmesinin TTK’ya paralel yönde hükümler içerdiğine dair güvenlerini korumayı amaçlamaktadır. Öte yandan TTK m. 340 hükmünün gerekçesi incelendiğinde, kanun koyucunun bu hükmün getirilmesindeki amacı “...açıkça geçersiz olan, pay sahipleriyle alacaklıların haklarını zedeleyen veya sınırlayan düzenlemelerin esas sözleşmelere girmesine engel olduğu, bazı kurum ve kuruluşların şirketlere istedikleri esas sözleşme hükümlerini dayatmaları yolunu kapattığı, bu yararın da Ülkemiz açısından küçümsenmeyecek derecede önem taşıdığı ve hukukun üstünlüğü ilkesinin sağlanmasında etkin bir rol oynayacağı; esas sözleşme hükümlerinin

³⁷² İsmail Kırca, Feyzan Hayal Şehirli Çelik, Çağlar Manavgat, Anonim Şirketler Hukuku, Cilt 1, Ankara, 2013, s. 153

³⁷³ Rauf Karasu, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, Ankara, 2009, s. 53

³⁷⁴ Moritz Petrikowski, Satzungsstrenge Contra Gestaltungsfreiheit im Recht der “Deutschen” AG und SE, Bielefeld University, 2009, s. 10

³⁷⁵ Çelik (Kırca, Manavgat), s. 156

geçerliliğine ilişkin davaların sayısını azaltmak gibi bir yararı da beraberinde getirdiği dikkate alınması gereken noktalardan sadece bir kaçıdır.” şeklinde ifade edilmiştir.

Bunun yanında madde gerekçesinde de belirtildiği üzere, TTK m. 340 düzenlemesinin ikinci cümlesinde mehzaz kanun AktG § 23.5 hükmünden ayrılarak *“Diğer kanunların, öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri o kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğururlar”* şeklinde bir ifadeye yer verilmiştir. Bu cümlenin amacı, madde gerekçesinde *“Sermaye Piyasası Kanunu, Bankalar Kanunu, FKK (Finansal Kiralama Kanunu) gibi anonim şirketlere ilişkin çoğu kez yorum güclüğü içeren kanunlara kendi konuları çerçevesinde serbesti tanımaktır. Hüküm uyarınca bu kanunlar kendi alanlarına özgülenecek, Türk Ticaret Kanununa müdahalede bulunamayacaktır.”* şeklinde açıklanmıştır.

Doktrinde TTK m. 340 c. 1 hükmü içerisinde geçen “sapma” ifadesinin dar veya geniş yorumlanması hallerinde farklı sonuçlara varılabileceği belirtilmiştir. Zira ifadenin dar yorumlanması halinde halihazırda TTK içerisinde anonim şirketlere ilişkin düzenleme yapılmış konulardan “sapmama” yükümlülüğünün mevcut olduğu, ancak TTK kapsamında düzenleme olmayan konularda anonim şirket esas sözleşmesinde ihtiyari olarak ve TTK hükümlerine aykırı olmayacak şekilde düzenlemeler yapılabileceği anlaşılmaktadır. Öte yandan ifadenin geniş yorumlanması halinde, TTK’da hüküm bulunmayan hallerde de ilgili konularda düzenleme yapılamayacağı neticesine ulaşılmaktadır. Doktrindeki görüş, bu ifadenin dar yorumlanması gerektiği yönündedir³⁷⁶. Bu sayede anonim şirket esas sözleşmesi hükümlerinin TTK’nın açıkça düzenlediği konularda düzenlemeler ile uyumlu olması gerekecek, açıkça düzenlenmeyen konularda, yani TTK’nın suskun kaldığı konulardaki düzenlemeler ise bu hüküm kapsamında kabul edilmeyecektir.

³⁷⁶ Çelik (Kırca, Manavgat), s. 158; Hasan Pulaşlı, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt I, Ankara, 2011, § 24 N. 25

TTK m. 340 hükmünün yorumlanmasında tartışılması gereken bir diğer husus, madde metni içerisinde geçen “açıkça” ifadesidir. Bu ifadenin neticesinde TTK m. 340 hükmü ancak TTK’nın lafzından açıkça anlaşılan hallerde mi uygulama alanı bulacaktır? Yoksa TTK metninde açıkça yer almasa da yorum neticesinde anonim şirket esas sözleşmesinin ilgili hükümden sapabileceği anlamı çıkarılabilen haller de TTK m. 340 hükmünün uygulama alanı içerisinde yer alacak mıdır? Bu konuya ilişkin olarak madde gerekçesinde bir açıklama bulunmaktadır. Şöyle ki, bu açıklama *“Hükümdeki "kanunda açıkça izin verilmişse" ibaresi, maddenin lafzından "sapabilme" imkânının açıkça anlaşılmadığı durumlarda, amaca uygun düşen, metodoloji öğretisine aykırı olmayan, tatmin edici gerekçelere dayanan, sonuçları adil olan ve menfaatler dengesini gözetten bir yorumla "sapabilme"nin haklılık kazandığı varsayımları da kapsamaktadır. Kanunun somut olay hakkında sustuğu hallerde kanunî boşluğun doldurulmasına ilişkin metodoloji kuralları uygulanır.”* şeklinde ifade edilmiştir. Madde gerekçesine istinaden, TTK kapsamında açıkça sapılabileceği söylenmemiş olmakla birlikte yorum yoluyla bu anlam çıkarılabiliyorsa, esas sözleşmeye TTK hükmünden ayrılan bir düzenleme koyulabilecektir³⁷⁷.

Diğer yandan mehz AktG § 23.5 hükmünde mevcut, ancak TTK m. 340 kapsamında düzenlenmemiş olana “tamamlayıcı hükümlerin” durumu da tartışma konusudur. AktG § 23.5 hükmünün ikinci cümlesinde, esas sözleşmeye tahdidi olmayan kanun hükümlerine ilişkin tamamlayıcı hükümlerin eklenebileceği açıkça belirtilmiştir. Ancak kanun koyucu TTK m. 340 düzenlemesinde mehz kanundan farklı bir yol seçerek, bu cümleyi hükme dahil etmemiştir. Bu noktada doktrin tarafından ortaya konulan görüş, Alman hukuku ile de uyumlu olarak, TTK m. 340 hükmünün tamamlayıcı hükümlere ilişkin bir düzenleme içermemesi, bunların öngörülelemeyeceği anlamına gelmemekte şeklindedir³⁷⁸. Başka bir deyişle, tamamlayıcı hüküm niteliğindeki düzenlemelerin esas sözleşme içerisinde

³⁷⁷ Çelik (Kırca, Manavgat), s. 159

³⁷⁸ Karasu, s. 53

yer almasının TTK m. 340 kapsamında bir sorun teşkil etmeyeceği savunulmaktadır.

Örnek olarak, TTK m. 493 f. 1 kapsamında öngörülmüş olan anonim şirketin esas sözleşmede öngörülmüş olan önemli bir sebebi ileri sürerek, nama yazılı payın devrine onay vermeyi reddedilmesi olanağı, bu anlamda tamamlayıcı bir hüküm niteliğinde değerlendirilmektedir³⁷⁹. Başka bir deyişle, TTK m. 493 f. 1'e istinaden anonim şirket esas sözleşmesi içerisinde belirlenecek önemli sebepler, tamamlayıcı hükümler niteliğinde olacaktır.

Bu kapsamda TTK m. 340'a aykırı bir esas sözleşme hükmünün durumunun ne olacağı, çalışmamız açısından önemli bir konuyu oluşturmaktadır. Zira hem daha önce çalışmamız kapsamında incelenen TTK m. 480'de yer alan tek borç ilkesi ve TTK m. 493 f. 7'de yer alan payın devredilebilirlik şartlarının ağırlaştırılamayacağına ilişkin hüküm, emredici hükümler niteliğindedir. Bu niteliklerinden dolayı, pay sahipleri sözleşmeleri kapsamında yer alan pay devir sınırlandırmalarının büyük bölümünün anonim şirket esas sözleşmeye yansıtılması, hem ilgili emredici hükümlere hem de TTK m. 340 hükmüne aykırı nitelik taşıyabilecektir. Bu sebeple, TTK m. 340'a aykırı bir esas sözleşme hükmünün durumunun ne olacağının açıklanması gerekmektedir.

TTK m. 340 hükmünün içerisinde bu hükme aykırılığın nasıl bir sonuç doğuracağı belirtilmemiştir. Bu sebeple bu hükme aykırılığın sonucunu belirlemek adına, öncelikle mehaz kanun hakkında Alman doktrininde yapılan yorumların incelenmesi doğru olacaktır.

Alman hukuk doktrininde bu konuda tartışmalar bulunmaktadır. Doktrindeki hakim görüş, anonim şirket esas sözleşme hükümlerinin emredici hükümlere aykırı olması halinde butlan olacağı yönündedir³⁸⁰.

³⁷⁹ Çelik (Kırca, Manavgat), s. 166

³⁸⁰ Karasu, s. 59; Çelik (Kırca, Manavgat), s. 172

Hakim görüşün açıklaması esasen iki ana gerekçe üzerinden yapılmaktadır. Bu görüş butlan yaptırımının gerekçesini öncelikle AktG § 23.5 maddesi lafzından ve bu maddenin gelecekteki pay sahiplerini koruma ve payın devredilebilirliğini kolaylaştırma amacına dayandırmaktadır. Yani bu esas sözleşme hükümlerine AktG § 241.3 maddesine istinaden butlan yaptırımı uygulanacağı öngörülmektedir. Ancak buna karşın, Alman doktrinindeki bir diğer görüş uyarınca, emredici hükümlere aykırılığın her zaman butlan sonucunu doğurmaması gerektiği, ilgili esas sözleşme hükümlerinin hangi emredici kuralı ihlal ettiğinin önemli olduğu savunulmaktadır. Zira doktrinin bir kısmı anonim şirketlerde pay sahiplerinin vazgeçilemez nitelikteki haklarını ihlal eden hükümlerin butlan yaptırımı ile karşılaşması gerektiğini, ancak vazgeçilebilir nitelikteki haklarını ihlal eden esas sözleşme hükümlerinin ise iptal edilebilirlik sonucunu doğurması gerektiğini, bir diğer görüş ise kamu yararını koruyan hükümlere veya anonim şirketin temel hükümlerine aykırı olan esas sözleşme hükümlerinin butlan ile, diğerlerinin ise iptal edilebilirlik yaptırımı ile karşı karşıya kalması gerektiğini belirtmiştir³⁸¹.

Konu Türk hukuku açısından incelendiğinde de doktrindeki görüşler arasında ayrışma olduğu görülmektedir. Zira TTK m. 340 anlamında TTK'da yer alan emredici hükümlere aykırı esas sözleşme hükümlerine uygulanacak yaptırımın belirlenmesinde TTK m. 447'de öngörülen butlan nedenleri ile bağlı kalınması gerektiği ve dolayısıyla ihlal edilen emredici TTK hükmünün niteliğine bağlı kalarak bir değerlendirme yapılması gerektiğini savunan görüşler olmakla birlikte³⁸², TTK m. 340 hükmüne aykırı esas sözleşme hükümlerinin her durumda butlan yaptırımı ile karşılaşması gerektiği yönünde görüşler³⁸³ mevcuttur.

Emredici hükümlere aykırılık haline butlan yaptırımının öngörülebilmesini TTK m. 447 maddelerinin esas alınması gerektiğini savunan görüş, haklı olarak kanunen açıkça ve iptal edilebilirlik yaptırımına tabi tutulabilecek

³⁸¹ Karasu, s. 60 ve dipn. 77, 78, 79 ve 80'de belirtilen yazarlar

³⁸² Karasu, s. 60

³⁸³ Çelik (Kırca, Manavgat), s. 174

konulara nazaran daha dar olarak düzenlenmiş butlan yaptırımının istisnai bir nitelik taşıdığını, bunun dışında kalan durumların tespitinde butlanın ikincilliği ilkesinin uygulanması gerektiğini, TTK m. 447 anlamında butlan yaptırımına tabi olabilecek esas sözleşmeleri hükümleri dışındaki hükümlerin ise iptal edilebilirlik veya yokluk şeklinde değerlendirilmesi gerektiğini öne sürmektedir³⁸⁴.

Yine de belirtmek gerekir ki, esas sözleşme içerisinde yer alan ve emredici hükümler ilkesine aykırılık taşıyabilecek bir pay devir kısıtlaması tarafları açısından borçlar hukuku kuralları kapsamında bağlayıcı olacak, ancak esas sözleşmesel anlamda şirketin korporatif hükümlerinden biri haline gelemeyecek ve bu sebeple esas sözleşmesel etkiyi haiz olmayacaktır.

TTK m. 340 hükmünün tartışma yarattığı bir diğer konu ise, ticaret sicil uygulamalarına etkisidir. Zira uygulamada oldukça fazla karşılaştığımız üzere, anonim şirket esas sözleşmelerinde TTK'nın emredici hükümlerinden sapan bir çok düzenleme yer almaktadır. Pay sahiplerinin payları üzerinde düzenlenen alım hakları, satım hakları veya önalım hakları bunlardan bazılarıdır. Bu noktada, TTK m. 340 hükmü itibarıyla, ticaret sicilin bu hükümlerin tescil olmasını engellemede bir rolü var mıdır?

TTK m. 32 çerçevesinde sicil müdürünün inceleme görevi düzenlenmiştir. Bu düzenleme uyarınca sicil müdürü, (i) tescil için aranan kanuni şartların varlığını, (ii) tüzel kişilerin tescilinde esas sözleşmenin emredici hükümlere aykırı olup olmadığı ve söz konusu sözleşmenin kanunun bulunmasını zorunluluk olarak gördüğü hükümleri içerip içermediği, (iii) tescil edilecek hususların gerçeği tam olarak yansıtıp yansıtmadığı ve (iv) esas sözleşme hükümlerinin üçüncü kişilerde yanlış izlenim yaratıp yaratmayacağı ve kamu düzenine aykırılığı konularını incelemekle kanunen yükümlüdür. Bu düzenlemede açıkça görülebileceği üzere, sicil müdürünün esas sözleşmenin içeriğini inceleyerek emredici hükümlere aykırılığını TTK m. 340 kapsamındaki düzenlemeyi de göz önüne alarak, inceleme

³⁸⁴ Karasu, s. 60-61

yükümlülüğü vardır. Dolayısıyla esasen sicil müdürünün, emredici hükümlere aykırı bir esas sözleşme düzenlemesi sebebiyle esas sözleşmenin tescilini reddetme imkanı bulunmaktadır.

Ancak bu noktada, ticaret sicil müdürünün, tescil edilmesi amacıyla kendisine iletilen esas sözleşmenin içeriğindeki hükümlerin, TTK'nın emredici hükümlerine aykırılığı konusunda bir karara varması konusunda yaşanabilecek zorlukların üzerinde durmak gerekir. Örneğin ticaret sicil müdürünün, esas sözleşmenin içeriğinde yer alan bir hüküm hakkında, TTK m. 340 anlamında bir aykırılık söz konusu olup olmadığı konusunda tereddüte düşmesi halinde ne olacaktır? Ya da ticaret sicil müdürünün verdiği kararın yanlış olması halinde, bu durum nasıl telafi edilebilecektir?

TTK m. 32 f. 4 uyarınca, sicil müdürü tarafından kesin olarak tescilinde duraksanan konular, ilgililerin istemi üzerine geçici olarak tescil olunmaktadır. Ancak ilgililer üç ay içerisinde mahkemeye başvurdıklarını veya aralarında anlaşıklarını ispat edemezlerse geçici tescil resen silinecektir. Öte yandan, TTK m. 34 uyarınca, ilgililer, tescil, değişiklik veya silinme istemleri ile ilgili olarak, sicil müdürlüğünce verilecek kararlara karşı, tebliğlerinden itibaren sekiz gün içerisinde, sicilin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesine dilekçe ile itiraz edebileceklerdir. Bu itiraz, mahkeme tarafından incelendikten sonra karara bağlanacaktır³⁸⁵.

Görüldüğü üzere, esasen TTK sistemi içerisinde ticaret sicil müdürüne esas sözleşmenin içeriğini, emredici hükümlere aykırılık yönünden inceleme ve buna göre işlem yapma yükümlülüğü verilmiş olmasına rağmen, ticaret sicil müdürünün tereddüte düştüğü noktada veya haksız bir karar verdiği ilgililerce tespit edildiğinde, konuyu mahkemeye taşıma imkanı verilmiştir. Ancak elbette bu durum ticaret sicil tarafından tescil edilen tüm esas sözleşme hükümlerinin hukuka uygunluğunu garanti altına almamaktadır. Sistemin amacı esas sözleşmeler içerisinde hukuka aykırı olan hükümleri

³⁸⁵ Karasu, s. 84

azaltmak olsa bile, tüm esas sözleşme hükümlerinin hukuka uygunluğunu denetlemek pratik açıdan oldukça zordur. Bu sebeple esas sözleşme içerisinde yer alan hukuka aykırı bir hükmün, ileride dava konusu olması elbette mümkündür. Öte yandan, MERSİS gibi sistemler çerçevesinde, TTK m. 340 hükmünün uygulamasının etkinliğinin artırılmaya çalışıldığı da görülmektedir.

Nihayetinde yapılan tüm bu düzenlemelerin, TTK m. 340 hükmünün gerekçesinde de belirtildiği üzere, “açıkça geçersiz olan, pay sahipleriyle alacaklıların haklarını zedeleyen veya sınırlayan düzenlemelerin esas sözleşmelere girmesine engel olma” amacı çerçevesinde alınan tedbirlerin birer sonucu olduğunu söylemek ve anonim şirket esas sözleşmelerinin, mümkün olduğunca standardize edilmesi sonucunu doğuracağını görmek mümkündür.

3) Esas Sözleşmenin Devredilebilirlik Şartlarını Ağırлаştıramaması

TTK m. 493 f. 7 kapsamında esas sözleşmenin devredilebilirlik şartlarını ağırлаştıramayacağı hükme bağlanmıştır. Elbette maddenin kanundaki yeri itibariyle, uygulama alanı borsaya kote olmayan nama yazılı paylar üzerindedir³⁸⁶.

Bağlı nama yazılı payların devredilebilirliğinin hafifletilmesi mümkündür. Örneğin bağlı nama yazılı bir payın pay sahipleri arasında bağlam sistemine tabi olmadan devrini öngören hükümlerin düzenlenmesi veya bu pay sahiplerinin kontrolüne sahip veya bunlar tarafından kontrol edilen bir üçüncü kişi lehine bağlam sisteminin hafifletilmesi mümkün olacaktır³⁸⁷.

Ancak doktrindeki görüşlerden ve maddenin lafzından da anlaşılabileceği üzere, madde hükmü emredici karakterdedir³⁸⁸ ve bu sebeple TTK m. 493

³⁸⁶ Honsell, Vogt, Watter, s. 760

³⁸⁷ Honsell, Vogt, Watter, s. 760

³⁸⁸ Kläy, s. 484

kapsamında düzenlenen pay devir sınırlandırmalarını aşan her türlü esas sözleşmesel sınırlandırma, kanuna aykırı hale gelecektir³⁸⁹. Zira bu durum madde gerekçesinde de, “493üncü maddede öngörülmeleyen her sınırlama devredilebilirlik şartlarının ağırlaştırılmasıdır.” şeklinde ifade edilmiştir.

Belirtmek gerekir ki, mevcut sistemin oluşması, anonim şirketlerde diğer şirket tiplerinin aksine anonim şirketlere ilişkin düzenlemelerin arasında “çıkma hakkının” bulunmamasından ileri gelmektedir³⁹⁰. Nitekim tersi bir düzenleme ile anonim şirket pay sahibine hem çıkma hakkının verilmemesi hem de payının devredilebilirliğinin tamamen sınırlandırılması, anonim şirketler hukuku mantığına ve hakkaniyete aykırı olacaktır. Eski dönem bağlam sistemini değerlendirdiğimizde, esasen bu durumun varlığını görmemiz mümkündür. Zira ETTK m. 418 neticesinde, esas sözleşme ile payın devrinin yasaklanması ve şirketin pay devrini sebep göstermeksizin reddi mümkündür. Yeni bağlam sistemi ile bu sorunların bir çözüme ulaştığını söylemek mümkündür. Zira doktrinde bağlam sisteminin bu hükmü, yeni bağlam düzeninin temeli olarak nitelendirilmektedir³⁹¹.

Öte yandan doktrinde AKIN³⁹² tarafından kanun hükmünün bir diğer sonucunun, pay devrine ilişkin kanundan daha ağır şartlar taşıyan tüm sözleşmesel kısıtlamaların mümkün olmayacağı yönündedir. Yazar, kanun koyucu tarafından payların devrine yönelik asgari nitelikte olan bağlam anlayışının öngörüldüğü bir sistemde pay sahipleri sözleşmesi ile devri zorlaştıran hükümlerin öngörülebilmesinin nesnel olarak gerekçelendirilebilir olmadığını savunmaktadır. İlaveten, bu yaklaşımın emredici nitelikteki kanun hükmünün dolanılması şeklinde görülebileceğini belirtmiştir.

Ancak belirtmek gerekir ki, TTK m. 493 f. 7 hükmünün uygulama alanı, maddenin lafzından da anlaşıldığı üzere, esas sözleşmedir. Bu sebeple bu

³⁸⁹ Honsell, Vogt, Watter, s. 760

³⁹⁰ Akın, s. 217

³⁹¹ Kläy, s. 484

³⁹² Akın, s. 218

hükmün, pay sahiplerinin irade serbestilerine dayanarak akdettikleri bir borçlar hukuku sözleşmesi olan pay sahipleri sözleşmelerinde uygulama alanı bulacağını söylemek zor olacaktır. Böyle bir halde, esasen TTK m. 493 f. 7 hükmünün kanaatimizce amacını aştığını söylemek mümkün olacaktır. Zira doktrin içerisinde de, esasen TTK m. 493 hükmü anlamında belirlenen bir çok pay devir sınırlandırmasının pay sahipleri sözleşmeleri içerisinde düzenlenebileceği belirtilmiştir³⁹³.

Nihayetinde bir borçlar hukuku sözleşmesi olan pay sahipleri sözleşmeleri içerisinde düzenlenen bu sınırlamalar, TTK'nın bağlam sistemini aştığı ölçüde, esas sözleşme içerisinde de yer alsalar dahi, ortaksal nitelik kazanamayacak, bağlam kurallarını bertaraf edemeyeceklerdir³⁹⁴. Ancak TTK m. 493 f. 7 hükmü neticesinde pay sahipleri sözleşmeleri içerisinde yer alan pay devir sınırlamalarının mümkün olmayacağını söylemek zordur.

B. Esas Sözleşmeye Yansıtılan Sınırlamaların Geçerliliği ve Üçüncü Kişilere Karşı İleri Sürülmesi

Çalışmamız kapsamında, öncelikle pay sahipleri sözleşmelerini genel olarak inceleyip, bu sözleşmeler içerisinde yer alabilecek farklı pay devir sınırlamalarına vurgu yapmış ve bunları detaylı bir şekilde açıklayarak bu sözleşmeler içerisinde yer alan pay devir sınırlandırmalarının ihlali halinde ne gibi yollara başvurulabileceğinden bahsetmiş bulunuyoruz. Sonrasında ise, TTK kapsamında, pay devir sınırlandırmaları için kurulmuş olan bağlam sistemini ve pay sahipleri sözleşmeleri içerisinde yer alan pay devir sınırlandırmalarının şirket esas sözleşmesine yansıtılmasında ne gibi sınırlar olabileceğini açıklamış bulunuyoruz.

Çalışmamızın son bölümünde ise, esas sözleşmeye yansıtılan pay devir sınırlandırmalarının ne ölçüde geçerli olacağı ve bunların esas sözleşmede

³⁹³ Hintz-Bühler, s. 89-90; Lang, s. 35-36; Tekinalp, Ortaklık, s. 329

³⁹⁴ Tekinalp, Bağlam, §9 N. 11

işlendikten sonra üçüncü kişilere karşı ileri sürülüp sürülemeyeceğinden bahsedeceğiz.

Öncelikle, pay devir sınırlandırmalarının esas sözleşmeye yansıtıldığında şirketler hukuku anlamında geçerli olabilmesi ve bu sayede üçüncü kişilere, örneğin şirkette pay sahibi olacak müstakbel ortaklara, ileri sürülebilmesi için, pay devir sınırlandırmalarının bu anlamda TTK ile uyumlu olması gerekmektedir. Nitekim, daha önce açıklamış olduğumuz üzere, TTK m. 480 kapsamında düzenlenmiş olan tek borç ilkesi, TTK m. 340 kapsamında düzenlenmiş olan “emredici hükümlere aykırılık” ilkesi ve TTK m. 493 f. 7 kapsamında düzenlenen “devredilebilirlik şartlarının ağırlaştırılamayacağı” ilkesi esas sözleşmede yer alacak pay devir sınırlandırmaları düzenlemelerini bir çerçeveye oturtmakta, TTK m. 492 vd. hükümleri ise bu çerçevenin içerisindeki hareket alanını belirlemektedir.

Bu şekilde düşünüldüğünde, elbette ilgili esas sözleşme hükmünün korporatif nitelik kazanabilmesi ve üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir hale gelmesi de, bu anlamda çizilen çerçeve neticesinde belirlenecektir. Zira TTK’nın esas sözleşme için emredici olarak öngördüğü bir hükme aykırı bir esas sözleşme düzenlemesinin korporatif nitelik kazanacağını söylemek doğru olmayacaktır.

Bu anlamda, beher sözleşme düzenlemesinin geçerliliğinin incelenmesinde belirli prensipler belirlemek mümkündür. Buna göre, (i) öncelikle paylar bağlam hükümlerine tabi tutulmuş olmalı, (ii) düzenleme neticesinde payın devrinin gerçek değerinin altında bir değerden yapılmasına sebebiyet verilmemeli, (iii) düzenleme çerçevesinde eşit işlem prensibine aykırı bir neticeye sebebiyet verilmemeli ve (iv) bağlam hükümleri çerçevesinde çizilen sınırların dışına çıkılmamaya özen gösterilmelidir³⁹⁵.

Çalışmamız kapsamında incelemiş olduğumuz öncelik hakları, önalım hakları, alım ve satım hakları, satışa katılma ve satışa katım hakları, zaman zaman anonim şirketlerin esas sözleşmelerine dercedilmektedir. Ancak limited

³⁹⁵ Hintz-Bühler, s. 131-132

şirketlerde halihazırda “önerilmeye muhatap olma, önalım, geri alım ve alım haklarının” esas sözleşme ile ortaklara veya şirkete tanınabileceğini öngören TTK m. 577 f. 1/b hükmünün anonim şirketler için düzenlenmemiş olması tesadüf değildir.

Bu anlamda, esas sözleşmelere koyulan bu hakların hangi ölçüde korporatif nitelik kazanabilecekleri, yani gerçek birer esas sözleşme hükmü olabilecekleri, ve ne ölçüde üçüncü kişilere, yani şirketin mevcut ve müstakbel tüm ortaklarına karşı, ve de şirkete karşı ileri sürülebilecekleri, başka bir deyişle paya bağlı haklar haline getirilebileceklerinin incelenmesi gerekmektedir.

1. Öncelik Hakları:

Daha önce açıklandığı üzere, öncelik hakları farklı şekillerde düzenlenebilmektedir. Teklifte öncelik durumunda, öncelik hakkına konu payın sahibi payını devretmek istediğinde öncelik hakkı tanıdığı kişiye teklifte bulunma borcu altına girmektedir. İlgili pay sahibinin öncelik hakkı alacaklısına payını devretmek istediğini bildirmesinden sonra, öncelik hakkı sahibinin payı almak ile ilgilenmesi halinde ilgili pay sahibine bir teklifte bulunacaktır. Bu noktada önemli olan husus, öncelik hakkı sahibinin ilgili pay sahibine yaptığı teklif sonrası, ilgili pay sahibinin payını bu teklif neticesinde devretme zorunluluğu bulunmamamasıdır. Bu teklif yalnızca ilgili pay sahibinin kendisine yapılan tekliften daha kötü şartlarda bir anlaşma ile bir üçüncü kişiye payını devretmeme taahhüdünü doğuracaktır. Dolayısıyla bu noktada, ilgili pay sahibinin payını devretmeye zorlandığı söylenemeyecektir.

İcapta öncelik hakkında ise, teklifte öncelik hakkından farklı olarak, pay sahibinin paylarını satmak istediğini öncelik hakkı sahibine beyan ederek bir icapta bulunması üzerine hak sahibinin kabul beyanı ile bir sözleşme kurulmuş olacaktır. Bu anlamda, teklifte öncelik hakkına kıyasla icapta öncelik hakkının pay devir sınırlamasında bir adım ileriye gittiği söylenebilir. Zira anlaşma gereği hak sahibinin tek taraflı kabul beyanı ile pay devir sözleşmesi kurulmuş olacaktır.

Kabulde öncelik hakkında ise, payı üzerinde öncelik hakkı tesis edilmiş olan pay sahibi payını devretmek istediği takdirde, bu iradesini hak alacaklısına bildirmesi ile, hak alacaklısının kendisine yapacağı icabı müteakip hak borçlusuna kendisine yapılan icabı, üçüncü kişi tarafından kendisine yapılan daha iyi bir teklif olmadığı sürece, kabul etme borcu altında olmaktadır. Bu durumda, hak alacaklısının icabı, eşdeğer icaplar arasında öncelikli olacaktır. Bu şekilde düşünüldüğünde, esasen hak alacaklısının hak borçlusuna karşı yönelteceği icap ile, payın devrine ilişkin süreci oldukça kısıtlamaktadır. İlaveten dikkat edilmelidir ki, pay devrine ilişkin şartlar, payını devredecek olan pay sahibi tarafından değil, öncelik hakkı sahibi tarafından belirlenmektedir.

Tüm bu öncelik hakkı alternatiflerinde görüleceği üzere, böyle bir düzenlemenin varlığı halinde hak borçlusunun payı üzerinde sahip olduğu “serbestçe devir etme” hakkı bir şekilde sınırlandırılmış olacak ve TTK m. 480 çerçevesinde düzenlenen “tek borç ilkesi”nden ayrılarak pay sahibine ilave bir borç getirilecektir. Ancak elbette TTK kapsamında pay devir sınırlandırmalarının tamamı yasaklanmamıştır. Zira bağlam sistemi, bu anlamda tek borç ilkesinin bir istisnasını oluşturmaktadır. Dolayısıyla bu şekilde yapılan pay devir sınırlandırmalarının TTK anlamında *a priori* geçersiz olacağını söylemek doğru olmayacaktır. TTK m. 493 f.7 kapsamında ifade edilen, esas sözleşmenin devredilebilirlik şartlarını ağırlaştıramayacağıdır. Dolayısıyla TTK kapsamında pay devirlerine sınır getirilmesine izin verilen “bağlam hükümleri” çerçevesi içerisinde hareket ederek, bağlam hükümlerinin çizdiği sınırı aşmayan ve aynı amaca hizmet eden esas sözleşme düzenlemelerinin kabul edilebileceği ve korporatif nitelik kazanabileceği anlamı çıkarılabilmelidir.

Amaç açısından bakıldığında, bağlam hükümleri anonim şirketlerde pay sahiplerinin paylarını serbestçe devredebilme özgürlükleri ile anonim şirketlerin yapılarının dış etkilere karşı korunma motivasyonu arasında bir denge oluşturmayı amaçlamaktadır³⁹⁶. Bu denge, pay sahiplerinin ellerindeki payların değerini maksimize etme ve dilediği zaman serbestçe devredebilme imkanlarına mümkün olduğunca az zarar vererek şirketin sürekliliğini ve özgün yapısını

³⁹⁶ Salzgeber-Dürrig, s. 192-193

korumaya hizmet etmektedir. TTK kapsamında bağlam hükümlerinde önemli sebebin niteliği hakkında yapılan düzenlemede, “pay sahipleri çevresinin bileşimine”, “şirketin işletme konusu” ve “şirketin ekonomik bağımsızlığı”na özel atıf yapıldığı görülmektedir.

Öncelik hakları da, esasen bağlam hükümleri ile paralel şekilde, amaç açısından benzeşmektedir. Zira bu hakların düzenlenmesi gereği, alım ve satım hakları aksine, hak borçluları hak konusu paylarını iradesi dışında satmaya zorlanmamaktadır. Buna karşın, hak borçlusu payını devretmeye karar verdiğinde, belirli düzenlemeler çerçevesinde hak alacaklısına bir öncelik tanımayı amaçlamaktadır. Bu sayede hak alacaklısı, hak borçlusundan payları hakkı çerçevesinde devir alabilecek olup, sözleşmenin akdedilmesi sırasındaki amaçlar doğrultusunda şirketin devamlılığını sağlayabilecektir. Neticede şirketin yabancılaşmasını engelleme ve payların belirli kişiler arasında el değiştirmesi amaçlanmaktadır³⁹⁷. Bu sebeple öncelik hakları için, çoğunlukla hak alacaklılarının anonim şirket içerisinde diğer ortaklardan biri veya birkaçı olduğu düşünüldüğünde, bağlam hükümlerinin amaçları paralelinde şirketin özgün yapısını korumayı amaçladığı yorumu yapılabilecektir.

Bağlam hükümleri ile öncelik haklarının amaçsal olarak aynı yöne hizmet ettiklerinin kabulü sonrası, esas sözleşmede düzenlenecek bir öncelik hakkının, korporatif niteliği taşıyıp taşıyamayacağı tartışılmalıdır. Özellikle teklifte öncelik hakkı açısından durum incelendiğinde, düzenlemelerin bağlam hükümleri sınırlarını aşmadan yapılabileceği görülmektedir. Zira teklifte öncelik hakkında, hak borçlusunun payını devretme niyetini iletme borcu altında olduğu ve hak alacaklısının kendisine yapacağı teklif sonrası, yalnızca kendi payını hak alacaklısı tarafından yapılan tekliften daha kötü şartlara bir üçüncü kişiye satmama borcu altına girdiği görülmektedir. Başka bir deyişle, hak borçlusu payını satma konusunda bir zorlamaya tabi olmamakta, hak alacaklısının aynı koşulları sağladığı noktada hak borçlusunu hak konusu payı hak alacaklısına devretme borcu altına sokmaktadır.

³⁹⁷ Pulaşlı, Bağlı, s. 117-118

Buna karşın icapta öncelik ve kabulde öncelik haklarında, hak borçlusunun hak alacaklısına yaptığı icaba karşılık hak alacaklısının kabul beyanı ile sözleşme kurulması veya hak alacaklısının hak borçlusuna yaptığı icaba karşılık hak borçlusunun bu icabı kabul etme borcunun doğması sebebiyle, TTK'daki bağlam hükümlerinin bir adım ilerisine geçildiği ve dolayısıyla TTK m. 493 f. 7 anlamında pay devrinin ağırlaştırıldığı sonucuna varmak mümkündür³⁹⁸. Zira bu durumda, hak borçlusu bir şekilde kendisine yapılan teklifi kabul etmek zorunda kalacaktır. Ancak TTK'daki bağlam sistemi çerçevesinde “kaçış klozu”nun kullanılması halinde, payını devretmek isteyen pay sahibine yapılan teklif sonrası kendisinin payını devretmeyi kabul etme veya payını devretmekten vazgeçme hakkı vardır. Bu sebeple, icapta öncelik ve kabulde öncelik haklarının bağlam sisteminin ötesi bir çerçevede düzenlendiğini, dolayısıyla esas sözleşmede düzenlenmeleri halinde ticaret hukuku anlamında korporatif bir etkiye sahip olmayacaklarını söylemek gerekir.

Öte yandan , ilgili esas sözleşme düzenlemesinin korporatif etkiyi haiz olabilmesi adına, tazminat, cezai şart gibi yaptırımları öngörmemesi önem taşımaktadır³⁹⁹. Ayrıca bu şekilde yapılacak düzenlemenin, pay sahiplerinin ekonomik kayıplarına da yol açmaması gerekmektedir⁴⁰⁰.

Nihayetinde teklifte öncelik hakkının esas sözleşmede bağlam sınırları çerçevesinde düzenlenmesi şartı ile korporatif niteliği haiz olabileceğini kabul etmek gerekir. Ancak bu durumda düzenlenen öncelik hakkının TTK kapsamında belirlenen bağlam kurallarına ilave bir etkisi olabilecek midir? Esas sözleşmede yazılan bu hakka aykırı olarak yapılan devirlerde durum ne olacaktır?

Doktrinde, TTK'ya uygun bir şekilde esas sözleşmede düzenlenecek bir öncelik hakkının korporatif niteliğinin benimsenmesinin bir sonucu olarak, ilgili hükmün pay sahiplerini, şirketin kendisini ve şirketin organlarını bağlayacağını,

³⁹⁸ Hintz – Bühler, s. 132

³⁹⁹ Okutan Nilsson, s. 246

⁴⁰⁰ Tekinalp (Poroy, Çamoğlu), Ortaklıklar, s. 607

ve dolayısıyla bir pay sahibinin ilgili esas sözleşme hükmüne aykırı olarak yaptığı pay devrinin pay defterine kaydedilmesinin reddedilebileceğini de kabul etmek gerekeceği görüşü mevcuttur⁴⁰¹. Başka bir deyişle, bu hükme aykırı olarak yapılan bir pay devrinin bağlam hükümleri çerçevesinde “önemli sebep” olarak değerlendirilebileceği savunulmaktadır.

Ancak, ETTK’daki bağlam sisteminin aksine, TTK’da bu şekilde bir sonuca varmak doğru olmayacaktır. Zira ETTK m. 418 uyarınca şirketin esas sözleşmede yazılı sebeplerden pay devrini onaylamama keyfiyeti olduğu gibi, şirkete herhangi bir sebep göstermeden pay devrini pay defterine kaydetmeme imkanı verilmekteydi. Bu anlamda bakıldığında, ETTK’daki bağlam sistemi çerçevesinde korporatif bir niteliği haiz bir öncelik hakkına uyulmadan yapılan devrin neticesinde şirket tarafından böyle bir devrin reddedilmesi ve pay defterine işlenmemesi hali kabul görmekteydi⁴⁰². Ancak elbette ETTK’daki sistem içerisinde “bölünme teorisi”nin benimsenmiş olduğu göz önüne alındığında, şirket tarafından böyle bir sebep ileri sürülerek pay devrinin reddedilmesi payın mülkiyetinin devrini engellememekte, yalnızca paya bağlı hakların şirkete karşı temsil olunmasını engellemekteydi.

Yeni TTK’daki bağlam sistemi kapsamında, TTK m. 494 f. 1 uyarınca, “devir için gerekli onay verilmediği sürece, payların mülkiyeti ve paylara bağlı tüm haklar devredende kalır” şeklinde düzenlemeye gidilmiştir. Bu düzenleme ile, madde gerekçesinde de açıklandığı üzere, “*eski hukuktan ayrılmış, ayrıca kıymetli evraka hakim ilkelere de sapmıştır.*”. Bu şekilde bir düzenlemede bulunulmasının temel gerekçesi, “*Tasarı birlik teorisinden beklediği yarar dolayısıyla kıymetli evrakin bir ilkesine istisna getirmiştir... Hem mülkiyetin hem de paya/pay senedine bağlı malvarlığı ile yönetim ve denetim-inceleme*

⁴⁰¹ Tekinalp (Poroy, Çamoğlu), Ortaklıklar, s. 609

⁴⁰² Tekinalp (Poroy, Çamoğlu), s. 444; Okutan Nilsson, s. 258-259, Yazar bu noktada pay devir sınırlandırıcı hükümlerin esas sözleşmeye yazılması yerine pay sahipleri sözleşmesine atıf yapılmasını daha doğru bulmaktadır. Zira bağlam ile bu hakların karakterleri ve etki alanlarının birbirlerinden farklı olduğunu, tek borç ilkesini zedeleyen ve bağlam sisteminin amacını aşan hükümlerin esas sözleşmede yer almasının onların borç sözleşmesini niteliklerini değiştirmeyeceğini ve böyle bir durumun yanlış bir izlenim uyandıracağını, bağlam hükümlerinin genel kurulda çoğunluk oy ile değiştirilebilecekken bu şekildeki pay devir sınırlandırmalarının değiştirilmesi için oybirliği gerekeceğini, dolayısıyla bağlam hükümleri ile bu tür hakların hukuki kaderinin farklı olduğunu ve dolayısıyla uyumsuzluk yaratacağını savunmaktadır.

haklarının anonim şirketin onayına bağlanması birlik teorisini ortaya çıkarmakta, eski hukuktaki gibi parçalanma olmamaktadır". şeklinde açıklanmıştır.

Ancak buna karşın ETTK'daki sebepten bağımsızlık keyfiyeti çıkarılmış, yerine şirket tarafından öne sürülecek red sebebinin, "şirketin işletme konusu" veya "işletmenin ekonomik bağımsızlığı" yönünden onayın reddini haklı göstermesi halinde "önemli sebep" oluşturacağı belirlenmiştir. Bu anlamda düşünüldüğünde, esas sözleşmede yer alan korporatif niteliği haiz bir öncelik hakkına aykırı bir şekilde payın devredilmesinin "önemli sebep" teşkil edeceğini söylemek güçtür.

Bunun yerine, TTK kapsamında bu hükümlerin işlerliği ancak "kaçış klozu" bağlamında düşünülebilmelidir⁴⁰³. Ancak belirtilmelidir ki, teklifte öncelik hakkının korporatif niteliği haiz olduğunun kabul edilmesinin, "kaçış klozu" anlamında hak sahipleri açısından ilave olumlu bir etkisi olmayacaktır. Zira kaçış klozu TTK'daki belirlenen usul uyarınca kullanılması gereken bir yapıya sahiptir⁴⁰⁴.

Bu noktada, doktrinde şirket ile pay sahipleri sözleşmesi tarafları arasında yapılacak, pay sahipleri sözleşmesine taraf olmanın "kaçış klozu"nu tetikleyeceği bir borçlar hukuku sözleşmesi akdedilmesi yönünde çözüm önerisine⁴⁰⁵ benzer şekilde, esas sözleşmede yer alan pay devir hükümlerine aykırı bir şekilde yapılan pay devirlerinin şirket tarafından kabul edilmeyeceği ve kaçış klozu kullanılacağı yönünde bir beyan alınarak şirketin ve dolayısıyla yönetim kurulunun bir borç altına sokulması mümkündür.

2. Önalım Hakkı:

Önalım haklarında da, öncelik haklarında olduğu gibi, temelde bir pay devir sınırlaması mevcuttur. Zira önalım hakkı, payı üzerinde önalım hakkı tesis

⁴⁰³ Hintz-Bühler, s. 130 - 132

⁴⁰⁴ bkz. IV/C/2

⁴⁰⁵ bkz. IV/C/2/f

edilmiş olan pay sahibinin payını devretmek üzere üçüncü bir kişi ile anlaşması halinde, hak alacaklısına ilgili payı tek taraflı bir beyan ile satın alma hakkı sağlamaktadır. Bu durumda hak borçlusunun, hak alacaklısı tarafından yapılan tek taraflı bir beyan sonrası payını hak alacaklısına devretme borcu ortaya çıkmaktadır.

Önalım haklarının korporatif anlamda geçerli olabilmesi ve şirketin mevcut ve müstakbel pay sahiplerine, üçüncü kişilere ve şirketin kendisine öne sürülebilmesi için, öncelik hakları için açıklandığı şekilde, bağlam sistemi için çizilen çerçevede düzenlenmesini sağlamak gerekmektedir. Bu durumda, öncelik hakları için önerilen yöntem, önalım hakları için de geçerli olabilecek midir?

Bu sorunun cevabı, önalım haklarına böyle bir düzenleme ile korporatif nitelik kazandırılmayacağı yönünde olmalıdır. Bunun sebebi, önalım hakkında hak borçlusunun payını devretme konusunda bir seçimi olmamasına bağlanmaktadır⁴⁰⁶. Başka bir deyişle, önalım hakkında hak alacaklısının yaptığı tek taraflı bildirim ile, hak borçlusu payını hak alacaklısına devretme borcu altına girmektedir. Oysa ki, örneğin teklifte öncelik hakkında, hak borçlusunun payını devire zorlanmaktan ziyade, payını devir ederken hak alacaklısı tarafından yapılan tekliften daha kötü şartlarla payını devretmeme borcu oluşmaktaydı. Yani bu şekilde, hak borçlusunun elinde teklifte iletilen şartlardan daha iyi şartlar ile bir üçüncü kişiye payını devretme, payını hak alacaklısına devretme veya payını devretmeme seçimlik hakları bulunmaktaydı. Dolayısıyla amaçsal ve yapısal açılardan da incelendiğinde, teklifte öncelik hakkı bağlam sınırları içerisinde değerlendirilebilir hale geliyordu. Oysa ki önalım hakkı niteliği itibarıyla bağlam sınırlarının ötesine geçen bir yapıya sahiptir. Zira hak sahibinin tek taraflı beyanı ile hak borçlusu payını devretme borcu altına girmektedir. Buna karşın bağlam sisteminin “kaçış klozu” ancak pay sahibini yapılan teklif sonrası payını devretmeme borcu altına sokmaktadır.

⁴⁰⁶ Hinz-Bühler, s. 132

Önalım haklarının korporatif nitelik kazanamayacağına dair bir diğer sebep ise, önalım haklarının ihlalinde tazminat borcunun doğmasına ilişkindir. Zira önalım hakkında hak borçlusunun payını bir üçüncü kişiye devretmesine ilişkin bir sözleşme akdetmesi halinde, hak borçlusunun sözleşmelerden ancak birini yerine getirebilecek duruma gelmesi ve bunun sonucu olarak ifa edilemeyen asli edim borcunun yerini tazminat yükümlülüğünün almasıdır⁴⁰⁷. Oysa ki daha önce ifade edildiği üzere, tazminat veya cezai şart gibi pay sahibine ilave yükümlülükler yükleyen düzenlemelerin korporatif nitelik kazanması, TTK m. 480 çerçevesinde mümkün değildir. Bu sebeple önalım hakkının korporatif bir nitelik kazanması da TTK'nın mevcut sistemi içerisinde mümkün gözükmemektedir.

Doktrindeki bir diğer görüş⁴⁰⁸ ise, önalım hakkının korporatif nitelik kazanamayacağını kabul etmekle birlikte, bunun sebebinin tek borç ilkesine aykırılık olmadığını, aksine bu şekilde meydana gelecek bir tazminat borcunun şirkete karşı bir yükümlülük meydana getirmeyeceğinden hareketle şirketle ilgili olmadığından dolayı ve tek borç ilkesinin “ortaklığa karşı olan borcu” sınırladığı göz önüne alındığında, bu durumun tek borç ilkesine aykırılıktan meydana gelmediğini, aksine bu hükümlerin korporatif nitelik kazanamamasının nedeninin şirket esas sözleşmesine “*kanun tarafından verilen hukuki nitelik, işlev ve etkinin*” olduğu yönündedir. Yazar bu anlamda, ana sözleşmenin üçüncü kişilerin durumunu ağırlaştıramayacağından hareketle korporatif etkisi kabul edilmiş bir önalım hakkının üçüncü kişiler karşısında ilave bir yükümlülük meydana getireceğinden dolayı, korporatif olarak kabul edilemeyeceğini belirtmiştir.

3. Alım ve Satım Hakları:

Alım ve satım hakları ise, hak sahibine tek taraflı irade beyanları ile payı hak borçlusundan alma veya hak borçlusuna satma imkanı vermektedir. Bu anlamda düşünüldüğünde, alım ve satım haklarında hak borçlusu, yani pay sahibi, kendi

⁴⁰⁷ Okutan Nilsson, s. 247

⁴⁰⁸ Yüksel, s. 152-154

iradesi dışında payını devretme veya payı devralma borcu altına sokulmaktadır. Bu sebeple, alım ve satım haklarının TTK kapsamında bağlam için çizilen sınırları oldukça aştığını, TTK m. 480 çerçevesinde pay sahiplerine fazlasıyla ağır bir yük getirdiğini, ve esas sözleşmede düzenlenmesi halinde herhangi bir korporatif etki kazanmayacağını, düzenlemelerin tamamen borçlar hukuku etkisini haiz olacağını ve bu sebeple hak sahibinin bir üçüncü kişiye karşı öne sürebileceği herhangi bir hakkının olmayacağını, ancak hak alacaklısının hak borçlusuna karşı bir tazminat hakkı doğabileceğini söylemek mümkündür⁴⁰⁹.

4. Satışa Katılma ve Satışa Katım Hakları:

Alım ve satım hakları için yaptığımız açıklamalar çerçevesinde açıkladığımız üzere, bir pay sahibini tek taraflı bir beyan ile payını satmaya zorlamak, TTK'nın sistemi çerçevesinde uygun görülmemekte ve böyle bir esas sözleşme hükmü korporatif nitelik kazanamamaktadır.

Satışa katım hakkı da, bu anlamda düşünüldüğünde pay sahibini payını satmaya zorlayan bir hak olarak düzenlenmektedir. Zira bir pay sahibinin, yani hak alacaklısının, bir üçüncü kişiden alacağı teklif doğrultusunda diğer pay sahiplerine, yani hak borçlularına, paylarını ilgili üçüncü kişiye satılmasına ilişkin bildirim ile, hak borçluları paylarını ilgili üçüncü kişiye satma borcu altına girmektedirler. Böyle bir düzenlemenin, TTK m. 480 çerçevesinde tek borç ilkesine aykırı olacağı ve bağlam sisteminin öngördüğü çerçevenin ötesinde bir etkiyi haiz olduğu muhakkaktır. Bu sebeple, alım ve satım hakları için yaptığımız açıklamalar satışa katım hakkı için de geçerli olacaktır.

Satışa katılma hakkında ise, bir pay sahibinin, yani hak borçlusunun, payını bir üçüncü kişiye devretmek istemesi halinde, diğer pay sahiplerine, yani hak alacaklılarına, kendi paylarını aynı şartlar ile ilgili üçüncü kişiye satılmasını talep eden bildirim ile, hak borçlusu hak alacaklılarının payının da ilgili üçüncü kişi tarafından alınmasını sağlamakla yükümlü haline gelmekte, bu satışın mümkün olmaması halinde ise hak borçlusunun payını ilgili üçüncü kişiye

⁴⁰⁹ Okutan Nilsson; s. 249, Hintz-Bühler, 132; Salzgeber-Dürrig, s. 268

satmama borcu altına girdiği görülmektedir. Bu şekilde düşünüldüğünde, hak borçlusunun pay devir özgürlüğü önemli ölçüde engellenmiş olacaktır. Bu sebeple, aynı şekilde satışa katılma hakkı için de alım ve satım hakları ve satışa katılma hakkı için söylediklerimiz geçerli olacaktır.

VI. SONUÇ

1. Pay sahipleri sözleşmeleri, uygulamada oldukça fazla yer almasına rağmen kanunen düzenleme bulmamış “*sui generis*” sözleşmelerdir. Bunun bir sonucu olarak, içeriğindeki münferit hükümlerin şekil şartları saklı kalmak kaydıyla, herhangi bir şekle bağlı değildir. Ancak uygulamada ispat sorununu ortadan kaldırmak amacıyla çoğunlukla yazılı olarak akdedilmektedir.
2. Pay sahipleri sözleşmelerinin süresine ilişkin de kanuni bir düzenleme mevcut değildir. Uygulamada çoğunlukla bu sözleşmeler belirsiz süreli veya sözleşme konusu şirketin süresine bağlı bir şekilde akdedilmektedir. Alman ve İsviçre örnekleri üzerinden durum değerlendirilmiş, Türk hukuku çerçevesinde sözleşmenin süresinin MK m. 2 ve MK m. 23 çerçevesinde sınırlandırılabilceği sonucuna varılmıştır.
3. Pay sahipleri sözleşmelerinin taraflarına ilişkin sözleşme serbestisi çerçevesinde herhangi bir sınırlama getirilmemiştir. Ancak Alman ve İsviçre hukuku örnekleri göz önüne alınarak, şirketin kendisinin sözleşmeye taraf olması dahi, şirketin TTK hükümleri ile bağlı olacağı gerçeğini değiştirmeyeceği ve sözleşmede buna aksi düzenlemelerin yer alması halinde bunların şirket açısından uygulanabilirliğinin sorgulanacak olacağı sonucuna bağlanmıştır.
4. Pay sahipleri sözleşmeleri birer borç sözleşmesi niteliğindedir ve içeriği sözleşme taraflarına karşı ileri sürülebilecek nispi haklardan oluşmaktadır. Bu sözleşmeler, tek taraflı, iki taraflı veya adi ortaklık şeklinde ortaya çıkabilmektedir.

5. Sözleşmelerin borçlar hukuku karakteri neticesinde, sözleşmelerin geçerliliğinin TBK m. 27 kapsamında belirlenen sınırlar ile çizildiği, tarafların ehliyetine ve irade beyanlarının sağlıklılığına bağlı olduğu sonucuna varılmıştır.
6. Pay sahipleri sözleşmeleri ile esas sözleşme hükümleri arasındaki nitelik farkları incelenmiş, esas sözleşme hükümlerinin korporatif ve korporatif olmayan ayrımına vurgu yapılmış ve değerlendirilmiştir.
7. Pay sahipleri kapsamında pay devirlerini sınırlandırma amacıyla öncelik, önalım, alım, satım, satışa katılma ve satışa katım hakları şeklinde düzenlemelere yer verilebilmektedir. Bu düzenlemeler, pay sahipleri sözleşmesi kapsamında borçlar hukuku niteliğini haiz olacaktırlar. Bu nitelikleri neticesinde, bu düzenlemelerin ihlalinin sonuçları da borçlar hukuku karakterine sahip olacaktır. Hukuken mümkün olduğu ölçüde, bu sözleşmelerin ihlali halinde aynen ifa talep etmek mümkündür. Ancak bu sözleşmelerin ihlali ile ilgili payın üçüncü kişiye devredilmesi halinde, subjektif imkansızlık ortaya çıkacak ve aynen ifa talep edilemeyecektir. Bu durumda hak alacaklısının hak borçlusuna karşı sözleşmeye aykırılığından dolayı meydana gelen zararını nakden tazmin etmesini talep etme hakkı doğacaktır. Zira sözleşmenin tarafları arasında bağlayıcı, nispi etkide bir borçlar hukuku sözleşmesinin üçüncü kişiye karşı ileri sürülmesi mümkün değildir. Ancak TBK m. 49 kapsamında, ahlaka aykırı fiil ile bir zarar sebebiyet verildiği kanıtlandığı takdirde, hak sahibi üçüncü kişiden aynen tazmin yolu ile payı geri isteyebilecektir.
8. Bu pay devir sınırlandırmalarını düzenleyen hükümlerin etkisini güçlendirmek adına, payların arkasına hakların ve hak sahiplerinin yazılması, ilgili hakların esas sözleşmeye nakledilmesi, payların üçüncü kişi bir yed-i emine teslim edilmesi veya bağlam hükümleri ile güçlendirilmesi gibi yöntemlere başvurulmaktadır. Ancak bu yöntemlerden hiç biri tam olarak istenilen sonuca ulaşılmasını sağlamamaktadır. Buna karşın, bunların arasından iyi bir seçenek olarak, her ne kadar pay sahipleri sözleşmeleri kapsamında düzenlenen usule aykırı olarak yapılan devirler yeni TTK'daki sistem kapsamında bağlam hükmü olarak önemli sebep teşkil etmeyecek olsa da, düzenlemeleri bağlam hükümleri

ile güçlendirerek pay devrini şirket yönetim kurulunun onayına tabi tutma, pratik anlamda ulaşılması amaçlanan sonuca yaklaştıracak bir seçenek olmaktadır.

9. Esas sözleşmesel bağlam sistemi çerçevesinde pay sahipleri esas sözleşmede yapacakları düzenlemeler ile nama yazılı payları bağlam sistemine tabi tutarak bağlı nama yazılı paylar yaratabilmektedir. Bu sayede, esas sözleşmede belirtilecek pay devrinin onaylanmasına ilişkin istemin şirket tarafından reddedilebileceği belirli önemli sebepler düzenleyerek, veya şirket tarafından payını devir eden pay sahibine yapılacak payı gerçek değeri ile kendi, diğer pay sahipleri veya üçüncü kişiler hesabına alma teklifi ile payın devrinin reddedilebileceği imkanı tanınmıştır. Bu şekilde şirketin yabancı etkilere karşı korunması amaçlanmaktadır.
10. Pay sahipleri sözleşmesi çerçevesinde düzenlenen pay devir sınırlamalarının esas sözleşmeye yansıtılmasında önem taşıyan ve bu hükümlerin korporatif nitelik kazanmalarında etkili olan üç temel nokta bulunmaktadır. Bunlar, TTK kapsamında düzenlenen tek borç ilkesi (TTK m. 480), emredici hükümlere aykırı esas sözleşme düzenlemeleri yasağı (TTK m. 340), pay devir sınırlandırmalarının ağırlaştırılamayacağı ilkesi (TTK m. 493 f. 7) şeklindedir.
11. Pay devir sınırlandırmalarının esas sözleşmeye yansıtılması halinde korporatif nitelik kazanabilmeleri konusunda yapılan inceleme sonucunda, ancak teklifte öncelik hakkının, TTK kapsamında düzenlenen bağlam hükümleri çerçevesini aşmayacak şekilde düzenlendiği takdirde, tek borç ilkesinin bir istisnası olarak esas sözleşmede korporatif bir nitelik kazanabilecekleri, şirketin kendisini, organlarını ve pay sahiplerini bağlar bir niteliğe kavuşabilecekleri sonucuna varılmıştır.
12. İcapta öncelik, kabulde öncelik, önalım, alım, satım, satışa katılma ve satışa katım gibi hakların esas sözleşmede düzenlenmeleri, onlara korporatif nitelik

kazandırmayacak, ancak borçlar hukuku hükümleri çerçevesinde taraflar arasında nispi bir etki doğuracaktır.

13. Teklifte öncelik haklarının korporatif niteliğe kavuşabileceklerinin kabul edilmesi ile birlikte, bunların üçüncü kişilere karşı doğrudan ileri sürülmesi mümkün olmayacaktır. Zira sicilin olumlu etkisi ticaret sicili için geçerli değildir. Eşya hukukunda olduğu gibi özel bir kanuni düzenleme de mevcut olmadığından ötürü, üçüncü kişi kötü niyetli olsa dahi, esas sözleşmede düzenlenen bu hakların kendilerine karşı ileri sürülmesi mümkün olmayacaktır.

14. Ancak nihayetinde bağlam hükümleri çerçevesinde korporatif etkiyi kazanan bir öncelik hakkının varlığı ve dolayısıyla şirket yönetim kurulunun bu düzenleme ile bağlı olduğunun tespiti sonucu, şayet bu haklara riayet edilmeden üçüncü kişiye bir devir yapılır ise, yeni TTK’da “birlik teorisinin” benimsenmesi sonucu TTK m. 494 f. 1 düzenlemesi nezdinde, bağlı nama yazılı payların devrinde şirket onayı olmadan payların mülkiyeti ve paylara bağlı tüm hakların devredende kalacağı düşünüldüğünde, şirketin “kaçış klozu”nu kullanması sağlanabilecek ve payın devrinin engellenmesi sonucuna ulaşılabilecektir. Ancak nihayetinde bu hakkın korporatif niteliği, kaçış klozunun kullanılması kapsamında ilave bir etki sağlamayacaktır.