

İSTANBUL BİLGİ ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ PROGRAMLAR ENSTİTÜSÜ
HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

ANONİM ŞİRKETLERDE BORSAYA KOTE OLMAYAN NAMA YAZILI
PAYLAR ÜZERİNDE KAÇINMA KLOZUNUN KULLANILMASI

Elif Bilge İNCESU
118613003

Dr. Öğr. Üyesi Kerem ÇELİKBOYA

İSTANBUL
2022

Anonim Şirketlerde Borsaya Kote Olmayan Nama Yazılı Paylar Üzerinde
Kaçınma Klotunun Kullanılması
The Use of Escape Clause on Non-Listed Registered Shares in Joint Stock
Companies

Elif Bilge İNCESU
118613003

Tez Danışmanı : **Dr. Öğr. Üyesi Kerem ÇELİKBOYA**
İstanbul Bilgi Üniversitesi

Jüri Üyeleri : **Prof. Dr. Gül OKUTAN NILSSON**
İstanbul Bilgi Üniversitesi

Dr. Öğr. Üyesi Cem VEZİROĞLU
Koç Üniversitesi

Tezin Onaylandığı Tarih : 25 Temmuz 2022
Toplam Sayfa Sayısı :

Anahtar Kelimeler (Türkçe)

- 1) Pay Devri
- 2) Bağlam
- 3) Kaçınma Klotu
- 4) Anonim Şirketler
- 5) Alım Teklifi

Anahtar Kelimeler (İngilizce)

- 1) Share Transfer
- 2) Share Restrictions
- 3) Escape Clause
- 4) Joint Stock Companies
- 5) Purchase Offer

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	iii
KISALTMALAR	vi
ÖZET	vii
ABSTRACT	viii
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM	3
ANONİM ŞİRKETLERDE NAMA YAZILI PAYLARDA DEVİR SERBESTLİĞİ İLKESİ VE BAĞLAM KURALLARI	3
1.1. ANONİM ŞİRKETLERDE NAMA YAZILI PAYLARIN DEVİR SERBESTLİĞİ İLKESİ	4
1.2. 6102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNU'NUN BAĞLAM SİSTEMİ6	
1.2.1. Önceki Kanun Dönemindeki Bağlam Rejiminden Farklılıklar	6
1.2.2. Bağlama Konu Olabilecek Paylar	10
1.2.3. Bağlam Türleri	11
İKİNCİ BÖLÜM.....	31
KAÇINMA KLOZUNUN HUKUKİ NİTELİĞİ	31
2.1. ÖN ALIM HAKKI	31
2.2. KANUNİ ALIM HAKKI	33
2.3. YASAL ŞARTA BAĞLI ALIM HAKKI	34
2.4. YENİLİK DOĞURAN HAK	35
2.5. ÖNERİ/TEKLİF	36
2.6. KARMA GÖRÜŞ	38
2.7. GÖRÜŞÜMÜZ.....	40
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	42
KAÇINMA KLOZUNUN KULLANILMASI	42
3.1. KAÇINMA KLOZUNUN KULLANILMASININ KOŞULLARI.....	42
3.1.1. Şirketin Kendi Paylarını Edinmesinde Genel Kural ve Bağlam Kuralları ile İlişkisi	44
3.1.2. Pay Devrinin Onaylanması İçin Şirkete Başvuru Yapılması.....	56

3.2. PAY DEVRİNİN ONAYLANMASININ REDDİ VE KAÇINMA KLOZUNUN KULLANILACAĞININ BİLDİRİLMESİ	61
3.3. KAÇINMA KLOZUNU KULLANABİLECEK ORGAN	66
3.3.1. Yetkili Organdaki Karar Nisapları ve Pay Devrinin Ağırlaştırılması Yasağı	69
3.3.2. Yetkili Organın Uyması Gereken İlkeler	72
3.3.3. Oy Kullanma ve Müzakere Yasağı ile Şirketle İşlem Yapma Yasağı	75
3.4. ŞİRKET PAYLARININ DİĞER PAY SAHİPLERİ VEYA ÜÇÜNCÜ KİŞİLER HESABINA İKTİSABI	77
DÖRDÜNCÜ BÖLÜM	79
ALIM TEKLİFİ	79
4.1. ALIM TEKLİFİNİN ŞİRKET TARAFINDAN YAPILMASI.....	79
4.2. ALIM TEKLİFİNİN KAPSAMI VE ŞEKLİ.....	79
4.2.1. Alım Teklifinin Gerçek Değer Üzerinden Yapılması Zorunluluğu	80
4.2.2. Alım Teklifinin Muhatabı	84
4.3. ALIM TEKLİFİNİN KULLANIMINDA SÜRELER	85
4.3.1. Şirket Tarafından Alım Teklifi Sunma Süresi	85
4.3.2. Muhatabın Teklifi Kabul Süresi.....	87
BEŞİNCİ BÖLÜM.....	90
GERÇEK DEĞERİN TESPİTİ.....	90
5.1. DEĞERLEMeye ESAS ALINACAK AN.....	90
5.1.1. Gerçek Değerin Taraflar Arasında Kararlaştırılması Halinde	90
5.1.2. Gerçek Değerin Mahkeme Tarafından Tespit Edilmesi Halinde....	91
5.2. GERÇEK DEĞERİN TESPİTİ DAVASINI AÇABİLECEK KİŞİLER	93
5.3. GERÇEK DEĞER KAVRAMINDAN NE ANLAŞILMASI GEREKTİĞİ.....	95
5.4. GERÇEK DEĞERİN ESAS SÖZLEŞME İLE BELİRLENMESİ.....	99
5.5. GERÇEK DEĞERİN TAHKİM YOLUYLA VEYA ÜÇÜNCÜ KİŞİLER ARACILIĞIYLA BELİRLENMESİ.....	100
5.5.1. Tahkim Yoluyla Belirleme.....	100

5.5.2. Üçüncü Kişiler Aracılığıyla Gerçek Değerin Tespit Edilmesi.....	103
ALTINCI BÖLÜM	105
HAKLARIN GEÇİŞİ VE ŞİRKET TARAFINDAN PAYLARIN ELDEN ÇIKARILMASI	105
6.1. HAKLARIN GEÇİŞİ	105
6.1.1. İradi Devirlerde Hakların Geçışı.....	105
6.1.2. Kanuni Edinimlerde Hakların Geçışı.....	106
6.1.3. Hakların Şirkete Devri	112
6.2. ŞİRKET TARAFINDAN PAYLARIN ELDEN ÇIKARILMASI	112
6.2.1. Elden Çıkarma Süresi	112
6.2.2. Elden Çıkarma Şekli	116
SONUÇ	119
KAYNAKÇA.....	125

KISALTMALAR

AY	: 9 Kasım 1982 tarih ve 17863 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanan 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası
bkz.	: bakınız
eTK	: 9 Temmuz 1956 tarih ve 9353 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanan 6762 sayılı Mülga Türk Ticaret Kanunu
f.	: fıkra
KAP	: Kamu Aydınlatma Platformu
md.	: madde
HMK	: 4 Şubat 2011 tarih ve 27836 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanan 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
MKK	: Merkezi Kayıt Kuruluşu Anonim Şirketi
sf.	: sayfa
TBK	: 4 Şubat 2011 tarih ve 27836 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TK	: 14 Şubat 2011 tarih ve 27846 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
TMK	: 08 Aralık 2001 tarih ve 24607 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanan 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
vd.	: ve devamı

ÖZET

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun benimsediği temel ilke nama yazılı payların herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın serbestçe devredilebilmesidir. Payın serbestçe devredilebilirliği ilkesi mutlak değildir ve payların devri, iradi (*esas sözleşmesel*) veya kanuni olarak sınırlandırılabilir.

TK md. 493 uyarınca anonim şirketler, geçerli bir esas sözleşmesel bağlam rejiminin varlığı halinde, payları borsada işlem görmeyen bağlı nama yazılı payların devrinde, devre konu payları kendi adına ve kendi, diğer pay sahipleri veya üçüncü kişiler hesabına gerçek değeri üzerinden satın almayı teklif ederek herhangi bir gerekçe göstermeksizin devre onay vermekten kaçınabilir. Anonim ortaklıklara kanunen tanınan bu imkân kaçınma klozu (*escape clause*) olarak adlandırılmaktadır. Kaçınma klozu anonim şirketlere, pay sahiplerinin çevresinin bileşiminin korunması bakımından şirket dışında tutmak istedikleri kişilere yapılan pay devirlerini engelleme fırsatı vermektedir. Çalışmamızda temel olarak, TK düzenlemeleri uyarınca; kaçınma klozunun hukuki niteliği, kullanım koşulları, şirket tarafından yapılacak alım teklifi, gerçek değer tespiti ve kaçınma klozunun kullanılması halinde hakların taraflara geçişi konuları bu bağlamda ortaya çıkabilecek soru ve sorunlarla birlikte ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Pay Devri, Bağlam, Kaçınma Klozu, Anonim Şirketler, Alım Teklifi

ABSTRACT

Registered shares shall be freely transferred without any restriction as per the main principle adopted by the Turkish Commercial Code numbered 6102. Given the main principle of free transfer of registered shares, such principle is not absolute, and the transfer of registered shares may be restricted by will of the shareholders (*under articles of association*) or by statutory obligations.

As per the Article 493 of the Turkish Commercial Code, joint stock companies are entitled to reject the transfer of non-listed registered shares and offer to purchase the shares to be transferred on their own behalf, other shareholders or third parties at the going concern value of the relevant shares, without giving any reason in the case of a valid share transfer restrictions regime under the articles of association. This opportunity provided to joint-stock companies is referred as the escape clause. Escape clause gives joint stock companies the opportunity to prevent share transfers to third parties which the Company wishes to exclude from the shareholders in order to protect the composition of its shareholders structure. In our thesis, mainly, the legal nature of the escape clause, the terms of its use, the purchase offer to be made by the Company, the determination of the going concern value and the transfer of rights to the parties are reviewed under the relevant articles of Turkish Commercial Code together with the questions and problems that may arise in this context.

Keywords: Share Transfer, Share Restrictions, Escape Clause, Joint Stock Companies, Purchase Offer

GİRİŞ

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 493. maddesinde; anonim şirketlere borsada işlem görmeyen bağlı ve nama yazılı payları; iradi devirler veya kanuni iktisap hallerinde, devre konu payları kendi adına ve kendi, diğer pay sahipleri veya üçüncü kişiler hesabına gerçek değeri üzerinden satın almayı teklif ederek herhangi bir gerekçe göstermeksizin devre onay vermekten kaçınma hakkı tanınmıştır. Anonim ortaklıklara kanunen tanınan bu imkân kaçınma klozu¹ (*escape clause*) olarak adlandırılmaktadır. Çalışmamızın amacı, anonim şirketlerde, borsada işlem görmeyen paylar üzerinde kaçınma klozunun işletilmesi kurumunu, temas ettiğini düşündüğümüz bütün konular ve sorular bakımından mevzuat, öğreti ve yargı kararları ışığında ele alabilmektedir.

Çalışmamızın ilk bölümünde, kaçınma klozunun; öğretilerde tartışılan hukuki niteliği, işlevleri ve kullanılma sürecinin daha iyi ele alınabilmesi amacıyla; kaçınma klozunun içerisinde var olduğu ekosisteme yer verilecektir. Birinci bölümde ana hatlarıyla; anonim şirketlerdeki nama yazılı payların devir serbestliği ilkesi ve TK'nın benimsediği yeni bağlam rejimi çerçevesinde, kanuni bağlam düzenlemeleri ve esas sözleşmesel bağlam sistemi incelenecektir.

İkinci bölümde, kaçınma klozunun hukuki niteliği bakımından öğretilerdeki tartışmalara yer verilecek ve görüşümüz açıklanacaktır.

Üçüncü bölümde, kaçınma klozunun kullanılması şartları ele alınacak ve kaçınma klozunun kullanılması neticesinde şirketin kendi paylarını iktisabı bakımından TK md. 379'da öngörülen yüzdesel sınırlamaya tabi olup olunmadığı tartışmalarına yer verilecektir. Devamında; kaçınma klozunu kullanma sürecini başlatan pay devrinin onaylanması için şirkete başvuru şartı, pay devrinin

¹ Anonim ortaklıklara kanunen tanınan bu imkânın neden tezimizde kaçınma klozu olarak adlandırıldığı ve benimsenebilecek alternatif terimler bakımından tezimizin 27. sayfasına atf yapıyoruz.

onaylanmasının reddi, kaçınma klozunu kullanabilecek organ, tabi olunan ilkeler ve şirket paylarının diğer pay sahipleri veya üçüncü kişiler hesabına iktisap edilmesi konuları ele alınacaktır.

Dördüncü bölümde, şirket tarafından yapılacak alım teklifi, bu teklifin zorunlu unsurları, teklif süreci ve uyulması gereken süreler incelenecektir.

Beşinci bölümde, devre konu payların gerçek değeri kavramından ne anlaşılması gerektiği ve gerçek değer tespit yollarına yer verilecektir.

Son olarak altıncı bölümde ise, kaçınma klozu kullanılması neticesinde pay sahipliğinden kaynaklanan hakların geçişi, iradi devirler ve kanuni edinimler bakımından olmak üzere ayrı ayrı ele alınacaktır. Devamında, şirketin kaçınma klozunu kullanarak elde ettiği paylarını elden çıkarma süresi ve süreci incelenerek tezimiz sonuçlandırılacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

ANONİM ŞİRKETLERDE NAMA YAZILI PAYLARDA DEVİR SERBESTLİĞİ İLKESİ VE BAĞLAM KURALLARI

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 493 vd. maddelerinde düzenlenen ve anonim şirketlerdeki borsada işlem görmeyen, bağlı ve nama yazılı paylar üzerinde, şirketin sahip olduğu satın alma önerisinde bulunma hakkı olarak nitelendirdiğimiz kaçınma klozunun; öğretide tartışılan hukuki niteliği, işlevleri ve kullanılma sürecinin daha iyi ele alınabilmesi amacıyla; tezimizin birinci bölümünde kaçınma klozunun içerisinde var olduğu ekosisteme yer verilmiştir. Bu bağlamda, birinci bölümün ilerleyen başlıklarında ana hatlarıyla; anonim şirketlerdeki nama yazılı payların devir serbestliği ilkesi ve TK'nın benimsediği yeni bağlam rejimi çerçevesinde, alt başlıklar halinde, kanuni bağlam düzenlemeleri ve esas sözleşmesel bağlam sistemi incelenmiştir.

Çalışmamızın ana konusu olan anonim şirketlerde borsada işlem görmeyen bağlı nama yazılı paylar üzerinde kaçınma klozunun kullanılması, temellerini, geçerli bir bağlam düzeninin varlığında bulunduğu, bağlam hükümlerinin geçersiz hale geldiği durumlar tezimizin kapsamına dahil edilmemiştir². Benzer şekilde, kaçınma klozu borsada işlem gören nama yazılı paylar üzerinde kullanılmadığından, bağlam sistemine değinilirken borsada işlem gören bağlı nama yazılı paylar rejimi hariç tutulmuştur.

² Bağlamın etkisizleştiği haller; şirketin tasfiyeye girmesi ve TK md. 420/6 uyarınca işletme konusunun değiştirilmesi veya imtiyazlı pay ihdasıdır. Tasfiye halinde şirketin tüm payları bakımından bağlam hükümleri etkisini kaybederken; işletme konusunun değiştirilmesi veya imtiyazlı pay ihdasına yönelik esas sözleşme değişikliklerinde, bağlam sınırlamaları etkisini, yalnızca tadile olumsuz oy vermiş pay sahipleri bakımından ve kararın Ticaret Sicil Gazetesi'nde yayımlandığı tarihten itibaren 6 aylık bir süre için kaybeder. Bağlam sınırlamalarının etkisini kaybetmesi halinde kaçınma klozuna başvurulup başvurulamayacağına dair detaylı değerlendirmeler için bkz. *Yüksel*, sf.175 vd., *Altay*, sf.592; *Uzel*, sf.144 vd.; *Akın*, sf.247 vd.; *Sevi*, sf. 291 vd..

1.1. ANONİM ŞİRKETLERDE NAMA YAZILI PAYLARIN DEVİR SERBESTLİĞİ İLKESİ

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 490. maddesi uyarınca, kanunda veya esas sözleşmede aksi öngörülmedikçe; nama yazılı paylar, herhangi bir sınırlamaya bağlı olmaksızın devredilebilirler. Öğretide pay devrinin serbestliği, payların serbestçe devredilebilirliği ilkesi veya pay devir serbestisi olarak anılan³ bu ilkeden pay sahibinin, kanunda düzenlenen geçerlilik şartlarını yerine getirmek suretiyle gerçekleştirdiği bir hukuki işlem yoluyla, dilediği an, payını herhangi bir kişiye devretme konusunda münferiden sahip olduğu yetki/serbesti anlaşılır⁴. Pay sahiplerinin payları üzerindeki bu serbestçe tasarruf yetkisi, aynı zamanda Anayasa (AY md. 35) ve uluslararası sözleşmeler ile koruma ve güvence altına alınmış mülkiyet hakkının bir uzantısıdır⁵.

Payların devir serbestliği ilkesi, temellerini anonim ortaklığın iktisadi ve sosyal fonksiyonlarında bulmaktadır. Pay devrinin serbestliği, pay sahipleri çevresinin şirketin varlığını kazanması ve sürdürmesi açısından önemli olmadığını ortaya koyduğundan, anonim şirketlere anonimlik karakterini kazandıran temel ilkedir⁶. Kanun koyucunun anonim ortaklık tipi ile gerçekleştirmek istediği, küçük tasarruf sahiplerinin bir araya gelerek kayda değer miktarda büyük yatırımlarla iktisadi varlığının amaçlarını yerine getirmesini sağlamaktır⁷. Zira, anonim şirketlerde önemli olan pay sahibinin kişiliği değil, ortaklığa getirmiş olduğu sermaye miktarıdır⁸. Bu bağlamda, payın serbestçe devredilebilirliği ilkesi, anonim şirketlerin aşağıda kısaca değinilen diğer temel ilkeleriyle örtüşmekte ve bunları tamamlamaktadır.

³ Sevi, sf. 53-54; Erdem, sf.116; Uzel, s.31; Tekinalp, Bağlam, sf.2; Akın, sf.33; Nomer Ertan, Tebliğ, sf. 36.

⁴ Bozkurt, sf. 5.

⁵ Bozkurt, sf.17.

⁶ Tekinalp, Bağlam, sf.2; Bozkurt, sf. 8; Cenkcı, sf.86; Erdem, sf.101. Anonimlik unsuruna verilen farklı anlamlar hakkındaki tartışmalar için bkz. Kırca, Çelik, Manavgat, sf. 42-60.

⁷ Poroy, Tekinalp, Çamoğlu, sf. 214-215.

⁸ Sevi, sf. 56.

Anonim şirketlerde, pay sahiplerinin sayısından bağımsız olarak sabit bir sermaye tutarının bulunması ve pay sahibinin birden çok paya sahip olabilmesi; paylara, tedavüle müsait bir mal varlığı niteliği kazandırır⁹. Böylelikle, pay devrinin serbestliği ilkesi, anonim şirket sermayesinin paylara bölünmüş ve belirli sermayeli olmasının bir ön koşulu olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁰.

Anonim şirketlerde, kural olarak pay sahiplerine tanınmış bir ayrılma hakkı veya üyeliği fesih hakkı bulunmadığından, payların serbestçe devredilebilirliği ilkesi pay sahiplerinin hak ve menfaatleri açısından tamamlayıcı bir işlev görmektedir¹¹ ve anonim ortaklıktan ayrılmanın istisnai düzenlemeler hariç olmak üzere¹² tek yolu haline gelmiştir. Ayrıca, pay sahibi tarafından yapılan pay devirleri neticesinde pay bedelinin şirket tarafından değil, payı devralacak kişi tarafından pay sahibine ödenmesi, sermayenin korunması ilkesi (TK md. 391/1-a) ve sermayenin iadesi yasağı (TK md. 480/3) ile de tutarlı bir görünüm arz etmektedir.

Payların serbestçe devredilebilirliği ilkesi, kazandırdığı dolaşım ve devinim hızı sayesinde pay sahiplerine, sahip oldukları payları ekonomik olarak değerlendirme imkânı da vermektedir ve bu anlamda menkul kıymetler borsası ile borsa ticaretinin doğmasının başlıca nedenidir¹³. Ayrıca, anonim şirketlerde benimsenen tek borç (TK md. 480/1) ilkesi sayesinde, pay sahibinin ortaklığa karşı yegâne borcunun taahhüt edilen pay bedeli karşılığının ödenmesi olduğundan, ortaklık içerisindeki pay sahibi değişimlerinin; şahıs şirketleri ve diğer sermaye şirketlerine nazaran daha kolay ve hızlı şekilde yapılabilmesini desteklemektedir¹⁴.

⁹ Bozkurt, sf. 4.

¹⁰ Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, sf.149.

¹¹ Bozkurt, sf. 6-7; Altay, sf. 571; Karasu, sf. 129; Yüksel, sf. 159; Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, sf.125; Tekinalp, *Bağlam*, sf.1.

¹² Bu istisnai hükümler arasında, TK 141, 151(5), 202(1)b, 202(2), 208, 283, 483 ve 531. düzenlemeleri sayılabilir. Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, sf.149.

¹³ Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, sf.149.

¹⁴ Bozkurt, sf. 4, 7. Okutan Nilsson, *Pay Sahipleri*, sf. 15 vd.

Pay devrinin serbestliği ilkesi nispi müktesep hak oluşturur¹⁵ ve hem hamiline hem de nama yazılı payların serbestçe devredilebileceği anlamına gelir¹⁶. Öte yandan, nama yazılı payların devri, kanunda öngörülen hallerde veya dayanağını kanunun tanıdığı bir haktan alan sebeplerle sınırlandırılabilir¹⁷. Başka bir deyişle, anonim ortaklıklarda payın serbestçe devredilebilirliği ilkesi hâkim olmakla birlikte, bütünüyle mutlak değildir; devir, iradi (*esas sözleşmesel*) veya kanuni olarak sınırlandırılabilir¹⁸. Bağlam olarak anılan kavram, anonim ortaklıklarda, nama yazılı payların devrini sınırlandıran kanunda veya esas sözleşmede öngörülen sebepler olarak ifade edilmektedir¹⁹. Bağlam uygulamaları ile şirkete, pay sahibi olabileceklerin çevresini belirleme imkânı verilebilmekte, bir diğer deyişle, şirketin anonimlik karakteri bir ölçüde zayıflatılmaktadır.

Kural olarak, anonim ortaklıktan ayrılma yolu pay devri olarak düzenlendiğinden, pay sahiplerinin pay devir tasarruflarına şirket tarafından getirilen kısıtlamalar, başta anayasal bir hak olan mülkiyet hakkı ve sözleşme hürriyetinin (AY, md. 48) kullanılması ve bu hakların yalnızca kanun ile sınırlandırılabilmesi (AY, md 13) ile de yakından ilgilidir²⁰. Bağlam kurallarının işte bu istisnai nitelikleri göz önünde bulundurularak, tezimizin takip eden alt başlığında TK'nın bağlam sistemine, kaçınma klozunun etki ve işlevini daha iyi ortaya koyabilmek amacıyla değinilecektir.

1.2.6102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNU'NUN BAĞLAM SİSTEMİ

1.2.1. Önceki Kanun Dönemindeki Bağlam Rejiminden Farklılıklar

6762 sayılı eski Türk Ticaret Kanunu döneminde, eTK'nın 416. maddesi ile anonim şirketlere pay devirlerinin onaylanması bakımından oldukça geniş bir takdir

¹⁵ Poroy, Tekinalp, Çamoğlu, sf. 157; Bozkurt, sf. 5.

¹⁶ Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, sf.149.

¹⁷ Ancak bedeli tamamen ödenmiş hamiline pay senedinin devri sınırlandırılmaz.

¹⁸ Sevi, sf. 55.

¹⁹ Tekinalp, *Bağlam*, sf.23.

²⁰ Bozkurt, sf.17.

yetkisi verilmişti. Anılan maddenin lafzında, “*nama yazılı hisse senetleri, esas sözleşmede aksine hüküm olmadıkça devredilebilir*” ifadesi yer almaktaydı. Maddenin lafzi yorumundan hareket edilerek, esas sözleşme ile nama yazılı paylara herhangi bir süre sınırına tabi olmaksızın bütüncül bir devir yasağı getirilebiliyordu²¹. Ayrıca, eTK nama yazılı paylar için tek bir bağlam sistemi öngörerek, TK’den farklı olarak borsada işlem gören nama yazılı paylar ile görmeyenler arasında bir ayırım yapmamıştı²². Pay sahipliğinin nispi müktesep hak olması karşısında, eski kanun döneminde pay devirlerine bu kadar güçlü bir yasak getirilebilmesi, pay sahiplerinin tasarruflarını bir hayli sınırlandırmaktaydı. TK döneminde ise hem borsada işlem gören nama yazılı paylar ile görmeyenler arasında tabi oldukları bağlam rejimi bakımından bir ayırım yapılmış hem de iradi bağlam hükümlerinde esas sözleşmede önemli sebeplere yer verilmesi gerektiğini düzenleyerek devir kısıtlamalarına meşruiyet getirilmesi sağlanmıştır²³. Ayrıca, kanuni bağlam hükümleri TK’da sınırlı sayıda (*numerus clausus*) düzenlenmiştir. Bağlam hükümlerinde benimsenen bu yeni rejim, payın serbestçe devredilebilirliği ilkesi ile daha uyumludur ve daha liberal bir yaklaşımdır²⁴.

TK’nın bağlam rejiminin getirdiği en büyük yeniliklerden birisi, bağlı nama yazılı payların devrinde hakların geçişi bakımından benimsenen yaklaşımdaki değişimdir²⁵. eTK’da yer alan eski bağlam kuralları, bölünme teorisini güçlü bir şekilde benimseyerek pay devirlerinde nama yazılı payların mülkiyetinin geçişi ile pay sahipliği mevkiinden kaynaklanan hakların devrini birbirinden kesin çizgilerle

²¹ *Pulaşlı, Bağlam*, sf.114, 131 vd.; *Poroy/Tekinalp/Çamoğlu*, N. 1168; *Arslanlı*, sf.254; *Erdem*, sf.119; *Yıldız/Özbay*, sf.8; *Karasu*, sf. 127; *Sevi*, sf.261.

²² *Tekinalp, Bağlam*, sf.19; *Sevi*, sf.261, *Bahtiyar*, sf. 197 vd.; *Okutan Nilsson, Pay Sahipleri*, sf. 208 vd..

²³ *Tekinalp, Bağlam*, sf.18, 19; *Erdem*, sf.118.

²⁴ *Tekinalp, Bağlam*, sf.19; *Yılmaz*, sf.1591.

²⁵ Mevaz Kanun olan İsviçre Borçlar Kanunu’nda da bağlı nama yazılı payların devrinde hakların geçişi düzenlemelerinde 1991 yılına kadar bölünme teorisi benimsenmiştir. 1991 yılında yapılan revizyon ile İsviçre’de birlik teorisi uygulanmaya başlanmıştır. TK’nın yeni bağlam rejimi mevaz kanundaki değişiklikler ile uyumludur. *Akın*, sf.15 vd.; *Pulaşlı, Bağlam*, sf.174 vd..

ayırıyordu²⁶. Bir diğer deyişle, bağlı nama yazılı payların devri şirket tarafından onaylanmadığında, payların mülkiyetini devralan kişi (*örneğin, senede bağlanmış nama yazılı paylarda geçerli bir ciro ve zilyetliğin devri yapılarak mülkiyetin devri gerçekleştirilmiş*) pay defterine pay sahibi olarak kaydedilmiyor, payların mülkiyetini devreden kişi ise artık malik olmadığı halde pay sahibi sıfatını haiz olmaya ve bu sıfattan kaynaklanan katılım ve yönetim haklarını hem anonim ortaklığın kendisine hem de dış ilişkiye karşı kullanmaya devam ediyordu²⁷. Hal böyle iken, bağlı nama yazılı payların maliki ise pay sahipliğine bağlı mal varlıksal haklarını şirkete ve dış ilişkilere karşı kullanamıyordu.

Öte yandan, TK'da benimsenen yeni bağlam rejiminde, birlik teorisi²⁸ tercih edilerek; anonim şirketlerin pay devirlerine getirdikleri kısıtlamalar, yönetim kurulunun pay devrini pay defterine kayıttan imtina etmesi şeklinde değil, şirketin devre bizzat katılarak onay vermesi veya vermemesi şeklinde kurgulanmıştır²⁹. Yapılan bu kurgunun doğal bir neticesi olarak, borsada işlem görmeyen bağlı nama yazılı paylar bakımından şirketin pay devrine onay vermemesi, devir işleminin geçerliliğini doğrudan etkileyecektir. Bu anlamda, verilecek onay, devrin gerçekleşmesi bakımından bir geçerlilik koşuludur³⁰. Nitekim bu husus, TK md. 494/1'de açıkça ifade edilerek, devir için gerekli olan onay verilmediği sürece,

²⁶ *Tekinalp, Bağlam*, sf.15; *Altay*, sf. 580; *Sevi*, sf.283; Yargıtay'ın eTK dönemindeki içtihatları da bölünme teorisinin kabulü yönündeydi. Ancak Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 16.03.1999 tarihli, 1999/1120 Esas, 1999/1793 Karar numaralı kararında, birlik teorisi çerçevesinde karar verilmiştir.

²⁷ *Tekinalp, Bağlam*, sf.15; *Yıldız/Özbay*, sf.8; *Sevi*, sf.283; *Altay*, sf. 581.

²⁸ Birlik teorisinin temas ettiği iki önemli ilke bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, kıymetli evrak hukuku düzenlemelerinden TK md. 647/3 uyarınca, kanun veya sözleşme ile devre, üçüncü kişilerin özellikle de bir hakkın borçlusunun katılmasının öngörülebilmesidir. Pay sahipliği haklarının kullandırılması bakımından borçlu anonim ortaklığın kendisi olduğundan bu devre katılması kanunla öngörülmüş olmaktadır. İkinci ilke ise, payın bölünmezliği ilkesidir. Bu ilke ile, TK md. 432/1'de yer alan birlikte mülkiyet düzenlemeleri hariç olmak üzere, payın sağladığı hakların lehdarları birden fazla kişi olamayacağından pay da bölünmemiş olacaktır. *Sevi*, sf. 285.

²⁹ *Bozkurt*, sf. 15; *Sevi*, sf. 250; *Poroy, Tekinalp, Çamoğlu*, 2009, N. 1149; *Erdem*, sf. 98.

³⁰ *Altay*, sf. 60; *Akın*, sf. 2; *Sevi*, sf. 285.

³¹ TK'da benimsenen yeni bağlam rejiminde şirket, pay devrine onay vermediğinde devir işleminin kendisi de geçersiz hale geldiğinden, pay senedinin arkasındaki ciro kaydının da iptal edilmesinin faydalı olacağı kanaatindeyiz. Ayrıca, bu durumda payların zilyetliğini elinde bulunduran kişinin pay senetlerini pay sahibine iade etmekten imtina etmesi halinde istihkak davası açılabilir. Senetleri iyi niyetle devralan üçüncü kişilerin iyi niyeti de ciro ve temlik işlevini yerine getirmediğinden korunamayacaktır. Benzer görüşte *bkz. Altay*, sf. 609.

payların mülkiyeti ve paylara bağlı tüm hakların devredende kalacağı şeklinde düzenlenmiştir. Anılan hüküm, pay devrinde pay sahipliği hakları ve mülkiyetin geçişi bakımından TK'nın birlik teorisine bağlı kaldığını açıkça göstermektedir³²³³³⁴. *Altay*'a göre, birlik teorisinin kabul edilmesi, anonim ortaklığın menfaatlerinin pay sahibinin payını devretme hakkına üstün tutulması anlamına gelmektedir³⁵.

Tezimizin ana konusu olan borsada işlem görmeyen bağlı nama yazılı paylarda kaçınma klozunun kullanılması ise, eTK'nın 418/4 maddesinde düzenlenerek, gerçek değerden satın alma hakkı olarak ifade ediliyordu. TK'dan farklı olarak eski dönemde, anonim şirketlerin borsada işlem görmeyen bağlı nama yazılı paylarının devrinde, payları gerçek değerinden satın almayı teklif ederek onay vermekten kaçınma hakkı, yalnızca kanuni iktisap hallerinde (*miras, miras paylaşımı, cebri icra veya eşler arası mal rejimi gibi*) sınırlı olarak kullanılabilirdi³⁶³⁷. Ayrıca gerçek değerden satın alma hakkı, anonim ortaklığın kendisine değil, yönetim kurulu üyelerine veya pay sahiplerine tanınmıştı³⁸. İradi devir hallerinde ise, pay devrinin onaylanması şirket tarafından reddedildiğinde, payını devretmek isteyen pay sahibinin elinde herhangi bir imkân

³² *Tekinalp, Bağlam*, sf. 20; *Bozkurt*, sf. 15; *Erdem*, sf.127; *Altay*, sf. 590, 609, 610; *Karasu*, sf. 139; *Sevi*, sf. 285; *Akın*, sf. 2.

³³ Bağlı nama yazılı payların devrinde birlik teorisinin kabul edilmesinin istisnası, kanuni geçiş hallerindeki iktisaplardır. Öğretide; *Karasu, Altay, Tekinalp ve Sevi*'ye göre, Paylar; miras, mirasın paylaşımı, eşler arasındaki mal rejimi hükümleri veya cebri icra gereği iktisap edilmişlerse, bu durumda hakların geçişi bakımından birlik teorisi değil bölünme teorisi kabul edilmiştir. Böylece, anılan kanuni iktisap hallerinde, bağlı nama yazılı paylar bakımından mal varlıksal haklar ve mülkiyet hakkı edinim tarihi itibarıyla devralana geçmekte; yönetsel haklar ise anonim ortaklığın devre onay verdiği tarihte devredilmiş olacaktır. *Karasu*, sf. 139; *Altay*, sf. 612; *Tekinalp, Bağlam*, sf.52; *Sevi*, sf. 289; Çalışmamızda benimsenen görüş, anılan kanuni devirler bakımından kanun koyucu tarafından bölünme teorisinin kabul edildiği değil, bu devirlerdeki hak geçişlerinin birlik teorisinin istisnası olduğu yönündedir. İradi devirler ve kanuni geçiş hallerinde, kaçınma klozunun kullanılmasının hakların geçişi bakımından etkileri için tezimizin altıncı bölümüne atıf yapıyoruz.

³⁴ İsviçre öğretisinde, hakların geçişi bakımından Askıya Alma Teorisi (*Bürgi*), Mülkiyetin Terki Teorisi (*Jaggi*), Hakların Geçiş Teorisi (*Benz*) gibi farklı teoriler de öne sürülmüştür. Teoriler hakkında detaylı değerlendirmeler için bkz. *Akın*, sf.15 vd.; *Pulaşlı, Bağlam*, sf. 174 vd..

³⁵ *Altay*, sf. 609.

³⁶ *Yıldız/Özbay*, sf. 8; *Karasu*, sf. 141.

³⁷ Önceki kanun döneminde, kaçınma klozunun kullanılabilirdiği kanuni geçiş hallerinin sınırlı sayıda olup olmadığı tartışmalıydı. Bu hususta bkz 149 numaralı dipnotumuz.

³⁸ *Sevi*, sf. 297; *Yıldız/Özbay*, sf. 24; *Karasu*, sf. 132; *Altay*, sf. 584.

bulunmamaktaydı. TK döneminde ise bu hak, iradi devir hallerini de kapsayacak şekilde genişletilmiş ve satın alma önerisinde bulunma hakkını, anonim ortaklığın kendisine tanımıştır³⁹. Böylece, anonim ortaklık tarafından pay devrinin, payları gerçek değeri üzerinden satın almayı teklif etme zorunluluğu altında engellenmesiyle, payını devretmek isteyen pay sahibinin de iradesi korunmuş ve ayrıca red kararı karşısında pay sahibine karşı bir telafi olanağı sağlanmıştır⁴⁰.

1.2.2. Bağlama Konu Olabilecek Paylar

TK md. 490'da yer alan bağlam kuralları hamiline yazılı paylar hariç tutularak yalnızca nama yazılı paylar için öngörülmüştür. TK md. 484/3 uyarınca, hamiline yazılı pay senetleri ancak pay bedelleri tamamen ödendiğinde çıkarılabilirler. Hamiline yazılı pay senetlerinin devri ise TK md. 489/1'e göre, zilyetliğin geçirilmesi suretiyle, payı devralan tarafından Merkezi Kayıt Kuruluşuna yapılacak bildirimle hüküm ifade eder. Bağlam hükümlerinin hamiline yazılı paylar bakımından uygulanamayacağına ilişkin açıklamalarımıza herhangi bir hanel getirmemekle birlikte, TK'nın 489. maddesinde 31 Aralık 2020 tarihinde yapılan değişiklik ile hamiline yazılı pay senetlerinin devrinin Merkezi Kayıt Kuruluşu'na bildirilmesi zorunluluğu⁴¹, değişiklik sonrası yeni dönemde hamiline yazılı pay senetlerinin sahiplerinin kim olduğunun önem kazandığı şeklinde yorumlanabilir. Bu husus tartışmalı olmakla birlikte, hamiline yazılı paylarda kanuni bağlam ve/veya esas sözleşmesel bağlam hükümleri uygulanamayacağından tezimizde yer alan değerlendirmeleri ve sonucu etkilememektedir⁴².

Bağlam hükümleri, pay senetleri için değil payların kendisi için

³⁹ *Karasu*, sf. 132; *Sevi*, sf. 297.

⁴⁰ *Bozkurt*, sf. 137.

⁴¹ Hamiline yazılı payların devrinde, MKK'ya bildirim zorunluluğunun hakların geçişi bakımından kurucu mu olduğu yoksa açıklayıcı mı olduğu hususu öğretide tartışmalıdır. Bu konudaki güncel tartışmalar için bkz. *Tütüncü*, sf. 755; *Tarhan, Aka*.

⁴² *Sevi*, sf. 254, 276; *Tekinalp, Bağlam*, sf. 5; *Karasu*, sf. 130-131; *Uzel*, sf. 110; *Pulaşlı, Şerh*, sf. 2057; *Pulaşlı, Bağlam*, sf.123, 145.

öngörüldüğünden⁴³, senede bağlanmamış çıplak paylara da bağlam kuralları uygulanacaktır⁴⁴.

Nama yazılı paylar yerine çıkarılan ilmühaberler, payların kendisi gibi kanuni veya esas sözleşmesel bağlam hükümlerine konu olabilirler⁴⁵.

1.2.3. Bağlam Türleri

Bağlam, anonim ortaklık kurucuları veya genel kurulunun iradesine bağlı olarak esas sözleşmeye dayanan veya sermayenin korunması ilkesi çerçevesinde düzenlenmiş kanuni bağlam olmak üzere iki türdür. Kanuni bağlam, pay bedellerinin güvence altına alınmasına yönelik iken; diğer taraftan iradi bağlam türünü ifade eden esas sözleşmesel bağlam, anonim ortaklığı her türlü yabancılaşmaya karşı korumayı amaçlar⁴⁶. Anonim ortaklıklar; esas sözleşmesel bağlam aracılığıyla pay sahipliği yapısı ya da pay sahibi sıfatıyla oy kullanarak karar alma süreçlerine etki edebilecek kişilerin denetim altına alınmasını amaçlarken; kanuni bağlama yer verilen TK md. 491'de yer alan kanuni sınırlamada öngörülen amaç, ortaklık yapısının denetim altına alınmasından ziyade sermayesinin korunmasıdır⁴⁷⁴⁸. Bu iki tür bağlam arasında amaç farklılığı bulunması sebebiyle, doktrinde esas sözleşmesel bağlam hükümlerinin iradi pay devir kısıtlamaları olmaları nedeniyle dar yorumlanması gerekliliği savunulmaktadır⁴⁹.

⁴³ Karasu, sf. 134.

⁴⁴ Pulaşlı, Şerh, sf. 2069; Uzel, sf. 108; Bozkurt, sf. 46; Poroy, Tekinalp, Çamoğlu, sf. 141; Yıldız/Özbay, sf. 8; Sevi, sf. 255.

⁴⁵ Uzel, sf. 108; Bozkurt, sf. 47; Sevi, sf. 255; Erdem, sf. 98; Pulaşlı, Bağlam, sf. 144.

⁴⁶ Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, sf. 150; Uzel, sf. 106; Sevi, sf. 272; Cenkci, sf.101; Altay, sf. 569; Yıldız/Özbay, sf. 11; Karasu, sf. 130; Yüksel, sf. 161.

⁴⁷ Tekinalp, Bağlam, sf. 25; Pulaşlı, Şerh, sf. 31, 42; Uzel, sf. 106.

⁴⁸ Bu bağlamda, kanuni bağlam düzenlemeleri altında sermayenin korunması ilkesinin başka bir görünümü olarak karşımıza çıkmaktadır.

⁴⁹ Bozkurt, sf. 5, 138; Uzel, sf. 106; Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, sf. 15, 151.

Bu iki bağlam türü dışında, kural olarak anonim ortaklığın kendisine karşı ileri sürülemeyecek ancak taraflar arasında yapılan borçlar hukuku sözleşmeleri ile de pay devirleri nispi olarak⁵⁰ sınırlandırılabilir⁵¹. Anılan sözleşmeler, sadece taraflarını bağlayıp üçüncü kişilere veya şirkete karşı ileri sürülemediğinden bu sözleşmeler teknik olarak bağlam olarak nitelendirilemezler⁵². Bağlam olarak nitelendirilemeyen, borçlar hukukuna tabi bu pay devir veya pay sahipliği sözleşmelerinde yer alan taraflar arasında düzenlenmiş nisbi hakların, anonim ortaklık esas sözleşmesine yazılması halinde bu hükümlerin, esas sözleşmeye yazılabilecek hususları düzenleyen TK md. 339 ve emredici hükümler başlıklı TK md. 340 uyarınca korporatif nitelik kazanamayacaklarından⁵³ şirkete karşı ileri sürülemeyeceği kanaatindeyiz. Tez konumuzun kapsamı dışına çıkmamak adına, bağlam olarak nitelendirilmeyen bu nisbi sınırlamalara, etkileri ve uygulamalarına değinilmeyecektir.

1.2.3.1.Kanuni Bağlam

TK md. 491’de “*Kanuni Sınırlama*” kenar başlığı altında kanuni bağlam düzenlenmiştir. İlgili madde hükmüne göre, anonim ortaklığın esas sözleşmesinde pay devir sınırlamalarına ilişkin herhangi bir düzenleme yer almasa bile⁵⁴, kanunda öngörülen durumların varlığı halinde anonim ortaklık, pay devrine müdahale edip devre engel olabilir. Kanuni bağlam hükümleri emredici niteliktedir ve pay devrine onay vermek bakımından somut olayın özelliklerinin değerlendirilmesi için, anonim ortaklığa kanun tarafından bir yetki tanınmaktadır⁵⁵.

⁵⁰ Pay sahipleri veya pay devir sözleşmelerinde yer alan pay satın almak hakkı (*call option*), pay satma hakkı (*put option*), satın almada öncelik hakkı (*right of first refusal or offer*) birlikte satma hakkı (*tag along*), birlikte satmaya zorlama hakkı (*drag along*) bu sınırlamalara örnek olarak verilebilir.

⁵¹ *Sevi*, sf. 59; *Bozkurt*, sf. 19.

⁵² *Bozkurt*, sf. 19; *Pulaşlı, Bağlam*, sf.124.

⁵³ *Akın*, sf. 229; *Karasu*, sf. 137; *Erdem*, sf. 100, *Nomer Ertan, Tebliğ*, sf. 44.

⁵⁴ *Pulaşlı, Şerh*, sf. 2067; *Tekinalp, Bağlam*, sf. 25; *Bozkurt*, sf. 17; *Yüksel*, sf. 162; *Akın*, sf.169.

⁵⁵ *Tekinalp, Bağlam*, sf. 1, 26; *Bozkurt*, sf. 18; *Karasu*, sf. 143.

Kanuni bağlam türü, bedeli ödenmemiş payların hukuki işlem yoluyla iradi devri hallerinde uygulanabilir⁵⁶. TK md. 491/2 uyarınca, payların yasal geçiş hallerinde (*miras, miras paylaşımı, cebri icra veya eşler arası mal rejimi gibi*) anonim ortaklık, devralandan teminat isteme veya nama yazılı payların bedellerinin tamamının ödenmemiş olması halinde onaydan kaçınma hakkına sahip değildir⁵⁷. Anonim ortaklık bu durumda yalnızca, borsada işlem görmeyen nama yazılı paylar bakımından kaçınma klozunu kullanarak devri onaylamaktan imtina edebilir⁵⁸. Borsada işlem gören nama yazılı paylar bakımından ise kanuni iktisap hallerinde devralanın pay sahibi sıfatı TK md. 495/3 gereğince reddedilememektedir.

Tekinalp'e göre, TK'nın bağlam sisteminde, kanuni bağlam hükmünün ihlal edilerek devre onay verilmesi halinde, devir işlemi kendiliğinden geçersiz hale gelmez⁵⁹. Bir diğer deyişle, kanuni bağlam hükümleri gereği onay verilmemesi gereken bir devir işlemine, şirket tarafından onay verilmişse, bu devir işlemi ve işleme istinaden yapılan pay defterine kayıt geçersiz değildir. Ancak TK md. 553/3 anlamında gereken şartlar oluşmuşsa yönetim kurulunun sorumluluğu gündeme gelebilir. Ayrıca, yönetim kurulu kararının butlanın tespiti ve yolsuz kaydın iptali için dava açılabilir. Pay devrine onay verme yetkisinin genel kurula bırakıldığı hallerde⁶⁰ ise şartları oluşmuşsa genel kurul kararının iptal edilmesi müessesesi uygulama alanı bulacaktır. Yine bu durumda, yönetim kurulu, genel kurul kararının icrası bakımından kusursuzluğunu ispat ederek TK md.553/3 tahtında sorumluluktan kurtulabilir.

Kanuni bağlam; (i) pay bedellerinin tamamının ödenmemesi ve (ii) devralanın ödeme yeterliliğinin şüpheli olduğu durumlarda şirket tarafından istenen

⁵⁶ *Bozkurt*, sf. 18; *Tekinalp, Bağlam*, sf. 34.

⁵⁷ *Uzel*, sf. 97; *Pulaşlı, Şerh*, 2011, sf. 38, 42; *Bozkurt*, sf. 18; *Akın*, sf. 170; *Kendigelen*, sf. 399; *Karasu*, sf. 132; *Erdem*, sf. 118.

⁵⁸ *Tekinalp, Bağlam*, sf. 34, *Erdem*, sf. 101; *Yüksel*, sf. 179; *Sevi*, sf. 297; *Uzel*, sf. 304.

⁵⁹ *Tekinalp, Bağlam*, sf. 26.

⁶⁰ Pay devrini onaylama yetkisinin genel kurula bırakıldığı haller için tezimizin 3.3. numaralı (*Kaçınma Klozunu Kullanabilecek Organ*) başlığına atıf yapıyoruz.

teminatın verilmemesi halinde söz konusu olabilir. Aşağıda kanuni bağlamın uygulama alanı incelenmiştir.

1.2.3.1.1. Pay Bedellerinin Tamamının Ödenmemesi Halinde Kanuni Bağlam

Anonim şirketin saf bir sermaye şirketi olması ve alacaklılarının şirket borçlarından dolayı pay sahiplerine başvurma olanağının olmaması (TK m. 329), şirket sermayesi ve malvarlığının korunmasına ilişkin tedbirler alınmasını zorunlu kılmıştır. Bunlardan birisi de karşılığı tamamen ödenmemiş pay/pay senetlerinin devrinde şirketin devre onay vermesi gereğidir. TK md. 491/1 uyarınca, bedeli tamamen ödenmemiş olan nama yazılı paylar, anonim ortaklığın onayı ile devredilir veya şirketin, borcun nakli hükümleri tahtında alacaklı sıfatıyla rızası bulunması gerektiği için devre sonradan onay vermesi gerekir⁶¹. TK md. 491 düzenlemesi emredici hüküm olduğundan, bedelinin tamamı ödenmemiş nama yazılı payların devrinde, eğer devralanın ödeme gücü şüpheliyse ve devreden teminat göstermekten kaçınmışsa, anonim ortaklığın onayının alınması gerekmektedir. Kanuni düzenleme ile anılan paylar kanunen bağlı kılınmış ve iktisadi açıdan zayıf durumda olan kişiler, sermayenin korunması ilkesi bağlamında şirketten uzak tutulmuştur⁶². Ayrıca, anılan hüküm emredici olduğundan, şirket esas sözleşmesi ile bu kuralın aksinin düzenlenmesi veya kuralın hafifletilmesi mümkün değildir⁶³.

Nama yazılı payların bedellerinin tamamının ödenmediği hallerde onay verme yetkisi şirkete aittir. Yeni pay sahibi, payın geri kalan kısmını ödemişse veya yeterli teminat vermişse, esas sözleşmesel bağlam olmadığı sürece, şirketin devre onay vermekten kaçınması hukuka aykırı olacaktır.

⁶¹ Bozkurt, sf. 17.

⁶² Pulaşlı, *Bağlam*, sf.115, Tekinalp, *Bağlam*, sf. 25; Necdet Uzel, *Uzel*, sf. 106; Tekinalp, *Sermayenin Korunması İlkesi*, sf. 1681 vd..

⁶³ Karasu, sf. 143.

1.2.3.1.2. Devralanın Ödeme Yeterliliğinin Şüpheli Olduğu Durumlarda Anonim Ortaklığın İsteddiği Teminatın Verilmemesi

Bedeli tamamen ödenmemiş nama yazılı payların devrinin şirketin onayına tabi olduğu TK md. 491/1’de düzenlenirken; TK m. 491/2’de şirketin pay devrine onay vermektense sadece, devralanın ödeme yeterliliği şüpheli ise ve şirketçe istenen teminat verilmemişse kaçınılabileceği hükmüne yer verilmiştir.

Tekinalp, kanunun 491. maddesinin birinci fıkrasıyla ikinci fıkrasının birbirinden tamamen bağımsız şekilde yorumlanması gerektiği kanaatindedir⁶⁴. *Tekinalp*’e göre, TK md. 491/1 düzenlemesinin temelinde nama yazılı payların bedelinin tamamen ödenmemiş olması yatarken, TK md. 491/2 düzenlemesinin temelinde devralanın ödeme yeterliliği yer almaktadır⁶⁵. Bu noktadan hareketle yazar, TK md. 491/1’i genel hüküm, bu hüküm karşısında TK md. 491/2’yi ise özel hüküm olarak yorumlamaktadır⁶⁶. Böylece, *Tekinalp*’e göre, nama yazılı payların bedelinin tümü ödenmiş olsa bile senedi devralan kişinin ödeme yeterliliği şüpheli ise anonim ortaklığın talep ettiği teminat sağlanmadığı sürece ortaklık devre onay vermeyecektir⁶⁷. Zira *Tekinalp* devralanın ödeme yeterliliğinin şüpheli olması halinde, payın bedelinin tamamının ödenmemiş olmasından bağımsız olarak, geleceğe dönük sermaye artırımları da gözetilerek düzenlendiği kanaatindedir⁶⁸.

Akın, *Tekinalp*’in bu görüşünü eleştirerek, mehzaz kanuna ait İsviçre öğretisinde bu şekilde bir görüşe rastlamadığını ve gelecekteki sermaye artışlarının göz önünde tutularak bu şekilde bir yorum yapılmasının ıskat kurumunu göz ardı ettiğini ifade etmiştir⁶⁹. Zira, kanun koyucu ıskat kurumunu, pay taahhüdünden

⁶⁴ *Tekinalp, Bağlam*, sf. 29-30.

⁶⁵ *Tekinalp, Bağlam*, sf. 29-30.

⁶⁶ *Tekinalp, Bağlam*, sf. 29-30.

⁶⁷ *Tekinalp, Bağlam*, sf. 29, 30.

⁶⁸ *Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, sf. 151.

⁶⁹ *Akın*, sf. 173.

doğan bedelin ödenmemesinin yaptırımını olarak belirlemiştir⁷⁰.

Akın'ın TK md. 491/1 ile TK md. 491/2 arasındaki ilişki bakımından görüşü ise, bu iki maddenin birbirinden bağımsız olmadığı ve bilakis birbirinin tamamlayıcısı olduğu yönündedir⁷¹. *Akın*'a göre; TK md. 491/1, bedeli tamamen ödenmemiş nama yazılı payların devrinin şirketin onayına tabi olması genel bir kural iken; TK md. 491/2 ile şirketin, sadece devralanın ödeme yeterliliği şüpheli ise ve şirketçe istenen teminat verilmediyse pay devrinin reddedilebileceği hükmü, bu genel kuralın bir istisnasıdır⁷². TK md. 491/1 hükmü ile 491/2 hükmünün birbirinden tamamen bağımsız şekilde yorumlanması, nama yazılı payların bedelinin tümü ödenmiş olsa bile şirkete pay sahibi olarak girilmesini ve dolayısıyla pay devirlerini ağırlaştıracağından, biz de *Akın*'ın bu görüşüne iştirak ederek bu iki hükmün birbirinin tamamlayıcısı olarak yorumlanması gerektiği kanaatindeyiz.

1.2.3.1.3. Kanuni Bağlamın Uygulanmasının Sonuçları

Şirket tarafından kanuni bağlam hükümlerine dayanılarak, pay devrine onay verilmekten kaçınılacağı hallerde, devralanın ödeme gücü şüpheli görülüyorsa TK md. 491/2 uyarınca şirket tarafından teminat istenebilecektir. Talep edilecek teminatın cinsi ve miktarı TBK md. 196 vd. da yer alan borcun nakli hükümleri gereği alacaklı sıfatıyla yönetim kurulu tarafından belirlenir⁷³. Öte yandan *Uzel*, teminatın türünün devralan tarafından belirlenmesi gerektiğini, aksi halde ortaklık tarafından devri imkânsız kılabilcek teminatların istenmesi olanağının yaratılmış olacağını ifade etmektedir⁷⁴.

⁷⁰ *Akın*, sf. 173.

⁷¹ *Akın*, sf. 171.

⁷² *Akın*, sf. 171.

⁷³ *Bozkurt*, sf. 17; *Tekinalp, Bağlam*, sf.30; *Pulaşlı, Şerh*, sf. 37, 42; *Akın*, sf.174.

⁷⁴ *Uzel*, sf. 103.

Öğretideki ağırlıklı görüşe göre, yönetim kurulunun teminat istemesi bir yükümlülük değil, özen ve sadakat borcu çerçevesinde kullanılması gereken bir yetkidir⁷⁵ ancak ödeme gücü şüpheli olan pay sahibine yapılan devri onaylayan yönetim kurulu üyeleri bakımından, devre onay verilmesi nedeniyle şirket bir zarara uğramışsa, TK m. 550/2 uyarınca sorumluluk doğabilir⁷⁶. Zira kanuni bağlamın temel amacı, şirketin sermayesini ve alacaklıları korumaktır. Bu bakımdan hüküm hem sermayenin korunması hem de borçlar hukukunda borçlunun değişmesinin alacaklının onayı ile gerçekleşeceği düzenlemelerine (TBK md.196/1) uygundur⁷⁷.

Şirket tarafından talep edilen teminatın sunulmaması halinde, devralanın ödeme gücüne ilişkin şüpheler devam ettiğinden, kanuni bağlam hükümleri gereğince şirket pay devrine onay vermekten kaçınabilecektir. Şirket tarafından pay devrine onay verilmemesi halinde paydan doğan haklar ve payların temsil ettiği sermaye tutarının taahhüt borcu da alıcıya devredilemeyecektir⁷⁸.

Şirket tarafından pay devrine onay verilmesi halinde ise alıcı, pay sahibi sıfatını kazanır ve pay defterine kaydedilir⁷⁹. Payların devralınmasıyla birlikte, payların temsil ettiği sermaye tutarını ödeme borcu TK md. 501 uyarınca alıcıya geçmektedir⁸⁰.

Kaçınma klozu, kanuni bağlam hükümleri uyarınca bedeli tamamen ödenmemiş nama yazılı payların devrinin onaylanmasının reddedileceği durumlarda kullanılamayacaktır⁸¹. Bu nedenle tez konumuzun kapsamı dışındadır.

⁷⁵ *Bozkurt*, sf. 118; *Uzel*, sf. 102; *Pulaşlı, Şerh*, sf. 2067; *Erdem*, sf. 118.

⁷⁶ *Bozkurt*, sf. 18.

⁷⁷ *Eren*, sf. 1243.

⁷⁸ *Akın*, sf. 176.

⁷⁹ *Akın*, sf.177.

⁸⁰ Taahhüt edilen sermayeyi ödeme borcunun, pay defterine kayıt işlemiyle mi yoksa yönetim kurulunun pay devrini onay kararıyla mı devrolunduğu tartışmaları için bkz. *Akın*, sf. 177 vd..

⁸¹ *Uzel*, sf. 97.

1.2.3.2.Esas Sözleşmesel Bağlam

Esas sözleşmesel bağlam, anonim ortaklığın esas sözleşmesine konulan hükümlerle getirilir⁸²⁸³. Anonim ortaklık, TK md. 492/1 tahtında, esas sözleşmede yer alacak düzenlemeler ile nama yazılı payların devrini şirketin onayı şartına bağlayabilir. Bu şart, paylar ister borsada işlem görsün ister görmesin nama yazılı payların serbestçe devrini kısıtlar. Esas sözleşmesel bağlamın bir diğer kanuni dayanağı, TK md. 339'da yer almaktadır. Hükümde, anonim şirket esas sözleşmesinin asgari içeriği düzenlenmiş ve 2. fıkranın d bendinde, paylara getirilecek “*devir sınırlamalarının*” esas sözleşmeye yazılması gerektiği belirtilmiştir. Esas sözleşmede yer almayan sınırlamaların korporatif nitelik kazanarak şirkete karşı ileri sürülmesi mümkün değildir⁸⁴.

Bağlam hükümlerinin, pay devrinin serbestliği ilkesi karşısındaki istisnai niteliği nedeniyle, esas sözleşmesel hükümlerle pay devirlerinin nasıl sınırlandırılabilirliği emredici hükümlerle düzenlenmiştir⁸⁵. Yukarıda değinildiği üzere, TK bağlam rejimi, borsada işlem gören nama yazılı paylar ile işlem görmeyen paylar arasında bir ayırım yaparak; bağlamın kurulumu ve devralana hak geçişleri bakımından farklı düzenlemelere gitmiştir. Tezimizin konusu, borsada işlem görmeyen nama yazılı paylar üzerinde anonim ortaklık tarafından kaçınma klotunun kullanılması olduğundan, bu klotun kullanılamayacağı borsada işlem gören bağlı nama yazılı paylar hariç tutularak, bu kısımda yalnızca borsada işlem

⁸² *Sevi*, sf. 255; *Pulaşlı, Bağlam*, sf.156.

⁸³ Nama yazılı payların devri, yalnızca kanun veya esas sözleşmesel düzenlemelerle sınırlandırılabilirliğinden, pay defteri veya pay senetlerinin kendileri gibi başka bir yazılı belgede yer alan kısıtlayıcı düzenlemeler geçerli değildir ve bu şekilde bağlam kurulamayacaktır. *Sevi*, sf. 255; *Poroy, Tekinalp, Çamoğlu*, sf. 595. Bağlamın kuruluş zamanına göre asli bağlam ve sonradan öngörülen bağlam gruplandırılması da mevcuttur. Asli bağlam, şirketin kuruluş anında kabul edilen esas sözleşmede öngörülen bağlamı ifade ederken; sonradan öngörülen bağlam ise, şirketin kuruluş esas sözleşmesinde yer almayan ancak sonradan ortaklığın iradesi ile getirilen sınırlamalar anlamına gelir. Önceki kanun döneminde, pay sahiplerinin kuruluş esas sözleşmesi uyarınca bağlı olmayan nama yazılı payları üzerinde sahip oldukları hakların müktesep hak teşkil edip etmediği tartışmaları vardı. *Pulaşlı, Bağlam*, sf.150; *Sevi*, sf. 256; *Poroy, Tekinalp, Çamoğlu*, sf. 598. TK döneminde ise, bağlamın sonradan kurulmasında ağırlıklı nisap (TK md. 421/3-c, sermayenin %75'i) öngörüldüğünden söz konusu tartışma sona erdirilmiştir. *Tekinalp, Bağlam*, sf. 36.

⁸⁴ *Yüksel*, sf. 162.

⁸⁵ *Karasu*, sf. 143.

görmeyen nama yazılı payların tabi olduğu bağlam sisteminin incelenmesiyle yetinilecektir.

1.2.3.3.Borsada İşlem Görmeyen Nama Yazılı Paylara İlişkin Esas Sözleşmesel Bağlam Sistemi

Borsada işlem görmeyen nama yazılı paylarla ilgili esas sözleşmesel bağlam kuralları TK md. 493'de düzenlenmiş; 494. maddede ise hakların geçişiyle ilgili özel hükümlere yer verilmiştir.

Payları bağlı ve nama yazılı olan anonim ortaklık, TK 493. maddeye göre aşağıda sayılan 3 durumdan biri halinde, bağlı nama yazılı payın devrini reddetme imkânına sahiptir:

- Esas sözleşmede öngörülen ve içeriği kanuna aykırı olmayan önemli sebebin bulunması (TK md. 493/1, md. 493/2)
- Anonim ortaklığın devredene, devre konu payları başvurma anındaki gerçek değeri üzerinden kendi adına ve kendi veya diğer pay sahipleri veya üçüncü kişiler hesabına satın almayı teklif etmesi (TK md. 493/1, kaçınma klozu⁸⁶-escape clause)
- Yönetim kurulunun payları devralan kişiden bu payları kendi adına ve hesabına aldığını, yazılı olarak ve açıkça beyan etmesini istemesi ve devralanın da bunu reddetmesi (TK md. 493/3)⁸⁷

Aşağıdaki başlıklarda esas sözleşmesel bağlam sistemi çerçevesinde anonim ortaklığın bağlı nama yazılı payların devrine onay vermekten kaçınabileceği seçeneklere değinilecektir.

⁸⁶ Bozkurt, sf. 67.

⁸⁷ Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, sf.152. Kanunda her ne kadar bu beyanın yazılı olarak alınması gerektiği düzenlenmemişse de *Tekinalp*'e göre bu beyan yazılı istenebilir. Ayrıca bu halde, *Tekinalp*'e göre, devralanın istenilen beyanda bulunmayarak, önemli sebebe dayanılarak aslında pay devrinin reddedilmesi gereken kişinin saklandığı karinesi oluşmaktadır. *Tekinalp, Bağlam*, sf.50.

1.2.3.3.1. Anonim Ortaklığın Devre Onay Vermeyi Reddedebileceği Esas Sözleşmeye Yazılabilecek Önemli Sebepler

Şirket esas sözleşmesinde TK’da belirlenen kriterlere uygun şekilde pay devrinin red sebeplerine yer verilmiş ve bu sebepler gerçekleşmişse, anonim ortaklık, esas sözleşmede yer alan bu red sebeplerini gerekçe göstererek ve herhangi bir ödeme yükümlülüğü altında olmaksızın pay devrine onay vermekten kaçınılabilir.

Kanun koyucunun TK md. 493’ün lafzında, bu red sebeplerini “*önemli sebep*” olarak nitelendirmeyi tercih etmiştir. Öğretide *Akın*, mehzaz kanunda “*wichtiger Grund*” olan kavramın TK’nın bir maddesinde (örneğin TK md. 493/1 ve 493/2) “*önemli sebep*” diğer bir maddesinde ise “*haklı sebep*” (örneğin TK md.531) olarak tercüme edilmesini eleştirmiş, “*önemli sebep*” kavramının “*haklı sebep*” olarak anlaşılmasının daha yerinde olacağını ifade etmiştir⁸⁸. *Uzel* de *Akın* ile benzer sebeplerle kanun koyucunun bu tercihini eleştirmiştir⁸⁹. *Altay* ise, konuya biraz daha kavramsal yaklaşarak, “*önemli sebep*” ve “*haklı sebep*” kavramlarının birbirinin ikamesi olmadığını, “*haklı sebep*” kavramının önemli sebeplere nazaran daha dar kapsamlı bir anlama sahip olduğunu ifade etmektedir⁹⁰. *Altay*’a göre, önemli sebep mutlaka esas sözleşmede belirtilmesi gereken nesnel nitelikli bir sebep iken haklı sebep taraflar arasındaki güven ilişkisini zedeleyen ve katlanılmaz hale getiren olgular anlamına gelmektedir⁹¹. Öte yandan *Karasu*’ya göre “*haklı sebep*” ve “*önemli sebep*” kavramları birbirinin ikamesidir ve aynı anlama sahiptir⁹². Kanunun terminolojisine uygun olması açısından biz ilerleyen bölümlerde, “*önemli sebep*” kavramını kullanmaya devam edeceğiz.

Anonim ortaklığın bağlı nama yazılı payların devrine onay vermeyi

⁸⁸ *Akın*, sf. 37.

⁸⁹ *Uzel*, sf. 231 vd.

⁹⁰ *Altay*, sf. 596-597.

⁹¹ *Altay*, sf. 596-597.

⁹² *Karasu*, sf. 135.

reddederken dayanabileceği esas sözleşmede öngörülebilecek önemli sebeplerin tespitinde, TK'nın 493/1 maddesi ile 493/2 maddesi birlikte yorumlanmaktadır⁹³. Nitekim TK'nın 493. madde gerekçesinde, önemli sebeplerin 2. fıkrada düzenlenmiş haklı sebeplere uygun şekilde somutlaştırılması gerektiği ifade edilmiştir⁹⁴. Şirketin pay devrine onay vermesini engelleyebilecek önemli sebepler, TK md. 493/2'nin gerekçesinde açıkça ifade edildiği gibi sınırlı sayıda (*numerus clauses*) değildir⁹⁵. Buna göre, anonim ortaklığın bağlı nama yazılı pay senedinin devrine onay vermektan kaçınabilmesi için (i) esas sözleşmede pay sahipliği çevresinin bileşiminin korunması açısından öngörülen sebebin kanuna uygun bir şekilde açıkça ve belirgin bir şekilde düzenlenmiş olması⁹⁶, ve (ii) esas sözleşmede, anonim ortaklığın işletme konusu veya ekonomik bağımsızlığı⁹⁷ bakımından pay devrinin reddini haklı göstermesi gerekmektedir⁹⁸. Red sebebinin haklı gösterilmesi ve önemli kabul edilip edilmemesi bakımından dikkate alınacak kriter pay sahiplerinin bireysel menfaatleri değil, şirketin menfaatidir⁹⁹¹⁰⁰. Üstü kapalı, genel geçer olarak ifade edilmiş, TK'nın 493. maddesine atıf yapan veya madde metnini

⁹³ *Sevi*, sf. 261.

⁹⁴ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Gerekçesi, md. 493.

⁹⁵ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Gerekçesi, md. 493/2.

⁹⁶ *Pulaşlı, Şerh*, sf. 2067; *Bozkurt*, sf. 70; *Akın*, sf. 37; *Yüksel*, sf. 163; *Karasu*, sf. 136; *Sevi*, sf. 262; *Altay*, sf. 571, 598; *Erdem*, sf. 120; *Tekinalp, Bağlam*, s. 40.

⁹⁷ Anonim ortaklığın ekonomik bağımsızlığı; başka bir teşebbüsün veya topluluğun hakimiyeti altında bulunmamak şeklinde tanımlanabilir. Ekonomik olarak bağımsız olan bir ortaklık, kural olarak başka bir teşebbüsün menfaatlerini gözetmek durumunda olmaksızın, işletme konusunu tamamen kendisinin yararına olarak gerçekleştirme kabiliyetine sahip bir ortaklıktır. *Sevi*, sf. 268.

⁹⁸ *Sevi*, sf. 261, 263; *Cenkci*, sf. 90; *Erdem*, sf.120; *Yüksel*, sf. 163; *Akın*, sf. 38; *Tekinalp, Bağlam*, sf. 40, *Nomer Ertan, Tebliğ*, sf. 39.

TK'nın anılan maddeye ilişkin gerekçesinde, "Hükümde haklı sebep kategorileri (1) pay sahipleri çevresinin bileşimi, (2) şirketin konusu ve (3) işletmenin bağımsızlığı olarak belirlenmiştir" ifadelerine yer verilmiştir. Öğretide *Altay* ve *Akın* bu ifadeleri eleştirmiş ve aslında üç tane değil 2 tane haklı sebep kategorisinin bulunduğunu ifade etmişlerdir. Zira, maddenin metnine göre, esas sözleşmede yer verilecek önemli sebeplerin pay sahipleri bileşiminin korunmasına yönelik olması ve pay devrinin reddini gerektiren durumun ise anonim ortaklığın işletme konusu veya ekonomik bağımsızlığı bakımından reddi haklı göstermesi gerekmektedir. Bir diğer deyişle, red sebepleri kategorisi işletme konusu ve ekonomik bağımsızlık olmak üzere iki tanedir. Pay devrini red sebebinin doğrudan pay sahipliği çevresine ilişkin olması şart değildir. *Akın*, sf. 38; *Altay*, sf. 598.

⁹⁹ *Nomer Ertan*'a göre, esas sözleşmede yer alan ön alım hakları pay devrinin onaylanmasının reddi bakımından önemli sebep oluşturmaz. Zira ön alım hakları, pay sahipleri çevresinin bileşimi anlamında işletmenin ekonomik bağımsızlığı veya şirketin işletme konusuyla bir ilgisi bulunmamaktadır. *Nomer Ertan, Tebliğ*, sf. 40. Biz de bu görüşe iştirak etmekteyiz.

¹⁰⁰ *Bozkurt*, sf. 68; *Altay*, sf. 569, 573,600; *Yüksel*, sf. 165.

aynen içeren esas sözleşme hükümleri ile pay sahibi bileşimine yönelik, yalnızca şirketin işletme konusunu veya işletmenin bağımsızlığını ifade eden esas sözleşme hükümleri geçersiz sayılacaktır¹⁰¹. Esas sözleşmeye yazılacak önemli red sebebinin mutlaka işletmenin konusu veya ekonomik bağımsızlığı ile temellendirilmesi gerekir¹⁰².

Öğretide, bağlı nama yazılı payların devrinin esas sözleşmesel nedenlerle reddedilmesine dayanak teşkil edilebilecek, anonim ortaklığın işletme konusunun gerçekleştirilmesi amacına yönelik belli başı iki önemli sebebe yer verilmektedir¹⁰³. Bunlar, anonim ortaklık rakiplerinin şirkette pay sahibi olmasının engellenmesi veya ortaklığın işletme konusunun elde edilmesi bakımından pay sahiplerinin bazı kişisel niteliklere sahip olmalarıdır¹⁰⁴.

Payı devralan kişinin sahip olması gereken kişisel özellikler ise belirli bir mesleğe veya aileye mensup olmak veya belirli bir konuda eğitim görmüş olmak gibi, anonim ortaklığın işletme konusunu gerçekleştirmesini sağlayacak özellikler olarak örneklendirilmektedir¹⁰⁵.

Anonim ortaklıktan rakibini veya rakibiyle ilişkili kişileri pay sahibi olarak ortaklığa kabul etmesi beklenemeyeceğinden, rakip veya rakiple ilişkili kimselere karşı bağlam hükmü öngörülmesi TK md. 493 anlamında öğretide önemli sebep olarak kabul edileceği ifade edilmektedir¹⁰⁶. Rakibin veya rakiple ilişkili kimselerin ortaklığa kabul edilmesi ayrıca ortaklığın ekonomik bağımsızlığını zedeleyebilecektir¹⁰⁷. Doğrudan rakiplerle ilişkisi olmasa da anonim ortaklığın pay devri neticesinde, başla bir teşebbüsün veya topluluğun hakimiyeti altına girmesi

¹⁰¹ *Sevi*, sf. 262; *Bozkurt*, sf. 71; *Karasu*, sf. 136; *Yüksel*, sf. 162.

¹⁰² *Altay*, sf. 600.

¹⁰³ *Sevi*, sf. 264. Şüpheye mahal vermemek adına, esas sözleşmede düzenlenen önemli red sebepleri sınırlı sayıda değildir. *Akın*, sf. 56.

¹⁰⁴ *Sevi*, sf. 264; *Karasu*, sf. 136; *Akın*, sf. 52, 56.

¹⁰⁵ *Sevi*, sf. 266; *Tekinalp, Bağlam*, sf. 45; *Cenkci*, sf. 90; *Karasu*, sf. 130.

¹⁰⁶ *Sevi*, sf. 264; *Tekinalp, Bağlam*, sf. 43; *Uzel*, sf. 256; *Akın*, sf. 57.

¹⁰⁷ *Bozkurt*, sf. 94; *Uzel*, sf. 256; *Tekinalp, Bağlam*, sf. 18; *Sevi*, sf. 268.

de ortaklığın ekonomik bağımsızlığını olumsuz olarak etkileyebilecektir¹⁰⁸. Bu nedenle, öğretide ekonomik bağımsızlığın kaybedilecek olması da önemli ve haklı sebeplerden kabul edilmektedir¹⁰⁹¹¹⁰. Ancak *Sevi*'ye göre, anonim ortaklık esas sözleşmesinde rakiplerin veya rakibe yakın kişilerin ortaklık paylarını devralamayacağını öngören bağlam hükmünün, devrin onaylanmaması bakımından geçerli sebep teşkil edebilmesi için önemli miktarda pay devri yapılacak olması gerekmektedir¹¹¹. Bir diğer deyişle, rakipler tarafından küçük miktarda payın devralınması, devrin onaylanmaması bakımından haklı ve geçerli sebep değildir¹¹². Bu bakımdan esas alınması gereken pay sahipliği oranının ise azlık pay sahiplerine tanınan haklardan faydalanmak için gereken %10'luk sınır olduğunu ifade etmiştir¹¹³¹¹⁴.

Esas sözleşmesel red sebepleriyle anonim ortaklığın bağlı nama yazılı payların devrine engel olmasının istisnası anılan payların mülkiyetinin, kanuni iktisap yolları ile (*miras, mirasın paylaşımı, eşler arası mal rejimi gibi*) geçmesi veya bu payların cebri icra gereği iktisap edilmesidir¹¹⁵. Kanuni devir hallerinde anonim ortaklık sadece kaçınma klozunu kullanarak payların devrini reddedebilir, esas sözleşmesel red sebepleri kanuni iktisap neticesinde pay sahibi olan kişilere karşı ileri sürülemez¹¹⁶. Hükmün bu şekilde düzenlenmesinin amacı, devralanların dahil

¹⁰⁸ *Bozkurt*, sf. 108; *Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu*, sf. 79; *Yüksel*, sf. 164; *Akın*, sf. 66; *Sevi*, sf. 268.

¹⁰⁹ *Sevi*, sf. 264; *Bozkurt*, sf. 80; *Uzel*, sf. 268; *Karasu*, sf. 136.

¹¹⁰ Öğretide *Tekinalp*'e göre, şirketin hâkim pay sahibinin rakibi olan teşebbüsün şirketin paylarını devralmasına ilişkin esas sözleşmeye yazılacak red sebebi geçerlidir. Zira şirketin ekonomik bağımsızlığına ilişkin kanun hükmü bunu desteklemektedir. *Tekinalp, Bağlam*, sf. 43. Öte yandan *Uzel*'e göre ise, yeni bağlam sistemi red sebeplerini sınırlandığından bu şekilde bir yorum yapılamaz. *Uzel*'in bu karşı görüşünün bir diğer gerekçesi, bağlam hükümlerinin mevcut pay sahiplerinin çıkar çatışmalarına yönelik değil, şirketin menfaatini korumaya yönelik olmasıdır. *Uzel*, sf. 258. *Bozkurt* da *Uzel*'in görüşüne iştirak ederek, bağlam hükümlerinin yalnızca şirketin meşru menfaatlerine hizmet ettiğini, aksi şekilde genişletici bir yorum yapılmasının bağlamın amaçları ile çelişeceğini ifade etmiştir. *Bozkurt*, sf. 96.

¹¹¹ *Sevi*, sf. 264.

¹¹² *Sevi*, sf. 264.

¹¹³ *Sevi*, sf. 264.

¹¹⁴ Halka açık ortaklıklar bakımından ise bu sınır %5 olarak belirlenecektir. *Sevi*, sf. 264.

¹¹⁵ *Tekinalp, Bağlam*, sf. 40, 52; *Akın*, sf. 33.

¹¹⁶ *Tekinalp, Bağlam*, sf. 40; *Altay*, sf. 570, 607; *Uzel*, sf. 304.

olduğu tereke veya malvarlığının azalmasının önüne geçilmesidir¹¹⁷. Ayrıca, kanuni edinim hallerinde esas sözleşmesel nedenlere dayanılarak pay devrinin reddi sebebiyle oluşacak, devre konu payların sahipsiz kalması şeklindeki boşluk yaratılmış olmayacaktır¹¹⁸.

Kanuni edinim hallerinde, malvarlığına ilişkin haklar derhal; yönetsel haklar (*genel kurula katılma, oy hakları, iptal davası açma hakkı, kurul kararları açısından butlanın tespitini talep hakkı, özel denetim talep etme hakkı gibi, oy ve bilgi alma hakları ile bağlantılı tüm haklar*) ise ancak şirketin onayı ile birlikte devralana geçer (TK md.494/2)¹¹⁹. Burada iki aşamalı bir devir söz konusudur¹²⁰. Şirket tarafından pay devrine onay verilene kadar genel kurula katılma ile oy haklarının askıda kalır¹²¹. Ancak oy haklarının askıda kalma süresi en çok üç ay sürebilir. Zira anonim ortaklığın kaçınma klozunu kullanma süresi üç ayla sınırlıdır¹²². Anonim ortaklığın, bağlı nama yazılı payların devrinin onaylanması istemini üç ay içerisinde reddetmezse veya red haksızsa bu onay geriye etkili olarak verilmiş sayılır¹²³. Tekrara düşmemek adına, hakların geçişi ve süreler bakımından burada tezimiz altıncı bölümüne atıf yapmakla yetiniyoruz.

Reddin haksız olması durumunda buna ilişkin kararın, devreden veya devralan tarafından mahkemeye yapılan bir başvuru ile haksız olduğu gerekçesiyle hükümsüzlüğe karar verilmesi mümkündür¹²⁴. Burada davanın konusu reddin iptali ve devralanın pay defterine kayıdır. Reddin iptalinin talep edilmesi tespit davası pay defterine kaydın talebi ise eda davası niteliğini taşır¹²⁵.

¹¹⁷ Yüksel, sf. 181.

¹¹⁸ Yüksel, sf. 181.

¹¹⁹ Karasu, sf. 139; Altay, sf. 612; Tekinalp, Bağlam, sf. 52.

¹²⁰ Turanlı, sf. 31.

¹²¹ Tekinalp, Bağlam, sf. 52.

¹²² Tekinalp, Bağlam, sf. 40.

¹²³ Tekinalp, Bağlam, sf.40; Karasu, sf. 139; Sevi, sf. 260; Altay, sf. 610.

¹²⁴ Narbay, Pay Devri, sf. 231.

¹²⁵ Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, sf.159.

1.2.3.3.2. Devralanın Bağlı Nama Yazılı Payları Kendi Adı ve Hesabına Aldığını Beyan Etmemesi

TK md. 493/3 uyarınca, devralanın payları kendi adı ve hesabına bağlı nama yazılı payları devraldđını, Şirketin talebine rağmen makul sũre içerisinde beyan etmezse anonim ortaklık, pay devrini pay defterine iŐlemeyi reddedebilir¹²⁶.

Bozkurt, anılan kanun maddesinin lafzını eleştirerek; burada Şirkete tanınan imkânın, pay defterine kayıttan imtina etmek değil, aslında pay devrine onay verilmemesi olduğunu belirtmiŐtir¹²⁷. Zira, pay devrinin gerçekleşmesi bakımından kurucu olan işlem pay defterine iŐlemek değil, pay devrine onay kararının kendisidir¹²⁸. Biz de *Bozkurt*'un bu gŖrũŐne iştirak etmekteyiz.

Tekinalp'e gŖre, devralanın Şirketin istediği beyanı vermemesi halinde, Ŗnemli sebebe dayanılarak aslında pay devrinin reddedilmesi gereken kişinin devralan tarafından saklandığı ve devralanın baŐkası hesabına hareket ettiği karinesi oluşmaktadır ve bu karinenin aksinin Şirket tarafından ispatlanmasına gerek yoktur¹²⁹. Beyanın verilmemiş olması baŐlı başına yeterlidir. İlgili maddenin gerekçesinde de bu husus ifade edilmiş ve red sebebinin amacının, esas sŖzleŐmede yer alan Ŗnemli sebepler uyarınca pay devri onayının reddedilmesi ihtimalinin muvazaalı veya inançlı işlemler yoluyla dolanılmasının engellenmesi olarak belirtilmiŐtir¹³⁰. Şirket, bu hakkı sayesinde, yabancılaşmaya karŐ kendini koruyabilecek, somut olayın Şartlarına gŖre pay devrini onaylamayı reddedebilecek veya kaçınma klozunu iŐletebilecektir¹³¹.

¹²⁶ *Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, sf.51; *Bozkurt*, sf. 198; *Akın*, sf.73; *Altay*, sf. 605; *Sevi*, sf. 278; *Akın*, sf. 73; *Uzel*, sf. 316.

¹²⁷ *Bozkurt*, sf.197.

¹²⁸ *Bozkurt*, sf. 197.

¹²⁹ *Tekinalp, Bağlam*, sf. 50.

¹³⁰ 6102 sayılı Tũrk Ticaret Kanunu Gerekçesi, md. 493/3, *Altay*, sf. 605.

¹³¹ *Bozkurt*, sf. 198.

Anılan red sebebi, kanunda düzenlendiğinden anonim ortaklığın bu red sebebini devralana karşı ileri sürülebilmesi için esas sözleşmede bu yönde bir hüküm bulunmasına gerek bulunmamaktadır, nama yazılı payların bağlı olması gerekli ve yeterlidir¹³². Ancak, devralanın şirket tarafından talep edilen, payları kendi adı ve hesabına aldığına ilişkin beyanı vermesi halinde, pay devrinin onaylanmasının reddi bakımından esas sözleşmede yer alan önemli bir sebebe dayanılmıyorsa, anonim ortaklığın pay devrini onaylaması gerekecektir¹³³¹³⁴. Bu beyanın verilmesine rağmen şirket tarafından devre onay vermekten kaçınılması haksız bir red işlemi olarak değerlendirilmektedir¹³⁵. Beyanın şekli bakımından ise kanunda bir düzenleme öngörülmemiştir. Öğretide, ispat kolaylığı açısından bu beyanın yazılı olarak alınması gerektiği mütalaa edilmektedir¹³⁶. Şirketin talebi üzerine devralan tarafından bu beyanın verilmesi gereken süre de kanunda düzenlenmemiştir. Öğretide, bu beyanın somut olayın koşullarına göre devralan tarafından makul bir süre içinde verilmesi gerektiği ifade edilmiştir¹³⁷. *Tekinalp*'e göre bu makul süre 1 haftadır¹³⁸. *Akın* ise 7-10 günlük süreyi yeterli görmektedir¹³⁹. Kanaatimizce şirket, devralandan anılan beyanın verilmesini talep ederken pekâlâ bu beyanın hangi süre içerisinde şirkete sunulması gerektiğini de belirtebilir. Belirtilmediği takdirde, somut olayın şartlarına göre, makul süre uygulama alanı bulacaktır diye düşünmekteyiz.

TK md. 493/4 uyarınca, kanuni edinim hallerinde pay devrine onay vermekten kaçınmanın tek yolu kaçınma klozunun işletilmesi olduğundan ve şirketin TK md. 493/3'e uygun olarak payları kendi ad ve hesabına aldığı beyan etmesini talep etmesi yalnızca iradi edinimlerde uygulanabileceğinden, kanuni

¹³² *Bozkurt*, sf. 199; *Akın*, sf. 74; *Sevi*, sf. 278; *Pulaşlı, Şerh*, sf. 2106; *Altay*, sf. 605; *Uzel*, sf. 184.

¹³³ Bu şekilde, şirket paylarını kendi ad ve hesabına aldığı beyan eden kişinin, vermiş olduğu bu beyanın gerçeğe aykırı olduğunun daha sonraki bir tarihte şirket tarafından anlaşılması halinde yönetim kurulu TK md. 500'e dayanarak bu kaydı kendiliğinden re'sen silebilir. Ayrıntılı bilgi ve koşullar için bkz. *Sevi*, sf. 278; *Tekinalp, Bağlam*, sf. 52; *Bozkurt*, sf. 200; *Uzel*, sf.193 vd.

¹³⁴ *Bozkurt*, sf. 200; *Pulaşlı, Şerh*, sf. 2106.

¹³⁵ *Altay*, sf. 611.

¹³⁶ *Tekinalp, Bağlam*, sf. 51; *Sevi*, sf. 278; *Bozkurt*, sf. 198.

¹³⁷ *Bozkurt*, sf. 198; *Tekinalp, Bağlam*, sf. 50, *Akın*, sf. 73.

¹³⁸ *Tekinalp, Bağlam*, sf. 50.

¹³⁹ *Akın*, sf. 73.

edinim hallerinde bu bağlam sebebinin işletilemeyeceği kanaatindeyiz.

1.2.3.3.3. Şirket Tarafından Kaçınma Klotunun Kullanılması

Anonim ortaklık, borsada işlem görmeyen bağlı nama yazılı payların devrinde, devredene devre konu payları gerçek değeri üzerinden kendi adına ve kendi, diğer pay sahipleri veya üçüncü kişiler hesabına almayı teklif ederek herhangi bir gerekçe göstermeksizin devre onay vermektan kaçınılabılır¹⁴⁰. Kaçınma klotu ile anonim ortaklığı yabancılaşmaya karşı koruma ve pay sahipleri bileşenlerini bir nebze olsun kontrol etme imkânı şirkete tanınmıştır¹⁴¹. Ayrıca, pay devrine onay vermektan kaçınılabilmesi için paylarını devreden pay sahibine, devre konu payları gerçek değeri üzerinden satın alınması teklif edildiği için, payların bir yatırım aracı olarak değerlendirilmesi sağlanmıştır¹⁴². Öğretide kaçınma veya kaçış klotu veya kurtuluş kaydı olarak adlandırılan bu imkânın hukuki niteliğinde muhtelif görüşler mevcuttur. Tezimizin aşağıdaki ikinci bölümünde anılan imkânın hukuki niteliği incelenecektir. Kanun tarafından anonim şirketlere tanınmış bu hakkın hukuki niteliğinde nötr bir yaklaşım benimsemek adına, tezimizde bu imkân kaçınma klotu olarak adlandırılmaktadır.

Kaçınma klotu, kanunda esas sözleşmesel red sebepleriyle aynı hükümde düzenlenmiştir ve bu iki imkân “veya” bağlacı ile bağlanarak, birbirinin alternatifi olarak sunulmuştur¹⁴³. Esas sözleşmesel red sebepleri ve kaçınma klotunun birbirinin alternatifi olarak kullanılması neticesinde, anonim ortaklığa esas sözleşmede yer verilmiş bir red sebebine istinaden pay devrine onay vermektan kaçınmasının mümkün olmadığı hallerde, anonim ortaklığa kaçınma klotuna başvurarak istenmeyen kişileri şirket dışında tutma hakkı tanınmıştır¹⁴⁴. Esas

¹⁴⁰ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 05.04.2018 tarihli E.2016/8960 ve K. 2018/2472 sayılı kararı, *Tekinalp, Bağlam*, sf. 48; *Bozkurt*, sf. 147; *Sevi*, sf. 294; *Yüksel*, sf. 165; *Karasu*, sf. 137; *Erdem*, sf.120; *Altay*, sf. 603; *Akın*, sf.75; *Uzel*, sf. 303.

¹⁴¹ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Gereğesi, md. 493, *Yüksel*, sf. 161.

¹⁴² *Cenkci*, sf. 101.

¹⁴³ *Cenkci*, sf. 91; *Altay*, sf. 601; *Akın*, sf. 77.

¹⁴⁴ *Akın*, sf. 75.

sözleşmede öngörülen red sebeplerinin gerekçe gösterilerek pay devrine onay vermekten kaçınma imkânı kullanılırken anonim ortaklık, devreden pay sahibine herhangi bir bedel ödeme yükümlülüğü altında olmazken, kaçınma klozu kullanılarak pay devrini reddetme hakkında anonim ortaklık tarafından devre konu payları gerçek değeri karşılığında satın alma önerisinde bulunulması gerekmektedir¹⁴⁵.

Kanun, bu teklifin devredene yapılması açısından tek yetkili kişiyi önceki kanun döneminden farklı olarak anonim ortaklığın kendisi olarak belirlemiştir¹⁴⁶. Satın alma teklifi, anonim ortaklık adına yapılmış olmakla birlikte; şirketin kendisi, diğer pay sahipleri veya üçüncü kişiler hesabına dolaylı temsil ilişkisi içerisinde yapılması da mümkündür. TK md. 493/1 ve md. 493/4’de düzenlenen bu hak, önceki kanun döneminden farklı olarak hem iradi hem de kanuni edinimlerde uygulanabilir¹⁴⁷. Ayrıca, TK md. 493/4’de yer alan kanuni edinim halleri, kanun gerekçesinde açıkça ifade edildiği gibi sınırlı sayıda (*numerus clauses*) değildir¹⁴⁸¹⁴⁹. Kanunun lafzında yer almasa da, örneğin rehnin paraya çevrilmesi

¹⁴⁵ *Cenkci*, sf. 91; *Bozkurt*, sf. 147, 155; *Altay*, sf. 603.

¹⁴⁶ *Erdem*, sf. 120; *Karasu*, sf. 132; *Sevi*, sf. 273.

¹⁴⁷ *Tekinalp, Bağlam*, sf. 39.

Tekinalp’e göre, kanuni edinim hallerinde, şirket payları bağlı olmasa bile kaçınma klozuna başvurulabilir. *Tekinalp, Bağlam*, sf. 34.

¹⁴⁸ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Gerekçesi, md. 493/4

¹⁴⁹ eTK döneminde, yasal geçiş hallerinde payların gerçek değerden satın alınması hakkını düzenleyen önceki kanunun 418. maddesinin 4. fıkrasında sıralanan miras, eş mallarının idaresi ve cebri icra halleriyle sınırlı olup olmadığı tartışmalıydı. *Tekinalp*, örneksene yoluyla bu yasal geçiş hallerinin genişletilmesinin doğru olmayacağını ancak, bağlı nama yazılı payların birleşmeler yoluyla iktisap edilmesi halinde gerçek değerden satın alma hakkının kullanılabilceği görüşündeydi. *Tekinalp, Poroy, Çamoğlu, 2000*, sf. 628, N.1178. *Narbay* ise, yasal iktisap çeşitlerinin sınırlı sayıda olmadığını ve yine bağlı nama yazılı payların birleşmeler yoluyla iktisap edilmesi halinde kaçınma klozunun uygulanabileceği kanaatindeydi. *Narbay*, sf. 274-275. *Yıldız/Özbay* ise yorum yolu ile istisnai düzenlemelerin genişletilmesinin genel hukuk ilkeleri ile çelişeceğini belirtmekle birlikte, kaçınma klozunun kullanılabilceği irade dışı (*yasal*) iktisap sebeplerinin eTK md. 418/4’de sıralananlarla sınırlı olmaması gerektiğini ifade etmektedir. Bu nedenle *Yıldız/Özbay*, TK md. 493/4’e “*gibi hukuki sebeplerle*” ifadesinin eklenerek anılan maddenin bu şekilde kanunlaştırılmasının en uygun çözüm olacağını belirtmişlerdir. *Yıldız/Özbay* sf.23. *Karasu* da benzer şekilde, yasal geçiş hallerinin sınırlı sayıda olduğunu, yorum yoluyla bu istisnai düzenlemelerin genişletilemeyeceğini, bu nedenle irade dışı kazanım çeşitlerinin sonuna “*gibi*” ibaresinin eklenmesinin uygun olacağını ifade etmiştir. *Karasu*, sf. 133. Ancak yazarların önerisinin aksine, TK md. 493/4’e bu ekleme yapılmayarak madde şu şekilde kanunlaştırılmıştır: “*Paylar; miras, mirasın paylaşımı, eşler arasındaki mal rejimi hükümleri veya cebri icra gereği*

yoluyla bağılı nama yazılı payları edinen kişiye karşı da şirket tarafından kaçınma klotuna başvurulabilir¹⁵⁰. Ancak borsada işlem gören nama yazılı payların kanuni edinimlerinde kaçınma klotu uygulanmamaktadır¹⁵¹.

Esas sözleşmede öngörülen önemli sebeplerle pay devrinin reddi halinin sıkı geçerlilik şartları karşısında, kanunda borsada işlem görmeyen bağılı nama yazılı paylar bakımından anonim ortaklıklara kaçınma klotuna başvurma hakkı verilmesiyle, şirketlere geniş bir hareket alanı sağlanarak, pay sahipleri çevresinin bileşimi bakımından uygun görülmeyen üçüncü kişilere yapılacak pay devirlerinin önüne geçme imkânı verilmiştir¹⁵².

Kaçınma klotu kanunda düzenlendiğinden, bu hakka başvurulabilmesi için esas sözleşmede ayrıca bir hüküm bulunmasına gerek bulunmamaktadır¹⁵³. Şirket paylarının esas sözleşmesel bağlam kurallarına uygun şekilde bağılı olması yeterlidir¹⁵⁴. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi, 5 Mart 2003 tarihli kararında (BCE 4C.242/2001), konu ile ilgili şu ifadelere yer vermiştir: “...*Bunun varlığı için tek şart, esas sözleşmenin pay devrini şirket onayına bağlamasıdır. Bu bakımdan, şirketin yasal şarta bağılı alım hakkı, ilgili düzenlemenin sistematik konumunda açıkça ifade edildiği gibi, esas sözleşmesel devir sınırlamasının bir unsurudur*”¹⁵⁵.

Tezimizin konusu anonim şirketlerde bağılı nama yazılı paylar üzerinde kaçınma klotunun kullanılması olduğundan, bu hakkın niteliği, nasıl kullanıldığı

iktisap edilmişlerse, şirket, payları edinen kişiye, sadece paylarını gerçek değeri ile devralmayı önerdiği takdirde onay vermeyi reddedebilir”. Öte yandan kanunun gerekçesinde, anılan yasal geçiş hallerinin sınırlı sayıda olmadığı ifade edilmiştir. Gerekçe ile getirilen bu açıklamanın, kanun lafzında yer almasının kanun yapma teknikleri açısından daha uygun olacağı kanaatindeyiz.

¹⁵⁰ Yüksel, sf. 180.

¹⁵¹ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Gerekçesi, md. 493/1; Poroy, Tekinalp, Çamoğlu, N. 1152; Yüksel, sf. 161; Uzel, sf. 304; Sevi, sf. 297.

¹⁵² Bozkurt, sf. 135-137; Cenkci, sf. 91; Tekinalp, Bağlam, sf. 47-48; Yüksel, sf. 165.

¹⁵³ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 18.02.2015 tarihli E.2014/17122 ve K. 2015/2152 sayılı kararında da bu husus açıkça ifade edilmiştir. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Gerekçesi, m. 493/3, Yüksel, sf. 166; Akın, sf. 73; Uzel, sf. 305; Tekinalp, Bağlam, sf. 48; Sevi, sf. 272; Pulaşlı, Şerh, s.1489.

¹⁵⁴ Tekinalp, Bağlam, sf. 48; Şener, sf. 586; Sevi, sf. 272-273; Altay, sf. 602,603; Akın, sf. 77; Uzel, sf. 307 vd.; Karasu, sf. 137; Yüksel, sf. 166.

¹⁵⁵ Aktaran, Bozkurt, sf. 140.

ve kullanımı halinde meydana gelecek hukuki sonuçlar tekrara düşmemek adına ilerleyen ana başlıklarda detaylıca ele alınacaktır.

İKİNCİ BÖLÜM

KAÇINMA KLOZUNUN HUKUKİ NİTELİĞİ

Kanunda ve mehzaz kanun olan İsviçre Borçlar Kanunu'nda kaçınma klozunun hukuki niteliğine ilişkin bir açıklık bulunmadığından bu konu öğretilerde bir hayli tartışılmıştır. Kaçınma klozunun nasıl kullanılacağı ve özellikle kullanılması halinde buna bağlanacak sonuçlara etkisi bakımından bu hakkın nasıl nitelendirildiği önem kazanmaktadır. Aşağıda, kaçınma klozunun hukuki niteliğine ilişkin öğretilerde benimsenen farklı yaklaşımlar gerekçeleriyle birlikte ele alınmış ve görüşümüze yer verilmiştir.

2.1.ÖN ALIM HAKKI

Tekinalp, anonim ortaklıkların kaçınma klozuna başvurma hakkını kanuni bir ön alım hakkı olarak nitelendirmektedir¹⁵⁶. Eşya ve borçlar hukuku anlamında, ön alım hakkı, en genel ifadesiyle, satıcının hakkın konusu olan şeyi üçüncü bir kişiye satması halinde, hakkın lehdarına tek taraflı bir irade beyanı ile mülkiyetinin kararlaştırılan bir bedel karşılığında öncelikle kendisine devredilmesini talep yetkisi veren yenilik doğurucu bir haktır¹⁵⁷. Eşya hukuku anlamında kanuni ön alım hakkı yalnızca paylı mülkiyete tabi taşınmazlar üzerinde kullanılabilir¹⁵⁸. Öte yandan, taraflar aralarında kuracakları sözleşmesel bir ilişki ile taşınırlar üzerinde de ön alım hakkı tanıyabilirler. Sözleşmeden doğan ön alım hakkı temelde nispi bir alacak hakkıdır. Sözleşme ile tanınan ön alım hakkının kural olarak yenilik doğurucu hak olduğu¹⁵⁹ kabul edilmekle birlikte, sözleşmeden doğan ön alım hakkının hukuki niteliğinin taşınırın malikine yöneltilmiş bir icap olduğu savunulmaktadır¹⁶⁰.

¹⁵⁶ *Tekinalp, Bağlam*, sf. 48; *Poroy, Tekinalp, Çamoğlu*, N.852.

¹⁵⁷ *Demirbaş*, sf. 251; *Oğuzman, Seliçi*, sf. 534.

¹⁵⁸ *Eren, Ön Alım Hakkı*, sf. 109.

¹⁵⁹ Yargıtay'ın 20.06.1951 tarihli, 1949/13 esas sayılı ve 1951/5 karar sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı

¹⁶⁰ *Tandoğan*, sf. 275; *Eren, Mülkiyet*, sf. 439; *Buz*, sf. 153.

Tekinalp her ne kadar, kaçınma klozunun hukuki niteliğinin kanuni bir ön alım hakkı olduğunu ifade etse de, eşya hukuku ve borçlar hukuku anlamında ön alım hakkı ile şirketler hukuku anlamında kullanılan ön alım hakkı farklılık arz etmektedir. Zira kaçınma klozu *Tekinalp*'e göre, kanunen tanınmış bir ön alım hakkı olduğundan, esas sözleşmede ayrıca, anonim ortaklığın devre konu payları satın alacağına dair bir hükmün bulunmasına gerek yoktur¹⁶¹¹⁶². Nama yazılı paylarının bağlı olması, bir diğer deyişle, esas sözleşmede pay devrinin anonim ortaklığın onayına bağlı olduğuna ilişkin bir hüküm bulunması yeterlidir. Borçlar hukuku bakımından ise taşınırлар üzerinde ön alım hakkı tanınabilmesi için geçerlilik şartlarına tabi bir sözleşme kurulması gerekmektedir. Halbuki kaçınma klozunun kullanılabilmesi için geçerlilik şartına tabi olan bir sözleşme yapılmış olmasına gerek yoktur.

Benzer şekilde, *Tekinalp*'e göre, pay devrine onay verilmesinin reddi, önemli bir sebebe veya herhangi bir sebebe dayanmak zorunda değildir¹⁶³. Anonim ortaklığın sebep göstermeksizin devre onay vermekten kaçınması nedeniyle, *Tekinalp*, anılan düzenlemeyi *kurtulma kaydı* olarak adlandırmaktadır¹⁶⁴. Paylar esas sözleşme hükümleri uyarınca bağlandığından, TK md. 492/1'in metnine dahil kabul edilen ve "*Esas sözleşmeyle sınırlama*" olarak belirlenen kenar başlığının da gereği yerine gelmiş olmaktadır¹⁶⁵.

Bozkurt her ne kadar kaçınma klozunu kanuni bir ön alım hakkı olarak nitelendirmese de, kaçınma klozunun, "*anonim şirket düzenine normalde esas sözleşme ile taşınıp taşınamayacağı tartışmalı olan esas sözleşmesel bir ön alım*

161 Öte yandan, *Bozkurt*'a göre şirket esas sözleşmesine, kaçınma klozuna başvurulmayacağına dair bir hüküm eklenmesi geçerlidir. *Bozkurt*, sf. 144. *Yüksel*'e göre de esas sözleşmeye konulacak bir hüküm ile kaçınma klozu devre dışı bırakılabilir. Bu halde şirket, onay istemini sadece esas sözleşmede yazılı önemli sebebe binaen reddedebilecektir. Kaçış klozunun esas sözleşme ile devre dışı bırakılması nama yazılı payların devredilebildiğini artırmaktadır. *Yüksel*, sf. 168.

162 *Tekinalp, Bağlam*, sf. 48.

163 *Tekinalp, Bağlam*, sf. 48.

164 *Tekinalp, Bağlam*, sf. 48.

165 *Tekinalp, Bağlam*, sf. 48.

hakkının işlevini de dolaylı olarak üstlendiğini” ifade etmektedir¹⁶⁶¹⁶⁷. *Akın* da kaçınma klozunun, esas sözleşmede yer verilebilecek ön alım hakkının ikamesi olarak değerlendirilebileceğini düşünmektedir¹⁶⁸.

Tekinalp tarafından, kaçınma klozunun kanuni bir ön alım hakkı olarak nitelendirilmesinin doğal bir sonucu olarak, paylarını devretmek isteyen pay sahibine şirket tarafından, devralanın önerdiği bedelden daha düşük bir pay devir bedeli teklif edilmiş olsa¹⁶⁹ da devreden pay sahibi, anonim ortaklığın bu teklifini reddedemeyeceğinden devre konu payları satma zorunluluğu doğar¹⁷⁰. Aksi halde, devreden pay sahibi veya devralan pay devrinin onaylanması isteminin reddi ile karşılaşacaktır.

2.2.KANUNİ ALIM HAKKI

Öğretide *Yıldız/Özbay*, kaçınma klozunu “bağlı nama yazılı payları gerçek değerden satın alma hakkı” olarak tanımlamakta ve bu hakkı alım hakkının özel bir türü olarak nitelendirmektedirler¹⁷¹. *Yıldız/Özbay*’a göre bu hak anonim ortaklığa tek taraflı bir irade beyanı ile bağlı nama yazılı payları satın alma yoluyla kazanma yetkisi vermektedir¹⁷². Yazarların bu konudaki değerlendirmeleri eTK döneminde yapılmış olup hatırlanacağı üzere, eski kanun döneminde kaçınma klozu yalnızca kanuni iktisap hallerinde kullanılabilirdi. *Yıldız/Özbay*’a göre payları gerçek değerden satın alma hakkı, kanundan kaynaklanması nedeniyle ön alım hakkına

¹⁶⁶ *Bozkurt*, sf. 137.

¹⁶⁷ Öte yandan *Bozkurt*’a göre, aşağıda daha detaylı açıklanacağı üzere, kaçınma klozunun işletilebilmesi için paylar bağlı olmalı, red sebepleri esas sözleşmede yer almalı; ancak devre onaydan kaçınırken red sebepleri bakımından tipiklik unsuru gerçekleşmese bile anonim ortaklık, TK md. 493/2 anlamında menfaatleri haklı gösteriyorsa kaçınma klozunu işleterek devre onay vermekten kaçınılabılır. *Bozkurt*, sf. 137.

¹⁶⁸ *Akın*, sf. 75.

¹⁶⁹ Kaçınma klozunun kullanılmasında önemli olan payların gerçek değeri ile devralınmasının teklif edilmesidir. Gerçek değer kavramından ne anlaşılması gerektiği ve tespitiyle ilgili tartışmalar tezimizin beşinci bölümüne atf yapıyoruz.

¹⁷⁰ *Tekinalp, Bağlam*, sf. 48.

¹⁷¹ *Yıldız/Özbay*, sf. 10, 11.

¹⁷² *Yıldız/Özbay*, sf. 10.

benzemektedir; ancak ön alım hakkı sadece iradi kazanımlarda doğabileceğinden, kaçınma klozu anılan yazarlara göre ön alım hakkı olarak nitelendirilemez¹⁷³. Yazarlar benzer şekilde, TK’da yer alan “*payları gerçek değerden devralma önerisi*” lafzını da eleştirmekte, bu şekilde bir kullanımın hakkın niteliği ile örtüşmeyeceğini ifade etmektedirler¹⁷⁴. Zira yazarlara göre kaçınma klozu, tek taraflı irade açıklaması ile kullanılan ve karşı tarafın kabulüne ihtiyaç göstermeyen kurucu yenilik doğuran bir satın alma hakkıdır¹⁷⁵. Anonim ortaklık ve payları kanuni iktisap hallerinde devralan kişiler arasında, hakkın kullanılması ile bir satım sözleşmesi kurulmakta ve anonim ortaklığın satım bedelini ödeme borcu o anda doğmaktadır¹⁷⁶. Devralanların irade açıklaması bir kabul niteliğinde değildir, zira onların satım sözleşmesi yapıp yapmamak bakımından bir hakları bulunmamaktadır¹⁷⁷. Öğretide *Bozgeyik* de bu görüşü desteklemektedir¹⁷⁸.

Karasu da benzer şekilde, şirketin kaçınma klozunun başvurma hakkını kanuni alım hakkı olarak nitelendirmektedir¹⁷⁹. *Karasu*’ya göre, anonim ortaklık tarafından kendisine devralma önerisi yapılan muhatabın, öneriyi reddetme hakkı bulunmamaktadır¹⁸⁰. Bununla birlikte, şirket tarafından önerilen fiyat kabul edilmek zorunda değildir ve devralan, paylarının gerçek değerinin tespitini şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinden talep edebilir¹⁸¹.

2.3. YASAL ŞARTA BAĞLI ALIM HAKKI

Öğretide *Bozkurt*, kaçınma klozunu, yasal şarta bağlı bir alım hakkı olarak nitelendirmektedir¹⁸². Anonim ortaklığın kaçınma klozunu işletebilmesinin ön

¹⁷³ Yıldız/Özbay, sf. 11.

¹⁷⁴ Yıldız/Özbay, sf. 8.

¹⁷⁵ Yıldız/Özbay, sf. 11, 13.

¹⁷⁶ Yıldız/Özbay, sf. 13.

¹⁷⁷ Yıldız/Özbay, sf.14.

¹⁷⁸ Bozgeyik, sf. 224.

¹⁷⁹ Karasu, sf. 137.

¹⁸⁰ Karasu, sf. 137.

¹⁸¹ Karasu, sf. 137.

¹⁸² Bozkurt, sf. 147.

koşulu pay sahibinin paylarını devretmek istemesidir. Yazar, ayrıca, anılan alım hakkının eşya hukuku anlamında bir alım hakkı olmadığına altını çizmiştir. Eşya hukukundaki alım hakkı, tek taraflı irade beyanı ile kurulan yenilik doğurucu bir haktır¹⁸³ ve bu hakkın kullanıldığı anda satıcı ile hakkın lehdarı arasında alım sözleşmesindeki hükümlere göre bir satış ilişkisi kurulur¹⁸⁴. *Bozkurt*'un yasal şarta bağlı alım hakkını, eşya hukukundaki alım hakkından ayırmasının sebebi, kaçınma klozunun kullanılması halinde devreden pay sahibinin şirket tarafından yapılan bu teklifi kabul etme zorunluluğunun bulunmamasıdır¹⁸⁵. Devreden pay sahibinin bu teklifi kabul etmemesi halinde, anonim ortaklık pay devrine onay vermediği için pay sahibi olarak kalmaya devam edecektir.

2.4.YENİLİK DOĞURAN HAK

Öğretide *Erdem*, kaçınma klozunun hukuki niteliğini yenilik doğuran hak olarak tanımlamaktadır. Yazara göre, maddenin lafzında “önererek” ibaresinin kullanılması hatalıdır ve “öneri” kelimesinin kullanılması, payı devralanlara¹⁸⁶ öneriyi kabul etmeme hakkı verir¹⁸⁷. *Erdem*, önerinin devralan tarafından kabul edilmemesi halinde ise şirket bakımından, devralanı pay defterine kayıt yükümlülüğü doğacağını ifade etmektedir¹⁸⁸. Yazara göre, bu husus maddeyi kaçınma klozu olmaktan uzaklaştırır ve bu nedenle, bu imkânın bir öneriden ziyade yenilik doğuran hak olarak nitelendirilmesi gerekmektedir¹⁸⁹. *Erdem*, argümanını desteklemek için Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 1981 yılında vermiş olduğu bir karara atıf yaparak, anılan kararda kaçınma klozunun bir rüçhan hakkı olarak

183 *Oğuzman, Seliçi*, sf. 532.

184 *Oğuzman, Seliçi*, sf. 533.

185 *Bozkurt*, sf. 147.

186 *Erdem* her ne kadar bu önerinin “devralanlara” yapılacağını ifade etse de aslında payları gerçek değeri üzerinden satın alma önerisi; iradi edinimler bakımından devreden pay sahibine, kanuni edinimler bakımından ise payların müktesibine yapılmaktadır. Teklifin muhatapları ile ilgili detaylı değerlendirmelerimiz için tezimizin 4.2.2. (*Alım Teklifinin Muhatabı*) numaralı başlığına atıf yapmakla yetiniyoruz.

187 *Erdem*, sf. 121.

188 *Erdem*, sf. 121.

189 *Erdem*, sf. 121.

tanımlandığını ifade etmiştir¹⁹⁰.

Altay ise, anonim ortaklık tarafından kaçınma klotuna başvurularak payları satın alma hakkının kullanılmasını, “kurucu yenilik doğurucu irade beyanıyla” kurulan satım sözleşmesi olarak nitelendirmiştir¹⁹¹. Zira, devralanın bu önerinin kendisine ulaşmasından itibaren bir ay içerisinde fiyatı reddettiğini bildirmezse, öneride belirtilen bedeli ödeyen ortaklık, payları kendisi, pay sahipleri veya üçüncü kişiler hesabına edinecektir¹⁹².

2.5. ÖNERİ/TEKLİF

Öğretide bir grup müellif, anonim ortaklığın kaçınma klotuna başvurmasını bir öneri veya teklif (icap) olarak nitelendirmektedir¹⁹³. Anonim ortaklık tarafından devralma işleminin gerçekleşmesi, devreden pay sahibinin veya kanuni edinimlerde devralanın şirket tarafından yapılan bu satın alma önerisini kabul etmesi şartına bağlıdır¹⁹⁴. Bu anlamda, kaçınma klotunun kullanılması, TBK md. 3 tahtında bir icaptır¹⁹⁵ ve devreden pay sahibi bu öneriyi kabul etmek zorunda değildir¹⁹⁶. Zira, TK'nın bağlam rejimi pay sahibinin pay üzerindeki mülkiyet hakkını en ileri seviyede korumayı amaçladığından, kaçınma klotunu bir satın alma hakkı olarak nitelendirilmesi suretiyle pay sahibinin iradesi dışında paylarını anonim ortaklığa satmaya zorlanması şeklindeki bir yorum hükmün amacını aşmaktadır¹⁹⁷. TK md.493/6 uyarınca; iradi devirler bakımından devreden pay sahibi, kanuni edinimler bakımından ise devralan kişi, devre konu payların gerçek değerini

¹⁹⁰ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 21.10.1982 tarihli E.1981/3889 ve K. 1981/4317 sayılı kararında anılış aşağıdaki şekildedir: “TTK'nın 418/son fıkrasına göre bir anonim şirketin pay senetleri cebri icra yoluyla üçüncü kişilere satıldığı takdirde, bu iktisaptan sonra şirket yönetim kurulu ve üyelerinin rüçhan haklarını kullanmaları halinde şirketin, cebri icra yolu ile satın alan kimsenin paydaşlık sıfatını kayıttan imtina edebileceği hükme bağlanmış bulunmaktadır.”

¹⁹¹ *Altay*, sf. 586, 602, 608, 610.

¹⁹² *Altay*, sf. 608; *Tekinalp, Bağlam*, sf. 40; *Bozkurt*, sf.164; *Yüksel*, sf. 210.

¹⁹³ *Sevi*, sf. 274; *Pulaşlı, Bağlam*, sf. 217; *Yüksel*, sf. 196 vd.; *Narbay*, sf. 264; *Uzel*, sf. 322.

¹⁹⁴ *Akın*, sf. 110; *Sevi*, sf. 274.

¹⁹⁵ *Yüksel*, sf. 196.

¹⁹⁶ *Uzel*, sf. 75.

¹⁹⁷ *Uzel*, sf. 325; *Akın*, sf. 75.

öğrenmesinden itibaren bir ay içerisinde fiyatı reddetmezse, anonim ortaklığın teklifini kabul etmiş sayılması da, kaçınma klozunun hukuki niteliğinin bir öneri olduğunu destekler niteliktedir¹⁹⁸.

Ortaklık tarafından teklifin geçerli bir şekilde yapılması halinde, şirket bu icabı ile bağlıdır ve devreden tarafından teklifin kabul edilmesiyle veya devreden pay sahibi ile kanuni edinim hallerinde devralanın gerçek değeri öğrendiği tarihten itibaren bir aylık süreyle sessiz kalması halinde satış sözleşmesini kurulmuş olur ve her iki taraf bakımından da yükümlülükler doğar¹⁹⁹. Taraflar arasında payların devrine ilişkin sözleşme kurulduğunda, kaçınma klozunun icap olarak nitelendirilmesinin doğal bir sonucu olarak, tarafların edimlerini ifa etmesi bakımından TBK satım hükümleri uygulama alanı bulacaktır²⁰⁰. Dolayısıyla, edimlerin gereği gibi ifa edilmemesi halinde, temerrüt hükümlerinin uygulanması gerekebilir. Taraflar arasındaki ilişkinin bu niteliğinden yola çıkarak, *Yüksel* ve *Uzel*, TK'nın gerekçesinde yer alan pay devrinin kaçınma klozuyla önlenemesinin, gerçek değer üzerinden belirlenen bedelin ödenmesine bağlı olduğu yönündeki ifadeyi, bir edimin yerine getirilmesi olarak pay devir bedelinin ödenmiş olması ile şirket tarafından pay devrine onay verilmemesi birbiriyle bağlantılı olmayan iki farklı hukuki süreç olduğundan hatalı bularak eleştirmektedirler²⁰¹. Bir diğer deyişle, kaçınma klozunun kullanılması üçüncü kişilere pay devrini engellerken; devre konu payların gerçek değerinin muhataba ödenmesi ise şirketle kurulan satış sözleşmesinin ifa aşamasına ilişkindir.

Anonim ortaklık tarafından yapılan bu teklif kabul edilmediğinde, anonim ortaklık pay devrine onay vermediği için iradi devirler bakımından devreden, şirkette pay sahibi olarak kalmaya ve pay sahipliğinden kaynaklanan tüm hakları

¹⁹⁸ *Yüksel*, sf. 210; *Uzel*, sf. 323, 324.

¹⁹⁹ *Sevi*, sf. 274; *Yüksel*, sf. 212; *Uzel*, sf. 327; *Akın*, sf. 84; *Altay*, sf. 608.

²⁰⁰ *Yüksel*, sf. 212.

²⁰¹ *Yüksel*, sf. 212; *Uzel*, sf. 327.

kullanmaya devam edecektir²⁰². Devreden pay sahibinin, teklifte yer alan devir bedeline itiraz etmek hakkı ise ilerleyen bölümlerde daha detaylı inceleneceği üzere saklıdır²⁰³. Teklifin kabul edilmesi halinde ise şirket, devre konu payların sahibi olacaktır.

Kanuni edinimler bakımından ise, şirket tarafından yapılan bu alım teklifinin muhatap tarafından kabul edilmemesi halinde, şirket pay devrine onay vermediği için yönetsel haklar, payları edinen kişiye geçmeyecek ancak bu kişiler pay sahibi olarak kalmaya devam edeceklerdir. Bu durum, kanuni edinimler neticesinde pay sahibi olan kişilerin şirkete karşı yönetsel haklarını kullanamaması sorununu kalıcı hale getirmektedir. Burada bir kanun boşluğu bulunmaktadır. Bu kanun boşluğunun, borsada işlem gören paylar bakımından hak geçişlerini düzenleyen TK md. 497/3 hükmünün kıyasen uygulanarak doldurulabileceği kanaatindeyiz. Anılan hükmün kıyasen uygulanması halinde kanuni devir yoluyla payları edinen ve şirketin alım teklifini kabul etmeyen kişiler pay defterine oysuz pay sahibi olarak kaydedilecek ve genel kurulda temsil edilmeyeceklerdir.

2.6. KARMA GÖRÜŞ

Öğretide *Akın*, her ne kadar kaçınma klozunun hukuki niteliğinin bir öneri olduğunu ifade etse de, iradi devirler ve kanuni devirler arasında bir ayrım yapılması gerektiğini düşünmektedir. *Akın*'a göre, kanuni devir hallerinde kaçınma klozuna başvurulması halinde devralana, şirketin devre konu payları devralma teklifini reddetme hakkı tanınmamalıdır²⁰⁴. Zira, kanuni devir hallerinde yukarıda ifade edildiği üzere bağlı nama yazılı payların mülkiyeti, anonim ortaklık devre onay vermeden önce derhal, yönetsel haklar ise şirket devre onay verdikten sonra geçmektedir. *Akın*'a göre, kanuni edinim hallerinin bu özellikli yapısından dolayı, devralanlara şirketin önerisini reddetme hakkı tanındığında, şirket bir anda pay

²⁰² *Cenkci*, sf. 99.

²⁰³ *Sevi*, sf. 274.

²⁰⁴ *Akın*, sf. 76.

sahipliği çevresinin istem dışı değiştirilmesiyle karşı karşıya kalacaktır²⁰⁵. Bu durum ise yazara göre bağlam ile korunmak istenen menfaatlere aykırıdır²⁰⁶. Şirket tarafından yapılan teklif reddedildiğinde ise, devralanın pay sahipliği bakımından bölünmüş bir yapı oluşacaktır²⁰⁷. Bir diğer deyişle, mülkiyete bağlı haklar devralana kanunen intikal etmişken, yönetsel bazı haklar şirket pay devrini onaylamadığı için devralana verilmemiş olacaktır. *Akın*'a göre bu sonuç, bölünmüş pay sahipliği anlamına geleceğinden TK'nın benimsediği birlik teorisine aykırılık yaratacaktır²⁰⁸. Bu nedenle *Akın*, kanuni edinimlerde şirketin kaçınma klotuna başvurmasının bir alım hakkı²⁰⁹ olarak nitelendirilmesinin TK'nın esas aldığı birlik teorisine daha uygun olacağı kanaatindedir²¹⁰.

Akın'ın bu özellikli nitelendirmesindeki argümanının bir diğer dayanağı ise genel kurul nisaplarının sağlanması bakımındandır. Kanuni edinim hallerinde anonim ortaklığın pay devrine onay vermemesi ve devralanın şirketin payları satın alma önerisini reddetmesi halinde, genel kurula katılım ve oy hakları devralana geçmeyeceğinden, genel kuruldaki ağırlaştırılmış nisaplar sağlanamayacak ve şirket belirli kararların alınması bakımından kilitlenecektir²¹¹. Zira *Akın*'a göre, TK md. 494/2'de oy hakkının donması değil, kullanılamaması düzenlenmiştir²¹². Bir diğer deyişle, kanuni devir hallerinde, devralanların sahip olduğu paylar temsil edilir ve genel kurul nisapları hesap edilirken toplam şirket paylarından düşülemezler²¹³. *Tekinalp* de bu durumda, oydan yoksun pay sahipliğinden bahsedilemeyeceği, zira oy haklarının askıda kalacağı, oysuz pay sahipliğinin borsada işlem gören bağlı nama yazılı payların kanuni devrinde TK md. 497/3'e özgü olduğu ve borsada işlem görmeyen paylar bakımından kanunda bu yönde açık

²⁰⁵ *Akın*, sf. 76.

²⁰⁶ *Akın*, sf. 76.

²⁰⁷ *Akın*, sf. 76.

²⁰⁸ *Akın*, sf. 76.

²⁰⁹ *Akın*, sf. 196.

²¹⁰ *Akın*, sf. 76.

²¹¹ *Akın*, sf. 76.

²¹² *Akın*, sf. 76.

²¹³ *Akın*, sf. 77.

bir düzenleme olmadığı kanaatindedir²¹⁴. *Akın*'ın bu yorumunun doğal bir sonucu olarak kanuni edinim yoluyla payları devralanların sahip olduğu payların oranı yüksekse TK uyarınca ağırlaştırılmış nisap gerektiren kararlar alınamayacak hale gelecektir²¹⁵.

Öğretide *Yüksel*, *Akın*'ın bu görüşünü eleştirmiş ve bağlam bakımından kabul edilen birlik teorisinin mutlak suretle uygulanmayabileceğini, payı kanunen edinen kişinin alım önerisini kabul etmemesi halinde yönetsel hakların kendisine geçmeyeceğine dair yapılan düzenleme ile açıkça yaptırıma uğratılmasının bir menfaatler dengesi olduğunu ifade etmiştir²¹⁶. *Akın*'ın oy haklarının geçmeyeceğine dair ileri sürmüş olduğu argüman karşısında ise, kanundaki bu boşluğun borsada işlem gören bağlı nama yazılı payların kanuni edinimler neticesinde devralınmasındaki oy hakları bakımından TK md. 497/3'ün kıyasen uygulanarak devrin onaylanmaması ve satın alma teklifinin reddedilmesi neticesinde yönetsel hakları edinemeyen devralanın sahip olduğu payların oydan yoksun olmaları nedeniyle genel kurul yetersayılarının hesabında nazara alınmayacağı sonucuna varılması gerektiğini düşünmektedir²¹⁷. *Uzel* de hakların geçişi ve oydan yoksun pay sahipliği bakımından *Yüksel* ile aynı kanaattedir²¹⁸.

2.7.GÖRÜŞÜMÜZ

Yukarıda kaçınma klozunun hukuki niteliğine ilişkin yer verilen tüm tartışmalar neticesinde, bizim görüşümüz kaçınma klozunun hukuki niteliğinin öneri olduğu yönündedir. Bu görüşümüzün arkasındaki en büyük gerekçe, kanuni edinimler bakımından devralanın ve iradi devirler bakımından ise devreden pay sahibinin, anonim ortaklıkta sahip olduğu payları, kaçınma klozunu kullanmak isteyen şirkete satmaya zorlanamayacağıdır. Ayrıca, TK md. md.493/6 uyarınca;

²¹⁴ *Tekinalp, Bağlam*, sf. 53-54. Ancak *Tekinalp*'e göre kaçınma klozunun hukuki niteliği ön alım hakkıdır. Dolayısıyla teklifin devralanlar tarafından reddedilmesi yazara göre mümkün değildir.

²¹⁵ *Akın*, sf. 77.

²¹⁶ *Yüksel*, sf. 197.

²¹⁷ *Yüksel*, sf. 198.

²¹⁸ *Uzel*, sf. 160.

iradi devirler bakımından devreden pay sahibi, kanuni edinimler bakımından ise devralan kişi, devre konu payların gerçek değerini öğrenmesinden itibaren bir ay içerisinde fiyatı reddetmezse, anonim ortaklığın teklifini kabul etmiş sayılacağı düzenlenmesi bizim vardığımız sonucu da destekler niteliktedir. Zira, kanun koyucu burada, teklifin muhataplarına, açıkça teklifi kabul etmeme imkanını verdiğini belirlemiştir. TK md. 493 vd. hükümlerinde tercih edilen terminoloji de kanun koyucunun kaçınma klozunu bir öneri olarak değerlendirdiğini göstermektedir. Tüm bu nedenlerle naçiz kanaatimiz, kaçınma klozunun öneri olarak nitelendirilmesi gerektiğidir.

Kaçınma klozunu öneri olarak nitelendirdiğimizden, Şirketin payları gerçek değeri üzerinden satın alma teklifinin devreden pay sahibi veya payları edinen kişi tarafından kabul edilmemesi halinde, anılan kişiler şirkette pay sahibi olarak kalmaya devam edeceklerdir. Alım teklifinin reddedilmesi halinde, iradi devirler bakımından hakların geçişinde herhangi bir sorun bulunmamakla birlikte, kanuni edinimlerde bu teklifin reddedilmesi pay sahipliğinden kaynaklanan yönetsel hakların şirkete karşı kullanılamaması sorununu kalıcı hale getirmektedir. Bu durumda hakların geçişiyle ilgili değerlendirmeler bakımından tekrara düşmemek adına tezimizin altıncı bölümüne atıf yapmakla yetiniyoruz ancak kısaca ifade etmek gerekir ki bu sorunun TK md. 497/3 hükmünün kıyasen uygulanarak çözülebileceği kanaatindeyiz.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KAÇINMA KLOZUNUN KULLANILMASI

Kaçınma klozunun kullanılma koşulları, şirketin kaçınma klozunu kendi hesabına olacak şekilde kullanması halinde bu durumun şirketin kendi paylarını iktisabı bakımından genel kuralları düzenleyen TK md. 379 vd. maddeleri ile ilişkisi, klozu kullanabilecek organ ve klozun diğer pay sahipleri veya üçüncü kişiler hesabına kullanılması konuları bu bölümde alt başlıklar halinde incelenmiştir.

Aşağıda kaçınma klozuyla ilgili yaptığımız tüm incelemeler, aksi belirtilmedikçe hem iradi devir hem de kanuni iktisap hallerinde kaçınma klozunun kullanılmasını kapsamaktadır. Zira kanun koyucu, kaçınma klozunun kullanılma süreçleri ve buna bağlı tartışmalar bakımından her iki devir haline ilişkin bir farklılık öngörmemiştir. İradi devirler ile kanuni iktisaplar halinde kaçınma klozunun kullanılması arasındaki fark kendini yalnızca hakların geçişi bakımından göstermektedir. Bu nedenle, hakların geçişini incelediğimiz altıncı bölümde, iki devir hali birbirinden ayrıştırılarak incelenmiştir.

3.1.KAÇINMA KLOZUNUN KULLANILMASININ KOŞULLARI

Anonim ortaklıklar tarafından kaçınma klozuna başvurularak, pay devrine onay verilmesinden kaçınılması şirket paylarının; (i) nama yazılı olması, (ii) borsada işlem görmemesi, (iii) şirket esas sözleşmesi ile geçerli bir şekilde payların devrinin şirketin onayına bağlanmış olması, ve (iv) payları edinen kişi veya devreden pay sahibinin, pay devrinin onaylanması amacıyla şirkete bir başvuru yapması²¹⁹ koşullarına²²⁰ tabidir. Şüpheyeye mahal vermemek adına, payların senede

²¹⁹ Nitekim gerçek değer tespitinde, TK md. 493/1 uyarınca, anonim ortaklığa yapılan bu başvuru anındaki değer esas alınmaktadır.

²²⁰ Şirketin kaçınma klozunu kullanması neticesinde kendi paylarını edinmesi bakımından benimsediğimiz görüş, şirket tarafından edinilen payların TK md. 379'da öngörülen iktisap

bağlanması veya bağlanmaması kaçınma klozunun kullanılması bakımından bir fark yaratmamaktadır²²¹. Kaçınma klozu kanunen tanınmış bir hak olduğundan, bu klozun işletilebileceğine dair esas sözleşmede ayrıca bir düzenleme yer almasına da gerek bulunmamaktadır²²². Yukarıdaki bölümlerde, kaçınma klozunun işletilmesi için gereken koşullardan ilk üçü üzerinde detaylıca durulduğundan, tekrara düşülmemesi amacıyla aşağıda yalnızca, pay devrinin onaylanması için şirkete yapılan başvuru şartı incelenecektir.

Buna ek olarak, şirketin kaçınma klozunu kullanması neticesinde kendi paylarını iktisap etmesinde, öğretilerdeki bazı yazarlara göre, TK'nın md. 379 ve devamı hükümlerinde düzenlenen şirketin kendi paylarını iktisap yasağındaki %10'luk sınırlamaya uyulması gerekmektedir²²³. Bizim benimsediğimiz görüş, bağlam sebebiyle şirketin kendi paylarını iktisap etmesinin, TK'nın md. 379'daki %10'luk sınırlamaya tabi olmadığı yönünde olduğu için, kaçınma klozunun kullanılması şartları arasında bu sınırlamaya yer verilmemiştir. Ayrıca, yüzdesel sınırlamaya uyulup uyulmayacağı tartışması dışında, şirketin kendi paylarını iktisap

Yasağındaki sınırlamaya tabi olmadığı yönünde olduğu için kaçınma klozunun kullanılması koşulları arasında bu sınırlamaya yer verilmemiştir.

²²¹ *Sevi*, sf. 273.

²²² *Tekinalp, Bağlam*, sf. 48; *Akın*, sf. 77; *Uzel*, sf. 305; *Yüksel*, sf. 167; *Karasu*, sf. 137; *Sevi*, sf. 295; *Kendigelen*, sf. 402; *Bozkurt*, sf.143.

Bozkurt eserinde ayrıca, esas sözleşmesel düzenlemelerde; kaçınma klozunun işletilemeyeceğine, şirketin kaçınma klozunu her durumda işletilebileceğine veya esas sözleşmede şirketin payları bağlanmaksızın yalnızca payları satın alma teklifine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmesi halinde bu düzenlemelerin akıbetinin ne olacağını da değerlendirmiştir. *Bozkurt*'a göre, esas sözleşmeyle kaçınma klozunun kaldırılması, pay devrini kolaylaştıracağından esas sözleşmede yer alan bu şekilde bir hüküm geçerli kabul edilmelidir. Şirketin her durumda kaçınma klozuna başvuracağına dair bir düzenleme getirilmesi halinde ise, *Bozkurt*'a göre, şirketin payları satın alma yükümlülüğü altına girmeksizin esas sözleşmesel red sebepleri ile pay devrine onay vermemesi imkânı elinden alınmaktadır. Ayrıca bu durumda, şirketin paylarını kendi elinde toplaması riski mevcuttur ve ilerleyen 3.1.1. numaralı başlığında daha detaylı tartışılacağı üzere şirketin kendi paylarını iktisap yasağı alt üst edilmiş olacaktır. Bu nedenle *Bozkurt*'a göre, bu seçeneğin şirketin payları üçüncü kişiler veya diğer pay sahipleri hesabına iktisap edilmesi halinde mümkün görülmesi daha makuldür. *Yüksel* ise, aynı düzenlemeyi, önemli sebeplerin ileri sürülmesi opsiyonunu dışlamak suretiyle payın devredilebilirliğini artırdığı için geçerli sayılması gerektiği şeklinde yorumlamaktadır. *Yüksel*, sf. 168.

Son olarak esas sözleşmede pay devrinin sınırlandırılması bakımından bir iradeye yer verilmeyip yalnızca pay alım teklifinin düzenlenmesi halinde, *Bozkurt*'a göre, geçerli bir devir sınırlaması bulunmadığından kaçınma klozu işletilemeyecektir. *Bozkurt*, sf.143 vd.

²²³ *Bozkurt*, sf.167; *Yüksel*, sf. 214; *Sevi*, sf. 275; *Pulaşlı, Şerh*, N. 56; *Erdem*, sf. 121.

etmesinde pay devir bedelinin ödenmesinde uyulması gereken şartlar ve yönetim kurulunun yetkilendirilmesine ihtiyaç bulunmadığı da öğretide incelenen konulardandır. Öğretiyle uyum ve bütünlük sağlanması adına, aşağıda öncelikle, kaçınma klozunun, şirketin kendi paylarını edinmesiyle ilişkisi ve uygulanması gereken hükümler ele alınacaktır. Ardından kaçınma klozunun kullanılması koşullarından olan başvuru şartı incelenmeye devam edilecektir.

3.1.1. Şirketin Kendi Paylarını Edinmesinde Genel Kural ve Bağlam Kuralları ile İlişkisi

Şirketin kendi paylarını iktisabını düzenleyen TK md. 379 vd. hükümlerinde, şirket tarafından iktisap edilecek payların bedelleri düşüldükten sonra, kalan şirket net aktifi, en az esas veya çıkarılmış sermaye ile kanun ve esas sözleşme uyarınca dağıtılmasına izin verilmeyen yedek akçelerin toplamı kadar olması halinde, genel kurulun yönetim kurulunu yetkilendiren kararı kapsamında, anonim ortaklığın sermayesinin %10'una kadar kendi paylarını iktisap edebileceği düzenlenmiştir²²⁴. eTK döneminde payları borsada işlem görmeyen şirketler bakımından yasak olan bu uygulamaya²²⁵, TK md. 379 vd. hükümlerinde yer alan düzenlemelere uymak kaydıyla yeni kanun döneminde izin verilmiştir²²⁶.

Mehaz İsviçre Borçlar Kanunu'nun OR 659. maddesinde benzer şekilde, anonim ortaklığın kendi paylarını edinmesine bazı sınırlamalar getirilmiştir²²⁷. Bu sınırlamalara göre; şirketin kendi paylarını iktisap edebilmesi için; (i) şirketin sahip olacağı payların toplam nominal değerinin şirket sermayesini teşkil eden payların %10'unu aşmaması ve (ii) devralmayı gerçekleştirilmeye yetecek miktarda serbest

²²⁴ *Pulaşlı, Şerh*, sf. 42-56; *Erdem*, sf. 121.

²²⁵ Şüpheye mahal vermemek adına, eTK döneminde, Sermaye Piyasası Kurulu'nun "Payları İstanbul Menkul Kıymetler Borsası'nda İşlem Gören Şirketlerin Kendi Paylarını Satın Almaları Sırasında Uyacakları İlke ve Esaslar"a ilişkin 10 Ağustos 2011 tarihli ve 26/767 sayılı ilke kararıyla halka açık şirketlerin kendi paylarını iktisabına izin veriliyordu.

²²⁶ *Sevi*, sf. 275; *Ayoğlu*, sf. 536.

²²⁷ *Akın*, sf. 85; *Bozkurt*, sf. 144.

öz kaynakları (*kar ve serbest yedekler*) bulunması gerekmektedir²²⁸. Mehaz kanunda getirilen %10'luk iktisap sınırlamasının istisnası ise bağlam hükümleridir²²⁹. Anonim ortaklık tarafından payların devralınması bağlam düzenlemeleri nedeniyle gerçekleştiriliyorsa, bu durumda şirket, toplam sermayenin %20'sine kadar pay sahibi olabilir; ancak sahip olduğu payların %10'luk sınırlamayı aşan kısmını iki yıl içinde satmalı veya sermaye azaltılması yoluna giderek bu payları itfa etmelidir²³⁰.

Mehaz kanunda bu şekilde bir düzenleme öngörülmüşken bizim kanunumuzda kaçınma klozunun kullanılması halinde şirketin sahip olabileceği azami pay oranına ilişkin yüzdesel bir sınırlama getirilmemiş ve bu iki konuya ilişkin kanuni düzenlemeler arasında herhangi bir ilişki kurulmamıştır²³¹. Bu nedenle, kaçınma klozu neticesinde şirketin kendi paylarını kendi hesabına iktisap etmesi ve TK md. 379 vd. öngörülen düzenlemelerin nasıl birlikte var olması gerektiği öğretide tartışılmıştır. Konuyla ilgili tartışmaları incelemeye geçmeden önce belirtmelidir ki, şirketin kendi paylarını iktisap etmesi, TK md. 379/4 uyarınca, sadece bedellerinin tümü ödenmiş paylar için mümkündür. Aksi halde, zaten kanuni bağlam hükümleri devreye girecektir ve kaçınma klozuna başvurulmasına gerek olmayacaktır. Şüpheye mahal vermemek adına yine ifade etmek gerekir ki, kaçınma klozuna başvurulması neticesinde şirketin kendi paylarını iktisap etmesinin TK md. 379'daki sınırlamaya tabi olup olmayacağı tartışması, şirketin payları kendi hesabına almayı teklif ettiği ihtimale yöneliktir. Şirketin bu payları diğer pay sahipleri veya üçüncü kişiler hesabına almayı teklif etmesi halinde herhangi bir sınırlama söz konusu olmayacaktır²³²²³³. Aşağıda yer

²²⁸ Akın, sf. 85; Bozkurt, sf. 165.

²²⁹ Akın, sf. 85; Bozkurt, sf. 165.

²³⁰ Akın, sf. 85; Bozkurt, sf. 165.

²³¹ Akın, sf. 85.

²³² Pulaşlı, Şerh, sf. 42-56; Bozkurt, sf. 145, 274.

²³³ Devre konu payların diğer pay sahipleri veya üçüncü kişiler hesabına alınmasının teklif edilmesi halinde de pay devir bedelini ödeme yükümlülüğü şirkete aittir. Şirketin (özellikle yönetim kurulunun) üçüncü kişiler hesabına hareket ederken pay devrini ödeme yükümlülüğüne ilişkin bir güvence veya teminat alması gerektiği aksi halde sorumluluğunun gündeme gelebileceğine ilişkin 3.4.(*Şirket Paylarının Diğer Pay Sahipleri veya Üçüncü Kişiler Hesabına İktisabı*) başlığına atf yapıyoruz.

alan tüm tartışmalar ve açıklamalar; bedellerinin tümü ödenmiş paylar bakımından ve şirketin payları kendi hesabına iktisap etmesine yöneliktir.

3.1.1.1. Kaçınma Klozu ve Şirketin Kendi Paylarını İktisabındaki Yüzdesel Sınırlama Bakımından Görüşler

Kaçınma klozunu düzenleyen TK md.493'ün gerekçesinde, şirketin kendi paylarını iktisap yasağı ile ilgili olarak aşağıdaki ifadeler yer almaktadır:

“Anonim şirketin pay senetlerini kendi hesabına alabilmesi için 379 ve devamında yer alan hükümlerdeki şartların varlığı gerekli değildir. Tasarıda İsv. BK m. 659 (2) ve benzer bir hüküm bulunmamaktadır. Bu haldeki iktisabı 381. maddenin kapsamında kabul etmek veya 379. ve devamı maddelerinde öngörülenlere ek bir istisna olarak değerlendirmek de mümkündür. Çünkü Tasarı 379. ve devamı maddelerinden bağımsız olarak şirkete kendi hisse senetlerini iktisap etmek olanağını tanımıştır. Pay sahipleri veya üçüncü kişi hesabına devralmada ise herhangi bir şart ve sınırlama yoktur”²³⁴. Bu ifadelerden yola çıkarak öğretideki görüşler şekillenmiştir.

Kaçınma klozuna başvurulması ve şirketin kendi paylarını iktisap etmesindeki yüzdesel sınırlamalara ilişkin düzenlemeler arasındaki ilişki 3 farklı şekilde ele alınabilir. Bu yaklaşımlara aşağıda yer verilmektedir.

3.1.1.1.1. Kanun Boşluğunun Doldurulması Görüşü

Kaçınma klozuna başvurulması neticesinde şirketin kendi paylarını iktisap etmesi ve şirketin kendi paylarını iktisap etmesine ilişkin genel düzenlemelerde yer alan yüzdesel sınırlamalar arasındaki ilişki incelenirken, burada bir kanun boşluğu vardır ve yorum veya kıyas yöntemleriyle bu boşluk doldurulabilir, denilebilir. Bu

²³⁴ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, 493. madde gerekçesi

yaklaşımına göre, kaçınma klozu neticesinde şirketin kendi paylarını edinmesi, tek başına ayrı bir kurumdur ve bu nedenle TK md. 379 vd. hükümleri uygulanmaz. Ancak edinilen payların nasıl elden çıkarılacağı ve elden çıkarmaya ilişkin süreler, kaçınma klozunu düzenleyen kanun maddeleri arasında gösterilmemiştir. Buradaki kanun boşluğunun doldurulması için edinim sonrası payların nasıl ve hangi sürelerde elden çıkarılacağına ilişkin TK md. 379 vd. hükümleri kıyasen uygulanmalıdır. Bu durumda, edinilen payların elden çıkarılma süresi bakımından TK md. 379'a aykırı şekilde iktisap edilen payların elden çıkarılmasını düzenleyen TK md. 385 (*edinim tarihinden itibaren en geç 6 ay içinde*); payların elden çıkarılmaması durumunda ise payların ıtfası için TK md. 386 (*elden çıkarılmayan 6 aylık sürenin sonunda derhal*) hükmü kıyasen uygulanacaktır. Öğretide bu şekilde bir yoruma rastlanılmamıştır. Kanaatimiz bu yönde olmamakla birlikte, pekâlâ bu şekilde bir yorumun da yapılması mümkün görünmektedir.

3.1.1.1.2. Yüzdesele Sınırlama Uygulanır Görüşü

Öğretide *Bozkurt*'un genel yaklaşımı, şirketin kaçınma klozunu kullanırken devre konu payları kendi hesabına iktisap etmesinin ve şirkete bu konuda herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın tam bir serbesti verilmesinin, şirketin kendisi, diğer pay sahipleri ve uzun vadede şirket alacaklıları aleyhine sonuçlar doğuracağı yönündedir²³⁵. Bu temel gerekçeyle *Bozkurt*, şirketin kaçınma klozuna başvurması neticesinde kendi paylarını iktisabı hallerinde, %10'luk iktisap sınırı dahil olmak üzere TK m.379 vd. hükümlerinde yer alan temel düzenlemelerin uygulanması gerektiği kanaatinde²³⁶. Yazara göre, TK md. 493'ün gerekçesi sadece bir yorum aracından ibarettir ve kanunda yer alan bağlam hükümleri ile şirketin kendi paylarını iktisabı hükümleri arasında İsviçre hukukunun aksine ilişki kurulamaması karşısında, bu konuda hiçbir sınırlamanın bulunmadığı değil; tam tersi şirketin

²³⁵ *Bozkurt*, sf. 167 vd.

²³⁶ *Bozkurt*, sf.168.

kendi paylarını iktisabıyla ilgili temel hükümlerin uygulanması gerektiği sonucuna varılmalıdır²³⁷.

Bozkurt ayrıca, kaçınma klozu kullanılırken şirketin paylarını kendi hesabına iktisap etmesinin mümkünse yapılacak en son tercih olması gerektiği ve bu klozun diğer pay sahipleri veya üçüncü kişiler hesabına hareket edilerek işletilmesi gerektiğini de ifade etmiştir²³⁸. Zira, payların şirket hesabına iktisap edilmesi neticesinde, şirketin uzun vadede öz kaynakları ve malvarlığı aşınabilir ve bu durum da şüphesiz diğer pay sahipleri ve şirket aleyhine olacaktır²³⁹.

Öğretide *Yüksel*'e göre ise, TK md 379 vd. hükümleri şirketin kendi paylarını iktisabı bakımından genel kural teşkil eder ve kanunda kaçınma klozunun bunun bir istisnası olarak yorumlanmasına elverecek bir açıklık bulunmamaktadır²⁴⁰. *Yüksel*, şirket tarafından kaçınma klozunun kullanılmasının bir kanuni satın alma yükümlülüğü olmadığını belirterek, kaçınma klozunun TK md. 382'de yer alan istisnalardan biri olarak da yorumlanamayacağı görüşündedir²⁴¹. Bu yaklaşımdan hareketle *Yüksel*'e göre, şirketin kaçınma klozu neticesinde kendi paylarını iktisabında, TK md 379/1'de öngörülen %10'luk sınırlamaya uyulmalıdır²⁴².

Öğretide *Sevi*'ye göre, kaçınma klozu TK md. 379 vd. hükümlerine uygun olarak kullanılmalı ve şirketin kendi paylarını iktisap oranı %10'u aşmamalıdır²⁴³. *Pulaşlı ve Erdem* de bu kanaattedir²⁴⁴. Ancak *Sevi*, bazı hallerde ise ortaklığın satın alma hakkının kullanılmasının TK. md. 381 (*yakın ve ciddi bir tehlikenin önlenmesi*) kapsamında değerlendirilebileceğini de ifade etmiştir²⁴⁵.

²³⁷ *Bozkurt*, sf.168.

²³⁸ *Bozkurt*, sf.169.

²³⁹ *Bozkurt*, sf. 167.

²⁴⁰ *Yüksel*, sf. 214.

²⁴¹ *Yüksel*, sf. 214.

²⁴² *Yüksel*, sf. 214.

²⁴³ *Sevi*, sf. 275.

²⁴⁴ *Pulaşlı, Şerh*, N 56; *Erdem*, sf. 121.

²⁴⁵ *Sevi*, sf. 276.

3.1.1.1.3. Yüzdesel Sınırlama Uygulanmaz Görüşü

Kendigelen kaçınma klozuna başvurulması neticesinde şirketin kendi paylarını iktisap etmesinde, TK md. 379'da yer alan %10'luk sınırlama ile bağlı olunmadığı görüşündedir²⁴⁶. Gerekeçde yer alan ifadelerin ancak %10'luk iktisap sınırına tabi olunmayacağını işaret ettiği kanaatindedir²⁴⁷.

Tekinalp'e göre, TK md. 379'da yer alan ve şirketin kendi paylarının ancak %10'una kadar iktisap edebileceğine yönelik azami sınırlama, kaçınma klozunun kullanıldığı durumlarda uygulanamaz²⁴⁸. Zira *Tekinalp*'e göre, kaçınma klozunu düzenleyen TK md. 493, TK md. 379'a göre özel hüküm niteliğindedir ve bu maddenin bir istisnasıdır²⁴⁹.

Öğretide Türk'e göre, kaçınma klozunun uygulanması kanun koyucu tarafından getirilmiş özel bir istisnadır²⁵⁰. Bu nedenle, TK md. 379'da öngörölmüş %10'luk sınır kaçınma klozunun kullanılması durumunda uygulanmaz, zira burada genel kurulun yetki kararına dayanılmamakta, edinim kanunda düzenlenmiş bir hakkın kullanılması olarak karşımıza çıkmaktadır²⁵¹.

Öğretide *Altay*'a göre, şirketin kaçınma klozunun uygulanması neticesinde kendi paylarını edinmiş olması, TK md. 379'da öngörölen %10'luk sınırlamaya tabi değildir ve şirketin bağlı nama yazılı payları kendi adına iktisabı, TK md. 379 vd. maddelerinin istisnasıdır²⁵². *Ayoğlu* da kaçınma klozunun şirket hesabına olarak kullanılmasını şirketin kendi paylarını edinim yasağının bir istinası olarak

²⁴⁶ *Kendigelen*, sf. 403; *Kendigelen, Kanun*, sf. 607.

²⁴⁷ *Kendigelen*, sf. 403; *Kendigelen, Kanun*, sf. 607.

²⁴⁸ *Tekinalp, Bağlam*, sf. 48.

²⁴⁹ *Tekinalp, Bağlam*, sf. 48.

²⁵⁰ *Türk*, sf. 267.

²⁵¹ *Türk*, sf. 267.

²⁵² *Altay*, sf. 604, 610.

değerlendirmiştir²⁵³. *Altay* ve *Ayoğlu*'nun, kaçınma klozunu bir istisna olarak değerlendirirken, bu istisnanın TK md. 382 anlamında bir istisna olarak yorumladıkları anlaşılmaktadır²⁵⁴.

Akın'a göre de, kaçınma klozunun kullanılması halinde anonim ortaklık %10'luk pay sahipliği sınırlamasına tabi değildir²⁵⁵. Zira, şirketin kendi paylarını iktisabını düzenleyen TK md. 379 genel hüküm iken, kaçınma klozunun yer aldığı TK md. 493 özel hüküm niteliğindedir. Yazar bu argümanını, mehz kanunda, bağlam sebebiyle şirket kendi paylarını iktisap edecekse azami sınırlamanın %20'ye çıkarılmış olmasının, kaçınma klozuna başvurularak şirketin kendi paylarını iktisabının diğer iktisap hallerinden farklı görüldüğünü ortaya koyduğu şeklinde yorumlayarak desteklemiştir²⁵⁶.

Akın ayrıca, TK md. 381'de yakın ve ciddi bir kaybın önlenmesi amacıyla da genel kurulun yetkilendirmeye ilişkin bir kararı olmaksızın şirketin kendi paylarını iktisabına izin verildiğini; kaçınma klozuna başvurulması yoluyla şirketin ekonomik bağımsızlığının korunmasının da yakın ve ciddi bir kaybın önlenmesine kapsamına gireceği kanaatindedir²⁵⁷. TK md. 381'in gerekçesinde, bu husus "*yakın ve ciddi tehlikenin hemen akla gelen örnekleri, şirket hakimiyetinin başka bir grubun eline geçmesi veya geçecek olmasıdır.Bir anonim şirketin kendi paylarını iktisap etmesinden doğabilecek sakıncaların sonuçları zamanla ortadan kalkabilir, ancak, hakimiyetin başkalarının eline geçmesinden, doğan sonuçlar kalıcı olur.....*" şeklinde ifade edilmiştir²⁵⁸.

Uzel de *Akın* gibi, kaçınma klozuna başvurularak şirketin hakimiyetinin başka bir grubun eline geçmesinin engellenmesinin, TK md. 381 anlamında yakın

²⁵³ *Ayoğlu*, sf. 542.

²⁵⁴ *Altay*, sf. 604, 610; *Ayoğlu*, sf. 542.

²⁵⁵ *Akın*, sf. 86.

²⁵⁶ *Akın*, sf. 86.

²⁵⁷ *Akın*, sf. 86.

²⁵⁸ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Gerekçesi, m. 381

ve ciddi bir kaybın önlenmesi olarak değerlendirilebileceği kanaatindedir²⁵⁹. Bağlam kuralları ve kaçınma klozunun uygulanması tartışmalarından bağımsız olarak, şirketin salt kendi paylarını iktisabına ilişkin öğretide yapılan tartışmalarda, TK md. 381 uyarınca yakın ve ciddi bir tehlikenin önlenmesi amacıyla şirketin kendi paylarını iktisabında, yalnızca genel kurulun yetkilendirme şartı değil, TK md. 379'da öngörülen diğer şartlara da tabi olunmadığı görüşü savunulmuştur²⁶⁰. *Uzel*'in kaçınma klozu nedeniyle şirketin kendi paylarını iktisabında, TK md. 379'da öngörülen %10'luk azami sınıra tabi olunmadığı kanaatinde olduğunu anlıyoruz²⁶¹. Ancak *Uzel*'e göre, *Altay* ve *Ayoğlu*'ndan farklı olarak; şirketin kaçınma klozunun uygulanması neticesinde kendi paylarını edinmiş olması, TK md. 382'de düzenlenen şirketin kendi paylarını iktisap yasağının istisnası olarak kabul edilemez, zira bu maddede yer alan istisnalar sınırlı sayıdadır²⁶².

Kaçınma klozunun kullanılması bakımından yüzdesel sınırlamaya tabi olup olunmadığı bakımından görüşümüz, TK md. 379 genel hüküm iken kaçınma klozunun yer aldığı TK md. 493'ün özel hüküm niteliğinde olduğu gerekçesiyle, kanunda öngörülen %10'luk sınırın uygulanmaması gerektiği yönündedir.

TK md. 493 vd. da düzenlenen kaçınma klozunun kullanılması hükümleri, anonim ortaklıkların kendi paylarını iktisabını düzenleyen TK md. 379 vd. hükümleri karşısında özel hüküm teşkil ettiğinden, şirketin kendi paylarını iktisap etmesinin koşulları bakımından TK md. 381 ve TK md. 382 düzenlemeleri arasındaki farklılıklar ve buna ilişkin tartışmalar tezimizin konusu bakımından bir farklılık arz etmemektedir. Bu nedenle anılan tartışmalar çalışma konumuzun dışında tutulmuştur. Öte yandan, kaçınma klozunun uygulanması neticesinde şirketin kendi paylarını iktisap etmesinin, TK md. 379'un istisnalarını düzenleyen

²⁵⁹ *Uzel*, sf. 335, 337.

²⁶⁰ *Poroy, Tekinalp, Çamoğlu*, N. 834, 841; *Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, sf. 87; *Tekinalp, Tek Kişi Ortaklığın Esasları*, sf. 75. Ayrıca konu hakkında detaylı incelemeler için bkz. *Türk*, sf. 236 vd.

²⁶¹ *Uzel*, sf. 335, 337.

²⁶² *Uzel*, sf. 332, 333.

TK md. 382 anlamında mı yoksa yakın ve ciddi bir kaybın önlenmesini düzenleyen TK md. 381 anlamında mı bir istisna olup olmasındaki ayrım, edinilen payların elden çıkarılma süresi bakımından kendini göstermektedir. İktisap edilen payların elden çıkarılması tezimizin altıncı bölümünde ele alındığından istisnaların hangi kapsamda değerlendirildiği bu bölümde detaylı şekilde incelenecektir. Şimdilik tezimizin ilgili başlığına atıf yapmakla yetiniyoruz. Ayrıca, TK md. 379 vd. hükümlerinde öngörülen sistem çerçevesinde kaçınma klotuna başvurulması halinde genel kurul yetkilendirme şartının aranıp aranmayacağı tartışmasına ilerleyen başlıklarda ele alınmaktadır.

3.1.1.2. Kaçınma Klotu ve Şirketin Kendi Paylarını İktisabı Kapsamında Pay Devir Bedelinin Karşılanması ve Net Aktif Kuralı

Şirket tarafından kaçınma klotunun işletilmesi halinde, iktisap edilecek payların devir bedellerinin şirket tarafından ödenmesi gerekecektir. Öğretide, şirket tarafından yapılacak bu ödemenin nasıl karşılanması gerektiği de tartışılmıştır.

Öğretide *Sevi*'ye göre, şirketin kaçınma klotunu kullanarak kendi paylarını iktisap edebilmesi için payların devir bedelini karşılamaya yetecek miktarda serbest malvarlığı bulunmalıdır²⁶³. *Sevi*, anonim ortaklığın bu satın almayı yapacak kadar serbest malvarlığının bulunmaması halinde, kaçınma klotunun kullanılmayacağını ve şirket tarafından pay devrine onay verilmesi gerektiğini ifade etmiştir²⁶⁴. Aksi halde, *Sevi*'ye göre bu işlem, sermayenin iadesi yasağına (TK md. 480/3) takılacaktır²⁶⁵. Ayrıca, anonim ortaklığın kendi paylarını devralabilmesinin koşullarından biri olarak düzenlenen, devir konusu payların bedelleri düşüldükten sonra kalan ortaklık net aktifinin en az esas veya çıkarılmış sermayesi ile kanun ve esas sözleşme uyarınca dağıtılmasına izin verilen yedek akçelerin toplamı kadar olması gerektiğini düzenleyen TK md. 379/3'e aykırı

²⁶³ *Sevi*, sf. 275.

²⁶⁴ *Sevi*, sf. 275.

²⁶⁵ *Sevi*, sf. 276.

olacaktır²⁶⁶. *Yüksel de Sevi* gibi; pay devir bedelinin şirketin serbest yedeklerinden karşılanmasının zorunlu olduğunu, aksi bir uygulamanın sermayenin korunması ilkesini ihlal edeceğini ifade etmiştir²⁶⁷.

Öte yandan *Tekinalp*'e göre ise, şirketin kaçınma klozunu kullanarak kendi paylarını iktisap edebilmesi için pay devir bedelini illa serbest yedek akçelerden yapılması gerekmemektedir; şirket, pekâlâ bankadan kredi çekerek de kaynak yaratabilir²⁶⁸. *Akın* da *Tekinalp*'in bu görüşüne iştirak ederek, şirketin dış kaynaklardan da bu satın almayı gerçekleştirebileceğini düşünmektedir²⁶⁹.

Bozkurt ise bu görüşü eleştirerek, kaynağın kredi ile sağlanmasının pay sahipleri ve uzun vadede şirketin alacaklıları için olumsuz sonuçlar doğurabileceğini, bu nedenle dış kaynaklar kullanılarak bu iktisabın gerçekleştirilmemesi gerektiğini ifade etmiştir²⁷⁰.

Kaçınma klozu kullanılması neticesinde şirketin kendi hesabına iktisap edeceği payların devir bedelinin ödenmesi bakımından naçiz kanaatimiz, sermayenin iadesi yasağının zayıflatılmaması ve mevcut pay sahiplerinin korunması adına pay devir bedelinin şirketin serbest mal varlığından karşılanması gerektiği yönündedir.

Kaçınma klozu kullanılarak, şirket hesabına payların edinilmesi halinde, işaret edilmesi gereken bir diğer husus, TK md. 379/3'de öngörülen şirket net aktif kuralıdır.

²⁶⁶ *Sevi*, sf. 276.

²⁶⁷ *Yüksel*, s.206, 214.

²⁶⁸ *Tekinalp, Bağlam*, sf. 49.

²⁶⁹ *Akın*, sf. 87.

²⁷⁰ *Bozkurt*, sf. 168.

Kendigelen'e göre, kaçınma klozu kullanılması halinde de TK md. 379/3 hükmüne uygun olarak; şirket tarafından iktisap edilecek payların bedelleri düşüldükten sonra, kalan bakiye şirket net aktifinin, en az dağıtılmasına kanun veya esas sözleşme ile izin verilmeyen yedek akçelerin toplamı kadar olması gerekmektedir²⁷¹. Yazara göre, bu sınırlamaya uyulmaması, sermayenin iadesi anlamına gelecektir²⁷².

Tekinalp'e göre ise, TK md. 379/3 düzenlemesinde yer alan ortaklık net aktifine ilişkin şartların şirketin kaçınma klozu neticesinde kendi hesabına paylarını iktisap etmesi halinde de uygulanmalıdır²⁷³. *Uzel* de aynı şekilde bu noktaya işaret etmektedir²⁷⁴.

Öğretide net aktif kuralının kaçınma klozunun işletilmesi halinde uygulanmayacağına ilişkin bir görüşe rastlanılmamıştır. Naçiz kanaatimiz, şirket varlıklarının ve mevcut pay sahiplerinin korunması amacından hareket edilerek, kaçınma klozu kullanılırken TK md. 379/3'de yer alan net aktif kuralına uyulması gerektiğidir.

3.1.1.3. Kaçınma Klozu ve Şirketin Kendi Paylarını İktisabı Kapsamında Yönetim Kurulunun Yetkilendirilmesine Gerek Olmaması

Şirketin kendi paylarını iktisabını düzenleyen genel kuralların yer aldığı TK md. 379 vd. hükümleri uyarınca, bu maddelerde düzenlenen istisnalar saklı kalmak kaydıyla, şirketin, anılan madde çerçevesinde kendi paylarını iktisap edebilmesi için yönetim kurulunun, genel kurul tarafından yetkilendirilmiş olması gerekmektedir. şirketin kendi paylarını iktisabının, kaçınma klozunun kullanılmış olması nedeniyle gerçekleşecek olması halinde yönetim kurulunun, genel kurul tarafından bu şekilde bir yetkilendirmeye ihtiyaç duyup duymadığı da öğretide ele

²⁷¹ *Kendigelen*, sf. 403; *Kendigelen, Kanun*, sf. 607.

²⁷² *Kendigelen*, sf. 403; *Kendigelen, Kanun*, sf. 607.

²⁷³ *Tekinalp, Tek Kişi Ortaklığın Esasları*, sf. 9-22.

²⁷⁴ *Uzel*, sf. 337, 339.

alınmıştır. Genel kabul gören yaklaşım yönetim kurulunun bu şekilde bir yetkilendirmeye ihtiyaç duymadığı yönündedir.

Bozkurt her ne kadar, kaçınma klozu uygulanırken %10'luk iktisap yasağına uyulması gerektiği kanaatinde olsa da, TK md. 379 vd. düzenlemelerinden farklı olarak, şirketin kaçınma klozu neticesinde kendi paylarını iktisap etmesi halinde genel kurulun yetkilendirme koşulunun aranmayabileceği kanaatinde²⁷⁵. Zira, kaçınma klozunun uygulanması halinde yönetim kurulu yetkisini doğrudan kanundan almaktadır²⁷⁶.

Sevi de benzer şekilde, anonim şirketlerin kendi paylarını iktisabında, yönetim kurulunun işlem öncesinde genel kuruldan izin alması şartının, kaçınma klozuna başvurulması halinde kanun tarafından tanınan özel bir hak kullanıldığı için aranmayacağını düşünmektedir²⁷⁷.

Uzel de, TK md. 493 vd. hükümlerinin TK md. 379'a göre özel hüküm niteliğinde olması nedeniyle de şirket paylarının iktisabı için yönetim kurulunun genel kurul tarafından özel bir şekilde yetkilendirilmesine ihtiyaç olmadığı görüşündedir²⁷⁸.

Çalışmamızda benimsenen görüş, kaçınma klozunu düzenleyen TK md. 493 vd. hükümlerinin şirketin kendi payları iktisabını düzenleyen TK md. 379 vd.daki genel kurallara göre özel hüküm teşkil ettiği yönünde olması ve kaçınma klozunun kullanılması halinde yönetim kurulunun yetkisini doğrudan kanundan alması nedeniyle, kaçınma klozu kullanılırken yönetim kurulunun genel kurul tarafından yapılacak bir yetkilendirmeye ihtiyaç bulunmadığı yönündedir. Şirketin kendi paylarını iktisap kuralları ile kaçınma klozunun ilişkisine yer verilmesinin ardından,

²⁷⁵ *Bozkurt*, sf.168.

²⁷⁶ *Bozkurt*, sf.168.

²⁷⁷ *Sevi*, sf. 276.

²⁷⁸ *Uzel*, sf. 338.

aşağıda, kaçınma klozunun kullanılmasının koşullarından olan şirkete başvuru şartı incelenecektir.

3.1.2. Pay Devrinin Onaylanması İçin Şirkete Başvuru Yapılması

3.1.2.1. Pay Devirlerinin Şirkete Bildirilmesinde Genel Kural

Anonim ortaklıklarda, nama yazılı payların bağlı olup olmamasına bakılmaksızın, pay devirlerinin pay defterine işlenmesi bakımından genel kural, işlem taraflarınca pay devrinin şirkete bildirilmesi ve bu pay devrinin deftere kaydının talep edilmesidir. Zira, TK md. 499/2 uyarınca, payın usulüne uygun devredildiği ispat edilmediği sürece devralan, pay defterine pay sahibi olarak kaydedilememektedir. Anılan hüküm yalnızca bağlı nama yazılı payların devrinde değil, borsada işlem görmeyen tüm nama yazılı payların devri bakımından pay defterine kaydı düzenlemektedir. Bir diğer deyişle, kendisine yapılan bir bildirim veya başvuru olmaksızın yönetim kurulu, pay defterine kayıt işlemini kendi kendine yapamayacaktır²⁷⁹. Bu nedenle, pay defterine kayıt amacıyla nama yazılı payların devredildiğinin ortaklığa işlem taraflarınca bildirilmesi gerekmektedir²⁸⁰.

Payları bağlı olmayan şirketlerde, şirkete yapılan başvuru bir bildirim niteliğindedir. Nitekim; bağlı olmayan nama yazılı payların devrinde, pay defterine kayıt işlemi yapılmaksızın pay sahipliğinden kaynaklanan haklar şirkete karşı ileri sürülemediğinden, bu bildirim yapılması devralanın menfaatinedir.

Payları bağlı ve nama yazılı olan anonim ortaklıklar bakımından ise, yapılan bu başvuru yalnızca devir işleminin bildirilmesinden ibaret olmayıp pay devir işleminin şirket tarafından onaylanması amacıyla yapılmaktadır. Bağlı nama yazılı payların devrinde şirketin pay devrine onay vermesi kurucu nitelikte iken, işlemin

²⁷⁹ Sevi, sf. 238; Narbay, sf. 237; Poroy, Tekinalp, Çamoğlu, sf. 587; Uzel, sf. 86.

²⁸⁰ Sevi, sf. 238; Poroy, Tekinalp, Çamoğlu, sf. 587; Pulaşlı, Bağlam, sf. 55; Tekinalp, Bağlam, sf. 21; Altay, sf. 594; Uzel, sf. 86.

pay devrine kaydedilmesi ise açıklayıcı niteliktedir²⁸¹. Zira şirket, pay devrine onay vermediği sürece pay sahipliği veya ilgili olması halinde pay sahipliğinden kaynaklanan hakların bazılarının devri de gerçekleşmeyecektir²⁸². Bu nedenle payları bağlı ve nama yazılı olan şirketlerde bu başvuru daha da önem kazanmaktadır.

3.1.2.2. Başvurunun Yapılacağı Zaman Bakımından İnceleme

Kanunda, pay devrinin onaylanması için şirkete yapılması gereken başvuru bakımından bir süre öngörülmemiştir. Ancak bağlı nama yazılı payların devrinde hakların geçişi bakımından, pay devrinin onaylanması gerektiğinden, şirkete bir an önce başvuru yapılması tarafların menfaatindedir²⁸³. Öte yandan ilerleyen bölümlerde detaylıca açıklanacak olan, devre onay vermek veya kaçınma klotunu işletmek bakımından şirketin sahip olacağı üç aylık süre, devre onay için kendisine yapılan başvuru tarihinden itibaren başlamaktadır²⁸⁴.

Öğretide *Yüksel*, şirketin kaçınma klotuna başvurma hakkının kullanılma zamanına başka bir noktadan dikkat çekerek, şirketin bu hakkını kullanabilmesi için mutlaka devreden pay sahibi ve devralan arasında tasarruf işleminin yapılmış olmasına gerek olmadığını ifade etmiştir²⁸⁵. Belirtilen taraflar arasında pay devir borcu doğuran borçlandırıcı işlemin yapılmış olması da şirket tarafından kaçınma klotuna başvurulması için yeterli görülmüştür²⁸⁶. Kaçınma klotuna başvurulmasının zamanlaması bakımından bu ayırım, kendini, iradi devirlerde, pay devrinin geciktirici şarta bağlandığı pay devir sözleşmelerinde göstermektedir. Uygulamada taraflar, pay devir sözleşmeleri tahtında tasarruf işleminin

²⁸¹ *Tekinalp, Bağlam*, sf. 5; *Yüksel*, sf. 189; *Uzel*, sf. 85; *Altay*, sf. 611; *Akın*, sf. 181; *Bozkurt*, sf. 318.

²⁸² İradi devirler ve kanuni iktisap hallerindeki hakların geçişi için tezimizin altıncı bölümüne atıf yapıyoruz.

²⁸³ *Yüksel*, sf.189. Hakların geçişi bakımından tezimizin altıncı bölümüne atıf yapıyoruz.

²⁸⁴ *Tekinalp, Bağlam*, sf. 40.

²⁸⁵ *Yüksel*, sf. 178.

²⁸⁶ *Yüksel*, sf. 178.

gerçekleştirilerek, devre konu payların alıcıya devredilmesini birtakım geciktirici şartlara²⁸⁷ bağlayabilmektedirler. Böylece taraflar arasında pay devir sözleşmesinin imzalanmasıyla devreden pay sahibi ve alıcı arasında borçlandırıcı işlem gerçekleşmiş olacaktır. Pay devir sözleşmesinin imzalanmasının ardından, sözleşmede belirlenen geciktirici ön şartların gerçekleştirileceği ara dönem başlayacak; bu ara dönemde geciktirici ön şartların tamamlanması halinde, devre konu payların devri ediminin ifasını öngören tasarruf işlemleri yapılacaktır. Hedef şirket paylarının bağlı nama yazılı olduğu pay devir işlemlerinde, ortaklık tarafından pay devrinin onaylanması işte bu pay devir sözleşmelerinde geciktirici bir ön şart olarak düzenlenebilir. *Yüksel*'e göre hedef şirket, pay devir işlemine tasarruf işlemi gerçekleştirilmeden önceki ara dönemde de onay verebilir²⁸⁸. *Uzel* de *Yüksel*'in bu görüşüne iştirak ederek istemin muhatabı şirketin bu aşamada devre onay verebileceğini ifade etmektedir²⁸⁹. Hedef şirketin, esas sözleşmede öngörülen önemli nedenlerle veya kaçınma klozunu işleterek pay devrine onay vermekten kaçınması halinde taraflar arasındaki bu nisbi borçlandırıcı işlem ifa imkânsızlığı yaptırımıyla karşılaşacaktır²⁹⁰²⁹¹. Belirtmek gerekir ki bu durumda, şirket tarafından borçlandırıcı işlemin ifası veya tasarruf işleminin tamamlanmasından sonra kaçınma klozunun uygulaması arasında hiçbir fark bulunmamaktadır²⁹².

²⁸⁷ Devrin gerçekleştirilebilmesi için onay alınması gereken Rekabet Kurumu gibi resmi otoriteler varsa bunlardan devir öncesinde onay alınması, hedef şirketin taraf olduğu sözleşmelerde kontrol değişikliğine ilişkin hükümler varsa bu düzenlemeler tahtında gerekli bildirimlerin yapılması veya onayların alınması gibi sınırlı sayıda olmayan ve her işlem özelinde değişebilecek şekilde ön şartlar belirlenebilmektedir.

²⁸⁸ *Yüksel*, sf. 178.

²⁸⁹ *Uzel*, sf. 67.

²⁹⁰ *Yüksel*, sf.179; *Akın*, sf.114; *Bozkurt*, sf. 208.

²⁹¹ Şirket tarafından pay devrine onay verilmeksizin taraflar arasındaki nisbi sözleşme uyarınca alıcının ödeme yükümlülüğünü yerine getirmesi halinde, sebepsiz zenginleşmeyi düzenleyen TBK md. 77 uyarınca, ödediği pay devir bedelini geri alabilecektir. Ayrıca, yine şirket devre onay verilmeksizin ciro ve zilyetliğin devri işlemi yapıldıysa hakların geçişi bakımından bu işlem hukuki bir sonuç doğurmayacaktır. Zira pay devrinin onaylanması kararı, devrin gerçekleşmesi bakımından kurucu niteliktedir. Alıcı bu şekilde ancak pay senetlerinin zilyetliğini devralmış olabilir. *Akın*, sf. 114-115.

²⁹² Bu durumda şirket tarafından pay devrine onay verilmediğinde, iradi edinimlerde pay sahipliği haklarının hiçbiri devralana geçmeyeceğinden, tasarruf işleminin gerçekleştirilememesi bakımından, devralanın şirkete karşı ileri sürebileceği ve şirketler hukuku tahtında koruma altına alınmış bir menfaati bulunamayacaktır. *Bozkurt*, sf. 152, 208. Öte yandan, istisnai durumlarda, devreden pay sahibi ile alıcı arasında yapılan hisse devir sözleşmesine şirketin kendisi de taraf

3.1.2.3. Başvuruyu Yapacak Taraflar ve Başvuru Şekli

Kanunda pay defterine kayıt için ortaklığa başvuruyu kimin yapacağı düzenlenmemiştir. Öğretideki hâkim görüşe göre, pay devrinin onaylanması için başvuru hem devreden pay sahibi hem de payların alıcısı konumunda olan kişi tarafından yapılabilir²⁹³. Kanuni iktisaplar bakımından ise bu başvuru payları edinen kişi tarafından yapılabilir²⁹⁴. Ancak kaçınma klozunun kullanılması bakımından şirket, pay devrinden, pay devrinin tarafları veya payları edinen kişi tarafından yapılan başvuru ile değil, başka bir şekilde de (*örneğin devralanın payları borsada işlem gören bir şirket olması halinde KAP açıklaması yapması gibi*) haberdar olabilir²⁹⁵. Anonim ortaklığın pay devrine ilişkin karar alması veya kaçınma klozunu kullanması için pay devrinden nasıl haberdar olduğu önemli değildir²⁹⁶.

Devreden pay sahibi veya payları edinen kişi tarafından şirkete yapılacak başvuru için kanunda herhangi bir şekil şartı öngörülmemiştir; ancak ispat hukuku açısından bu başvurunun yazılı şekilde ve hatta noter kanalıyla yapılmasının faydalı olacağı mütalaa edilmektedir²⁹⁷. Kanuni iktisap hallerinde payları edinen kişi, iktisabının temelini teşkil eden belgeleri (*ilgili olması halinde mirasçılık belgesi, eş sıfatına sahip olduğunu gösteren bir belge gibi*) de şirkete sunmalıdır²⁹⁸. Payların devrine ilişkin tasarruf işlemi yapılmadan önce (*borçlandırıcı işlem yapıldıktan*

yapıldıysa, bu durumda dürüstlük kuralı uyarınca genel hükümlere göre tazminat talep edilebileceği kanaatindeyiz.

²⁹³ Uygulamada hem devreden hem de devralan adına ayrı ayrı bildirimler yapılabildiği de görülmektedir. *Yüksel*, sf. 189; *Bozkurt*, sf. 319; *Uzel*, sf. 48; *Akın*, sf. 183; *Narbay*, sf. 241-242; *Pulaşlı, Bağlam*, sf. 56,140; *Sevi*, sf. 239; *Tekinalp, Bağlam*, sf. 21; *Poroy, Tekinalp, Çamoğlu*, sf. 587; karşı görüş için bkz. *İmregün*, sf. 366; *Çevik*, sf. 886; *Arslanlı, Şirketler*, sf. 183

²⁹⁴ *Yüksel*, sf. 189; *Bozkurt*, sf. 319; *Uzel*, sf. 48; *Akın*, sf. 183; *Narbay*, sf. 241-242; *Pulaşlı, Bağlam*, sf. 56,140; *Sevi*, sf. 239; *Tekinalp, Bağlam*, sf. 21; *Poroy, Tekinalp, Çamoğlu*, sf. 587; karşı görüş için bkz. *İmregün*, sf. 366; *Çevik*, sf. 886; *Arslanlı, Şirketler*, sf. 183.

²⁹⁵ Bu durumda pay devrinin onaylanmasının reddi bakımından öngörülen sürenin KAP'daki ilan tarihinden itibaren başlayacağı kanaatindeyiz.

²⁹⁶ *Yüksel*, s. 189; *Uzel*, s. 53

²⁹⁷ *Yüksel*, sf. 189; *Bozkurt*, sf. 321; *Akın*, sf. 182; *Narbay*, sf. 252; *Pulaşlı, Bağlam*, sf. 62; *Sevi*, sf. 240; *Uzel*, sf. 86.

²⁹⁸ *Uzel*, sf. 86.

sonra) şirkete onay için başvurulması halinde, şirketin devre onay vermesinden sonra ve pay defterine işlenmesinden önce devrin tamamlandığına dair ispat araçları da şirkete sunulmalıdır²⁹⁹.

3.1.2.4. Başvurunun Ardından Şirket Tarafından Yapılacak İnceleme

Şirket, kendisine devreden pay sahibi veya payları edinen kişi tarafından pay defterine işleme talebiyle yapılan başvurunun ardından bu devir işlemini, TK md. 499/2 uyarınca şekli bakımından genel kurallara göre inceleyecektir³⁰⁰. Pay devir şartlarının, genel kurallara uygun şekilde, kendisine bildirilen işlem bakımından yerine geldiğini tespit ettikten sonra³⁰¹, payları nama yazılı ve bağlı olan şirketler bakımından esas sözleşmesel veya kanuni bağlam kurallarına göre inceleme aşamasına geçilecektir. Bu aşamada, bağlam hükümlerine göre pay devrinin incelenebilmesi ve şirkete bildirilen pay edinimin pay sahipliği çevresinin bileşimi bakımından değerlendirilme yapılabilmesi için şirket tarafından bazı ek bilgi ve belgeler talep edilebilir. Şirketin pay devrini onaylaması veya kaçınma klotunu kullanması bakımından işletilecek 3 aylık süre, şirketin bağlam hükümleri bakımından inceleme yapabilmesi için yeterli bilgi ve belge sunulduktan sonra başlayacaktır³⁰².

Şirketin incelemesi neticesinde; kanuni bağlam hükümleri uygulama alanı buluyorsa, bu prosedür işletilecektir³⁰³. Esas sözleşmesel bağlam düzenlemelerine

²⁹⁹ *Yüksel*, sf.190.

³⁰⁰ *Sevi*, sf. 240; *Narbay*, sf. 253; *Poroy, Tekinalp, Çamoğlu*, sf. 587.

Paylar senede bağlanmışsa; ciro zincirinin bozulmamış olması, ciro beyanı ve teslimin gerçekleştirilmiş olması; Payların senede bağlanmadığı hallerde, alacağın temliki veya yazılı devir beyanının sunulması gibi hususlar şirket tarafından incelenir. Şirketin ciro silsilesi üzerinde yapacağı inceleme şekli olup, imzaların gerçekliğini araştırma yükümlülüğü bulunmamaktadır. *Narbay*, sf. 253.

³⁰¹ Şirket tarafından gerekli inceleme yapılmaksızın devir işleminin hatalı şekilde tanınması ve pay defterine işlenmesi halinde, yönetim kurulunun sorumluluğu gündeme gelebilecek ve deftere işlenen haksız kayıt bakımından doğan zararlardan müteselsilen sorumlu olunacaktır. *Sevi*, sf. 241; *Narbay*, sf.102.

³⁰² *Yüksel*, sf. 191; Ancak şirketin ek bilgi ve belgelerin taleplerinin pay devir şartlarının ağırlaştırılmayacağına düzenlendiği TK md. 493/7 hükmüne aykırı nitelikte olmaması gerekir.

³⁰³ Tezimizin 1.2.3.1. numaralı (*Kanuni Bağlam*) başlığına atıf yapıyoruz.

göre ise; iradi edinim hallerinde, pay devrini esas sözleşmesel bağlam hükümleri bakımından uygun görürse pay devir işlemine şirket tarafından onay verilecektir ve pay defterine kayıt işlemi gerçekleştirilecektir. Esas sözleşmesel red sebepleri bakımından önemli bir sebep var ise, şirket pay devrine onay vermekten kaçınabilecektir. Önemli bir sebep olmaksızın, pay sahipliği çevresi bileşiminin korunması bakımından pay devrine onay verilmemesi şirket tarafından takdir ediliyorsa, anonim ortaklık adına kaçınma klozuna başvurulacaktır. Şüpheye mahal vermemek adına, pay devrinin onaylanmasının reddi bakımından önemli bir sebep bulunsa bile kendi takdirine bağlı olmak üzere şirket, kaçınma klozunu işleterek pay devrine engel olabilir ve mevcut pay sahibinin devre konu paylarını iktisap edebilir. Kanuni edinim hallerinde ise devre onay vermektan kaçınmanın tek yolu daha önce ifade edildiği üzere TK md. 493/4 uyarınca kaçınma klozunun kullanılması olduğundan, önemli sebepler ileri sürülerek pay devrinin onaylanması reddedilemeyecektir³⁰⁴.

3.2.PAY DEVRİNİN ONAYLANMASININ REDDİ VE KAÇINMA KLOZUNUN KULLANILACAĞININ BİLDİRİLMESİ

Yukarıdaki başlıkta değinildiği üzere, şirketin pay devrine onay verme süreci, devreden pay sahibi veya payları edinen kişi tarafından kendisine pay devrinin onaylanmasına ilişkin olarak yapılan bildirim/başvuru ile başlar³⁰⁵.

Şirket kendisine devreden pay sahibi veya payları edinen kişi tarafından yapılan pay devrine onay başvurusunun akabinde, pay devrinin onaylanmasını reddettiğini ve payları gerçek değeri üzerinden satın almayı teklif ettiğini devredene veya payları edinen kişiye bildirerek kaçınma klozunu kullanır. şirket tarafından yapılan bu bildirim bir organ kararı (*yönetim kurulu veya yetki devri yapılmışsa*

³⁰⁴ Sevi, sf. 297; Tekinalp, Bağlam, sf. 52.

³⁰⁵ Yüksel, sf. 189; Bozkurt, sf. 319; Uzel, sf. 87; Akın, sf. 183; Narbay, sf. 241-242; Pulaşlı, Bağlam, sf. 56; Tekinalp, Bağlam, sf. 21.

genel kurul) ve bu kararın icrası şeklinde karşımıza çıkmaktadır³⁰⁶. Şirketin, payların devrini onaylamayı reddettiğini bildirirken önemli bir neden veya herhangi bir neden ileri sürmesine gerek yoktur³⁰⁷. Payları edinen kişinin, reddin akabinde, şirketin bu iradesine karşı bir dava yoluna başvurması halinde, şirketin, pay devrinin reddedilmesi tasarrufunun keyfi olmadığını ispat etme yükümlülüğü bulunmayacaktır³⁰⁸. Ancak pay devrinin onaylanmasının reddinde hatırlanması gereken nokta, TK md. 493/1'in ilk cümlesinde düzenlenen önemli bir nedene dayanmaksızın veya payların gerçek değeri üzerinden satın alınması şirket tarafından teklif edilmeksizin pay devrine onay verilmemesinin haksız bir red kararı teşkil edeceğidir³⁰⁹. Bir diğer deyişle şirket, önemli sebepler ileri sürerek pay devrini reddetmiyorsa, pay devrine engel olabilmek için mutlaka kaçınma klozunu kullanmak zorundadır. Aksi halde haksız red yaptırımıyla karşılaşacaktır.

Pay devrinin onaylanmasının reddi haksız ise pay devrine şirket tarafından onay vermiş sayılır. Bu durumda pay sahipliği sıfatı, haksız red beyanının muhatabına ulaştığı gün kazanılır³¹⁰. Şirketin pay devrinin onaylanması talebini reddetmesi haksız ise; reddin haksız olduğunun tespiti ve pay sahipliğinin kazanıldığına dair tespit davası; zarar doğmuşsa ayrıca tazminat davası açılabilir³¹¹. Ancak, hak kaybına neden olmaması amacıyla tespit davasında aynı zamanda pay defterine kaydın da hükme bağlanmasının talep edilmesi önerilmektedir³¹².

³⁰⁶ Tezimizin 3.3. (*Kaçınma Klozunu Kullanabilecek Organ*) numaralı başlığına atıf yapıyoruz.

³⁰⁷ *Bozkurt*, sf. 147; *Tekinalp, Bağlam*, sf. 48; *Akın*, sf. 78; *Yüksel*, sf. 165; *Karasu*, sf.137; *Sevi*, sf. 271.

³⁰⁸ *Altay*, sf. 604.

³⁰⁹ *Bozkurt*, sf.148; *Uzel*, sf. 312, 314; *Altay*, sf. 611; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi de 2015/8218 esas, 2016/3239 karar numaralı 23.03.2016 tarihli kararında şirketin esas sözleşmesel bir red sebebi ileri sürmeden veya payları gerçek değeri üzerinden satın almayı teklif etmeksizin pay devrine onay vermektan kaçınması haksız olduğundan devrin onaylanmış sayılmasına karar veren ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır.

³¹⁰ *Altay*, sf. 612.

³¹¹ *Bozkurt*, sf. 208-209.

³¹² *Tekinalp, Bağlam*, sf. 57; *Altay*, sf. 576; *Akın*, sf.50, 115.

Haksız red kararına karşı dava yoluna başvurulduğunda, mahkemenin reddin haksız olduğunu tespit etmesi halinde pay devrinin hangi tarihte gerçekleşeceği kanunda düzenlenmemiştir. Mahkeme bu durumda; pay sahipliği haklarının, devrin onaylanması için şirkete başvurulduğu anda devredildiğine veya mahkeme kararının kesinleştiği andan itibaren ileriye dönük olarak devredildiğine karar verebilir³¹³. Birinci ihtimalde, mahkeme kararı verilene kadar geçen ara dönemde genel kurul yapıldıysa, bu genel kurulların salahiyeti ve pay sahibinin bu ara dönemde uğradığı zararlar sorunu gündeme gelecektir. Bu ihtimalde, pay sahipliği ve pay sahipliğinden doğan haklar kazanılmış olacak; ancak şirketin haksız red kararı nedeniyle pay sahipliğinden doğan haklar şirkete karşı kullanılmayacak olacaktır. *Akın, Bozkurt ve Tekinalp*, bu sorunun çözümü için, borsada işlem gören paylarda hakların geçişini düzenleyen TK md. 497/4 hükmünün kıyasen uygulanabileceğini düşünmektedir³¹⁴. Anılan hükme göre, pay devrinin onaylanmasının reddi hukuka aykırı ise şirket, mahkeme kararının kesinleşme tarihinden itibaren, oy hakkını ve buna bağlı hakları tanıyacak ve pay sahibinin red nedeniyle uğradığı zararı gidermekle yükümlü olacaktır. Böylece ara dönemde yapılmış genel kurullar varsa, genel kurul kararları mahkemenin pay sahipliğinin tespiti bakımından alacağı karardan etkilenmeyecek ve devralan pay sahibinin de zararları giderilecektir.

Öğretide, şirketin pay devrinin onaylanmasına ilişkin kendisine yapılan başvurunun ardından, aynı karar metni içerisinde terditli bir şekilde pay devrinin onaylanmasını reddedip reddedemeyeceği tartışılmıştır. Daha açık bir ifadeyle, şirketin pay devrini reddederken aynı karar içerisinde; önce önemli sebepleri ileri sürerek pay devrini reddedip, bu önemli red sebeplerinin geçerli görülmediği ve mahkeme kararı neticesinde iptal edildiği hallerde kaçınma klozuna başvurup başvuramayacağı incelenmiştir.

³¹³ *Akın*, sf. 116.

³¹⁴ *Akın*, sf. 116; *Bozkurt*, sf. 210, *Tekinalp, Bağlam*, sf. 57.

Uzel'e göre, şirketin bu şekilde geciktirici veya bozucu şarta bağlı bir şekilde pay devrinin onaylanmasının reddi kararı vermesi, pay devir şartlarının ağırlaştırılmayacağını düzenleyen TK md. 493/7 hükmüne aykırıdır³¹⁵. Şirket verdiği bu kararlar, paylarını devretmek isteyen pay sahibini önce pay devrinin reddi bakımından önemli sebeplerin oluşup oluşmadığının tespiti için mahkemeye başvuru yoluna zorlamaktadır. *Uzel*'e göre bu durum da devreden pay sahibi bakımından pay devir şartlarının ağırlaştırılması anlamına gelmektedir³¹⁶. Mahkeme kararı neticesinde, pay sahibinin lehine karar verilerek pay devrinin reddi bakımından önemli sebeplerin oluşmadığına hükmedilmesi halinde, pay sahibi bu kez de kaçınma klozunu kabul edip etmediğine dair kararını açıklamakla yükümlü olacaktır³¹⁷. Ayrıca *Uzel*, önemli sebepler ile kaçınma klozunun kullanılmasına bir arada yer verilen red kararının, red sebeplerinin belirlilik ilkesi ile bağdaşmayacağı kanaatindedir³¹⁸.

Öte yandan, *Bozkurt* ise *Uzel*'in bu görüşüne katılmayarak, önemli nedenlerin somut devirle uyuşup uyuşmadığının tespit edilmesinin bazen yargısal denetimi gerektirecek kadar teknik bir yere gidebileceğini, bu nedenle *Uzel*'in düşüncesinin kabul edilmesi halinde şirketin zor duruma düşebileceğini ifade etmektedir³¹⁹. Buna ek olarak, şirketin davanın her aşamasında kaçınma klozunu kullanmak istediğine dair iradesini açıklayabileceğini ifade etmiş³²⁰ ve mahkemenin önemli sebepler değerlendirmesinin aleyhine sonuçlanma ihtimaline karşı şirketin, aynı dava içerisinde payların gerçek değerinin tespit edilmesini talep etmesini önermektedir³²¹. Devreden pay sahibi veya payları edinen kişinin, tespit edilen gerçek değer üzerinden yapılan teklifi, kaçınma klozundaki genel kurallar uyarınca her zaman 1 ay içerisinde reddetme olanağı mevcuttur. *Bozkurt* ayrıca,

³¹⁵ *Uzel*, sf. 315-317.

³¹⁶ *Uzel*, sf. 317.

³¹⁷ *Uzel*, sf. 317.

³¹⁸ *Uzel*, sf. 317.

³¹⁹ *Bozkurt*, sf. 158.

³²⁰ *Akın* da bu görüşe iştirak etmektedir. *Akın*, sf. 110-111.

³²¹ *Bozkurt*, sf.158.

İsviçre öğretisinde de; önemli sebeplere dayanılarak pay devrinin reddedilmesi, bu nedenlerin kabul edilmemesi veya geçerli görülmemesi riskine karşı, kaçınma klotunun kullanılacağıının eş zamanlı olarak kararlaştırılabileceğine dair öngörüler bulunduğunu aktarmaktadır³²².

Kanaatimizce, pay devrinin onaylanmasının şirket tarafından terditli bir şekilde reddedilmesi; şirketin iradesini ortaya koyması ve kaçınma klotuna başvurusu bakımından öngörülen 3 aylık hak düşürücü süre olmak üzere iki açıdan ele alınmalıdır.

Tezimizin aşağıdaki 4.3. (*Alım Teklifinin Kullanımında Süreler*) numaralı başlığında detaylıca inceleneceği üzere, şirketin pay devrinin onaylanması için kendisine yapılan başvurudan sonra kaçınma klotuna başvurma süresi 3 aydır ve bu süre hak düşürücü olarak düzenlenmiştir. Şirketin pay devrinin onaylanması talebini, önce önemli sebepleri ileri sürerek reddetmesi, bunun geçerli kabul edilmemesi halinde ise kaçınma klotuna başvuracağına dair yaptığı irade açıklaması neticesinde, önemli red sebeplerinin geçersizliğinin tespit ettirilmesi için devreden pay sahibi veya payları edinen kişi tarafından mahkemeye yapılan başvuru, kanuni bir korumadır. Dolayısıyla kanuni bir koruma yoluna başvurulmasının, TK md. 493/7 anlamında pay devir şartlarını ağırlaştıracağı şeklindeki yoruma katılamıyoruz.

Öte yandan, burada dikkat edilmesi gereken hususun, kaçınma klotunun kullanılması bakımından öngörülen 3 aylık hak düşürücü sürenin, devreden pay sahibi tarafından mahkemeye başvurulması halinde mahkemenin vereceği kararına kadar örtülü bir şekilde uzatılması olduğu kanaatindeyiz. Kaçınma klotunun kullanılması için getirilen 3 aylık süre emredicidir ve uzatılması mümkün değildir. Hal böyle iken, şirketin kaçınma klotunun kullanılması bakımından açıkladığı iradenin, bozucu ve geciktirici bir şarta bağlanması suretiyle, 3 aylık hak düşürücü

³²² Bozkurt, sf.158.

sürenin fiilen ve örtülü şekilde uzatılmasına cevaz verilmemesi gerektiği kanaatindeyiz.

Pay devrinin onaylanmasının şirket tarafından terditli bir şekilde reddedilmesinde değerlendirilmesi gereken ikinci husus şirket tarafından yapılacak irade açıklamasıdır. Şüphesiz burada irade açıklaması yapılırken kullanılan ifadelerin yorumlanması ve kaçınma klozunun kullanılabilmesi gereken asgari koşulların³²³ irade açıklamasında bulunması çok önemlidir. İrade açıklaması sırasında kullanılan ifadelerle ilgili şerhimiz saklı kalmak kaydıyla, kaçınma klozunun hukuki niteliği tezimizde öneri olarak belirlendiğinden, şirket tarafından yapılacak payların gerçek değeri üzerinden satın alma teklifi pekâlâ geciktirici şarta bağlanabilir³²⁴. Ancak, kaçınma klozunun niteliğinin yenilik doğurucu hak veya alım hakkı olarak belirlenmesi halinde, şirket tarafından yapılacak bu iktisap şarta bağlanamayacaktır³²⁵³²⁶.

3.3.KAÇINMA KLOZUNU KULLANABİLECEK ORGAN

Kanunda, pay devrine onay verme yetkisinin hangi organ tarafından kullanılacağı açıkça düzenlenmemiştir³²⁷. Bu nedenle pay devrine onay verme ve kaçınma klozunun kullanılması yetkileri bakımından şirket organlarının genel yetki ve görev kurallarına göre yorum yapılması gerekmektedir.

“Görevler ve Yetkiler” başlıklı bölümde yer alan TK md. 374 uyarınca, yönetim kurulu; kanun veya esas sözleşme ile genel kurulun yetkisine bırakılmış alanlar hariç olmak üzere, şirketin işletme konusunun gerçekleştirilmesi için gerekli olan her çeşit iş ve işlemler hakkında karar almaya yetkilidir. Ayrıca, TK md. 375/1

³²³ Alım teklifinin içermesi gereken unsurlar bakımından tezimizin dördüncü bölümüne atıf yapıyoruz.

³²⁴ Oğuzman/Öz, sf. 499.

³²⁵ Oğuzman/Öz, sf. 501.

³²⁶ Kaçınma klozunun hukuki niteliği hakkındaki tartışmalar için tezimizin ikinci bölümüne atıf yapıyoruz.

³²⁷ Altay, sf.573; Tekinalp, Bağlam, sf. 21; Akın, sf.46.

(f)'de, pay defteri tutma yükümlülüğü yönetim kurulunun devredilemez görev ve yetkileri arasında sayılmıştır. Şüpheyeye mahal vermemek adına işaret etmek gerekir ki, pay defteri tutma yükümlülüğü ile pay devrine onay verme yetkisi birbirinden ayrıdır. Pay defteri tutma yükümlülüğü yönetim kurulunun devredilemez görev ve yetkilerinden biri iken, pay devrini onaylama yetkisi TK md. 375/1'de düzenlenen devredilmez görev ve yetkiler arasında yer almadığından devredilebilecek bir yetkidir. Payları nama yazılı ve bağlı olan şirketler bakımından; pay devrini inceleme ve onay verme, pay defterine işleme ve kaçınma klozunun kullanılması birbiriyle hayli ilişkili ve iç içe geçmiş işlem ve yetkilerdendir. Öte yandan, genel kurulu düzenleyen maddelerden, “Görev ve Yetkileri” başlıklı TK md. 408'de genel kurulun devredilemez görev ve yetkileri arasında anılan işlem ve yetkilerin hiçbiri düzenlenmemiştir.

Tüm bu değerlendirmelerden yola çıkılarak öğretide de pay devrine onay verme ve bu yetkinin bir uzantısı olarak kaçınma klozunun kullanılması yetkisinin yönetim kuruluna ait olduğu tespit edilmiştir³²⁸. Ancak, yönetim kurulunun devredilemez görev ve yetkilerini düzenleyen TK md. 375'de payların devrine onay verilmesi yetkisi yer almadığından, esas sözleşmesel düzenlemeler ile bu yetkiler genel kurula devredilebilir³²⁹. Ayrıca, bağlam hükümleriyle koruma altına alınan değer şirket menfaati olduğundan, pay devri neticesinde pay sahipleri çevresinin değişmesiyle şirket menfaatlerinin zedelenip zedelenmeyeceğini bir organ olarak genel kurul da pekâlâ takdir edebilir³³⁰.

Öğretide, pay devrini onaylama yetkisinin genel kurula devredilebileceği mütalaa edilse de pratikte bu devrin çok işlevsel olmayacağı da işaret edilmektedir. *Altay*'a göre pay devrinin onaylanması yetkisinin genel kurula devredilmesi şu

³²⁸ *Sevi*, sf. 258, 273; *Poroy, Tekinalp, Çamoğlu*, sf. 598; *Pulaşlı, Bağlam*, sf.140; *Tekinalp, Bağlam*, sf. 21; *Altay*, sf. 573, *Akın*, sf.47; *Uzel*, sf. 90; *Yüksel*, sf. 191.

³²⁹ *Sevi*, sf. 259; *Poroy, Tekinalp, Çamoğlu*, sf. 598; *Pulaşlı, Bağlam*, sf.140; *Tekinalp, Bağlam*, sf. 21; *Uzel*, sf. 90; *Akın*, sf.47; *Altay* sf. 573; *Yüksel*, sf. 192.

³³⁰ *Altay*, sf. 573.

gerekçelerle isabetli değildir³³¹; (i) genel kurul oldukça ağır işleyen bir organdır ve devamlı değildir, (ii) genel kurulun toplanması özellikle payları borsada işlem gören şirketler³³² bakımından büyük güçlükler doğurabilir, (iii) bu şekilde bir tercih, pay senedinin tedavülünü sınırlayarak payın değerini olumsuz etkileyebilir³³³. *Akın* da bu görüşte olup özellikle çok ortaklı ve çağrı usulüne uygun şekilde genel kurulu davet etmek³³⁴ zorunda olan anonim şirketlerde pay devrini onaylama yetkisinin genel kurula devredilmesinin pratik olmayacağını ifade etmektedir³³⁵.

Anonim ortaklık tarafından kaçınma klozunun kullanılması, payların devrine onay verilmesi yetkisinin adeta fer'isi olarak karşımıza çıktığından, pay devrine onay verme yetkisinin genel kurula devredildiği hallerde, kaçınma klozuna başvurma hak ve yetkisinin de genel kurula devredilmiş olacağı sonucuna varılmalıdır. Ancak genel kurulun anonim ortaklığın sürekli bir organı olmaması ve icrai bir fonksiyonu bulunmaması karşısında, genel kurul tarafından bağlı nama yazılı payların devri onaylanmayarak kaçınma klozunun işletilmesine karar verildiği durumlarda, genel kurulun aldığı bu kararın yine yönetim kurulu tarafından icra edilmesi gerekecektir³³⁶. Pay devrine onay verme yetkisi genel kurula devredildiği halde, genel kurulun sadece pay devrini reddetmesi ve kaçınma klozunun işletileceğine karar vermemesi halinde, yönetim kurulu tek başına kaçınma klozuna başvuramaz³³⁷. Böyle bir durumda, genel kurulun verdiği red kararının haksız olduğu kabul edilmelidir. Zira yukarıdaki bölümlerde ifade edildiği üzere pay devrinin onaylanmasının reddedildiği hallerde, önemli sebeplere dayanılıyorsa bu sebep açıkça ifade edilmeli ve somut pay devri red sebebi ile

³³¹ *Altay*, sf. 574.

³³² Borsada işlem gören paylar bakımından pay devrinin onaylanmasına ilişkin talebe cevap verme süresi 3 ay değil, 20 gündür.

³³³ *Altay*, sf. 574.

³³⁴ Çağrı usulüne uygun şekilde genel kurulun toplanabilmesi için TK md. 414/1 uyarınca en az 16 gün gerekmektedir.

³³⁵ *Akın*, sf. 47.

³³⁶ Yönetim kurulunun bu durumdaki görevi, genel kurul tarafından alınmış bir kararı icra etmesinden ibaret olduğu için yönetim kurulunun bu işlem bakımından sorumluluğu; genel kurulun almış olduğu karara uygun şekilde yerine getirilip getirilmemesi bakımından söz konusu olacaktır.

³³⁷ *Akın*, sf. 49.

ilişkilendirilmeli; önemli sebeplere dayanılmaksızın pay devrinin onaylanması reddediliyorsa, kaçınma klozunun işletileceğini de karar verilmelidir. Aksi halde, herhangi bir sebebe dayanılmaksızın ve kaçınma klozu işletilmeksizin verilen pay devrinin onaylanmasının reddi, haksız bir red kararıdır.

3.3.1. Yetkili Organdaki Karar Nisapları ve Pay Devrinin Ağırlaştırılması Yasası

Pay devrini onaylama yetkisi ister genel kurula devredilsin ister yönetim kurulu tarafından kullanılсын, şirketin alacağı bu karara uygulanacak nisaplar genel hükümlere göre belirlenecek ve toplantıya katılanların çoğunluğu (yönetim kurulu bakımından TK md. 390; genel kurul bakımından TK md. 418) ile karar alınacaktır.

Uygulamada, özellikle çok ortaklı şirketlerde payların devrinin kontrol altına alınabilmesi amacıyla, şirket esas sözleşmesinde, pay devrini onaylayan kararın yönetim kurulunda temsil imtiyazı (*grup imtiyazı*) bulunan bazı pay gruplarını temsil eden üyelerin olumlu oyu olmaksızın alınamayacağını düzenlendiği görülmektedir. Benzer şekilde, pay devrini onaylama yetkisinin genel kurula bırakıldığı hallerde ise, bazı pay gruplarının olumlu oyu olmaksızın pay devrinin onaylanamayacağı esas sözleşme ile hükme bağlanmaktadır. Pay devir koşullarının ağırlaştırılmayacağını düzenleyen TK md. 493/7 karşısında, şirket esas sözleşmesinde, pay devirlerinin onaylanması bakımından bu şekilde özellikli bir karar koşulu getirilmesinin geçerli olmadığı kanaatindeyiz.

Öte yandan, pay devrinin onaylanmasının reddi kararının alınabilmesi için gereken nisaplar ağırlaştırılabilir. Öğretide *Yüksel* de bu görüştedir³³⁸. *Yüksel*'e göre pay devrinin onaylanmasının reddine ilişkin yeter sayıları esas sözleşme ile artırılabilir ve bu düzenlemeler TK md. 493/7'deki pay devir şartlarının ağırlaştırılmayacağı yasağına aykırı değildir³³⁹. Zira, pay devirlerinin

³³⁸ *Yüksel*, sf. 193.

³³⁹ *Yüksel*, sf. 193.

onaylanmasının reddinde daha ağırlıklı nisaplar belirlemek payların devrini ve tedavülünü kolaylaştırmaktadır. Örneğin, “Yönetim kurulunda pay devrinin onaylanmasının reddi için oybirliği gereklidir” şeklindeki bir hüküm karşısında, bir kişinin bile olumsuz oy kullanmış olması halinde pay devri onaylanacaktır.

Şirket esas sözleşmesi ile pay devrinin onaylanması bakımından belirli pay gruplarına veya bu grupların yönetim kurulundaki temsilcilerine bütüncül bir veto hakkı tanınması geçerli değilken, şirket tarafından kaçınma klozuna başvurulup başvurulamayacağına karara bağlanması bazı özellikli nisaplara veya durumlara bağlanabilir³⁴⁰. Örneğin, “Şirket tarafından pay devrinin onaylanmasının reddi veya devre konu payların şirket tarafından gerçek değeri üzerinden satın alınmasına ilişkin yapılacak genel kurulda, satın alma teklifinin sunulması yönünde karar alınabilmesi için (A) grubu pay sahiplerinin olumlu oyu gereklidir” veya “Yönetim kurulunun kendisine pay devrinin onaylanması için yapılan başvuru akabinde, şirketin pay devrine onay vermeyi reddedip devre konu payları gerçek değeri üzerinden satın almayı teklif edebilmesi için yönetim kurulunda (A) grubu pay sahiplerinin aday gösterdiği üyelerinin olumlu oyu gereklidir” şeklindeki esas sözleşme düzenlemelerinin pay devir koşullarını ağırlaştırmayacağından geçerli olduğu kabul edilmelidir.

Uzel'e göre, TK md. 493/7'den öngörülen yasak, pay sahibine payını devretme aşamasında bazı ek yükümlülükler getirilmesi veya pay devrinin onaylanmasının reddi sebeplerinin kapsamının genişletilmesiyle sonuçlanan esas sözleşmesel düzenlemelerde uygulanır³⁴¹. *Uzel*'in bu görüşündeki bir diğer gerekçesi ise, kanunda pay sahipliğinin tanınması ve onaylanması bakımından gerekli yeter sayılara ilişkin açık bir düzenleme yer almaması ve yetkili organın bile açıkça gösterilmemiş olmasıdır³⁴². Bu nedenle *Uzel*'e göre, kanun koyucunun bu yaklaşımı sayesinde organların karar alma süreçlerinde kanun tarafından şirketlere

³⁴⁰ *Sevi*, sf. 65.

³⁴¹ *Uzel*, sf. 59.

³⁴² *Uzel*, sf. 59.

bir serbesti tanınmıştır ve pay devirlerinin onaylanmasında esas sözleşmesel düzenlemeler ile daha ağır veya özellikli nisaplarının belirlenmesi yalnızca TK md. 493/7 gereğince yasaklanamaz³⁴³.

Kaçınma klozuna başvurulmasının şirketin menfaatleri bakımından gerekli olup olmadığını yönetim kurulu veya esas sözleşmeyle bu yetki yukarıda tartıştığımız çerçevede genel kurula bırakılmışsa genel kurul takdir edecektir. Ancak hangi organ yetkili olursa olsun, bu klozun işletilmesi öncesinde, sırasında ve sonrasında ilgili organın tabi olduğu ilke ve kurallara uyulması gerekmektedir. İlgili organın takdir yetkisi sınırsız değildir³⁴⁴.

Pay devrinin onaylanması bakımından hangi organ yetkili olursa olsun şirketin kaçınma klozunun kullanıp kullanmayacağına karar verilirken, gözetilmesi gereken tek değer şirket menfaatidir. Alınan kararın, yönetim kurulu üyeleri, diğer pay sahipleri veya başkalarının menfaatlerine hizmet etmemesi gerekmektedir³⁴⁵. Zira kaçınma klozu, yöneticilerin haksız şekilde zenginleşmesi için değil, şirketin pay sahipleri çevresinin bileşimi bakımından uzak tutulması gerektiğini düşündüğü kişilerin şirket içerisine girmesini engelleyerek hedeflerine ulaşmasını sağlamak için öngörülmüştür³⁴⁶. Bu nedenle kaçınma klozu kullanılırken, pay sahipleri veya özellikle hâkim durumda olan pay sahibinin menfaati gözetilmemelidir³⁴⁷. Şüpheyeye mahal vermemek adına ifade etmek gerekir ki, kaçınma klozu kullanılırken şirket menfaatine hareket edilmesi klozun kullanılması bakımından herhangi bir koşul değildir. Zira, şirket bu kararı alırken herhangi bir sebep veya gerekçe ileri sürmek zorunda olmadığı gibi bu kararın şirket menfaatlerine uygun olduğunu üçüncü kişiler nezdinde ifade etmek veya ispatlamak zorunda değildir. Kararın alınmasında şirket menfaatlerine uygun şekilde hareket edilmesi, şirketin iç ilişkilerine

³⁴³ *Uzel*, sf. 59.

³⁴⁴ *Akın*, sf. 78.

³⁴⁵ *Bozkurt*, sf.149.

³⁴⁶ *Bozkurt*, sf.149; *Akın*, sf.81.

³⁴⁷ Bu anlamda, pay sahibi veya özellikle hâkim durumdaki pay sahibinin aleyhine olsa bile, şirket menfaati gerektiriyorsa kaçınma klozu işletilmelidir. *Bozkurt*, sf.149.

yöneliktir ve genel hükümler çerçevesinde özen yükümlülüğüne uygun hareket edilmesiyle ilgilidir.

Yetkili organın yönetim kurulu olarak belirlenmesi halinde, yönetim kurulu; özen yükümlülüğü (TK md. 369), sadakat borcu, eşit işlem ilkesi (TK md. 357) ve hakkın kötüye kullanılması yasağına (TMK md. 2/II)'ye uymakla yükümlüdür³⁴⁸. Karar vermeye yetkili organın genel kurul olması halinde ise, eşit işlem ilkesine ve dürüstlük kuralına riayet edilmelidir³⁴⁹. Aksi halde; yönetim kurulunun iş ve işlemleri bakımından ilgili olması halinde alınan kararlar bakımından butlan yaptırımı veya üyeler bakımından sorumluluk davaları gündeme gelebilecektir. Genel kurul kararları bakımından ise iptal davaları söz konusu olabilecektir. Aşağıda, yetkili organın uyması gereken genel ilkeler örnek durumlarla birlikte ele alınmaktadır.

3.3.2. Yetkili Organın Uyması Gereken İlkeler

3.3.2.1. Özen ve Sadakat Yükümlülüğü

Pay devrine onay verme ve kaçınma klozunun kullanılma yetkisinin yönetim kurulunda olduğu hallerde; yönetim kurulu, genel hükümler uyarınca pay devrine onay verilip verilmeyeceğine karar verirken anonim ortaklığa karşı özen ve sadakat borcuna uygun şekilde hareket etmekle yükümlüdür³⁵⁰. Bu yükümlülüğe, üçüncü kişiler veya diğer pay sahipleri hesabına hareket edilirken de uyulmalıdır³⁵¹. Aksi halde yine genel hükümler uyarınca yönetim kurulunun sorumluluğu doğabilecektir³⁵².

³⁴⁸ Akın, sf.77; Yüksel, sf. 193; Bozkurt, sf.153.

³⁴⁹ Yüksel, sf. 193; Bozkurt, sf.153.

³⁵⁰ Bozkurt, sf.148.

³⁵¹ Sevi, sf. 276.

³⁵² Akın, sf.79.

Örneğin; pay alımı şirket hesabına yapılacaksa kaçınma klotuna başvurulması neticesinde, şirketin günlük işlemleri için gerekli olan kaynak azalacak veya yok olacaksa bu satın almanın şirket hesabına yapılmaması yerinde olacaktır³⁵³. Yine benzer şekilde, kaçınma klotu kullanılarak payların şirket hesabına iktisap edilmesi neticesinde, şirket paylarının değeri düşmesi, şirket öz kaynaklarının sırf bu uğurda harcanması, şirketin mal varlığının tehlikeye düşmesi, şirketin borca batık hale gelmesi veya sermaye kaybı yaşaması gibi durumlar özen ve sadakat yükümlülüğü ile bağdaşmayacaktır³⁵⁴.

Şirket payları iktisap ederken, ayrıca, elden çıkarma hususunu (*elden çıkarmanın süresi veya elden çıkarmanın güç olup olmayacağı gibi*) da değerlendirmelidir³⁵⁵.

Pay devrinin onaylanması yetkisi ile kaçınma klotuna başvurma yetkisinin genel kurula devredildiği hallerde, pay sahiplerinin şirkete karşı özen ve sadakat borcu bulunup bulunmadığı tartışmaları gündeme gelebilecektir. Bu konuda öğretide bir hayli tartışma bulunmakla birlikte³⁵⁶, tartışmalar bakımından varılacak sonucun tezimize herhangi bir etkisi olmaması nedeniyle pay sahiplerinin şirkete karşı özen ve sadakat borcu bulunup bulunmadığı hususu tezimizin kapsamının dışında tutulmuştur. Anonim şirketin temel yapısını bozan veya sermayenin korunması hükümlerine aykırı tüm genel kurul kararlarının yaptırımının TK md. 445 uyarınca iptal edilebilirlik olması kaçınma klotunu kullanma yetkisinin genel kurula bırakıldığı haller bakımından yeterli görülmüştür.

³⁵³ Akın, sf.79.

³⁵⁴ Bozkurt, sf.149.

³⁵⁵ Bozkurt, sf. 149.

³⁵⁶ Akın, *Sadakat Borcu; Nomer, Sadakat Yükümlülüğü*.

3.3.2.2.Eşit İşlem İlkesi

Kaçınma klozunun kullanılırken uyulması gereken ilkelerden birisi eşit işlem ilkesidir. TK md. 357’de düzenlenen eşit işlem ilkesi, pay sahipleri arasında mutlak bir eşitlik tesis edilmesini değil, eşit şartlardaki pay sahiplerine şirketin farklı şekilde davranmamasını amaçlar³⁵⁷. Eşit işlem ilkesinin arkasındaki en temel olgu pay sahibi ve pay sahipliğinin korunmasıdır³⁵⁸. Kaçınma klozuna başvurulurken de bu ilke gözetilmeli, bazı pay sahiplerinin lehine, bazılarının ise aleyhine olacak şekilde kaçınma klozu kullanılmamalıdır³⁵⁹.

Yönetim kurulu ve genel kurul eşit işlem ilkesini ihlal eden kararlar alamayacaklardır³⁶⁰. Şirketin yetkili organının, eşit şartlardaki pay sahipleri arasında, birisinin pay devrinin onaylanması talebini kabul ederken, diğer pay sahibinin pay devrinin onaylanması talebini onaylamaktan kaçınarak, kaçınma klozunu işletmesi durumu buna örnek olarak verilebilir. Bu şekildeki bir örnekte eşit işlem ilkesinin ihlalinden söz edilebilir³⁶¹.

Öğretide *Türk*’e göre, anonim ortaklığa karşı sürekli dava açarak (*genel kurul kararlarının iptali veya yönetim kurulu üyelerinin aleyhine sorumluluk davası gibi*) şirket içerisinde huzursuzluk çıkaran pay sahibinin, sahip olduğu payları devretmek istemesi halinde, şirket tarafından kaçınma klozuna başvurularak, paylarının iktisap edilmesi eşitlik ilkesine aykırı değildir³⁶². Zira şirketin işleyişini bloke eden pay sahibinin ortaklıktan ayrılmasında hem anonim ortaklığın kendisinin hem de diğer pay sahiplerinin menfaati vardır³⁶³.

³⁵⁷ Akın, sf.79; Sevi, sf.68; Nomer, sf. 469.

³⁵⁸ Nomer, sf. 471.

³⁵⁹ Akın, sf.79.

³⁶⁰ Nomer, sf. 481; Erdem, *Eşit İşlem*, sf.396; Kirca, *Çelik, Manavgat*, sf.137.

³⁶¹ Bozkurt, sf.151.

³⁶² *Türk*, sf.268.

³⁶³ *Türk*, sf.268.

Yönetim kurulu kararına karşı devreden pay sahibi, eşit işlem ilkesine aykırılığı öne sürerek iptal davası açabilir³⁶⁴. Diğer taraftan, iradi edinim hallerinde, devreden pay sahibinin paylarını satın almak isteyen alıcı, devir onaylanmaksızın pay sahibi sıfatını kazanamayacağından şirketler hukuku tahtında korunan bir menfaati bulunmadığından şirkete karşı dava açamayacaktır³⁶⁵. Ayrıca, eşit işlem ilkesine aykırı alınan yönetim kurulu kararlarının TK md. 391/1 (a) tahtında batıl olduğu da hatırlanmalıdır.

Benzer bir şekilde, TK md. 447/1 (c)'de anonim şirketin temel yapısını bozan veya sermayenin korunması hükümlerine aykırı olan genel kurul kararlarının butlan yaptırımına tabi olacağı da düzenlenmiştir. Eşit işlem ilkesine aykırılığın anonim şirketin temel yapısını bozacağı kanaatinde olduğumuzdan eşit işlem ilkesine aykırı şekilde alınmış kararların bu hüküm çerçevesinde butlanının tespitinin talep edilebileceğini düşünüyoruz.

3.3.3. Oy Kullanma ve Müzakere Yasağı ile Şirketle İşlem Yapma Yasağı

Kaçınma klozunun kullanılması halinde, devreden pay sahibinin veya temsilcisinin aynı zamanda şirketin yönetim kurulu üyesi olması halinde karşımıza çıkabilecek soru, yönetim kurulu üyelerinin TK md. 393'de düzenlenen müzakereye katılma yasağı ve TK md. 395'de düzenlenen şirketle işlem yapma yasağıyla ilintilidir.

TK md. 393'de; yönetim kurulu üyesinin, kendisinin şirket dışı kişisel menfaatiyle veya alt ve üst soyundan birinin ya da eşinin yahut üçüncü derece dâhil üçüncü dereceye kadar kan ve kayın hısımlarından birinin, kişisel ve şirket dışı menfaatiyle şirketin menfaatinin çatıştığı konulara ilişkin müzakerelere katılmayacağı düzenlenmiştir. Bu yasak, yönetim kurulu üyesinin müzakereye katılmamasının dürüstlük kuralının gereği olan durumlarda da uygulanacaktır.

³⁶⁴ Bozkurt, sf.152.

³⁶⁵ Bozkurt, sf.152.

Şüpheye mahal vermemek adına, ilgili yönetim kurulu üyesi müzakereye katılamayacağı gibi, müzakere edilen konuya ilişkin kararda oy da kullanamayacaktır. Pay sahipliği menfaatinin şirket dışı menfaat olduğu kanaatindeyiz. Bu nedenle, devreden pay sahibinin veya temsilcisinin aynı zamanda şirketin yönetim kurulu üyesi olması halinde, anılan kişiler pay devrinin onaylanması veya kaçınma klotuna başvurulmasına karar verilecek toplantıda müzakerelere katılamayacak ve oy kullanamayacaklardır.

Akın'a göre, şirket ile devreden pay sahibi arasında gerçek değer müzakere yoluyla tespit ediliyorsa, ilgili yönetim kurulu üyesi bakımından hem müzakereye katılma hem de şirketle işlem yapma yasağı uygulanmalıdır³⁶⁶. Şirketle işlem yapma yasağı bu durumda uygulanacaksa, devreden pay sahibinin paylarını şirkete satabilmesi için genel kuruldan izin alması gerekecektir. Böylece dolaylı şekilde, pay devrine onay verme ve kaçınma klotunu uygulama yetkisi aslında genel kurula devredilmiş olacaktır. Ancak, devre konu payların gerçek değerinin mahkeme yoluyla tespit edilmesi halinde, şirketin zarara uğrama tehlikesi söz konusu olmadığından, yönetim kurulu üyeleri müzakereye katılma yasağı ve şirketle işlem yapma yasağına takılmayacaklardır³⁶⁷.

Oydan yoksunluk yaptırımına ilişkin soru ise karşımıza pay devrini onaylama ve kaçınma klotuna başvurma yetkisinin genel kurula devredilmiş olması halinde çıkar. *Akın* ve *Uzel*'e göre, onay makamının genel kurul olması halinde, genel kurul kararının iptaline ilişkin dava açılabilmesi yeterli korumayı sağladığından, paylarını şirkete satmaya izin verilmesi ve kaçınma klotunun uygulanmasına ilişkin genel kurulda, devreden pay sahibi bakımından oydan yoksunluk yaptırımını uygulanamayacaktır³⁶⁸.

³⁶⁶ *Akın*, sf.90.

³⁶⁷ *Akın*, sf.90.

³⁶⁸ *Akın*, sf.91; *Uzel*, sf. 50.

Akın'a göre, şirkete pay devri gerçekleştirildikten sonra, pay devrini onaylayan yönetim kurulu kararında müzakereye katılma yasağı söz konusu olamaz, zira bu noktada artık pay bedeli belirlenmiş ve şirketin zarara uğrama riski ortadan kalkmıştır³⁶⁹.

3.4. ŞİRKET PAYLARININ DİĞER PAY SAHİPLERİ VEYA ÜÇÜNCÜ KİŞİLER HESABINA İKTİSABI

Kaçınma klozuna başvurularda, devreden pay sahibine yapılacak gerçek değer üzerinden satın alma teklifi, şirket adına diğer pay sahipleri veya üçüncü kişiler hesabına da yapılabilir. Bu durumda, teklif veren şirket ile hesabına hareket edilen kişi arasında dolaylı temsil ilişkisi doğacaktır³⁷⁰. *Yüksel*'e göre, şirket bu durumda kimlerin hesabına hareket ettiğini muhatabına bildirmekle yükümlü değildir³⁷¹. Zira bu durum, dolaylı temsilci sıfatıyla hareket eden şirket ve hesabına hareket edilen kişi veya kişilerin³⁷² iç ilişkisidir³⁷³. Şüpheye mahal vermemek adına, kaçınma klozu diğer pay sahipleri veya üçüncü kişiler hesabına kullanılırken, pay devir bedelini ödeme yükümlülüğü dolaylı temsil ilişkisi gereği yine şirket üzerinde doğacaktır. Şirket dolaylı temsilci sıfatıyla üçüncü kişiler hesabına bu iktisabı gerçekleştirirken, pay bedelini ödeme borcu şirkete ait olduğundan, diğer pay sahipleri veya üçüncü kişilerden gereken teminat alınmadan bu işlemin gerçekleştirilmemesi gerektiğini mütalaa edilmektedir³⁷⁴. Teminat alınmaksızın bu işlemin gerçekleştirilmesi halinde de yönetim kurulunun sorumluluğu doğabilecektir.

³⁶⁹ *Akın*, sf. 91.

³⁷⁰ *Tekinalp, Bağlam*, sf. 55; *Bozkurt*, sf.174; *Yüksel*, sf.195; *Uzel*, sf. 312; *Altay*, s.604.

³⁷¹ *Yüksel*, sf.195.

³⁷² Hesabına hareket edilen kişiler, eşit işlem ilkesi ve şirket menfaatleri çerçevesinde birden fazla da olabilir. *Yüksel*, sf. 195.

³⁷³ *Yüksel*, sf. 195.

³⁷⁴ *Akın*, sf. 93; *Sevi*, sf. 276; *Bozkurt*, sf.175.

Kaçınma klozu kullanılırken şirket paylarının üçüncü kişiler hesabına iktisap edilmesi halinde, hesabına iktisap edilen üçüncü kişilerin de pay sahipleri çevresinin bileşimine uygun olması gereklidir. Aksi halde şirket, TMK md. 2’de düzenlenen dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı hareket etmiş olacaktır³⁷⁵. Ayrıca paylar ister diğer pay sahipleri ister üçüncü kişiler hesabına iktisap edilsin, şirket bu payları hesabına hareket edilen kişilere devrederken, her zaman esas sözleşmedeki bağlam hükümlerine uygun şekilde hareket etmek zorundadır³⁷⁶.

Payların, diğer pay sahipleri hesabına ediniminde şirket, eşitlik ve oransallık ilkelerini gözeterek hareket etmelidir³⁷⁷. Öğreti *Altay*, eşitlik ve oransallık ilkelerinin kaçınma klozu bakımından uygulanmasını katı bir şekilde yorumlayarak; devre konu payların pay sahipleri hesabına edinilmesinde, eşitlik ve oransallık ilkeleri gereğince, bu payların önce diğer pay sahiplerine payları oranında alınmasının şirket tarafından teklif edilmesi gerektiğini düşünmektedir³⁷⁸. *Altay*, şirket tarafından yapılan teklif neticesinde, pay sahiplerinin bir kısmının payları edinmek istemediği takdirde, devredilecek payların mevcut pay sahipleri arasında ancak farklı oranlarda dağıtılabileceğini ifade etmektedir³⁷⁹. Bu doğrultuda *Altay*, payların üçüncü kişiler hesabına iktisabının ise, ancak mevcut pay sahipleri payları devralamaya istekli olmadıklarında ve şirket menfaati bu iktisabı haklı gösteriyorsa mümkün olduğunu düşünmektedir³⁸⁰. Aksi halde *Altay*’a göre yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu gündeme gelecektir³⁸¹. Kaçınma klozu kullanılırken şirket tarafından diğer pay sahipleri veya üçüncü kişiler hesabına hareket edilmesinde, eşitlik ve oransallık ilkelerinin bu kadar katı uygulanması yönündeki görüş, şirketin kaçınma klozunu işletmesini bir hayli zorlaştıracığından *Altay*’ın bu görüşüne iştirak edememekteyiz.

³⁷⁵ *Sevi*, sf. 276; *Bozkurt*, sf.153.

³⁷⁶ *Bozkurt*, sf.174; *Akın*, sf. 93.

³⁷⁷ *Sevi*, sf. 276; *Altay*, sf. 604.

³⁷⁸ *Altay*, sf. 604.

³⁷⁹ *Altay*, sf. 604.

³⁸⁰ *Altay*, sf. 604.

³⁸¹ *Akın*, sf. 93; *Altay*, sf. 604.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

ALIM TEKLİFİ

Kaçınma klozu kullanılırken yapılması gereken alım teklifinin, kim tarafından kime, nasıl ve hangi şartlarda yapılması gerektiği ve alım teklifinin zorunlu unsurları ve teklife ilişkin süreler alt başlıklar halinde aşağıda incelenmektedir.

4.1.ALIM TEKLİFİNİN ŞİRKET TARAFINDAN YAPILMASI

Kaçınma klozunun kullanılması için şirketin; iradi devir hallerinde devreden pay sahibine, kanuni geçiş hallerinde ise devralana; devre konu payları gerçek değeri üzerinden kendi, diğer pay sahipleri veya 3. kişiler hesabına satın almayı teklif etmesi gereklidir. Ancak bu teklif her zaman anonim ortaklığın kendisi, yani şirket adına yapılmalıdır³⁸²; aksi halde hesabına hareket edilen kişi adına (*diğer pay sahipleri veya üçüncü kişiler*) yapılan teklifler geçerli olmayacaktır³⁸³. Yukarıdaki başlıkta tartışıldığı üzere, şirket esas sözleşmesinde aksi yönde bir düzenleme yoksa, bu teklifi yapılmasına karar verecek organ yönetim kuruludur³⁸⁴.

4.2. ALIM TEKLİFİNİN KAPSAMI VE ŞEKLİ

Teklif, TK md. 491 uyarınca devre konu payların gerçek değeri üzerinden yapılmalı ve devre konu tüm payları kapsmalıdır³⁸⁵. Aksinin kabulü halinde, devreden pay sahibinin paylarında bir değer eksilmesi yaşanacak ve payların gerçek değeri üzerinden satın alınması koşulu ile tutarlı bir görünüm arz etmeyecektir³⁸⁶.

³⁸² *Uzel*, sf.312; *Altay*, sf. 604; *Tekinalp, Bağlam*, sf. 55; *Bozkurt*, sf.161; *Yüksel*, sf.195.

³⁸³ *Sevi*, sf. 273.

³⁸⁴ *Sevi*, sf. 273.

³⁸⁵ *Akın*, sf. 82, *Uzel*, sf. 313; *Sevi*, sf. 274; *Pulaşlı, Bağlam*, sf. 217; *Yıldız/Özbay*, sf. 25; *Bozkurt*, sf.159; *Yüksel*, sf. 193.

³⁸⁶ *Bozkurt*, sf.159.

Anonim ortaklık tarafından, devrin onaylanması için şirkete yapılan başvuruda bildirilen payların tümü bakımından değil, ancak bir kısmı bakımından satın alma teklifinde bulunulması halinde ortada geçerli bir satın alma teklifinden bahsedilemeyeceği için kaçınma klozu kullanılmamış olacaktır³⁸⁷. Bir diğer deyişle, şirket tarafından devre konu payların bir kısmı için teklif verildiğinde, genel düzenlemeye göre bu teklif geçerli olmadığından kanunda öngörülen üç aylık sürenin sonunda teklif verilenin payları serbestçe devredilmiş olacaktır³⁸⁸. Ancak *Akın*'a göre, şirket esas sözleşmesinde şirket veya diğer pay sahipleri tarafından edinilen payların belirli bir pay sahipliği oranını aşamayacağı düzenlenmişse yapılan kısmi teklifler de geçerli kabul edilmelidir³⁸⁹.

Anonim ortaklık tarafından kaçınma klozuna başvurulması, devre konu payları satın alma önerisinin herhangi bir düzenleme veya geçerlilik şekli bulunmamasıyla birlikte, şirket tarafından bu önerinin ispat hukuku açısından yazılı şekilde yapılması gerektiği öğretide mütalaa edilmektedir³⁹⁰.

4.2.1. Alım Teklifinin Gerçek Değer Üzerinden Yapılması Zorunluluğu

Şirket, devre konu payları gerçek değeri üzerinden satın almayı teklif ettiğinde, devir bedeli bakımından kesin veya net bir tutar önermek zorunda değildir, önemli olan payların gerçek değeri üzerinden teklif edildiğini belirtmesidir³⁹¹³⁹². Öte yandan, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 05.04.2018 tarihli ve 2016/8960 E. ve 2018/2472 K. numaralı kararında, anonim şirketlerin satın alma önerisi yaparken pay veya paylara ödeyeceği bedeli açıklaması gerektiğine hükmetmiştir ve payların satın alınacağına bildirilmesini yeterli görmemiştir. Yargıtay'ın anılan kararı incelendiğinde, kanunun açık lafzına rağmen somut olay

³⁸⁷ *Sevi*, sf. 274; *Bozkurt*, sf.159.

³⁸⁸ *Akın*, sf. 82.

³⁸⁹ *Akın*, sf. 82.

³⁹⁰ *Akın*, sf. 83.

³⁹¹ *Uzel*, sf. 313; *Akın*, sf. 81; *Sevi*, sf. 274; *Bozkurt*, sf.156; *Yüksel*, sf.194.

³⁹² Alım teklifinin bedel içermemesi, öneriye davet niteliğinde değildir ve şirket için bağlayıcıdır. *Bozkurt*, sf.157; *Yüksel*, sf.194.

bakımından gerçek değere ilişkin hiçbir değerlendirme yapılmadığı görülmektedir. Zira kanun, teklif bakımından gerçek değere atıf yapılmasını yeterli görmüştür ve teklifte pay devir bedeline yer verilmesi şartını aramamaktadır. Şirket tarafından gerçek değere atıf yapıldıktan sonra, ileride daha detaylı incelendiği üzere taraflar arasında gerçek değer tespit edilmesi müzakereleri veya süreci başlayacaktır. Gerçek değer tespit edilmesinden sonra, muhatap bakımından TK md. 493/6'da düzenlenen 1 aylık kabul veya ret süresi işleyecektir. Gerçek değere atıf yapılmaksızın bu şekilde yapılan bir teklifte, teklifin zorunlu unsurlarından biri yerine getirilmediği için anonim şirket tarafından kaçınma klotuna başvurma hakkının kullanılmadığına hükmedilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Kanun lafzının gerçek değere atıf yapmasıyla payları edinen kişinin maddi menfaatleri kanun yoluyla korunmuş olacaktır ve payları edinen kişi veya devreden pay sahibi maddi bir zarar görmeyecektir³⁹³. *Yüksel*'e göre, teklif sırasında gerçek değer tutar olarak belirtilmemesi, ileride bu tutarın gerçek değerden daha düşük şekilde yapıldığının anlaşılması halinde, şirketin pay devrini onaylamayı reddederek kaçınma klotuna başvurusundaki iradesinin geçersiz sayılması ve haksız red karşısında payların devrinin onaylanmış olması yaptırımını bertaraf ettiğinden olumlu bir düzenlemedir³⁹⁴.

Anonim ortaklığın, teklifi gerçek değer üzerinden yaptığını belirtmemesi halinde, pay devrinin onaylanmasının reddi bakımından verdiği karar da geçersiz hale gelecektir³⁹⁵ ve şirket tarafından pay devri engellenemeyecektir³⁹⁶.

³⁹³ *Akın*, sf. 81.

³⁹⁴ *Yüksel*, sf. 194.

³⁹⁵ Pay devrinin onaylanmasının reddi, bu durumda her ne kadar geçersiz hale gelse de uygulamada bu geçersizliğin mahkeme kanalıyla tespit ettirilmesi gerekecektir diye düşünmekteyiz. Aynı dava içerisinde pay defterine pay sahibi olarak kayıt için de talepte bulunulması önerilmektedir. *Uzel*, sf. 313; *Yüksel*, sf.194.

³⁹⁶ *Akın*, sf. 81.

Öte yandan şirketin, gerçek değerden daha düşük bir öneri sunması ve pay sahibinin bir şekilde bu bedeli kabul etmesi halinde, *Bozkurt*'a göre devreden pay sahipleri bakımından bir feragat söz konusudur ve taraflar arasında gerçek değer üzerinden yapılmayan bu satın alma işlemi geçerlidir³⁹⁷. Yazar, irade fesadı hallerini hariç tutarak, pay sahibi tarafından değer tespiti için sonradan dava açılmasını hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilmiştir³⁹⁸. *Yüksel* de, taraflar arasında müzakere yoluyla belirlenen pay devir bedelinin gerçek değerden düşük bir şekilde kabul edilmesi halinde, bu devir işleminin geçerli olduğunu ifade etmiştir³⁹⁹.

Şirket tarafından gerçek değer üzerinde bir teklif yapılması halinde, bu teklifin akıbetinin ne olacağı ile ilgili iki farklı görüş vardır. *Yüksel*'e göre, muhatap tarafından bu teklifin kabul edilmesiyle birlikte satım sözleşmesi kurulmuş olur⁴⁰⁰. Ancak *Yüksel* bu durumda, özellikle iktisabın şirket hesabına yapılması halinde yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu gündeme gelebileceğine işaret etmektedir⁴⁰¹. Biz de *Yüksel*'in görüşüne iştirak ederek, gerçek değer üzerinde yapılan pay alım teklifinin, özellikle işlemin şirket hesabına yapılması halinde yönetim kurulunun sorumluluğunun gündeme gelebileceğini de hatırlatarak, geçerli olduğu kanaatindeyiz.

Öte yandan, TK md. 391/1 maddesinin (b) bendinde, anonim şirketin temel yapısına uymayan veya sermayenin korunması ilkesini gözetmeyen yönetim kurulu kararlarının batıl olduğu hükme bağlanmıştır. Benzer bir şekilde, TK md. 447/1 (c)'de sermayenin korunması hükümlerine aykırı olan genel kurul kararlarının butlan yaptırımına tabi olacağı da düzenlenmiştir. Şirketin ilgili organı tarafından, devre konu payların gerçek değerinin üzerinde yapılan teklifin, sermayenin iadesi

³⁹⁷ *Bozkurt*, sf. 157, 160.

³⁹⁸ *Bozkurt*, sf. 157, 160.

³⁹⁹ *Yüksel*, sf.208.

⁴⁰⁰ *Yüksel*, sf.212.

⁴⁰¹ *Yüksel*, sf.195.

yasağına aykırı olduğu iddia edilerek⁴⁰², TK md. 391/1 (b) veya 447/1 (c) tahtında batıl oldukları tespit ettirilebilir. Bu çerçevede, ilgili organ kararının butlanla sakat olduğunu tespit edilmesi halinde, şirketin devre konu payların kaçınma klozu kullanılarak gerçek değeri üzerinden satın alınması bakımından iradesi de hiç oluşmamış sayılacağı için pay devrinin önüne geçilemeyecektir. Ayrıca bu durumda, şirket bakımından pay devir bedelini ödeme yükümlülüğü de doğmayacaktır.

Organ tarafından alınan kararın batıl olduğunun tespit edilmesi halinde, üçüncü kişilerin yetkisiz işlem bakımından iyi niyetleri korunacaktır⁴⁰³. Bu noktada, iradi devirler ile kanuni iktisap halleri arasında bir ayırım yapılması gerektiği kanaatindeyiz. İradi devir hallerinde, payların gerçek değeri üzerinden satın alınması teklifi devreden pay sahibine yapılacağından ve bu kişilerin halihazırda şirketin temsil ve iç ilişkisine ilişkin bilgi alma ve bilgiye erişim hakları bulunduğundan iyi niyetlerinin korunmaması gerektiğini düşünüyoruz. Ancak kanuni iktisap hallerinde, şirketin temsil ve iç ilişkisi hakkında hiçbir bilgisi olmayan kişiler teklifin muhatabı olacağından iyi niyetlerinin korunması gerekecektir.

Şirket satın alma teklifini sunarken, ödeme koşulları, vade, ifa sırası gibi ikincil unsurlara da yer verebilir. Ancak *Yüksel*'e göre, bu koşullar muhatabı tarafından kabul edilmemelidir⁴⁰⁴. Zira *Yüksel*, bu ikincil unsurların pay devir koşullarının ağırlaştırılamayacağını düzenleyen TK. md. 493/7'deki yasağı aykırı olduğu kanaatinde⁴⁰⁵. Öte yandan anılan maddedeki yasağı, esas sözleşmesel düzenlemeler ile pay devir koşullarının ağırlaştırılamayacağını düzenlediğinden (*teklif içerisinde ödemeye ilgili ikincil unsurlara yer verilmesi değil*) *Yüksel*'in bu görüşüne katılamamaktayız.

⁴⁰² *Yüksel*, sf. 206.

⁴⁰³ *Kırca, Çelik, Manavgat*, sf. 646 vd.

⁴⁰⁴ *Yüksel*, sf. 195.

⁴⁰⁵ *Yüksel*, sf. 195.

4.2.2. Alım Teklifinin Muhatabı

Payları satın alma önerisi; iradi devir hallerinde birlik teorisi benimsendiğinden, yani, şirket pay devrine onay verene kadar mülkiyet diğer kişilere devredilemediğinden, paylarını devretmek isteyen pay sahibine yapılır⁴⁰⁶. Kanuni devir hallerinde ise tasarruf işlemi gerçekleştiği an mülkiyet ve malvarlığına ilişkin haklar derhal edinim sahibine kanunen geçtiğinden, satın alma teklifi, devralana yani müktesibe yapılacaktır⁴⁰⁷.

Hal böyle iken kanun koyucu, payların gerçek değerinin belirlenmesinin şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinden talep edilebileceğini düzenlediğini TK md. 493/5⁴⁰⁸ ve gerçek değer öğrenildiği tarihten itibaren bir ay içinde fiyatın reddedilmemesi halinde, şirketin devralma önerisinin kabul etmiş sayılacağını düzenleyen TK md. 493/6 hükümlerinde, anılan maddeler hem iradi devirleri hem de kanuni geçiş hallerini düzenlediği halde “*devralan*” ifadesini kullanmıştır⁴⁰⁹.

Akın, iradi devir hallerinde mülkiyet henüz devredilmediğinden ortada bir “*devralan*”ın bulunmadığı gerekçesiyle, kanun koyucunun bu tercihini eleştirmektedir⁴¹⁰. Yazara göre, doğru anılış “*malik*” şeklinde olmalıdır⁴¹¹. *Uzel* de kanun koyucunun terminolojide yaptığı bu tercihi eleştirmiştir ve mehz kanun olan İsviçre Borçlar Kanunu’nun 685b/4 maddesinde “*devralan*” ifadesi yerine, “*payları edinen kişi*” ifadesinin kullanılmasının daha yerinde bir tercih olduğunu ifade

⁴⁰⁶ *Akın*, sf.82; *Sevi*, sf. 274; *Bozkurt*, sf. 161; *Yüksel*, sf. 198.

⁴⁰⁷ *Akın*, sf. 82; *Sevi*, sf. 274; *Bozkurt*, sf.162; *Yüksel*, sf. 198.

⁴⁰⁸ Anılan maddenin lafzı “*Devralan, paylarının gerçek değerinin belirlenmesini, şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinden isteyebilir; bu hâlde mahkeme şirketin karar tarihine en yakın tarihteki değerini esas alır. Değerleme giderlerini şirket karşılar*” şeklindedir.

⁴⁰⁹ Anılan maddenin lafzı “*Devralan, gerçek değeri öğrendiği tarihten itibaren bir ay içinde bu fiyatı reddetmezse, şirketin devralma önerisini kabul etmiş sayılır*” şeklindedir.

⁴¹⁰ *Akın*, sf. 82.

⁴¹¹ *Akın*, sf. 83.

etmiştir⁴¹². *Bozkurt* da aynı noktaya işaret ederek; alım teklifinin iradi devir hallerinde “*devredene*”, kanuni devir hallerinde ise “*müktesibe*” yöneltilmesi gerektiğini belirlemiştir⁴¹³. *Yüksel* de aynı noktaya işaret etmiştir⁴¹⁴. Biz de bu görüşe iştirak etmekteyiz.

4.3. ALIM TEKLİFİNİN KULLANIMINDA SÜRELER

4.3.1. Şirket Tarafından Alım Teklifi Sunma Süresi

Şirketin kaçınma klozunu işletebilmesi için pay devrini öğrendiği tarih veya kendisine pay devrinin onaylanması için yapılan başvuru tarihinden itibaren üç ay içerisinde alım teklifini muhataplarına sunması gerekmektedir⁴¹⁵. Anılan üç aylık süre hak düşürücü süredir⁴¹⁶. Şüpheye mahal vermemek adına, anonim ortaklığa tanınan bu üç aylık süre, yalnızca satın alma önerisinin sunulması içindir. Bir diğer deyişle, devre konu payların gerçek değerinin tespit edilme süresini kapsamaz⁴¹⁷.

Şirketin pay devrinin onaylanması için kendisine yapılan başvuruya 3 aylık süre boyunca sessiz kalmasına kanun koyucu irade beyanı bağlamıştır ve buna göre şirketin üç aylık bir süre ile sessiz kalması halinde (*yani pay devrini önemli bir sebeple reddetmemiş veya pay devrini reddederek payları gerçek değeri üzerinden satın almayı teklif etmemişse*) anılan pay devrine onay vermiş olduğu TK md. 494/3 uyarınca kabul edilmektedir⁴¹⁸. Şirketin sessizliği neticesinde irade beyanı üç aylık

⁴¹² *Uzel*, sf. 311.

⁴¹³ *Bozkurt*, sf.195.

⁴¹⁴ *Yüksel*, sf. 198.

⁴¹⁵ *Akın*, sf.83; *Uzel*, sf. 314; *Sevi*, sf. 274; *Altay*, sf. 610; *Bozkurt*, sf. 157; *Yüksel*'e göre bu süre esas sözleşme ile daha kısa bir olarak da öngörülebilir. *Yüksel*, sf.194,199.

⁴¹⁶ *Akın*, sf. 83; *Uzel*, sf. 314; *Sevi*, sf. 274; *Tekinalp, Bağlam*, sf. 40; *Yüksel*, sf.199.

⁴¹⁷ *Uzel*, sf. 313; *Yüksel*, sf. 199.

⁴¹⁸ *Sevi*, sf. 274; *Yüksel*, sf.194.

süre sonunda oluştuğundan, payları edinen kişiye hakların geçişi işbu üç aylık sürenin sonunda gerçekleşecektir⁴¹⁹.

Akın'a göre, şirketin herhangi bir gerekçe göstermeden pay devrinin onaylanması istemini reddetmesi ve muhatabına herhangi bir yazılı teklifte bulunmaması halinde, şirketin iradesi, kaçınma klotuna başvurduğu yönünde yorumlanmalıdır⁴²⁰. Zira, önemli bir red sebebi ileri sürülmesizin şirket tarafından pay devrine onay verilmesinden kaçınılmasının tek yolu kaçınma klotuna başvurulmasıdır. Bu durumda, teklifin sunulması gereken kişi, reddin haksızlığını tespit ettirmek için açtığı davada mahkemeden gerçek değer tespit edilmesini de isteyebilir⁴²¹. *Akın*'a göre, mahkeme tarafından gerçek değer tespit edildiğinde devreden pay sahibinin paylarını şirkete satma hakkı bulunmaktadır⁴²². *Akın*'ın bu görüşüne katılmamaktayız. Zira şirket tarafından verilen pay devrinin onaylanmasının reddi kararının haksız olduğu mahkeme tarafından tespit edildiğinde, zaten devre konu paylar alıcısına devredilmiş sayılacaktır ve yeni alıcı pay sahibi sıfatını kazanacaktır⁴²³. Bu nedenle özellikle iradi edinim hallerinde, devreden pay sahibi tarafından paylarını diğer alıcısına değil de şirkete satması bakımından herhangi bir menfaat farkı bulunmamaktadır. Bilakis, payları alıcısına, şirkete satmaksızın devretmesi devreden pay sahibi tarafından daha tercih edilebilir bir seçenektir. Ayrıca, şirketin bu iktisabı kendi hesabına yapması halinde ortaya çıkabilecek birtakım ek yükümlülükler de gündeme gelmeyecektir.

Öte yandan, *Akın*'ın kanuni edinim hallerinde, şirket tarafından kaçınma klotuna başvurulduğu takdirde, payları edinen kişinin şirket tarafından yapılan satın alma teklifini reddedemeyeceği kanaatinde olduğunu açıkladığımız tezimizin 2.6. (*Karma Görüş*) başlığına atıf yapmaktayız. *Akın*'a göre kanuni edinim

⁴¹⁹ *Altay*, sf.611. Hakların geçişi düzenlemeleri için tezimizin altıncı bölümüne başlığına atıf yapıyoruz.

⁴²⁰ *Akın*, sf. 83-84.

⁴²¹ *Akın*, sf. 83-84.

⁴²² *Akın*, sf. 83-84.

⁴²³ Tezimizin 3.2. numaralı başlığına atıf yapıyoruz.

hallerinde, paylarını şirkete satmak, payları edinen kişi tarafından bir zorunluluk olduğundan, şirket tarafından pay devrine onay verilmediğinde şirketin red iradesinin bu şekilde yorumlanmasının *Akın*'ın görüşü bakımından kendi içerisinde tutarlılık arz ettiği kanaatindeyiz.

Her halükârda, söz konusu durumda, hem iradi devirler hem de kanuni geçiş halleri bakımından şirketin payları satın almak yönünde gerçek değere atıf yapan bir iradesi oluşmadığından *Akın*'ın görüşüne iştirak edememekteyiz.

4.3.2. Muhatabın Teklifi Kabul Süresi

Paylarını devretmek isteyen pay sahibi veya payları edinen kişi, anonim ortaklığın satın alma teklifi üzerine, devre konu payların gerçek değerini öğrendiği andan itibaren bir aylık süre içerisinde teklifi reddettiğini şirkete bildirmezse, TK md. 493/6 uyarınca bu öneriyi kabul etmiş sayılmaktadır. Payları edinen kişinin, gerçek değeri öğrendiği andan itibaren göstereceği sessizliğe kanunun bir netice bağlaması, kaçınması klozunun hukuki niteliğini tartıştığımız ikinci bölümde vardığımız sonucu destekler niteliktedir.

Payları edinen kişinin, bir aylık süre içerisinde anonim ortaklığın devre konu payları satın alma teklifini kabul etmesi ile devre konu payların gerçek değerinin mahkeme kanalıyla tespiti iki ayrı husus olduğundan, *Uzel*, bu bir aylık sürenin mahkemeye gerçek değer tespiti için yapılması gereken başvuru süresi olmadığı kanaatindedir⁴²⁴.

Akın'a göre ise, gerçek değer mahkeme kanalıyla tespit edilmediği durumlarda, bu bir aylık süre, tarafların gerçek değer tespiti bakımından yürütecekleri müzakerenin azami süresi olarak kabul edilmelidir⁴²⁵. Taraflar arasındaki müzakere, bir aylık sürenin sonunda nihayete ermediyse, gerçek değer

⁴²⁴ *Uzel*, sf.326.

⁴²⁵ *Akın*, sf. 109.

tespit edilmiş olamayacağından devreden pay sahibi veya payları edinen kişinin gerçek değerin tespiti ve bu değerin kabulü veya reddi bakımından iradesi oluşmayacaktır. Bu nedenle *Akın*'ın bu görüşüne iştirak edemiyoruz. Hele ki, kanunun, devreden pay sahibi veya payları edinen kişinin sessizliğine irade beyanı bağladığı düzende, bu şekilde bir yaklaşımın pay sahipleri veya müktesiplerin gerçek değere atıf yapmak suretiyle kanun ile koruma altına alınmış menfaatleri ile bağdaşmayacağı kanaatindeyiz. *Yüksel* de, *Akın*'ın bu görüşünü eleştirerek, pay devir bedelinin müzakere yoluyla belirlenmesi halinde bir aylık süre sınırlaması getirilmesinde hiçbir haklı gerekçe bulunmadığını ve müzakerelerin sonuçsuz kalacağını düşünen tarafın her zaman gerçek değerin tespiti için mahkemeye başvurabileceğini ifade etmiştir⁴²⁶.

Gerçek değer tespitinin mahkeme tarafından yapılması halinde muhatabın satın alma teklifini kabul etme süresi olan bu bir aylık hak düşürücü süre, kararın kesinleştiği tarihten itibaren başlamaktadır⁴²⁷. Şüpheyeye mahal vermemek adına, muhatap, mahkeme tarafından belirlenen bedeli kabul etmek zorunda değildir⁴²⁸.

Muhatap, gerçek değeri öğrenmesinden itibaren 1 ay içerisinde, satın alma teklifini kabul etmezse şirkette pay sahibi olarak kalmaya devam edecektir⁴²⁹. Teklifi kabul ederse veya gerçek değerin tespit edildiği andan itibaren bir ay sessiz kalırsa satın alma önerisini kabul etmiş sayılacaktır.

Tezimizin bu bölümüne kadar incelediğimiz; alım teklifinin tarafları, kapsamı ve sürecini aşağıdaki tablo ile özetlemekteyiz.

⁴²⁶ *Yüksel*, sf. 207.

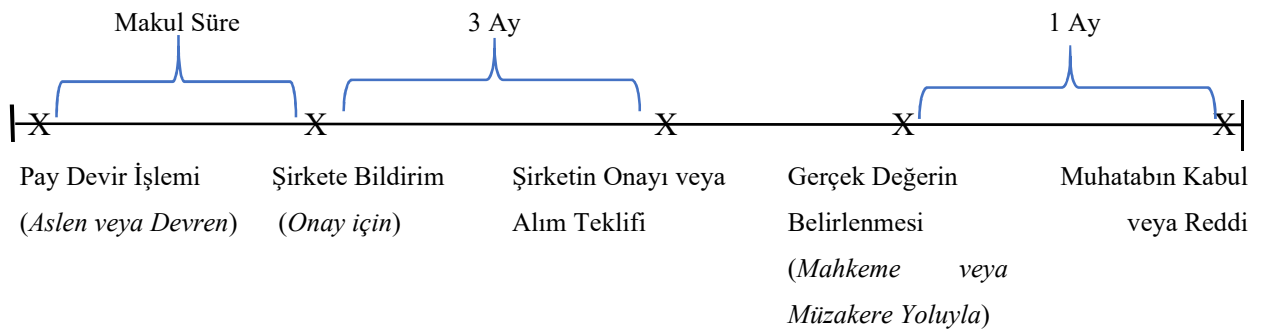
⁴²⁷ *Bozkurt*, sf.196; *Yüksel*, sf. 210; *Uzel*, sf. 327, *Akın*, sf.109.

⁴²⁸ *Bozkurt*, sf.163.

⁴²⁹ Tezimizin ikinci bölümünde ele aldığımız üzere, kaçınma klozunun hukuki niteliğinin; ön alım hakkı, yenilik doğuran hak ve alım hakkı olarak belirlenmesi durumunda, devreden pay sahibi veya payları edinen kişinin gerçek değerin tespitinin akabinde payların şirkete devredilmesini kabul etmeme hakları yoktur. Karma görüşü benimseyen *Akın*'a göre ise, iradi devirler bakımından devreden pay sahibi alım teklifini reddedebilecekken; kanuni iktisap hallerinde devralanlar, bu teklifi reddedemeyecektir. *Akın*, sf. 110.

Kaçınma Klotunun Kullanılması	
Teklif Eden (<i>adına işlem yapılan kişi</i>)	Şirket (<i>Şirketi temsilen yönetim kurulu</i>)
Teklif Edilen “Muhatap”	Paylarını devretmek isteyen pay sahibi veya Kanuni geçiş hallerinde şirket paylarını edinen kişi
Şirket Tarafından Hesabına Hareket Edilen Kişi	Şirketin kendisi Diğer pay sahipleri veya Üçüncü kişiler (<i>dolaylı temsil ilişkisi</i>)
Teklifin Kapsamı	Devre konu tüm paylar
Teklif Tutarı	Devre konu payların gerçek değeri
Teklifin Yapılabilme Süresi	Pay devrinin bildirildiği veya öğrenildiği andan itibaren 3 ay (<i>hak düşürücü süre</i>)
Teklifin Şekli	Geçerlilik şartı bulunmamaktadır, her şekilde yapılabilir. Ancak yazılı yapılması önerilmektedir.
Teklif Edilenin Teklifi Kabul Süresi	Teklif tarihinden itibaren 1 ay (<i>Teklifin reddi için hak düşürücü süre</i>)

Pay devir işleminin şirkete bildirilmesi ve kaçınma klotunun kullanılmasındaki süreler ise aşağıdaki şekilde özetlenebilir:



BEŞİNCİ BÖLÜM
GERÇEK DEĞERİN TESPİTİDEĞERLEMESİNE ESAS ALINACAK
AN

5.1.1. Gerçek Değerin Taraflar Arasında Kararlaştırılması Halinde

Kaçınma klozunun kullanılması çerçevesinde ödenecek pay bedelinin payın gerçek değeri olması kuralı yukarıdaki bölümlerde de ifade edildiği üzere emredicidir⁴³⁰. Ancak taraflar, şirket tarafından devre konu payların gerçek değeri üzerinden satın alınacağına dair yapılan teklif üzerine, devre konu payların gerçek değerini müzakere yoluyla pekâlâ belirleyebilirler. Gerçek değer tespit edilmesi için bağımsız bir bilirkişi veya uzmandan hizmet alabilirler. Ancak alınan bu hizmet, bir müzakere aracı niteliğindedir. Bu nedenle, TK md. 493/6'da düzenlenen teklifin muhatabı için öngörülmuş bir aylık kabul süresini başlatmamaktadır⁴³¹. TK md. 493/5 uyarınca bu durumda değerlendirme giderlerinin şirket tarafından karşılanması gereklidir; ancak aksi taraflarca kararlaştırılabilir.

Gerçek değer mahkeme yoluna başvurulmaksızın müzakere yoluyla tespit edilmesi halinde, değerlemeye esas alınacak an TK md. 493/1 uyarınca, pay devrinin onaylanması amacıyla şirkete yapılan başvuru anıdır⁴³². Bu kural hem iradi devir hem de kanuni geçiş hallerini kapsarken; *Altay*, kanuni iktisaplar bakımından değerlemede esas alınacak anın tespitinde bir ayrıma gitmiş ve TK md. 493/4 uyarınca gerçekleşen kanuni edinimlerde değerlemeye esas alınması gereken anın, onay için şirkete yapılan başvuru tarihi değil, iktisap anının kendisi olması gerektiğini ifade etmiştir⁴³³. *Altay*'a göre payın gerçek değerine esas alınacak anın payların edinim anı olarak belirlenmesinin gerekçesi, kanuni edinim hallerindeki hakların geçişinde mülkiyet ve mal varlıksal hakların derhal payları edinen kişiye

⁴³⁰ *Altay*, s.614; *Bozkurt*, sf.190.

⁴³¹ *Yüksel*, sf. 207.

⁴³² *Sevi*, sf. 277.

⁴³³ *Altay*, sf. 613-614.

devrolunmasıdır⁴³⁴. *Uzel*, *Altay*'ın bu görüşünü eleştirerek, kanuni iktisaplar bakımından bu şekilde bir ayrıma gidilmesinde bir menfaat bulunmadığını; ayrıca payları edinim anı ile onay için şirkete başvuru yapıldığı tarih arasında uzun bir zamanın bulunması halinde, payların gerçek değerine ilişkin yapılacak değerlemenin sağlıklı olamayacağını belirtmiştir⁴³⁵. Biz de *Uzel*'in görüşüne iştirak etmekteyiz.

5.1.2. Gerçek Değerin Mahkeme Tarafından Tespit Edilmesi Halinde

Devre konu payların gerçek değeri üzerinde işlem tarafları arasında bir uyumsuzluk olması halinde, payların gerçek değeri mahkeme kanalıyla tespit edilebilir. Yetkili mahkeme, şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki ticaret mahkemesidir. Gerçek değer tespitinde, aşağıda detaylıca açıklanacağı üzere, yaşayan şirket değerinin esas alınması gerektiği için, TK md. 493/5 uyarınca gerçek değer tespit edilirken, Mahkeme tarafından devre konu payların karar tarihine en yakın tarihteki değeri dikkate alınacaktır⁴³⁶.

Öte yandan, yukarıdaki başlıkta yer verildiği üzere, pay devir bedelinin müzakere yoluyla tespit edilmesi halinde, değerlemeye esas alınacak an pay devrinin onaylanması için şirkete yapılan başvuru tarihi olması karşısında; mahkeme yolunun tercih edilmesi halinde değerlemeye esas alınacak anın müzakere yolundan farklı şekilde düzenlenmesi bir çelişki yaratmaktadır.

Altay'a göre, bu çelişkinin ortadan kaldırılması için, değer mahkeme yoluyla tespit edilmesinde de pay devrinin onaylanması amacıyla şirkete yapılan başvuru tarihi dikkate alınmalıdır⁴³⁷.

⁴³⁴ *Altay*, sf.614.

⁴³⁵ *Uzel*, sf. 320.

⁴³⁶ *Sevi*, sf. 277.

⁴³⁷ *Altay*, sf.613-614.

Uzel de aynı çelişkiye işaret ederek, gerçek değer mahkeme kanalıyla tespitinde, değerlemeye esas alınacak anın mahkemenin karar tarihine en yakın olan an olarak belirlenmesinin, düzenlemenin amacına aykırı olarak, pay sahiplerinin menfaatlerini korumadığını ifade etmiştir⁴³⁸. *Uzel*'in bu görüşünün gerekçesi ise, gerçek değer tespit edilmesine kadar geçecek süre içerisinde, pay değerinde pay sahibinin aleyhine bir şekilde düşüşün meydana gelme riskidir⁴³⁹. *Uzel*, bu değer düşüklüğüne pekâlâ şirketin düşük karlılık politikalarının da sebebiyet verebileceğine işaret etmektedir⁴⁴⁰. *Uzel* anılan düzenlemeyi eleştirmekle birlikte, kanunun hükmünün açık olduğunu ve uygulanması gerektiğini ifade etmiştir⁴⁴¹.

Öğretide *Akın* da gerçek değer mahkeme yoluyla tespit edilmesinde, değerlemeye esas alınacak anın karar tarihine en yakın an olarak belirlenmesini eleştirmiştir⁴⁴². Zira, hüküm tarihine en yakın değer ne zaman tespit edileceği son derece muğlaktır⁴⁴³. Karar tarihine en yakın anın tespiti bakımından, ilk derece mahkemesinin verdiği karar tarihi esas alınır, ilk derece mahkemesinin bu kararına karşı yargı yollarının tüketilmesi 3 yıllık bir süreyi bulabilecektir. Bu durumda, aradan geçen zaman içerisinde pay devir bedelinde yaşanan değişikliklerin göz önüne alınması ve telafi edilmesi için tekrar değerlendirme mi yapılmalı, yoksa buna alternatif olarak hüküm tarihinden itibaren faiz mi işletilmeli gibi sorunlar gündeme gelecektir. İşaret edilen bu sorunlar karşısında *Akın*'ın önerisi; gerçek değer tespitinde, davanın açıldığı tarihteki verilerin esas alınması ve belirlenen değere dava tarihinden itibaren faiz yürütülmesidir⁴⁴⁴. Ancak *Akın*'ın, bu önerisinin kanun ve uygulamada karşılık bulmaması karşısındaki ek görüşü ise, TK md. 493/5 çerçevesinde yürütülecek faizin avans faizi olması gerektiği⁴⁴⁵ ve

⁴³⁸ *Uzel*, sf. 321.

⁴³⁹ *Uzel*, sf.321.

⁴⁴⁰ *Uzel*, sf.321.

⁴⁴¹ *Uzel*, sf.321.

⁴⁴² *Akın*, sf. 102 vd..

⁴⁴³ *Akın*, sf. 102.

⁴⁴⁴ *Akın*, sf. 102.

⁴⁴⁵ *Akın* ayrıca, alıcının tacir olmaması durumunda avans faizinin uygulanmaması gerektiğini de belirtmiştir. *Akın*, sf. 103.

hükümden itibaren işletilmesi gerektiğidir⁴⁴⁶. *Akın* da *Uzel* gibi anılan düzenlemeyi eleştirmekle birlikte, sonuçta, kanunun bu açık hükmünün uygulanması gerektiği kanaatindedir⁴⁴⁷.

Bozkurt ise, kanunun lafzı payların “fiyatı” değil, “değeri” kavramını tercih ettiğinden, gerçek değerın tespiti bakımından belirli bir anın değil, belirli bir dönem (*onay için şirkete başvuru anı ve mahkeme kararı arasındaki dönem gibi*) veya bunların ortalamasının dikkate alınmasının anılan sorunun çözümü bakımından makul görmektedir⁴⁴⁸. *Bozkurt*, dönem içerisinde en az iki değerlendirme raporu esas alınarak bunların en yüksekini veya aritmetik ortalamalarının alınmasını önermektedir⁴⁴⁹. *Bozkurt* ayrıca, devreden pay sahibinin veya payları edinen kişinin, tespit edilen gerçek değer ne olursa olsun bunu 1 aylık süre içerisinde reddetme imkanının bulunmasının kendisi için bir güvence olduğunu da ifade etmiştir⁴⁵⁰. *Bozkurt*’un görüşü tarafların menfaatlerini daha başarılı bir şekilde dengelediğinden, biz de *Bozkurt*’un görüşüne iştirak etmekteyiz.

Pay devir bedelinin mahkeme kanalıyla tespit edilmesi halinde anonim ortaklık mahkeme tarafından belirlenen bedel ile bağlıdır ve tespit edilen bedel şirketin tasavvur ettiğinden fazla olsa bile önerisini geri çekemeyecektir⁴⁵¹.

5.2. GERÇEK DEĞERİN TESPİTİ DAVASINI AÇABİLECEK KİŞİLER

Tarafların gerçek değeri müzakere yoluyla tespit edememesi halinde, TK md. 493/5 uyarınca devralan, şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinden gerçek değerin tespit edilmesi talep edebilir. TK md. 493/5 maddesi sadece lafzi şekilde yorumlanırsa, gerçek değerin tespit edilmesine yönelik

⁴⁴⁶ *Akın*, sf. 103.

⁴⁴⁷ *Akın*, sf. 103.

⁴⁴⁸ *Bozkurt*, sf. 188-189.

⁴⁴⁹ *Bozkurt*, sf. 188.

⁴⁵⁰ *Bozkurt*, sf. 189.

⁴⁵¹ *Akın*, sf. 84; *Bozkurt*, sf.156, 163.

olan bu davayı yalnızca “devralan” açabilecektir⁴⁵². Ancak, yukarıdaki 4.2.2. (*Alım Teklifinin Muhatabı*) başlığında açıklandığı üzere, TK md. 493/5 ve 493/6’de yer alan “devralan” ibarelerinin “payları edinen kişi” veya “payların maliki” olarak değerlendirmek çok daha isabetli olacaktır. Bu ayrım kendini özellikle iradi devirlerde gerçek değer tespiti için dava açılması hususunda göstermektedir. Zira, kanuni iktisap hallerinde payların mülkiyeti, devir işlemi doğuran tasarrufun gerçekleştiği anda ve şirketin pay devrini onaylayan kararından önce geçtiği için TK md. 494/5’in lafzında yer alan “devralan” ibaresinin işaret ettiği kişi ve dava ehliyeti bakımından bir sorun bulunmamaktadır. Ancak madde lafzi olarak yorumlandığında, iradi devirlerde paylarını devreden pay sahibi bu davayı açamayacaktır.

Öte yandan iradi devirlerde, paylarını devretmek isteyen pay sahibinin kaçınma klozuyla muhatap olması halinde paylarını dilediği kişiye devredemeyeceğinden, payların gerçek değer tespiti bakımından hukuken korunmaya değer güncel bir yararı mevcuttur⁴⁵³. Bu nedenle, kanunun lafzi yorumundan farklı olarak, iradi devirlerde, paylarını “devreden” pay sahibinin de gerçek değer tespiti için mahkemeye başvurabileceği sonucuna varılmalıdır⁴⁵⁴. Nitekim Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 22.06.2021 tarih ve 2020-338/5306 sayılı kararı ile bu konuyu kapsamlı olarak incelemiş ve neticede, paylarını devreden pay sahibinin de gerçek değer tespiti davasını açmak bakımından hukuki ehliyeti bulunduğunu hükme bağlamıştır⁴⁵⁵.

Ayrıca şirketin de gerçek değer tespiti bakımından hukuki yararı bulunduğundan bu davayı açabileceği mütalaa edilmektedir⁴⁵⁶.

⁴⁵² Albayrak Doğan, sf. 23.

⁴⁵³ Albayrak Doğan, sf. 24.

⁴⁵⁴ Albayrak Doğan, sf. 25; Yüksel, sf. 209; Uzel, sf. 326-326; Akın, sf. 82.

⁴⁵⁵ Albayrak Doğan, sf. 27.

⁴⁵⁶ Albayrak Doğan, sf. 26; Akın, sf.100.

Diğer taraftan, iradi edinim hallerinde, devreden pay sahibinin paylarını satın almak isteyen alıcının, şirketler hukuku tahtında korunan ve pay devrinin onaylanmasının reddi bakımından şirkete karşı ileri sürebileceği bir menfaati bulunmadığından gerçek değer tespiti davasını açamayacaktır⁴⁵⁷.

TK md. 493/5 maddesi uyarınca, değerlendirme giderleri şirket tarafından karşılanacaktır.

5.3.GERÇEK DEĞER KAVRAMINDAN NE ANLAŞILMASI GEREKTİĞİ

Kanun koyucu pay devir bedelinin tespitinde gerçek değere atıf yapmakla birlikte, gerçek değerden ne anlaşılması gerektiğini düzenlememiş; tanımlamayı öğretti ve içtihadı bırakmıştır⁴⁵⁸. Belirtmek gerekir ki kanunda, gerçek değere atıf yapılan tek madde TK md. 493 vd. hükümleri değildir. Sınırlı sayıda olmamakla birlikte, birleşmeleri düzenleyen TK md. 140/2 ve 140/5; tür değiştirmeye ilişkin TK md. 183/3 ve şirketler topluluğu hükümlerinden TK. md. 202/2'de de gerçek değer kavramına yer verildiği görülmektedir⁴⁵⁹.

Şirket paylarının gerçek değerinin belirlenmesi, değerlemeye konu şirkete özgü birçok değişkene bağlıdır ve ilgili şirket bakımından en uygun değerlendirme yöntemlerinden biri tercih edilmelidir. Değerleme yöntemlerinden bazıları; öz kaynak, piyasa değeri, yeniden kurma değeri, fiyat/kazanç oranı, defter değeri gelir esaslı değerlendirme yöntemleri olarak sıralanabilir⁴⁶⁰. Öğretide *Özatlan*, anonim şirket birleşmelerindeki denkleştirme davasını incelediği monografik eserinde, şirketlerin gerçek değerleri tespit edilirken, geniş bir perspektiften bakılarak birden fazla yöntemle değerlendirilmesini, ortaya çıkan verilerin birbirleriyle ile

⁴⁵⁷ Bozkurt, s.152; *Albayrak Doğan*, sf. 26.

⁴⁵⁸ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Gereği, md. 493

⁴⁵⁹ Kanunda, gerçek değere atıf yapılan bu maddelerde de gerçek değer mahkeme kanalıyla tespit edilmesi halinde mahkeme kararına en yakın tarihteki verilerin esas alınacağı düzenlenmiştir.

⁴⁶⁰ Değerleme yöntemlerinin çeşitleri ve detayları için bkz. *Özatlan*, sf. 47-65.

karşılaştırılarak işlem tarafları için en ideal sonucu doğuracak yöntemin esas alınması gerektiğini ifade etmiştir⁴⁶¹. *Özatlan*'ın şirket birleşmelerindeki gerçek değer tespiti bakımından benimsediği bu yaklaşımın, kaçınma klozundaki gerçek değer tespiti sorununda da uygulanabilir olduğu kanaatindeyiz.

Genel anlamda gerçek değer tespiti, iktisat biliminin konusu olmakla birlikte, hukuk öğretisinde de gerçek değer tespit edilirken dikkate alınması gereken hususlara işaret edilmiştir⁴⁶². Aşağıda gerçek değer tespiti edilmesinde hukuk öğretisinde incelenen konulara yer verilmiştir.

Öğretide; gerçek değer tespiti yapılırken; şirketin faaliyetlerini olağan şekilde sürdürmeye devam eden yaşayan bir teşebbüs olduğu ("*going concern value*") varsayımından hareket edilmesi gerektiği; bir diğer deyişle, değerlendirme yapılırken tasfiye değerinin değil, yaşayan işletme değerinin dikkate alınması gerektiği işaret edilmiştir⁴⁶³. Yaşayan işletme değeri, tasfiye değerinin karşıtıdır ve şirketin ileriye dönük projeksiyonları ile verimlilik değerini de içinde barındırır⁴⁶⁴.

Gerçek değer tespiti verimlilik değeri de dikkate alınmalıdır⁴⁶⁵. Verimlilik değeri ise payın iç değerinin belirlenmesi bakımından önem arz eder⁴⁶⁶. *Akın ve Yüksel*, İsviçre Federal Mahkemesi'nin gerçek değere verdiği anlamın payların iç değeri olduğunu ve uygulamanın da bu şekilde geliştiğini aktarmaktadır⁴⁶⁷. Türkiye'deki öğretide de, gerçek değer tespiti bakımından payların iç değerinin esas alınması gerektiği ifade edilmiştir⁴⁶⁸. İç değer kavramı,

⁴⁶¹ *Özatlan*, sf. 67.

⁴⁶² Gerçek değer hakkında hukuk öğretisinde yapılan farklı tanımlar ve hesaplama yöntemleri için bkz. *Akın*, sf. 96 vd.; *Bozkurt*, sf. 178 vd.; *Özatlan*, sf. 41 vd.; *Karababa*, sf. 170 vd.; *Uzel, İlkeler*, sf. 555 vd.; *Pulaşlı, DD*, sf. 205 vd..

⁴⁶³ *Uzel*, sf. 320; *Tekinalp, Bağlam*, sf. 50; *Erdem*, sf.121; *Akın*, sf.96; *Yüksel* sf. 203.

⁴⁶⁴ *Tekinalp, Bağlam*, s. 50; *Erdem*, sf.121.

⁴⁶⁵ *Tekinalp, Bağlam*, s. 50.

⁴⁶⁶ *Erdem*, sf.121; *Pulaşlı, Şerh*, sf. 1490.

⁴⁶⁷ *Akın*, sf. 95; *Yüksel*, sf. 200.

⁴⁶⁸ *Akın*, sf. 95; *Uzel*, sf. 318; *Pulaşlı, Şerh*, sf. 42-58; *Tekinalp, Bağlam*, sf. 50; *Yüksel*, sf.200.

pay sahibine ait öznel değerlerden bağımsız; pay sahibine ait olan payın değil de şirketin bir bütün olarak değerlemesi sonucunda ulaşılan toplam tutar içerisinde devre konu payın karşılık geldiği değeri ifade etmektedir⁴⁶⁹. Böylece, *Akın*'a göre, gerçek değer kavramı (*yani iç değer*) sayesinde kanun koyucu, aslında objektifleştirilmiş bir değeri esas almaktadır⁴⁷⁰. İç değerın hesaplanmasıyla sağlanan bu objektiflik, devre konu payların kontrol hakkı verip vermediği veya azlık payı olup olmasının tespit edilecek değerde bir etkisi olmayacağı anlamına gelmektedir⁴⁷¹. Bir diğer deyişle; devre konu paylar kontrol hakkı veriyorsa pay devir bedeline bu nedenle prim eklenmeyecek veya devre konu paylar azlık paylarıysa indirim uygulanmayacaktır⁴⁷². Bu yorum ile benzer şekilde *Yüksel*'e göre, paylar bağlı ve nama yazılı olduğu için tedavül kabiliyetinin sınırlı olması nedeniyle de indirim yapılmaması gerekir⁴⁷³.

Öte yandan *Uzel*, İsviçre kanun koyucusu payların gerçek değerinin “*ticari değer*” olduğunu açıkladığını aktarmakta ve bu nedenle, bağlı nama yazılı payların tedavül kabiliyeti bağımsız diğer paylara göre daha düşük olduğundan, bağlı payların pay devir bedelinin de bağımsız diğer payların bedelinden daha düşük olması gerektiğini ifade etmektedir⁴⁷⁴.

Devre konu payların iç değeri hesap edilirken, alıcısına verdiği hakların dikkate alınmamasının gerekçesi olarak eşit işlem ilkesi gösterilmektedir⁴⁷⁵. Ancak *Yüksel*, bu yaklaşımı eleştirmekte, asıl gerekçenin eşit işlem ilkesi değil, işletme iktisadının iç değeri hesaplanmasıyla ilgili olarak belirlemiş olduğu teknik bir ilke olduğunu ifade etmektedir⁴⁷⁶. Devre konu payların sağladığı haklara göre değişkenlik gösterebilecek pay devir bedelindeki prim ya da indirim uygulamaları,

⁴⁶⁹ *Yüksel*, sf. 20; *Akın* sf. 98.

⁴⁷⁰ *Akın*, sf. 95.

⁴⁷¹ *Yüksel*, sf. 201.

⁴⁷² *Yüksel*, sf. 201; *Akın*, sf. 98-99.

⁴⁷³ *Yüksel*, sf. 201.

⁴⁷⁴ *Uzel*, sf. 319.

⁴⁷⁵ *Akın*, sf. 99.

⁴⁷⁶ *Yüksel*, sf. 201.

payların nispi (*dışsal*) değeri hesaplanırken dikkate alınmaktadır⁴⁷⁷. Dışsal değer ise *arms length* olarak belirlenen piyasa değerini ifade etmektedir⁴⁷⁸. *Yüksel*, TK md. 379 uyarınca şirketin kendi paylarını iktisabında gerçek değer kavramına atıf yapılmamış olmasının, payların şirket tarafından devralınırken nispi değer üzerinden işlem yapılabileceği şeklinde yorumlandığını aktarmaktadır⁴⁷⁹. Ancak *Yüksel*'e göre, kaçınma klozu kullanılması neticesinde şirketin kendi paylarını edinmesinde, nispi değer dikkate alınmamalıdır ve alım teklifinin muhataplarının tam olarak tazmin edilmesi esas olmalıdır⁴⁸⁰. Nitekim TK md. 493'ün lafzının gerçek değere atıf yapması da muhatapların tam olarak tazmin edilmesi esasını destekler niteliktedir⁴⁸¹.

İç değer tartışmalarından bağımsız olarak *Tekinalp*'e göre gerçek değer, anonim ortaklığın tüm işletmesinin bir bütün halinde ve anonim ortaklığın faaliyet halinde bulunduğu esasına göre belirlenecek değerdir⁴⁸². Buna göre payların gerçek değeri, tespit tarihi itibarıyla şirketin sahip olduğu aktiflerinin potansiyel satış değerleri esas alınarak belirlenen bilanço değeri üzerinden hesaplanmalıdır⁴⁸³. Söz konusu bedele, peştemaliye (*good-will*) de eklenecektir⁴⁸⁴.

Sevi'ye göre ise, şirket esas sözleşmesinde yer alabilecek şirket paylarının gerçek değerinin hesaplanmasına ilişkin hükümler ile devreden pay sahibi ile payları satın almak isteyen üçüncü kişiler arasında kararlaştırılmış olan satış bedeli şirket için bağlayıcı değildir⁴⁸⁵. Ancak bu bedel göz önünde de bulundurulabilir⁴⁸⁶.

⁴⁷⁷ *Yüksel*, sf. 201.

⁴⁷⁸ *Yüksel*, sf. 201.

⁴⁷⁹ *Yüksel*, sf. 201.

⁴⁸⁰ *Yüksel*, sf. 202.

⁴⁸¹ *Yüksel*, sf. 202.

⁴⁸² *Tekinalp, Bağlam*, s. 49.

⁴⁸³ *Sevi*, sf. 277; *Tekinalp, Bağlam*, sf. 49.

⁴⁸⁴ *Tekinalp, Bağlam*, sf. 49; *Sevi*, sf. 277.

⁴⁸⁵ *Sevi*, sf. 277.

⁴⁸⁶ *Yüksel*, sf. 205.

Akın da pay devir bedelinin ne şirketin içini boşaltacak şekilde şişirilmiş ne de tam tersi bir şekilde iç değerinin de altında bir değer olmaması gerektiğini ifade etmiştir⁴⁸⁷.

5.4.GERÇEK DEĞERİN ESAS SÖZLEŞME İLE BELİRLENMESİ

Gerçek değerın tespitinde tercih edilecek yöntemin esas sözleşmede öngörülmesi de mümkündür⁴⁸⁸. Ancak *Bozkurt*, bu düşünceye mesafeli yaklaşarak, sermayenin korunması ilkesinden hareketle, esas sözleşmede, gerçek değerin üzerinde bir bedel ödemeye neden olabilecek hükümlerin veya değerlendirme yöntemlerinin kabul edilememesi gerektiğini ifade etmiştir⁴⁸⁹. *Altay, Uzel ve Akın* da bu hususa aynı şekilde işaret etmişlerdir⁴⁹⁰.

Öğretide *Yüksel* de bu hususu değerlendirmiş ve esas sözleşmede yer alan hesaplama yönteminin, gerçek değerin dışında (*altında veya üstünde*), bir değerin esas alınmasını öngörmesi halinde, bu düzenlemelerin TK md. 493/7 uyarınca genelde geçersiz kabul edildiğini ifade etmiştir⁴⁹¹. *Yüksel*, gerçek değerin altında bir pay devir bedeli öngören esas sözleşme düzenlemelerinin geçersiz olduğunda kuşku olmadığını belirtmekle birlikte; gerçek değerden daha yüksek çıkması muhtemel olan piyasa değerine esas sözleşmede atıf yapılmasını olanaklı görmektedir⁴⁹². Zira, pay devir bedeli taraflar arasında pekâlâ müzakere edilebilir ve yazara göre TK md. 493'ün lafzının gerçek değere atıf yapması, pay devir bedelinin tespiti bakımından bir üst sınır teşkil etmemektedir⁴⁹³⁴⁹⁴.

⁴⁸⁷ *Akın*, sf. 95.

⁴⁸⁸ *Altay*, s.614; *Uzel*, sf.319; *Akın*, sf.111; *Bozkurt*, sf. 190.

⁴⁸⁹ *Bozkurt*, sf. 191.

⁴⁹⁰ *Altay*, s.614; *Akın*, sf.111; *Uzel*, sf. 319.

⁴⁹¹ *Yüksel*, sf. 208.

⁴⁹² *Yüksel*, sf. 209.

⁴⁹³ *Yüksel* sf. 208.

⁴⁹⁴ Yönetim kurulunun bu durumda genel hükümlere göre sorumluluğunun gündeme gelebileceğini hatırlatmak isteriz.

5.5.GERÇEK DEĞERİN TAHKİM YOLUYLA VEYA ÜÇÜNCÜ KİŞİLER ARACILIĞIYLA BELİRLENMESİ

Öğretide, gerçek değer tespitinin esas sözleşmeye konulacak bir hükümle tahkim yoluyla veya üçüncü kişiler aracılığıyla belirlenip belirlenemeyeceği de değerlendirilmiştir. Aşağıda bu konudaki görüş ve tartışmalara yer verilmiştir.

5.5.1. Tahkim Yoluyla Belirleme

HMK md. 408 uyarınca, tarafların iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir. Ancak öğretilde, kaçınma klotunun işletilmesi için gerçek değer tespit edilmesi bir alacak hakkını teşmil ettiğinden tarafların iradelerine tabi olduğu ve bu nedenle bu konuda taraflar arasında çıkabilecek bir uyuşmazlığın tahkime elverişli olduğu ifade edilmektedir⁴⁹⁵. Biz de gerçek değer tespit edilmesinde doğacak uyuşmazlığın tahkime elverişli olduğu kanaatindeyiz.

Gerçek değer tespit edilmesinde doğacak uyuşmazlığın tahkime elverişli olduğunun kabulünün ardından; tahkim şartının esas sözleşmede yer alıp alamayacağı ve yer aldığı takdirde korporatif nitelik kazanıp kazanmayacağı soruları karşımıza çıkacaktır.

Akın'a göre, esas sözleşmede gerçek değer tespitindeki uyuşmazlıklar için tahkim yoluna gidileceğine dair düzenlemeler korporatif nitelikte olmayıp yalnızca şirket kurucularını bağlamaktadır⁴⁹⁶. *Akın*'ın bu görüşünün gerekçeleri ise; (i) tahkim iradesinin açık ve kesin olması gerekirken esas sözleşmesel düzenlemenin genel geçer kabul edilebileceği, (ii) tahkim şartının sicil olumlu etkisinden yararlanamayacağı, (iii) tahkim sözleşmesinin yazılılık şekline tabi olduğu ve (iv)

⁴⁹⁵ *Akın*, sf. 104; *Uzel*, sf. 326; *Bozkurt*, sf. 192.

⁴⁹⁶ *Akın*, sf. 105.

kanun koyucunun TK md. 340 ve TK md. 493/5 hükümlerindeki iradesinin gerçek değer tespiti bakımından mahkemeleri görevlendirmiş olduğu yönünde yorumlanması gerektiği, şeklinde özetlenebilir⁴⁹⁷. Bu nedenle *Akın*'a göre, aslında ortada tahkime elverişli bir konu varken, yukarıda özetlenen gerekçelerle, esas sözleşmesel düzenlemelerle gerçek değer tespitindeki uyuşmazlıklar için tahkim yoluna başvurulması mümkün görünmemektedir⁴⁹⁸.

Yüksel ise, gerçek değer tespitindeki uyuşmazlıkların tahkime elverişli olduğunu, ancak esas sözleşmede yer alan tahkim şartının yalnızca kurucular bakımından bağlayıcı olduğunu ifade etmiştir⁴⁹⁹. *Yüksel* ayrıca, esas sözleşmede tahkim giderlerinin şirket tarafından karşılanacağını mutlaka düzenlenmesi gerektiğini işaret etmiştir⁵⁰⁰. Aksi halde, değerlendirme masraflarının şirkete ait olacağını öngören TK md. 493/5 hükmü ve devir şartlarını ağırlaştırma yasağı olan TK md. 493/7 düzenlemesine aykırı hareket edilmiş olur⁵⁰¹.

Öğretide *Bozkurt* da TK md. 340 düzenlemeleri ve esas sözleşmedeki tahkim şartlarının şirkette sonradan pay sahibi olan kişiler için bağlayıcı olup olmayacağı sorunları nedeniyle, gerçek değer tespiti için tahkim yoluna gidileceğine ilişkin esas sözleşme düzenlemelerine mesafeli yaklaşmaktadır⁵⁰².

Yukarıda yer verilen tartışmalar, tezimizin konu sınırlamasını aşarak aslında şirket esas sözleşmesinde tahkim şartına yer verilmesi ve bunun farklı taraflar arasındaki uyuşmazlıklara etkisine dayanmaktadır. Öğretide bu husus bir hayli tartışmalıdır. *Veziroğlu*'na göre en genel anlamda, esas sözleşmede yer alan tahkim

⁴⁹⁷ *Akın*, sf. 104-106.

⁴⁹⁸ *Akın*, sf. 106.

⁴⁹⁹ *Yüksel*, sf. 209. Ancak yazar, sonradan oybirliği ile tahkim şartının esas sözleşmeye eklenmesi halinde bu şartın pay sahipleri için tıpkı kuruluş esas sözleşmesinde olduğu gibi geçerli kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir.

⁵⁰⁰ *Yüksel*, sf. 209.

⁵⁰¹ *Yüksel*, sf. 210.

⁵⁰² *Bozkurt*, sf. 192-193.

şartları korporatif niteliktedir⁵⁰³. Bu kabulün, tezimizin konusu bakımından etkisi ise, kaçınma klozuna başvurulduğunda gerçek değer tespitinde taraflar arasında bir uyuşmazlık olduğu durumda, şirket esas sözleşmesinde uygun bir tahkim şartı yer alıyorsa; bu şartın korporatif olması nedeniyle hem iradi devirler hem de kanuni iktisap hallerinde uyuşmazlığın bütün tarafları bakımından tahkime gidilmesi gerekeceğidir. Öte yandan *Ayoğlu*'na göre, esas sözleşmede yer alan tahkim şartları korporatif değildir ve şekli niteliktedir⁵⁰⁴. Esas sözleşmede tahkim şartının düzenlenmesiyle doğrudan ilgili olmasa da *Karasu*'ya göre bu tür düzenlemeler korporatif etki doğuramazlar ve nispi ve sözleşmesel bir nitelik taşırlar⁵⁰⁵. Anılan düzenlemeler esas sözleşme hükümleri sicile tescil ve ilan edilmiş olsalar dahi, sicilin olumlu etkisinden yararlanamaz ve üçüncü kişilere karşı veya üçüncü kişilerce ileri sürülemezler⁵⁰⁶. Bu kabulün, tezimizin konusu bakımından etkisi ise, gerçek değer tespitinde taraflar arasında bir uyuşmazlık olduğu durumda, bu tahkim şartının kanuni edimlerin bakımından uygulanamayacağıdır. İradi devirler bakımından ise devreden pay sahibinin esas sözleşmede yer alan bu tahkim şartıyla bağlı olup olmayacağının araştırılması gerekecektir.

Gerçek değer tespitindeki uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesi halinde değerlemeye esas alınacak anın ne olacağının da tespit edilmesi gerekecektir. Kanun koyucunun, mahkeme yoluyla gerçek değer tespit edilmesi halinde bertaraf etmek istediği risk, yargılama faaliyetinin uzun sürmesi halinde ortaya çıkabilecek olumsuz sonuçlardır⁵⁰⁷. Bu noktadan hareketle *Uzel*'e göre, gerçek değer bir hakem veya hakem heyeti tarafından belirlenmesi halinde, yargılama faaliyeti mahkeme yargısına göre çok daha kısa süreceği için gerçek değer bakımından esas alınması gereken anın pay devrinin onaylanması için şirkete

⁵⁰³ *Veziroğlu, Esas Sözleşme*, sf. 286; *Veziroğlu, Arbitration*, sf. 12-27.

⁵⁰⁴ *Ayoğlu, Tahkim*, sf. 38, 61.

⁵⁰⁵ *Karasu*, sf. 137.

⁵⁰⁶ *Karasu*, sf. 139.

⁵⁰⁷ *Uzel*, sf.321.

yapılan başvuru anı olması gerektiği şeklinde bir çıkarım yapılabilir⁵⁰⁸. Ancak *Uzel*'e göre, hakem tarafından yapılacak değerlemelerde de karar tarihine en yakın ortaklık değerinin dikkate alınması bir zorunluluktur⁵⁰⁹. Biz de *Uzel*'in görüşüne iştirak ederek, karar tarihine en yakın ortaklık değerinin dikkate alınması gerektiği kanaatindeyiz.

5.5.2. Üçüncü Kişiler Aracılığıyla Gerçek Değerin Tespit Edilmesi

Taraflar, gerçek değer tespit edilmesi için bağımsız bir bilirkişi veya uzmandan hizmet alabilirler. Bu kişiler denetçi veya değerlendirme uzmanları olabilir. *Akın*'a ve *Bozkurt*'a göre, şirketin halihazırdaki bağımsız denetçisinin, gerçek değer tespiti yapmasının özellikle şirket hesabına bu iktisap yapıldığında bu kişilerin bağımsızlığını koruyamayabileceği ihtimali nedeniyle mümkün görünmemektedir⁵¹⁰. *Akın* bunun yerine, tarafların aralarında anlaşarak başka bir bağımsız denetçiyi tayin etmelerini önermektedir⁵¹¹.

Bu aşamada taraflar arasında gerçek değer tespiti bakımından bir uyumsuzluk henüz söz konusu değildir. Amaç, maddi bir olgunun nasıl tespit edileceğini belirlemektir. Tarafların, belirlenen bağımsız üçüncü kişinin tespit edeceği değer ile bağlı olmayı kabul ettikleri takdirde, bu işlemin hukuki niteliğinin münhasır delil sözleşmesi olduğu kanaatindeyiz⁵¹². Hakem bilirkişinin raporlarına karşı iptal davası açılabilmeyle⁵¹³ birlikte, gerçek değer tespiti bakımından bu şekilde bir yöntemin kabul edilmesi halinde, TK md. 493/6'da düzenlenen ve teklifin muhatabı için öngörülen bir aylık kabul süresinin başlayacağını düşünmekteyiz.

⁵⁰⁸ *Uzel*, sf.321.

⁵⁰⁹ *Uzel*, sf.321.

⁵¹⁰ *Akın*, sf. 108; *Bozkurt*, sf. 191.

⁵¹¹ *Akın*, sf. 108.

⁵¹² *Pekcanitez, Atalay, Özekes*, sf. 409.

⁵¹³ *Pekcanitez, Atalay, Özekes*, sf. 409.

Değerleme giderleri ise kanunun 495/5 maddesi uyarınca şirket tarafından karşılanacaktır.

ALTINCI BÖLÜM

HAKLARIN GEÇİŞİ VE ŞİRKET TARAFINDAN PAYLARIN ELDEN ÇIKARILMASI

6.1.HAKLARIN GEÇİŞİ

Yukarıdaki bölümlerde, eTK döneminden farklı olarak, bağlı nama yazılı payların devrinde hak geçişleri bakımından bölünme teorisinin terk edilerek, birlik teorisini benimsendiğini belirtmiştik. Kanun koyucunun kaçınma klozunun kullanılmasında; iradi devirler ile kanuni iktisaplar arasında yaptığı tek ayrımın da hakların geçişi bakımından olduğunu ifade etmiştik⁵¹⁴. Aşağıda, kaçınma klozunun kullanılması neticesinde hakların geçişi hem iradi devirler hem de kanuni iktisaplar bakımından incelenmiştir.

Ayrıca, kaçınma klozunun kullanılması neticesinde payların şirket tarafından iktisap edilmesi halinde hakların şirkete geçişine de yer verilmiştir.

6.1.1. İradi Devirlerde Hakların Geçişi

TK'nın yeni bağlam sisteminde birlik teorisi benimsendiğinden⁵¹⁵, TK md. 494/1 uyarınca, payları bağlı ve nama yazılı anonim şirketlerde pay devrine onay verilmeden, paya bağlı haklar alıcısına devredilemeyecektir. Hakların geçişine ilişkin bu düzenleme emredici niteliktedir ve bu düzenlemeyle kıymetli evrak hukukundaki ilkelere önemli bir istisna getirmiştir⁵¹⁶. Zira, şirket tarafından pay devrine onay vermesi kurucu bir işleve sahiptir⁵¹⁷. Onayın bu işlevinden ötürü,

⁵¹⁴ Tezimizin üçüncü bölümüne atıf yapıyoruz.

⁵¹⁵ Birlik teorisi, borsada işlem görmeyen payların iradi devirlerinde kabul edilmiştir. Bazı kanuni iktisap halleri ileride açıklanacağı üzere istisna olarak düzenlenmiştir.

⁵¹⁶ Akın, sf. 112; Bozkurt, sf. 206-207.

⁵¹⁷ Akın, sf. 112; Bozkurt, sf. 202.

hakların geçişi bakımından esas alınacak tarih, Şirketin pay devrine onay verdiği tarihtir⁵¹⁸.

Şirketin kaçınma klozunu işleterek, pay devrine onay vermemesi halinde, devre konu paylardan doğan tüm haklar, paylarını devretmek isteyen pay sahibinde kalacaktır⁵¹⁹⁵²⁰. Devre konu payları devralmak isteyen üçüncü kişi ise, devre onay verilmediği takdirde, pay sahipliği sıfatını kazanamayacak ve paya bağlı hakları elde edemeyecektir⁵²¹.

Şirket bu payları diğer pay sahipleri veya üçüncü kişiler hesabına iktisap etmiŐe, dolaylı temsil prensipleri çerçevesinde hareket ettiğinden, devraldĐı hakları, hesabına hareket ettiği kişiye hukuki işlemler yoluyla devredecektir.

6.1.2. Kanuni Edinimlerde Hakların Geçişi

Şirket paylarının miras, mirasın paylaşımı, eşler arasındaki mal rejimi hükümleri veya cebri icra gereği iktisap edilmeleri hlinde ise, TK md. 494/2 uyarınca, payların mülkiyeti ve paya bağlı mal varlıksal haklar derhl; genel kurula katılma haklarıyla oy hakları ise ancak Şirketin onayı ile birlikte payları edinen kişiye geçmektedir. GrldĞu gibi kanun koyucu burada, benimsediği birlik teorisinden ayrılarak; belirli kanuni iktisap halleri bakımından pay sahipliği haklarını blmŐtr⁵²². *Bozkurt*'a göre, anılan kanuni iktisap hallerine ilişkin bu istisnada, eTK döneminde olduğu gibi gerçek bir bölünme söz konusu değildir ve bu iktisap hallerinde bölünme teorisi ngrlmemiŐtir⁵²³. Zira nceki kanun

⁵¹⁸ *Akın*, sf.112.

⁵¹⁹ *Sevi*, sf. 288; *Bozkurt*, sf. 205.

⁵²⁰ Devreden pay sahibi, genel hükümlere uygun olarak kâr payı alacağını üçüncü kişilere devredebilir. Ancak *Bozkurt*'a göre, gelecekteki tüm kar veya tasfiye payları üzerindeki alacak haklarının bir bütün olarak temlik edilmesi, bağlam ile korunan amacı anlamsız kılmaktadır. *Bozkurt*, sf. 206.

⁵²¹ *Sevi*, sf. 288.

⁵²² *Tekinalp, Bağlam*, sf. 53.

⁵²³ *Bozkurt*, sf. 245.

döneminde bölünme teorisi uyarınca, payların mülkiyeti ve mal varlıksal haklar payları devralan kişiye geçerken, yönetsel haklar devreden pay sahibinde kalmaya devam ediyordu. Bir diğer deyişle, bölünmeye yol açan iki ayrı hak sahibi veya taşıyıcı vardı⁵²⁴. Ancak yeni kanun döneminde kanuni iktisap hallerinde, yönetsel haklar birisine devredilmemek veya bir kişi üzerinde kalmamakla birlikte; bilakis askıya alınmaktadır⁵²⁵. Bu nedenle gerçek anlamda bir bölünme teorisi uygulanmamaktadır. *Uzel*'de kanunun lafzını eleştirerek, tercih edilmesi gereken ifadenin genel kurula katılma haklarıyla oy hakları ise ancak şirketin onayı ile birlikte devralana geçmesi şeklinde değil, bu hakların şirkete karşı kullanılması olarak değiştirilmesi gerektiğini ifade etmektedir⁵²⁶. Aksi halde, bölünme teorisinin kabul edildiği yönünde bir yanılısamaya neden olunmaktadır. Biz de *Bozkurt* ve *Uzel*'in görüşüne iştirak ederek, TK md. 494/2 hükmünü bölünme teorisinin kabul edilmesi olarak değil, birlik teorisinin bir istisnası olarak değerlendirmekteyiz.

Akın'a göre, kanun koyucunun; miras, mirasın paylaşımı, eşler arasındaki mal rejimi hükümleri veya cebri icra nedeniyle iktisaplarda bu şekilde bir bölümlenme yapması zorunludur⁵²⁷. Zira şirket tarafından pay devrine onay verilmediği takdirde, pay sahipliği yapısının eski haline dönmesi bu durumlarda mümkün değildir⁵²⁸.

Kanunun lafzında, her ne kadar kanuni iktisap hallerinden yalnızca miras, mirasın paylaşımı, eşler arasındaki mal rejimi hükümleri veya cebri icra zikredilse de; gerekçede bu kanuni geçiş hallerinin sınırlı sayıda olmadığı ifade edilmiştir⁵²⁹. Öğretide, bu iktisapların sınırlı sayıda olmadığı, bu geçiş hallerinin temellerini külli halefiyet ilkesinde bulduğu ve özellikle külli halefiyetle sonuçlanan birleşme ve

⁵²⁴ *Bozkurt*, sf. 245.

⁵²⁵ *Bozkurt*, sf. 245.

⁵²⁶ *Uzel*, sf. 155-156.

⁵²⁷ *Akın*, sf. 123.

⁵²⁸ *Akın*, sf. 123.

⁵²⁹ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Gerekçesi, md. 493

bölünme hallerinin de hüküm kapsamında değerlendirilmesi gerektiği mütalaa edilmektedir⁵³⁰.

TK md. 493/4 uyarınca, paylarının miras, mirasın paylaşımı, eşler arasındaki mal rejimi hükümleri veya cibrî icra gereği iktisap edilmeleri halinde, şirketin devre onay vermekten kaçınmasının tek yolu kaçınma klotuna başvurmaktır⁵³¹. Kaçınma klotunu işletmek bakımından kanunda öngörülen süre 3 ay olduğundan, bu bölünme süresi TK md. 494/3 uyarınca en çok 3 ay sürebilmektedir. Bu 3 aylık ara dönemde karşımıza çıkan tablo şu şekildedir:

1. Payları edinen kişiler, şirket tarafından pay devrine henüz onay verilmediği veya verilmiş sayılmadığı için pay defterine pay sahibi olarak işlenemezler ve mevcut pay sahibi de TK md. 500 uyarınca pay defterinden silinemez.
2. Payların mülkiyeti ve paylara bağlı malvarlığı hakları (*kâr payı, kuruluş dönemi faizi, bedelsiz payları edinme, tasfiye payı ve tesislerden yararlanma hakları*) payları edinen kişiye edinim anında kendiliğinden devrolunmuştur⁵³²⁵³³. Bu kişiler payların mülkiyetini edindikleri için payları üçüncü kişilere devredebilirler⁵³⁴⁵³⁵.

⁵³⁰ Akın, sf. 122; Bozkurt, sf. 229; Uzel, sf. 163.

⁵³¹ Öyle ki, Akın ve Tekinalp'e göre, kanunda sayılan iktisap hallerinden biri neticesinde payları edinen kişi bakımından ileri sürülebilecek önemli bir esas sözleşmesel red sebebi bulunsa bile bu red sebebi işletilemeyecektir. Akın, sf. 122; Tekinalp, Bağlam, sf. 52, Bozkurt, sf. 240.

⁵³² Tekinalp, Bağlam, sf. 53; Bozkurt, sf. 242-243.

⁵³³ Rüçhan hakkının mal varlıksal hak mı yoksa yönetsel hak mı olarak kategorize edilmesi gerektiği tartışmalıdır. Tartışmalar ve görüşler için bkz. Pulaşlı, Şerh, N.100 vd. karma nitelikte olduğuna dair bkz. Yıldız, sf. 135 vd. Bozkurt, payları edinen kişinin rüçhan hakkından da istifade edebileceği kanaatindedir. Bozkurt, sf. 243.

⁵³⁴ Tekinalp, Bağlam, sf. 53; Bozkurt, sf. 232.

⁵³⁵ Ancak bu durumda payların yeni alıcısı için hem pay hem de paya bağlı hakların devri bakımından yeni bir pay devrinin onaylanması prosedürünün işletilmesi gerekecektir. Burada tezimizin 3.1.2. numaralı başlığına atıf yapıyoruz.

3. Oy hakkı, iptal ve butlan davası açılması, bilgi alma hakkı ve özel denetçi atanmasını istemek, yönetim kurulu üyelerine karşı sorumluluk davası açılması hakları kimseye devredilmemiştir ve bu hakları kullanabilecek bir kişi bulunmamaktadır⁵³⁶.

Tekinalp'e göre, bu 3 aylık dönemde anılan katılım ve oy hakları askıda kalmaktadır⁵³⁷. Yazar, bu hakların askıda kalmasını, temsil edilmeme durumundan ayırmıştır⁵³⁸. *Tekinalp*'e göre, askıda kalan bu paylar toplantı nisabı belirlenirken sermayeden düşülmezler⁵³⁹. Zira, oydan yoksun pay sahibi olmak, bir diğer deyişle temsil edilmeme durumu, TK md. 497/3'de düzenlenen borsada işlem gören nama yazılı payların devrindeki hakların geçişi hallerine özgülenmiştir⁵⁴⁰. *Tekinalp*'e göre, payları bu şekilde edinen kişinin, oydan yoksun pay sahibi olarak kaydedilmek suretiyle temsil edilmemesi, payları borsada işlem görmeyen şirketler bakımından kıyasen uygulanamaz⁵⁴¹. *Akın* da *Tekinalp*'in bu görüşüne iştirak etmektedir⁵⁴². *Bozkurt* da bu durumda TK md. 494/2'nin lafzı gereği oy hakları payları edinen kişiye geçmeyeceğinden oy haklarının kullanılabilmesi durumu söz konusu olduğunu belirtmiş ve *Tekinalp*'in görüşüne üstünlük tanımıştır⁵⁴³. Biz de *Tekinalp*'in görüşüne iştirak etmekteyiz.

Öte yandan *Akın*'a göre, anılan payların genel kurul nisaplarından düşülmemesi özellikle belirli oranda nisaba erişilmesini gerektiren kararların alınmasını zorlaştıracak ve genel kurulu kilitleyebilecektir⁵⁴⁴. *Akın* bu durumda uygun çözümü, kanuni iktisap hallerinde payları edinen kişiye devraldığı payları

⁵³⁶ Miras ve mirasın paylaşımı hallerinde bu hakların sahibi olan kişi vefat etmiştir. Eşler arasındaki mal rejimi hükümleri ve cebri icrada ise mülkiyet ve buna bağlı tüm haklar kaybedilmiştir. Bu nedenle oy ve katılım haklarını kullanabilecek bir kişi yoktur.

⁵³⁷ *Tekinalp, Bağlam*, sf. 54.

⁵³⁸ *Tekinalp, Bağlam*, sf. 53-54.

⁵³⁹ *Tekinalp, Bağlam*, sf. 53.

⁵⁴⁰ *Tekinalp, Bağlam*, sf. 53.

⁵⁴¹ *Tekinalp, Bağlam*, sf. 53.

⁵⁴² *Akın*, sf. 126.

⁵⁴³ *Bozkurt*, sf. 244.

⁵⁴⁴ *Akın*, sf. 126.

şirkete satmak zorunda olmasında bulmaktadır⁵⁴⁵. *Bozkurt, Akın*'ın bu görüşünü eleştirerek, payları edinen kişinin kaçınma klozu neticesinde kendisine yapılan alım teklifini kabul etmeye zorlanamayacağını ifade etmektedir⁵⁴⁶. *Bozkurt*'a göre, aksinin kabulü; irade özerkliği, Anayasa ile güvence altına alınan mülkiyet ve miras hakları ile ölçülülük ilkesini (AY md. 13) ihlal edilmesi anlamına gelmektedir⁵⁴⁷.

Akın, Tekinalp'in miras, mirasın paylaşımı, eşler arasındaki mal rejimi hükümleri veya cebrî icra nedeniyle iktisap hallerinde yönetsel hakların askıda kalacağı görüşünü eleştirmekte ve yönetsel hakların da edinim anında geçtiğinin kabul edilmesi gerektiğini düşünmektedir⁵⁴⁸. *Akın*'a göre bu şekilde bir yaklaşım, birlik teorisi ve külli halefiyet ilkeleriyle daha tutarlı bir görünüm arz edecektir. *Akın*, aksinin kabulü halinde, yönetsel hakların artık var olmayan bir hukuk süjesine aidiyeti gibi garip bir durumun ortaya çıkacaktır⁵⁴⁹. Bu nedenle, *Akın*'a göre, yönetsel hakların da devredildiğinin ancak bu hakların kullanılabilmesinin şirketin onayına tabi olduğunu kabul etmek gerekmektedir⁵⁵⁰. *Uzel* de *Akın* ile aynı görüştedir⁵⁵¹.

Şirketin pay devrine onay vermesiyle birlikte katılım ve oy hakları payları edinen kişiye devredilecektir ve pay sahipliğinden kaynaklanan haklar tekrar birleşecektir⁵⁵². Bu birleşme şirketin pay devrine onay verdiği tarihte ileriye etkili olarak kendiliğinden gerçekleşir. Şirketin pay devrinin onaylanması için kendisine yapılan başvurudan itibaren üç ay sessiz kalması halinde, TK md. 494/3 uyarınca, pay devrine onay verdiği kabul edilir. Payları edinen kişi ise, re'sen veya talep üzerine şirket pay defterine pay sahibi olarak kaydedilir.

⁵⁴⁵ Bu noktada kaçınma klozunun hukuki niteliği tartışılırken *Akın*'ın görüşlerine yer verdiğimiz tezimizin 2.6. (*Karma Görüş*) numaralı başlığına atıf yapmakla yetiniyoruz.

⁵⁴⁶ *Bozkurt*, sf. 249.

⁵⁴⁷ *Bozkurt*, sf. 249.

⁵⁴⁸ *Akın*, sf. 123-124.

⁵⁴⁹ *Akın*, sf. 124.

⁵⁵⁰ *Akın*, sf. 124.

⁵⁵¹ *Uzel*, sf. 155-156.

⁵⁵² *Tekinalp, Bağlam*, sf. 55.

Şirket tarafından kaçınma klozuna başvurulması ve payları edinen kişinin bu alım teklifini kabul etmesi halinde, kanuni geçiş yoluyla iktisap edilen paylar şirkete devredilecektir. Bu anlamda, kaçınma klozunun uygulanması ve doğurduğu hukuki sonuçlar bakımından bir fark bulunmamaktadır. Ancak, payları devralan kişinin şirket tarafından yapılan teklifi kabul etmemesi halinde yönetsel hakların akıbetinin ne olacağının değerlendirilmesi gerekir. *Bozkurt*'a göre, burada bir kanun boşluğu vardır ve bu boşluğun yorum yoluyla doldurulmalıdır⁵⁵³. *Bozkurt*, anılan durumdaki kanun boşluğunun payları borsada işlem gören şirketlerdeki hak geçişlerini düzenleyen TK md. 497 hükümlerinin kıyasen uygulanarak doldurulabileceği kanaatindedir. Böylece *Bozkurt*'a göre, payları edinen kişinin şirketin alım teklifini kabul etmemesi neticesinde, bu kişiler, pay defterine oydan yoksun pay sahibi olarak kaydedilmelidir. *Tekinalp* ise TK md. 497 hükümlerinin kıyasen uygulanamayacağı kanaatindedir⁵⁵⁴⁵⁵⁵.

Kanuni edinim yoluyla payları devralan kişinin şirket tarafından yapılan teklifi kabul etmemesi halinde yönetsel hakların akıbetinin ne olacağı sorunu kalıcı hale gelmektedir. Kanunda yer alan bu boşluğun borsada işlem gören paylar bakımından hak geçişlerini düzenleyen TK md. 497/3 hükmünün kıyasen uygulanarak doldurulabileceğini düşünüyoruz. Anılan hükmün kıyasen uygulanması halinde kanuni devir yoluyla payları edinen ve şirketin alım teklifini kabul etmeyen kişiler pay defterine oysuz pay sahibi olarak kaydedilecek ve genel kurulda temsil edilmeyeceklerdir.

⁵⁵³ *Bozkurt*, sf. 250.

⁵⁵⁴ *Tekinalp, Bağlam*, sf. 53-54.

⁵⁵⁵ Tekrara düşmemek adına, bu kısımda 3 aylık ara dönemdeki oy haklarının askıda kalmasına ilişkin *Tekinalp*'in görüşüne yer verdiğimiz yukarıdaki bölüme atıf yapıyoruz.

6.1.3. Hakların Şirkete Devri

Şirketin kaçınma klozunu işleterek kendi paylarını iktisap etmesi neticesinde, paylardan doğan haklar şirkete devredilmiş olacaktır⁵⁵⁶. Şirketin payları kendisinin iktisap ettiği durumda oy hakları TK md. 389 uyarınca donacak ve genel kurulunun toplantı nisabının hesaplanmasında dikkate alınmayacaktır⁵⁵⁷.

Temettü dağıtımında ise bu payların nasıl ele alınması gerektiği öğretide tartışmalıdır. *Aydın ve Uzel*'e göre, ortaklığın kendi payını iktisap ettiği takdirde pay sahipliği hakları şirket tarafından kullanılamayacağından bu paylar hiç dikkate alınmaksızın kâr payı dağıtımı yapılmalıdır⁵⁵⁸. Ancak *Ayoğlu ve Akın*'a göre ise, paylar temettü dağıtımında hesap edilmeli ve şirketin payına düşen kâr payı yedek akçelere aktarılmalıdır⁵⁵⁹. *Ayoğlu ve Akın*'ın bu görüşlerinin gerekçesi, kâr payının yedek akçelere aktarılmasının şirket payları elden çıkardığında devralacak kişi açısından payların cazibesini artması ve bu uygulamanın ekonomik gerçekleri daha iyi yansıtmasıdır⁵⁶⁰. Biz de *Akın* ve *Ayoğlu*'nun görüşüne iştirak etmeyiz.

6.2.ŞİRKET TARAFINDAN PAYLARIN ELDEN ÇIKARILMASI

6.2.1. Elden Çıkarma Süresi

Kaçınma klozunu kullanarak kendi paylarını iktisap etmesi ile TK md. 379 vd. hükümleri kapsamında şirketin elde ettiği bu payları elden çıkarması yükümlülüğünün nasıl birlikte var olacağı incelenmelidir. TK md. 379 vd. hükümleri uyarınca şirketin elde ettiği payları elden çıkarma yükümlülüğü %10'u aşan iktisaplara yöneliktir. Şirket, %10'u aşmayan payları şirket menfaati bunu

⁵⁵⁶ *Sevi*, sf. 288; *Bozkurt*, sf. 204.

⁵⁵⁷ *Akın*, sf. 88; *Uzel*, sf. 341; *Sevi*, sf. 89. Şirketin kendi paylarını iktisap etmesi neticesinde oy haklarının donmasıyla ilgili detaylı tartışmalar ve değerlendirmeler için bkz. *Ayoğlu*, sf. 543-546.

⁵⁵⁸ *Uzel*, sf. 342; *Aydın*, sf. 315.

⁵⁵⁹ *Ayoğlu*, sf. 543; *Akın*, sf. 89.

⁵⁶⁰ *Ayoğlu*, sf. 543; *Akın*, sf. 89.

gerektirdiği ölçüde ve dilediği süre elinde tutabilir⁵⁶¹. Ancak kaçınma klozu neticesinde payların iktisap edilmesi halinde elde edilen payların tamamının mı yoksa %10'u aşan kısmının da elden çıkarılması gerektiği konusunda öğretide farklı görüşler mevcuttur. Bu yaklaşımlar aşağıda ele alınmaktadır.

Yukarıdaki 3.1.1. numaralı başlıkta yer verdiğimiz, şirketin kaçınma klozunu kullanarak kendi paylarını iktisap etmesinin, bu kurumu düzenleyen TK md. 379 vd. hükümleri karşısında nasıl nitelendirildiği konusundaki ayrım, kendini elden çıkarma yükümlülükleri bakımından göstermektedir. Bu kapsamda, en genel anlamda yapılacak yorum; kaçınma klozunun işletilmesinin TK md. 382 anlamında bir istisna olduğunun kabul edilmesi halinde, TK md. 384 uyarınca, bu payların üç yıl içerisinde (TK md. 384) elden çıkarılması gerekmektedir. Ancak, kaçınma klozunun işletilmesi TK md. 381 anlamında yakın ve ciddi bir tehlikenin önlenmesi kapsamında değerlendirilirse, elde edilen bu payların altı ay içerisinde (TK md. 385) elden çıkarılması gerektiği sonucuna varılır. Öğretide, elden çıkarma yükümlülükleri bakımından çeşitli ve çapraz yaklaşımlar bulunmaktadır. Aşağıda, öğretideki yazarların değerlendirmelerine yer verilmiştir.

Tekinalp' göre şirketin, kaçınma klozunu kullanarak iktisap ettiği payların tamamını TK md. 384'de düzenlenen 3 yıllık elden çıkarma süresine bağlı olmaksızın hemen devretmesi gerekir⁵⁶². Öğretide, *Altay* ve *Ayoğlu* da iktisap edilen bu payların mümkün olan en kısa süre içinde elden çıkarılması gerektiğini ifade etmişlerdir⁵⁶³.

Uzel'e göre, şirketin kaçınma klozuna başvurarak kendi paylarını iktisap etmesi TK md. 381 kapsamında yakın ve ciddi bir tehlikenin önlenmesi olarak değerlendirilebilir; ancak payların elden çıkarılması bakımından TK md. 384'de

⁵⁶¹ *Türk*, sf. 308.

⁵⁶² *Tekinalp, Bağlam*, sf. 49.

⁵⁶³ *Altay*, sf. 604; *Ayoğlu*, sf. 542.

öngörülen 3 yıllık süre uygulanmaz⁵⁶⁴. Payların dürüstlük kuralına göre mümkün olan en kısa sürede elden çıkarılması gerekir⁵⁶⁵. Ayrıca, payların TK md. 381 çerçevesinde genel kurulun yetkilendirme kararı olmaksızın iktisap edilmesi halinde, aynı maddenin ikinci fıkrası uyarınca yönetim kurulu; iktisabı takip eden ilk genel kurul toplantısında, iktisabın sebep ve amacı, iktisap edilen payların sayıları, itibarî değerlerinin toplamı ve sermayenin ne kadarını temsil ettiği, bedeli ve ödeme şartları hakkında yazılı bilgi vermekle yükümlüdür.

Akın'a göre, şirketin kendi paylarını iktisabı kapalı devre şeklinde uygulanması gereken hükümlerdir⁵⁶⁶. Bu nedenle, kaçınma klozuna başvurulması neticesinde şirketin kendi paylarını edinmesi halinde, TK md. 384'de düzenlenen payları elden çıkarmak için 3 yıllık azami süre sınırı ile bağlı olmaksızın edindiği bu payları derhal elden çıkarma yükümlülüğü altındadır⁵⁶⁷. Bir diğer deyişle, *Akın*'a göre şirketin kaçınma klozuyla iktisap ettiği paylarını elden çıkarmasının kanuni dayanağı TK md. 384 değildir. *Akın* da *Uzel* gibi, buradaki süre sınırının dürüstlük kuralı çerçevesinde belirlenmesi gerektiği kanaatindedir⁵⁶⁸.

Bozkurt, kaçınma klozu neticesinde şirketin kendi paylarını iktisabı halinde, %10 iktisap sınırı dahil TK md. 379 vd hükümlerinin uygulanacağı görüşüne paralel olarak, payların elden çıkarılması veya elden çıkarılmıyorsa sermaye azaltımı yoluyla itfa edilmesinde TK md. 385 ve 386. maddelerinin uygulama alanı bulabileceğini ifade etmiştir⁵⁶⁹. *Bozkurt*'a göre, kaçınma klozu, şirketin kendi paylarını iktisap etmesi bakımından istisnaları düzenleyen TK md. 382/1 (c) bendinde yer alan “*bir kanuni satın alma yükümü*” kapsamında değerlendirilmez⁵⁷⁰. Zira kaçınma klozunda kanuni bir satın alma yükümlülüğü değil, satın alma hakkı

⁵⁶⁴ *Uzel*, sf. 340.

⁵⁶⁵ *Uzel*, sf. 340.

⁵⁶⁶ *Akın*, sf. 88.

⁵⁶⁷ *Akın*, sf. 88.

⁵⁶⁸ *Akın*, sf. 88; *Uzel*, sf. 341.

⁵⁶⁹ *Bozkurt*, sf. 169.

⁵⁷⁰ *Bozkurt*, sf. 169.

söz konusudur⁵⁷¹. Yazarın bu konudaki görüşlerinden, elden çıkarma yükümlülüğü bakımından 3 yıllık sürenin uygulanmayacağını kabul etmediğini anlıyoruz.

Sevi'ye göre, şirketin bu %10'luk sınırlamayı aşan paylarını edinim tarihinden itibaren 6 ay içerisinde elden çıkarması, elden çıkaramıyorsa da sermayenin azaltılması yoluyla itfa etmesi gerekmektedir⁵⁷².

TK md. 379 vd. hükümlerinde düzenlenen şirketin kendi paylarını iktisabı rejiminde kural olarak %10'a kadar olan iktisaplara izin verilmektedir⁵⁷³. Anılan düzenlemeler içinde, şirketin kendi paylarını iktisabının istisnalarını düzenleyen TK md. 382'de öngörülen haller sınırlı sayıda olduğundan, genişletici bir yorum yapılarak kaçınma klozunun bu istisnalara dahil edilemeyeceği kanaatindeyiz. Bu nedenle, şirketin kaçınma klozuna başvurması neticesinde iktisap ettiği kendi paylarının, %10'unu aşan kısmı bakımından elden çıkarma yükümlülüğü bulunduğunu düşünüyoruz. Payların elden çıkarılma süresinin tespitinde ise, kaçınma klozunu düzenleyen TK md. 493 vd. hükümlerinin TK md. 379 vd. hükümleri karşısında özel hüküm teşkil etmesi nedeniyle, payların elden çıkarma süresi bakımından TK md. 384 veya TK md. 385 hükümlerinin kıyasen uygulanmayacağı kanaatindeyiz. Şirket tarafından kaçınma klozu işletilerek elde edilen ve %10'luk sınırı aşan paylar, dürüstlük kuralı gözetilerek mümkün olan en kısa sürede elden çıkarılmalıdır. %10'a kadar olan iktisaplar bakımından ise, bu payların şirket tarafından elde tutulmasındaki menfaatin devamlılık süresi gözetilmelidir.

TK md. 520 uyarınca, anonim ortaklık kendi paylarını iktisap ettiğinde, devraldığı bağlı nama yazılı payların pay değerini karşılayan tutarda yedek akçe ayırmakla yükümlü olacaktır⁵⁷⁴. Şirket tarafından ayrılan bu akçeler, iktisap edilen

⁵⁷¹ *Bozkurt*, sf. 169.

⁵⁷² *Sevi*, sf. 275.

⁵⁷³ *Türk*, sf. 306.

⁵⁷⁴ *Uzel*, sf. 339; *Tekinalp, Bağlam*, sf. 49; *Sevi*, sf. 84, 275.

paylar, diğ er pay sahiplerine veya üçüncü kiş ilere devredildiğ inde veya ıtfa edildiklerinde, payların edinim değ erlerini karşı layan tutarda ç özülebilirler⁵⁷⁵.

6.2.2. Elden Ç ıkarma Ş ekli

Ş irket, devre konu payları kendi hesabına iktisap ettikten sonra, esas sözleşmede aksi yönde bir düzenleme bulunmuyorsa, özen ve sadakat borcuna uymak kaydıyla payları dilediğ i kiş iye devredebilir⁵⁷⁶. Ancak şirketin, bu payları üçüncü kiş ilere devrederken ç elişkili davranmama yasağ ı ve dürüstlük kuralına uyması gereklidir⁵⁷⁷. Bir diğ er deyiş le, kaçınma klozunu iş leterek şirk etten uzak tutmak istediğ i kiş ilerle objektif olarak aynı durumda olan (*örneğin şirketin rakibi olması gibi*) üçüncü bir kiş iye söz konusu payları devretmemesi gerekir. Aksi halde yönetim kurulunun sorumluluğ u gündeme gelebilecektir.

Ş irket payları diğ er pay sahipleri veya üçüncü kiş iler hesabına dolaylı temsil ilişkisi çerçevesinde iktisap ettiyse bu payları, hesabına hareket ettiğ i kiş ilere devredecektir.

Bozkurt'a göre, şirketin bu payları diğ er pay sahiplerine sunma yükümlülüğ ü bulunmamaktadır⁵⁷⁸.

Öte yandan *Akın*'a göre şirket, elden çıkaracağı payları tüm pay sahiplerine teklif etmelidir⁵⁷⁹. Benzer şekilde, şirketin devre konu payları kendi hesabına satın aldıktan sonra, elde edilen payları tüm pay sahiplerine değ il ancak bazı pay sahiplerine satılmak üzere teklif etmesi veya bu payları doğ rudan bir veya birden fazla pay sahibi hesabına satın almak üzere önermesi de *Akın*'a göre, eş it işlem

⁵⁷⁵ *Yanlı*, sf. 30.

⁵⁷⁶ *Bozkurt*, sf. 170.

⁵⁷⁷ *Bozkurt*, sf. 173.

⁵⁷⁸ *Bozkurt*, sf. 170.

⁵⁷⁹ *Akın*, sf. 92.

ilkesine aykırı görülmektedir⁵⁸⁰. Pay sahiplerinden gelen talep, şirketin elinde olan payların oranlarından fazla ise de bu paylar pay sahiplerine sermayeye katılım oranlarına göre (*pro rata basis*) devretmelidir⁵⁸¹⁵⁸². Bunlardan hiçbiri gerçekleşmezse, şirket sermaye azaltımı yoluna giderek bu payları itfa etmelidir⁵⁸³. Paylar itfa edildiğinde, yok edilen paylar üzerindeki bağlam da kaldırılmış olacaktır⁵⁸⁴.

Payların itfası söz konusu olduğunda da karşımıza çıkacak sorun, sermaye azaltımı yoluyla itfa edilecek paylarda esas alınacak değerdeki farklılıktır. Zira, şirket kaçınma klotunu kullanırken payları gerçek değeri üzerinden satın alırken, paylar itfa edildiğinde sermaye azaltımı payların nominal değeri üzerinden yapılmaktadır. Anılan sorunun muhasebesel ve vergisel sonuçları olacağından ve tezimizin ana konusu dışına çıkmamak adına bu soruna yalnızca işaret etmekle yetiniyoruz.

Benzer bir şekilde, iktisap edilen paylar, diğer pay sahipleri veya üçüncü kişilere devredilirken payların değerinde meydana gelebilecek değişiklik de ele alınmalıdır. Yukarıdaki 5.3. (*Gerçek Değer Kavramından Ne Anlaşılması Gerektiği*) numaralı bölümde değinildiği üzere payların gerçek değeri bakımından yaşayan işletme değeri dikkate alınmalıdır. Şirketin paylar iktisap anıyla, diğer kişilere devri arasındaki sürenin uzaması halinde yaşayan işletme değeri de değişebilecektir. Bu soru hem payların üçüncü kişiler hesabına iktisap edilmesinde hem de şirketin payları kendi hesabına iktisap edip elden çıkardığı durumda söz konusu olabilecektir. Her iki durumda da şirkete ödenmesi gereken değer hesap edilirken, devre konu payların sağladığı hakların da dikkate alınması ve bu

⁵⁸⁰ Akın, sf. 79.

⁵⁸¹ Akın, sf. 92.

⁵⁸² Akın'a göre, esas sözleşmesel bağlamın amacı şirkette var olan kontrol dengesini korumak değil, pay sahipleri çevresinin istem dışı değişmesini engellemek olduğu için, şirketteki mevcut pay sahipleri arasında yapılan pay devirlerinde, şirket tarafından kaçınma klotuna ancak esas sözleşmede bir pay sahibinin belirli bir yüzdenin üzerinde pay sahibi olmamasına yönelik bir hüküm varsa başvurulabilir. Akın, sf. 79.

⁵⁸³ Akın, sf. 88; Uzel, sf. 341.

⁵⁸⁴ Sevi, sf. 257.

bağlamda şirkete ödenecek değerin nispi (*dışsal*) değer değer olması gerektiği kanaatindeyiz. Bu noktada şirketin zarar uğratılması halinde yönetim kurulunun sorumluluğunun gündeme gelebileceğini de hatırlatmak isteriz.

SONUÇ

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 490. maddesinde kanuni zeminini bulan payın serbestçe devredilebilirliği ilkesi, kanunda veya esas sözleşmede aksi öngörülmedikçe; anonim ortaklıklarda nama yazılı payların herhangi bir sınırlamaya bağlı olmaksızın devredilebilmelerini ifade eder. Payın serbestçe devredilebilirliği ilkesi, anonim ortaklıklar hukukundaki hâkim olmakla birlikte mutlak değildir ve payların devri, iradi veya kanuni olarak sınırlandırılabilir. Bağlam adını verdiğimiz kavram, anonim ortaklıklarda, nama yazılı payların devrini sınırlandıran ve yasaklayan, kanunda veya esas sözleşmede öngörülen sebepleri ifade eder. Bağlam, anonim ortaklık kurucuları veya genel kurulunun iradesine bağlı olarak esas sözleşmeye dayanan veya sermayenin korunması ilkesi çerçevesinde düzenlenmiş kanuni bağlam olmak üzere iki türdür. Kanuni bağlam, pay bedellerinin güvence altına alınmasına yönelik iken; iradi bağlam türünü ifade eden esas sözleşmesel bağlam, anonim ortaklığı her türlü yabancılaşmaya karşı korumayı amaçlar. Bağlam kuralları yalnızca nama yazılı paylar için öngörülmüştür. Kanun koyucu, payları borsaya kote olan şirketler ile olmayan şirketlerin tabi oldukları bağlam rejimini birbirinden ayırmıştır. Çalışmamızın ana konusu olan borsada işlem görmeyen paylar bakımından anonim ortaklıklarda kaçınma klozunun kullanılması, ancak geçerli bir esas sözleşmesel bağlam rejiminin varlığı halinde mümkündür.

Anonim ortaklık, payları borsada işlem görmeyen bağlı nama yazılı payların devrinde, devre konu payları kendi adına ve kendi, diğer pay sahipleri veya üçüncü kişiler hesabına gerçek değeri üzerinden satın almayı teklif ederek herhangi bir gerekçe göstermeksizin devre onay vermekten kaçınabilir. Teklifin muhatabı; iradi devir hallerinde paylarını devretmek isteyen pay sahibi, kanuni geçiş hallerinde ise payları edinen kişi olacaktır. Anonim ortaklıklara kanunen tanınan bu imkân kaçınma klozu (*escape clause*) olarak adlandırılmaktadır. Kaçınma klozu anonim şirketlere, pay sahiplerinin çevresinin bileşiminin korunması bakımından şirket dışında tutmak istedikleri kişilere yapılan pay devirlerini engelleme fırsatı

vermektedir. Kaçınma klozu kullanılırken, kanun tarafından gerçek değer güvencesi verildiğinden paylarını devretmek isteyen pay sahibinin veya kanuni iktisap hallerinde payları edinen kişinin paylar üzerinde sahip olduğu maddi menfaatleri de korunmaktadır.

Öğretide kaçınma klozunun hukuki niteliği tartışmalı olmakla birlikte hâkim görüş, kaçınma klozunun hukuki niteliğinin bir öneri/teklif olduğu yönündedir. Kaçınma klozunun mülkiyet hakkına dokunan yönü dikkate alındığında, biz de temel olarak, paylarını devretmek isteyen mevcut pay sahibi veya payları edinen kişi paylarını şirkete satmaya zorlanamayacağı kanaatinde olduğumuzdan bu görüşe iştirak etmekteyiz.

Öğretide ayrıca, kaçınma klozunun işletilmesi ve şirketin kendi paylarını iktisap etmesi bakımından genel düzenlemelerin yer aldığı TK md. 379 vd. hükümlerinin birlikte nasıl var olması gerektiği tartışılmıştır. Tartışılan temel sorular; (i) kaçınma klozu işletilirken TK md. 379'da öngörülen %10'luk sınırlamaya tabi olup olunmayacağı, (ii) pay devir bedelinin nasıl karşılanacağı ve (iii) yönetim kurulunun bu klozu işletirken genel kurulun yetkilendirmesine ihtiyaç duyup duymayacağı etrafında şekillenmektedir. Naçiz kanaatimiz; (i) kaçınma klozunun TK md. 379 karşısında özel hüküm olması nedeniyle %10'luk iktisap sınırına tabi olunmadığı, (ii) pay devir bedelinin şirketin serbest yedeklerinden karşılanması ve net aktif kuralına uyulması gerektiği ve (iii) şirketin kaçınma klozuna başvururken genel kurulun yetkilendirmesine ihtiyacı olmadığı yönündedir.

Kaçınma klozu kanunda düzenlendiğinden, bu hakka başvurulabilmesi için esas sözleşmede ayrıca bir hüküm bulunmasına gerek bulunmamaktadır. Şirket paylarının nama yazılı ve bağlı olması yeterlidir. Kanuni edinim hallerinde devre onay vermekten kaçınmanın tek yolu TK md. 493/4 uyarınca kaçınma klozunun kullanılmasıdır. Bu durumda, esas sözleşmede yer alan önemli sebepler ileri sürülerek pay devrinin onaylanması reddedilemeyecektir.

Payların gerçek değeri üzerinden satın alınması teklifi, yalnızca anonim ortaklığın kendisi tarafından yapılabilir. Satın alma teklifi, anonim ortaklık adına yapılmış olmakla birlikte; şirketin kendisi, diğer pay sahipleri veya üçüncü kişiler hesabına yapılması da mümkündür. Bu durumda şirket ile hesabına hareket edilen kişiler arasında dolaylı temsil ilişkisi kurulmaktadır.

Kaçınma klozunun kullanılma süreci pay devrinin onaylanması amacıyla şirkete yapılan başvuru ile başlar. Pay devri için onay başvurusunu kimin yapacağı, süresi veya şekli kanunda düzenlenmemiştir. Devir işleminin tarafları uygun gördükleri süre içerisinde şirkete onay için başvurabilirler. İspat hukuku açısından bu başvurunun yazılı yapılmasını önermekteyiz.

Şirket, pay devrinin onaylanması için başvuruyu aldıktan sonra genel kurallara göre pay devrini inceleyecektir ve ardından esas sözleşmesel bağlam rejimi çerçevesinde pay devrine onay verip vermeyeceğine karar verecektir.

Kaçınma klozunu kullanabilecek organ yönetim kuruludur ancak esas sözleşme ile aksi düzenlenerek yetki genel kurula bırakılabilir. Yetkili organın yönetim kurulu olarak belirlenmesi halinde; yönetim kurulu; özen yükümlülüğü (TK md. 369), sadakat borcu, eşit işlem ilkesi (TK md. 357) ve hakkın kötüye kullanılması yasağına (TMK md. 2/II)'ye uymakla yükümlüdür. Karar vermeye yetkili organın genel kurul olması halinde ise, eşit işlem ilkesine ve hakkın kötüye kullanılmaması yasağına riayet edilmelidir. Aksi halde organların almış oldukları bu kararlar iptal edilebilecek ve somut durumun gerektirmesi halinde yönetim kurulu üyeleri bakımından sorumluluk davaları açılabilir.

Yetkili organ tarafından pay devrinin onaylanmayıp kaçınma klozuna başvurulmasına karar verilmesi halinde, pay devrinin onaylanması için kendisine yapılan başvuru tarihinden itibaren üç ay içerisinde, şirket tarafından devre konu payların tamamını gerçek değeri üzerinden satın almayı teklif edilmelidir. Teklifin şekli kanunda düzenlenmemiştir. İspat hukuku açısından yazılı şekilde yapılmasını

önermekteyiz. Şirket tarafından üç ay içerisinde payların gerçek değeri üzerinden alım teklifi sunulmazsa veya şirket tarafından verilen pay devrinin onaylanmasının reddi kararı haksızsa şirket, pay devrine engel olamayacaktır. Alım teklifinin sunulması bakımından şirkete tanınan bu üç aylık süre hak düşürücüdür.

Teklifin muhatabı iradi devirlerde devreden pay sahibi, kanuni iktisaplarda payları edinen kişidir. Teklifin muhatabının kabul süresi, gerçek değer öğrenilmesinden itibaren bir aydır ve bu süre hak düşürücüdür. Muhatabı tarafından gerçek değer öğrenilmesinden itibaren bir ay içerisinde teklif reddedilmezse, kabul edilmiş sayılmaktadır. Kanun koyucu hem alım teklifinin şirket tarafından sunulması hem de muhatabı tarafından reddedilmesi bakımından tarafların sessizliğine bir irade bağlamaktadır.

Muhatap, gerçek değeri öğrenmesinden itibaren bir ay içerisinde, satın alma teklifini kabul etmezse şirkette pay sahibi olarak kalmaya devam edecektir. Teklifi kabul ederse veya gerçek değer tespit edildiği andan itibaren bir ay sessiz kalırsa satın alma önerisini kabul etmiş sayılacaktır.

Taraflar, devre konu payların gerçek değerini müzakere yoluyla belirleyebilirler. Payların gerçek değerinin taraflar arasında ihtilaf konusu olması halinde gerçek değer tespiti için; iradi devirlerde devreden pay sahibi, kanuni iktisap hallerinde ise payları edinen kişi şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesine başvurabilir. Payların gerçek değerinin tespitinde şirketin de korunmaya değer bir menfaati bulunduğundan şirket de bu davayı açabilecektir. Ancak iradi edinim hallerinde, payların alıcısı konumunda olan kişi, şirket pay devrine onay vermediğinde malik sıfatını kazanamadığından şirketler hukuku tahtında korunan bir menfaati bulunmamaktadır ve bu nedenle gerçek değer tespiti davasını açamayacaktır.

Payların gerçek değerinin taraflar arasında müzakere yoluyla belirlenmesi halinde değerlemeye esas alınacak an şirkete onay için yapılan başvuru tarihidir.

Gerçek değerin mahkeme kanalıyla tespit edilmesi halinde ise değerlemeye esas alınacak an mahkemenin karar tarihine en yakın andır. Gerçek değerin tespitinde esas alınacak an bakımından bu iki yöntem arasında bir farklılık olması öğretilerde eleştirilmiştir. Naçiz kanaatimiz, gerçek değerin mahkeme kanalıyla tespit edilmesi halinde birden fazla değerleme raporu alınarak bunların en yüksekini veya aritmetik ortalamalarının alınmasıdır.

TK'da bağlı ve nama yazılı payların devri ve hakların geçişi bakımından benimsenen rejim birlik teorisidir. Bu nedenle Şirket tarafından pay devrine onay verilmesi kurucu niteliktedir. Pay devrine onay verilmediği takdirde; iradi edinimlerde, payların mülkiyeti ve paya bağlı hakların hiçbirisi alıcısına devredilemeyecektir. Kanuni iktisap hallerinde ise payların mülkiyeti edinim anında müktesibe geçmekle birlikte yönetsel haklar Şirket pay devrine onay verene kadar askıda kalmaktadır. Yönetsel hakların askıda kaldığı bu 3 aylık dönemde yapılan genel kurullarda askıda kalan paylar bakımından görüşümüz, TK md. 497/3'de düzenlenen borsada işlem gören nama yazılı payların devrindeki hakların geçişi düzenlemeleri, borsada işlem görmeyen Şirketlerdeki paylara kıyasen uygulanamayacağından bu payların temsil edilerek sermayeden düşülmemesi ve nisaplara dahil edilmesi gerektiği yönündedir.

Kaçınma klozunun kullanılması halinde Şirketin payları kendisinin iktisap etmesi nedeniyle oy hakları TK md. 389 uyarınca donacak ve genel kurul toplantı nisabının hesaplanmasında dikkate alınmayacaktır. Şirket paylarının yeni potansiyel alıcılar gözünde cazibesinin artacağı gerekçesiyle, temettü dağıtımı bakımından Şirketin iktisap ettiği payların hesap edilmesi ve Şirketin payına düşen kâr payının yedek akçelere aktarılması gerektiği kanaatindeyiz.

Kaçınma klozunun işletilmesi neticesinde kendi paylarını iktisap eden Şirketin, iktisap edilen %10'luk sınırlamayı aşan payları, TK md. 384 veya TK md. 385 hükümleri kıyasen uygulanmaksızın dürüstlük kuralı çerçevesinde belirlenecek mümkün olan en kısa sürede elden çıkarılması gerekmektedir. Şirket, payları elden

çıkartırken mevcut bağlam kurallarına riayet etmeli ve dürüstlük kuralına uygun şekilde hareket etmelidir.

Tezimizi, kaçınma klozuyla ilgili temas etmek istediğimiz birçok başlığın adeta bir özeti niteliğinde olan İsviçre Federal Mahkemesi BGE 110 II 193 sayılı kararındaki tespitlerine yer vererek nihayete erdirmek isteriz. Kararın ilgili yerlerinin tercümesi aşağıdaki şekildedir:

“...Öğretide, sermayenin örtülü iadesini teşkil edeceği veya şirketin kendi paylarını edinmesi yasağını ihlal edeceği gerekçesiyle buna karşı çıkılsa da, bağlı nama yazılı payların şirket tarafından edinilmesine bu gerekçelerle karşı çıkılmamalıdır. Federal Mahkemenin BGE 96 II 18 (s.21) sayılı içtihadında ortaya koyduğu üzere, şirketin kendi paylarını üçüncü kişi hesabına satın aldığı durumlarda, şirketin kendi paylarına edinilmesine dair yasaklayıcı hükümler birer düzen kuralı olarak algılanmalıdır ve payın şirketçe edinimini geçersiz kılmamalıdır. Zira, bağlı nama yazılı payların şirket tarafından edinilmesine dair şirket menfaati, şirketin kendi paylarını edinmesinin yasaklanmasında korunan menfaate nazaran ağır basar.....Şirketin kendi paylarını devralması, sermayenin iadesi yasağını da ihlal etmez. Şirket tarafından ödenen değer, payın “ iç değeridir”. Kaldı ki, şirketin ödemeyi esas sermayeden değil de serbest değerlerden yaptığı durumlarda sermayenin iadesi tartışması gündeme gelmemektedir.”⁵⁸⁵

⁵⁸⁵ Tercüme eden ve aktaran Altay, sf. 627-628.

KAYNAKÇA

KİTAPLAR

- Aka* Beyza Aka, Hamiline Yazılı Pay Kavramı ve Hamiline Yazılı Paylar Üzerindeki İşlemler, İstanbul 2021
- Akın* : Murat Yusuf Akın, Anonim Ortaklıkta Bağlı Nama Yazılı Paylar, İstanbul 2014
- Akın, Sadakat Borcu* Murat Yusuf Akın, Şirketler Hukukunda ve Özellikle A.Ş.lerde Pay Sahibinin Sadakat Borcu, İstanbul 2002
- Arslanlı, Şirketler* : Halil Arslanlı, Anonim Şirketler, İstanbul 1960
- Aydın* : Alihan Aydın, Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını Edinmesi, İstanbul 2008
- Ayoğlu, Tahkim* : Tolga Ayoğlu, Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim, İstanbul 2018
- Bahtiyar* Anonim Ortaklık Anasözleşmesi, İstanbul 2001
- Bozkurt* : Tamer Bozkurt, Anonim Şirketlerde Pay Devrinin Sınırlandırılması, İstanbul 2016
- Buz* : Vedat Buz, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, 2005
- Çevik* : Orhan Nuri Çevik, Anonim Şirketler, Ankara 1988
- Eren* : Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2014
- Eren, Mülkiyet* : Fikret Eren, Mülkiyet Hukuku, Ankara 2011
- İmregün* : Oğuz İmregün, Anonim Ortaklıklar, İstanbul 1989

- Karababa* : Serdar Karababa, Anonim Ortaklıkta Satın Alma ve Çıkarma Hakları, Ankara 2016
- Kendigelen, Kanun* : Abuzer Kendigelen, Gerekçeli-Karşılaştırmalı Yeni Türk Ticaret Kanunu ile Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun, İstanbul 2011
- Kırca, Çelik, Manavgat* : İsmail Kırca, Feyzan Hayal Şehirli Çelik, Çağlar Manavgat, Anonim Şirketler Hukuku, Cilt 1, Ankara 2013
- Narbay* : Anonim Ortaklıkta Pay Defteri, Ankara 2003
- Nomer* : Füsun Nomer, Anonim Ortaklıkta Eşit İşlem İlkesi, İstanbul 1998
- Nomer, Sadakat Yükümlülüğü* : Füsun Nomer, Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Sadakat Yükümlülüğü, İstanbul 1999
- Oğuzman, Öz* : M. Kemal Oğuzman, Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2, İstanbul, 2013
- Oğuzman, Seliçi* : M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Eşya Hukuku, İstanbul 2013
- Okutan Nilsson, Pay Sahipleri* : Gül Okutan Nilsson, Anonim Ortaklıklarda Pay Sahipleri Sözleşmeleri, İstanbul 2004
- Özatlan* : Yurdal Özatlan, Anonim Şirket Birleşmelerinde Ortaklık Paylarının ve Ortaklık Haklarının İncelenmesi Davası (Denkleştirme Davası), İstanbul 2014
- Pekcanitez, Atalay, Özekes* : Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Muhammet Özekes, Medeni Usul Hukuku, İstanbul 2014
- Poroy, Tekinalp, Çamoğlu, 2009* : Reha Poroy / Ünal Tekinalp / Ersin Çamoğlu, Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku, İstanbul 2009
- Poroy, Tekinalp, Çamoğlu* : Reha Poroy / Ünal Tekinalp / Ersin Çamoğlu, Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku, İstanbul 2019

- Pulaşlı, Bağlam* : Hasan Pulaşlı, Bağlı Nama Yazılı Pay Senetleri, Ankara 1992
- Pulaşlı, Şerh* : Hasan Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi Cilt III, Ankara 2018
- Sevi* : Ali Murat Sevi, Anonim Ortaklıkta Payın Devri, Ankara, 2018
- Şener* : Hami Oruç Şener, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, Ankara 2012
- Tandoğan* : Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C.I, 2008
- Tekinalp, Poroy, Çamoğlu, 2000* : Ünal Tekinalp, Reha Poroy, Ersin Çamoğlu, Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku, İstanbul 2000
- Tekinalp, Bağlam* : Ünal Tekinalp, Anonim Ortaklıkta Yeni Bağlam Sisteminin Esasları, İstanbul 2012
- Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku* : Ünal Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, İstanbul 2015
- Tekinalp, Tek Kişi Ortaklığın Esasları* : Ünal Tekinalp, Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığın Esasları, İstanbul 2011
- Türk* : Ahmet Türk, Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını Edinmesi, 2016
- Uzel* : Necdet Uzel, Anonim Ortaklıkta Esas Sözleşmesel Bağlam, İstanbul 2013
- Veziroğlu, Esas Sözleşme* : Cem Veziroğlu, Anonim Ortaklıklar Hukukunda Esas Sözleşme Özgürlüğü ve Sınırları, İstanbul 2020
- Yıldız* : Şükrü Yıldız, Anonim Ortaklıkta Yeni Pay Alma Hakkı, İstanbul 1996

MAKALELER

- Albayrak Doğan* : Ayşe Albayrak Doğan, “Ortaklığın Alım Önerisinde Bulunması Halimde Gerçek Değerin Belirlenmesi Davasını Kimler Açabilir?” Yürürlüğünün 9. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu V, Tebliğler ve Tartışmalar, İstanbul 2021
- Altay* : Sıtkı Anlam Altay, “Türk ve İsviçre Anonim Ortaklıklar Hukuku’nda Esas Sözleşmesel Bağlam”, İsviçre Borçlar Kanunu'nun İktisabının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukuku'nun Türk Ticaret Hukuku'na Etkileri, İstanbul 2009
- Arslanlı* : Halil Arslanlı, Anonim Şirkette Pay ve Pay Sahipliği, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1958, Cilt 23, Sayı 3-4, sf. 248-290
- Ayoğlu* : Tolga Ayoğlu, Anonim Ortaklıkların Kendi Paylarını İktisap Etmeleri ve Karşılıklı Katılmalar, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukuku'nun Türk Ticaret Hukuku'na Etkileri, İstanbul 2009, sf. 525-562
- Bozgeyik* : Hayri Bozgeyik, “Bağlı Nama Yazılı Payların Miras Yoluyla İntikalinde Satın Alma Hakkının Kullanılmasına İlişkin Bazı Sorunlar”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, sayı 25/2, 2009
- Cenkci* : Esra Cenkci, TTK m.493/1 Bağlamında Güncel Bir Sorun: Kaçış Klozunun Uygulanmasında Esas Sözleşmesel Dayanak, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 2020, C. XXXVI, s. 85-118
- Demirbaş* : Feride Demirbaş, Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 65(2), 2016, sf. 249-277
- Eren, Ön Alım Hakkı* : Fikret Eren, Türk Medeni Kanununa Göre Yasal Önalım Hakkı, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XII, 2008, sf.103-126
- Erdem* : Ercüment Erdem, “Nama Yazılı Hisse Senetlerine İlişkin Olarak Uygulamada Ortaya

Çıkan Bazı Sorunlar ve Yeni TTK'nın Çözüm Önerileri", XXV. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, 17 Aralık 2011, Ankara: BATİDER, 2012, sf. 97-127

- Erdem, Eşit İşlem* : Ercüment Erdem, Türk ve İsviçre Hukuklarında Eşit İşlem İlkesi, İsviçre Borçlar Hukuku'nun Türk Hukuku'na Etkileri, İstanbul 2009
- Karasu* : Rauf Karasu, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Nama Yazılı Payların Devrinin Sınırlandırılması, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XII, Y. 2008
- Kendigelen* : Abuzer Kendigelen, Yeni Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul 2016, s.400, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXXI, S.2, 2013, 555-562
- Nomer Ertan, Tebliğ* : Füsun Nomer Ertan, "Anonim Şirket Paylarının Devrinde Ön Alım Hakkı" Yürürlüğünün 9. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu V, Tebliğler ve Tartışmalar, İstanbul 2021
- Narbay, Pay Devri* : Şafak Narbay, "6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Ortaklıkta Pay ve Pay Senetlerinin Devri", Erzincan Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Aralık 2012
- Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu* : Gül Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu, Bankacılar Dergisi 2011, sf. 90-103
- Pulaşlı, DD* : Hasan Pulaşlı, "Şirket Satın Alma ve Birleşmelerinde İşletme Değerlemesi ve Due Diligence", BATİDER, Aralık 2007, C. XXIV, S. 2, s. 205 vd.
- Tarhan* : Damla Gül Tarhan,
<https://blog.lexpera.com.tr/turk-ticaret-kanununda-ongorulen-hamiline-yazili-pay-senedi-devirlerinin-bildirilmesi-zorunlulugu/#fnref15>
[Erişim Tarihi: 20.08.2022]

- Tütüncü* : Muharrem Tütüncü, “Anonim Şirketin Sonu: Hamiline Yazılı Pay Senetleri İçim Öngörülen Yeni Düzenlemeler, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2017, Cilt 16, Sayı:2
- Tekinalp, Sermayenin Korunması İlkesi* : Ünal Tekinalp, “Anonim Ortaklıkta Sermayenin Korunması İlkesi”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan C: II, İstanbul 2010
- Turanlı* : Hüsnü Turanlı, “Sermaye Ortaklıklarında Payın Devri” İzmir Barosu Dergisi 2015
- Uzel, İlkeler* : Nama Yazılı Payların Satın Alma Teklifinde Bulunma Hakkına Konu Olması Halinde Gerçek Değer ve Faizin Tespiti ile Kar Payının Mahsup Edilmesine Dair İlkeler, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, S. 71/2, İstanbul 2013, sf. 555-562
- Veziroğlu, Arbitration* : Cem Veziroğlu, Arbitration of Corporate Law Disputes In Joint Stock Companies Under Turkish Law: A Comparative Analysis, European Company and Financial Law Review, 2019, sf. 12-27
- Yanlı* : Veliye Yanlı, Şirketin Kendi Paylarını Edinmesinde Finansal Destek Yasağı, BATIDER, 2012, sf. 29-44
- Yıldız/Özbay* : Şükrü Yıldız, İbrahim Özbay, “Bağlı Nama Yazılı Payların TTK m. 418/f.4’te Yazılı Sebeplerle Kazanılmasında Yönetim Kurulu Üyeleri ile Pay Sahiplerine Tanınan Gerçek Değerden Satın Alma Hakkı”, XXII. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2008, 15 Aralık 2006, s. 7-33
- Yılmaz* : Lerzan Yılmaz, İsviçre Borçlar Kanunu’nda Yapılan Değişiklikler Işığında Nama Yazılı Pay Senetlerinde Bağlam Sınırlandırılması Sorunu, İstanbul Barosu Dergisi, 2007, Cilt 81, Sayı 4, s.1571-1595
- Yüksel* : 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, sf.159-217

YARGITAY KARARLARI:

Yargıtay, 20.06.1951 tarih, 1949/13 Esas sayılı ve 1951/5 Karar sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 21.10.1982 tarih, 1981/3889 Esas ve 1981/4317 Karar sayılı kararı

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 16.03.1999 tarih, 1999/1120 Esas, 1999/1793 Karar numaralı kararı

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 18.02.2015 tarih, 2014/17122 Esas ve 2015/2152 Karar sayılı kararı

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 23.03.2016 tarih, 2015/8218 Esas, 2016/3239 Karar numaralı kararı

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 05.04.2018 tarih, 2016/8960 Esas ve 2018/2472 Karar sayılı kararı

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 24.04.2018 tarih, 2016/5729 Esas ve 2018/3041 Karar sayılı kararı

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 22.06.2021 tarih, 2020-338/5306 sayılı kararı