

LİMİTED ORTAKLIKTA ESAS SERMAYE PAYI DEVİRİ VE DEVİR BORCUNU DOĞURAN İŞLEMLERDE TARAFLARIN İMZALARININ NOTER TARAFINDAN ONAYLANMASI ZORUNLULUĞU

*Yrd. Doç. Dr. Mustafa İsmail KAYA**

GİRİŞ

Limited ortaklıkta payın devrini düzenleyen Türk Ticaret Kanunu'nun 520. maddesi, payın devrini ağır şartlara bağlamıştır. Mevcut kanundaki düzenleme incelendiğinde, limited ortaklıkta payın devrinin bağlı olduğu koşullar bakımından anonim ortaklık ile kişi ortaklıklarının arasında bir yere sahip olduğu görülmektedir. Bir sermaye ortaklığı olan anonim ortaklıkta payın herhangi bir organın iznine tabi kılınmaksızın serbestçe devredilmesi ilkesi kabul edilmişken, kişi ortaklıklarında payın devredilmesi bir esas sözleşme değişikliği niteliğinde olduğu için, kural olarak, tüm ortaklar devre onay vermedikçe bunun yapılması mümkün değildir¹. Buna karşılık limited ortaklığın sermaye şirketi özelliği dikkate alınarak, payın devredilebilirliği ilkesi kabul edilmekle birlikte, devrin gerçekleşmesi için ağır bazı şartlar öngörülmüştür.

Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na göre, limited ortaklıkta payın devri ve devir borcunu doğuran işlemlerin yazılı şekilde yapılması, tarafların imzalarının noterce onaylanması, esas sermaye payının devri için ortaklar genel kurulunun onay vermesi gibi bazı koşulların yerine getirilmesi gerekmektedir. Tasarı'da payın geçmesine ilişkin hükümlerin sadeleştirildiği ve mevcut kanuna göre katı şartların belli oranda yumuşatıldığı gözlemlenmektedir. Getirilen önemli yeniliklerden biri, ortakların esas sözleşmede yapacakları düzenleme ile, payın devri konusunda, ortaklığı şahıs veya anonim ortaklıklarından birine yakın hale getirme olanağına kavuşmuş olmalarıdır². Gerçek-

* Gazi Üniversitesi TTEF Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

¹ Karş. Yanlı, Ünal Tekinalp'e Armağan, Cilt I, s. 676; Çağa, BATİDER 1974, C. VII, S. 3, s. 593; Lessmann, GmbH 1985, s. 179 vd.

² Payın bir ortaklık organının veya diğer ortakların onayına tabi kılınmadan serbestçe devredilmesinin esas sözleşmede kararlaştırılması halinde, limited ortaklıkta payın devri, anonim ortaklıktaki pay devrine benzeyecektir. Buna karşılık esas sözleşme payın devrini

ten de mevcut kanunda ortaklardan en az dörtte üçünün devre muvafakat etmesi ve bunların esas sermayenin en az dörtte üçüne sahip olması³ şart kılınmış olmasına karşılık, Tasarı'da payın devrinin şirket onayı olmaksızın geçerli kılınabileceğine dair bir düzenlemenin esas sözleşme ile yapılabilmesi mümkün hale getirilmiştir⁴.

TTK Tasarısı, payın devri ve devir borcunu doğuran işlemlerin yazılı şekilde yapılması ve tarafların imzalarının noterde onanması şartını ise hiçbir değişiklik yapmaksızın, mevcut kanunda düzenlendiği şekliyle, aynen kabul etmiştir. İsviçre'de limited şirketler hukukunun reforme edilmesi amacıyla gerçekleştirilen yasal değişiklikte, daha önce varolan, imzaların noter tarafından onaylanması şartı İsviçre Borçlar Kanunu'ndan çıkarılmıştır. Tasarı'nın eski sistemi devam ettirmesinin gerekçesi şu şekilde açıklanmıştır: “.. yazılı şekil, imza onanması hem ispat yönünden gereklidir hem güvenliği sağlamaktadır hem de tarafları, devir, özellikle ek ödeme ve yan edim yükümlülükleri ve diğer sözleşmesel borçlar bakımından düşünmeye yöneltmek için uygun bir araç niteliğine sahip bulunmaktadır”⁵.

Bu çalışmada, limited ortaklıkta esas sermaye payı devrini mevcut kanuna göre önemli ölçüde sadeleştiren ve kolaylaştıran TTK Tasarısı'nın, pay devrini gerçekleştiren tarafların imzalarının noter tarafından onaylanması şartını aynen koruması konusu ele alınacaktır. Ancak TTK Tasarısı ile ilgili değerlendirmelere geçmeden önce esas sermaye payı devrini sağlayan sözleşmenin şekli konusu incelenecektir.

I. ESAS SERMAYE PAYI DEVRİNİN VE DEVİR BORCU DOĞURAN İŞLEMLERİN ŞEKLE BAĞLANMASI

1. Esas Sermaye Payının Devri ve Devir Borcunu Doğuran İşlemlerin Yazılı Şekilde Yapılması Ve Tarafların İmzalarının Noterce Onanması

a. İşlemin Yazılı Yapılması ve Noter Onayının Geçerlilik Şekli Olması

TTK m. 520/5'de olduğu gibi, TTK Tasarısı m. 595/1'de de esas sermaye payının devri ve devir borcunu doğuran işlemlerin⁶ yazılı şekilde yapıl-

tamamen yasaklayan bir hüküm içeriyorsa şahıs şirketlerindeki benzer bir duruma çıkacaktır.

³ Bkz. TTK m. 520/2.

⁴ Bkz. TTK Tasarısı, m. 595/2.

⁵ Bkz. TTK Tasarısı, Gerekçe, m. 595/1.

⁶ Limited ortaklıkta payın devrinde borçlanma ve tasarruf işlemleri farklıdır. TTK m. 520/5 bunu “payın devri veya devir borcunu doğuran mukavele” şeklinde ifade etmiş olmasına

ması ve tarafların imzalarının noterce onanması gerektiğini hükme bağlamıştır. Borçlar Kanunu m. 11, sözleşmelerin kanunda aksi bir düzenleme olmadıkça serbestçe yapılabileceklerini öngörmektedir. Ancak kanunda açıkça belli bir şekilde bağlanan sözleşmelerin o şekilde yapılmamaları sözleşmeyi geçersiz kılar⁷. TTK m. 520/5 ve TTK Tasarısı m. 595/1 hükümleri karşısında, limited ortaklıkta esas sermaye paylarının devri ve devir borcunu doğuran işlemlerin yazılı yapılması ve imzaların noter tarafından onaylanmasının devir sözleşmesinin geçerli olması için zorunlu olduğunu kabul etmek gerekir⁸.

Geçerlilik (sıhhat) şekline bağlanmış olan pay devri veya devir borcunu doğuran işlemin kanunda emredildiği şekilde yapılmamasının yaptırımını but-

karşın, TTK Tasarısı m. 595/1 “esas sermaye payının devri ve devir borcunu doğuran işlemler” ifadesini kullanmayı tercih etmiştir. Tasarı’da “hem esas sermaye payının devri hem de devir borcunu doğuran işlemler”in yazılı şekilde bağlandığı belirtilerek, “devir vaadi”, “ön sözleşme”, “borçlanma işlemi” gibi terimler söz konusu edilerek açılan tartışmalara son verilmek istenmiştir. Devir borcunu doğuran işlem bir sözleşme veya tek taraflı bir işlem, meselâ taahhütname olabilir; bu taahhütname de aynı şekilde tabidir. Bu sebeple şekil hükmünü koyan birinci cümlede geniş kapsamlı “işlem” terimi kullanılmıştır. Buna karşılık devir, sözleşme şeklinde yapılmalıdır. Bkz. TTK Tasarısı, Gerekçe, m. 595/1. Devir borcunu doğuran işlemin şekil şartına uyulmadan yapılmış olmasına karşın, devir işleminin şekle uygun olması halinde bunun devir vaadi üzerinde iyileştirici bir etkiye sahip olacağı doktrinde çoğunluk tarafından kabul edilmektedir. Bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, N. 1661 b; Demirkapı, s. 127 vd.; karş. Pohlmann, GmbHR 1995, s. 412 vd.; Pohlmann, GmbHR 2002, s. 41 vd.; Jasper, in Münchener Handbuch der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, § 24 Rn. 103; Baumbach/Hueck, GmbHG, § 15, Rn. 36; Buss, Kompaktcommentar Gesellschaftsrechts, § 15, Rn. 20.

⁷ BK m. 11/2; ayrıca bu hususa bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, N. 1661 c; Yanlı, Tekinalp’e Armağan, Cilt I, s. 676; Doğanay, BATİDER 1975, Cilt VIII, S. 2, s. 90; Çağa, BATİDER 1973, C. VII, S. 3, s. 595; karş. Jasper, in Münchener Handbuch der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, § 24 Rn. 101; Baumbach/Hueck, GmbHG, § 15, Rn. 29; Buss, Kompaktcommentar Gesellschaftsrechts, § 15, Rn. 19.

⁸ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin 25.2.1986 E.1986/7401, K. 1986/948 kararında da bu durum şu şekilde ifade edilmiştir: “TTK’nın 520. maddesinin son fıkrası uyarınca payın devri veya devir vaadi hakkındaki sözleşmelerin yazılı şekilde yapılması ve imzaların noterce tasdik edilmesi gerektiği hükme bağlanmış olup, aksi halde bu kabil sözleşmelerin ilgililer arasında dahi hüküm ifade etmeyeceği, başka bir deyişle geçersiz olduğu öngörülmüştür. Bu şekil şartı tamamen bir (muteberlik şartı) dır. Bu husus taraflarca ileri sürülmemiş olsa bile, mahkemece re’sen nazara alınması gerekir. Buna riayet edilmeden yapılan sözleşmenin geçerliliğinden söz edilemez”. Bu karar için bkz. Çevik, s. 220.

landır⁹. Dolayısıyla, devrin veya devir borcunu doğuran işlemin şekle aykırı yapılması halinde, şekle aykırılığı sadece taraflar değil, bunların dışındaki ilgili üçüncü kişiler de ileri sürebilecektir. Aynı şekilde işlemin şekle aykırı yapıldığını yargıç re'sen dikkate alabilecek¹⁰ ve işlemin sakatlığı zaman içinde ortadan kalkmayacağından bunu ileri sürmek herhangi bir süre ile de kısıtlanmayacaktır¹¹.

b. Şeklin Unsurları

aa. Yazılı Şekilde Yapılması

TTK m. 520/5 ve TTK Tasarısı m. 595/1'e göre, esas sermaye payının devri ve devir borcunu doğuran işlemlerin yazılı yapılması zorunludur. Devir işleminin tarafları herşeyden önce devre konu payın hangisi olduğu yönünde birbirlerine uygun iradelerini açıklarlar¹². Yazılı metinden payın ivazlı mı yoksa ivazsız mı devredildiği anlaşılmalıdır. Belli bir bedel karşılığında payın devri gerçekleşiyor ise, bu bedelin metinde yer alması gerekir¹³. Buna karşılık pay herhangi bir bedel alınmaksızın devredilecekse bağış iradesinin varlığı ortaya konmalıdır¹⁴.

TTK, payın devri veya devir borcunu doğuran sözleşmede bulunması gereken hususlar konusunda herhangi bir düzenleme yapmamış olmasına karşılık, Tasarı'da bu konuda bazı hükümler öngörülmüştür. TTK Tasarısı m. 595/1 c. 2'ye göre, devir sözleşmesinde, ek ödeme ve yan edim yükümlülükleri; rekabet yasağı ağırlaştırılmış veya tüm ortakları kapsayacak biçimde

⁹ Karş. Kılıçoğlu, s. 92.

¹⁰ Geçerlilik şekline aykırı yapılan sözleşmelerin yaptırımının mutlak butlan olduğu ve bu yüzden yargıç tarafından şekle aykırılığın re'sen nazara alınabileceği genel olarak kabul edilmesine karşılık, doktrinde son zamanlarda burada kendine özgü bir hükümsüzlük hali bulunduğu ve şekle aykırılığın re'sen dikkate alınmayacağı bunun ancak taraflarca ileri sürülebileceği görüşü de savunulmaktadır. Bkz. Meier-Hayoz: Schweizerisches Privatrecht, V71, Fünfter Band, Sachenrecht, Erster Halbband, Basel und Stuttgart 1977, ZGB Art. 657, Nr. 137 vd.; ayrıca karşı. Kılıçoğlu, s. 92.

¹¹ Bkz. Kılıçoğlu, s. 91.

¹² Bkz. Demirkapı, s. 216; Jasper, in Münchener Handbuch der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, § 24, Rn. 44.

¹³ BK m.1'e göre bir sözleşmenin kurulabilmesi için tarafların sözleşmenin esaslı unsurlarında anlaşmış olmaları şarttır. Esas sermaye payının devri ve devir borcunu doğuran işlemler de bir sözleşme olduğuna göre tarafların devre konu pay ve buna karşılık ödenecek bedel konusunda en azından birbirine uygun iradeye sahip olmaları zorunluluğu bulunmaktadır.

¹⁴ Bkz. Demirkapı, s. 113.

genişletilmiş ise, bu husus, önerilmeye muhatap olma, önalım, geri alım ve alım hakları ile sözleşme cezasına ilişkin koşulların da belirtilmesi gerekir¹⁵.

Tasarı, yükümlülük getirdiği için önemli gördüğü hususların devir sözleşmesinde açıkça yazılmasını emretmiştir. Bu hususların sözleşmeye yazılması zorunluğunun sebebi, devralanın yükümlülüklerinin bilincinde olması ve devralanın tam olarak bilgilendirilmesi ile ilgili sorumluluğun payı devretmek isteyen tarafa yüklenmek istenmesidir¹⁶. Tasarı'nın gerekçesinde kullanılan ifadelerden, bu hükmün emredici nitelikte olmadığı ve bu kayıtların sözleşmeye yazılmamış olmasının sözleşmeyi geçersiz kılmayacağı¹⁷ anlaşılmaktadır¹⁸. Ancak bu kuralın kabul edilmesinin gerekçesini, devralanın yükümlülüklerinin farkında olması olarak açıklayan Tasarı'nın, bu kayıtların sözleşmeye konulmasını tarafların iradesine bırakması ve bu hükmün emredici bir niteliğe sahip bulunmadığını ifade etmesinin doğru bir yaklaşım olmadığı kabul edilmelidir¹⁹.

bb. İmzaların Noter Tarafından Onaylanması

TTK m. 520/5 ve TTK Tasarısı m. 595/1, taraflar arasındaki devir sözleşmesinin ve devir vaadine ilişkin sözleşmelerin yazılı şekilde yapılmasını yeterli görmemekte, ayrıca tarafların imzalarının noter tarafından onaylanmasını da zorunlu kılmaktadır.

Noterler Kanunu m. 90 vd. hükümleri, noter tarafından gerçekleştirilecek onaylamanın nasıl yapılacağı konusunda ayrıntılı düzenlemeler içermektedir. Buna göre, taraflarca hazırlanan sözleşmenin altında bulunan imzaların tasdiki için notere başvurulduğunda, sözleşmenin altındaki imzaların bunları atanlara ait olduğunu noter onaylayacak ve bunu bir şerhle belgeleyecektir.

¹⁵ Bu husus için ayrıca bkz. Jasper, in Münchener Handbuch der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, § 24, Rn. 44 vd.

¹⁶ Bkz. TTK Tasarısı, Gerekçe, m. 595/1.

¹⁷ Gerekçeye göre bu kayıtların devir sözleşmesinde bulunmaması, sözleşmeyi geçersiz kılmaz, fakat devredenın bazı hallerde sorumluluğuna sebep olur. Bkz. TTK Tasarısı, Gerekçe, m. 595/1.

¹⁸ Bkz. TTK Tasarısı, Gerekçe, m. 595/1.

¹⁹ İsviçre BK'nın 784/2 fıkrası incelendiğinde, bu hususların devir sözleşmesine yazılmasının tarafların iradesine bırakılmadığı anlaşılmaktadır. İsviçre BK m. 784/2'de "In die Urkunde müssenaufgenommen werden." ifadesi kullanılmaktadır. Bu ibareler bu hükmün emredici bir niteliğe haiz olduğunu göstermektedir. Dolayısıyla TTK Tasarısı m. 595/1'in ikinci cümlesindeki "belirtilir" ifadesi yerine "belirtilmelidir" ibaresinin yazılmasının ileride doğabilecek sorunları bertaraf etmek açısından gerekli olduğu kanısındayım. Aynı görüş için bkz. Demirkapı, s. 218.

İşlemin yapıldığı yerin senet üzerinde belirtilmesi gerekmektedir (NK m. 92/1, b. 1). Ayrıca işlemin gerçekleştirildiği tarihin hem rakamla hem de yazı ile bu senet üzerinde yer alması zorunluluğu getirilmiştir. (NK m. 92/1, b.1). İmzaların mutlaka onaylamayı yapacak noterin huzurunda atılması şart değildir. Tarafların bu belge üzerinde imzanın kendilerine ait olduğunu beyan etmeleri yeterlidir. İlgili kişilerin imzalarını noter huzurunda atıp atmadıkları hususu işlemin içeriğinde belirtilmelidir (NK m. 92/1, b. 4).

Noter tarafından yapılan onaylama işlemi sözleşmenin içeriği ile ilgili olmayıp sadece tarafların imzalarını kapsamaktadır. Dolayısıyla esas sermaye payının devri ve devir borcunu doğuran işlemler resmi şekilde yapılmadığından, bu şekle uygun yapılmış olan hukuki işlemlerin sahtelikleri sabit oluncaya kadar kesin delil olma özelliğinden yararlanması sözkonusu olmamaktadır²⁰. Noter sadece sözleşmenin altındaki imzaları onayladığından bu imzaların ve sözleşmede belirtilen tarihin sahteliği ispat oluncaya kadar doğru kabul edilmektedir (NK m. 82/3, c. 2).

2. Şekle Uyulması Zorunluluğunun Bulunmadığı Hâller

Limited ortaklığa ait payların TTK m. 520/5 ve TTK Tasarısı m. 595/1 hükümlerinde öngörülen şekil şartına uyulmaksızın devredilmesi istisnai bazı durumlarda mümkündür. Esas sermaye payının mirasa veya eşler arasındaki mal rejimlerine ilişkin hükümlere göre veya icra yoluyla geçmesi durumunda, payın devri mevcut ortakla payı devralmak isteyen kişi arasındaki bir sözleşmeye değil yasaya dayanmaktadır²¹. Payın yasa gereği geçtiği bu tür durumlarda ortakların muvafakatine ihtiyaç duyulmadığı gibi yasa da öngörülen şekle de uyulmak zorunluluğu bulunmamaktadır²².

II. TARAFLARIN İMZALARININ NOTERCE ONANMASI ŞARTI GETİRİLMESİNİN AMAÇLARI

Bir sermaye şirketi olmasına karşın limited ortaklıkta kişi unsurunun ön plana çıktığını gösteren hükümlerden biri de TTK m. 520/5 ve TTK Tasarısı m. 595/1'dir. Gerçekten bu maddeler incelendiğinde, anonim ortaklıktaki durumun aksine kanun koyucunun limited ortaklıktaki payların kolayca el

²⁰ Demirkapı, s. 118.

²¹ Karş. TTK Tasarısı, Gerekçe, 596/1.

²² Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 14.2.1986 E. 1986/215, K. 1986/711 kararında, anasözleşmedeki (payların diğer ortakların muvafakati olmadıkça diğer ortaklara veya başkasına devredilip satılamayacağına) dair olan hüküm, payın miras yoluyla devrini engelleyen ya da bu şekilde devir için ortakların muvafakatını öngören bir şart olarak yorumlanamaz, ifadesi kullanılmıştır.

değiştirmesini istemediği görülmektedir.

Limited ortaklıkta pay devrinin zorlaştırılmasının nedenini anlamak için bu ortaklık türünün kabul edilmesine yol açan tarihsel sürece kısaca bir göz atmak gerekir. Mevcut ortaklık türlerinin ticari hayatın gereklerine tam olarak karşılık verip vermediği ve yeni bir ortaklık türüne ihtiyaç duyulup duyulmadığı konusunda araştırma yapmak üzere 1888 yılında bizzat Almanya Şansölyesi Bismark tarafından bir komisyon kurulmuştur. Bu komisyonun hazırladığı raporda var olan türler dışında yeni bir ortaklık türüne ihtiyaç duyulduğu sonucu ortaya çıkmıştır²³. Tarihsel açıdan bakıldığında, bir sermaye şirketi olarak düşünülmesine rağmen, anonim ortaklığa göre farklı amaçlarla kullanmak için limited ortaklığa ihtiyaç duyulmuştu. Bu şekilde ortaya çıkan limited ortaklığın temel özelliği, az sayıda ortağa sahip olması ve bu ortakların uzunca bir süre şirkette kalmalarıydı. Bu ortaklık türünün bu özelliğinin korunması için payların hiçbir koşula bağlı olmaksızın el değiştirebildiği anonim ortaklığın aksine, esas sermaye paylarının devrinin zorlaştırılması gerektiği yönünde bir düşünce oluşmuştu²⁴. Bu amaçla getirilen hükümlerden en önemlisi, pay devrini gerçekleştirecek olan tarafların imzalarının noter tarafından onaylanmasının şart kılınmış olmasıdır.

Alman Limited Ortaklıklar Kanunu'nun (Gesellschaft mit beschränkter Haftung-GmbH) gerekçesi incelendiğinde pay devri ve devir borcunu doğuran işlemlerde noter onayı şartının hangi nedenlerle getirildiği anlaşılmaktadır. Doktrinde, limited ortaklıkta payın devri ve devir borcunu doğuran işlemlerin zorlaştırılmasının, özellikle şu amaçlara hizmet ettiği savunulmaktadır²⁵:

1. Genel Ekonomik Yapının Korunması

Limited şirketin bir ortaklık türü olarak kabul edildiği zamanlarda pay devrinin zorlaştırılmasının ekonomik yapının zarar görmemesi açısından gerekli olduğuna inanılmaktaydı²⁶. Limited ortaklığa ait payların piyasada serbestçe işlem gören kıymetli evrak haline dönüşmelerinin genel ekonomik yapı açısından önemli sakıncalar yaratacağı düşünülmekteydi. Bu amaçla pay devri veya devir borcunu doğuran işlemlerde tarafların imzalarının noter onayına tabi kılınarak limited ortaklıktaki payların spekülatif işlemlere konu

²³ Dyhr, s. 22.

²⁴ Dyhr, s. 21 vd.

²⁵ Bkz. König, ZIP 2004, s. 1838, 1839 vd.; Dyhr, s. 28 vd.

²⁶ Dyhr, s. 29 vd.; karş. Çağa, BATİDER 1973, C. VII, S. 3, s. 593.

olmaması sağlanmak istenmiştir²⁷.

Payın devri ve devir borcunu doğuran işlemlerde tarafların imzalarının noter tarafından onaylanması şartının getirilmesi ile devir işlemlerinin zorlaştırılacağı kabul edilmekteydi. İmzaların noter tarafından onaylanmasının şart olmasından dolayı pay devrini gerçekleştirmeyi düşünen kişilerin harcamak zorunda kalacakları parayı ödemekten kaçınacakları ve bundan dolayı pay devirlerinin minimum seviyede kalacağı hesap edilmekteydi. Dolayısıyla devir işlemlerini gerçekleştirmenin masraf ve emek gerektirmesi nedeniyle, pay devrinin sınırlı kalacağına inanılmaktaydı²⁸.

2. Limited Ortaklığın Yapısının Korunması

Alman Kanunkoyucusunun payın devrini zorlaştırmakla limited şirketin yapısını korumayı amaçladığı anlaşılmaktadır. Yeni bir şirket türü olan limited ortaklığın, kişi unsurunun çok fazla ön planda olduğu şahıs şirketleri ile daha çok sermayenin önemsendiği ve pay sahiplerinin kişiliklerinin pek önem arzetmediği anonim ortaklıklar arasında bir yerde tutulmak istendiği görülmektedir²⁹. Alman Limited Ortaklıklar Kanununu'nun gerekçesinde kullanılan ifadelerle bakıldığında, bu ortaklık türünde payların devredilmesi suretiyle ortakların sürekli değişmesinin hiç arzulanmadığı ve ortak değişiminin mümkün olduğu kadar az olmasının amaçlandığı söylenebilir³⁰.

3. İspat Kolaylığının Sağlanması

Limited ortaklıktaki esas sermaye payının devrinin noter onayına bağlanması ile payın devredildiği kolaylıkla ispat edilebilir³¹. Böylece, üçüncü kişiler açısından, esas sermaye payının sahibinin kim olduğu konusu açıklığa kavuşmuş olacaktır. Aynı şekilde payı devreden devrettiğini, şirketin yeni ortağı ise payı devraldığını kolaylıkla ispat edebilecektir. Şirket açısından da

²⁷ Karş. Stenografische Berichte, s. 3729; Baumbach/Hueck, GmbHG, § 15, Rn. 21.

²⁸ Alman Limited Şirketler Kanunu m. 15'in gerekçesinde bu husus açıkça yazılmıştır. Bkz. Stenografische Berichte, s. 3729. Gerekçede ayrıca limited ortaklıkta pay devrinin tamamen yasaklanmasının da düşünülebileceği, ancak bunun şirket ortaklarından birinden alacaklı olanların menfaatlerine aykırı olabileceği hususu göz önüne alınarak yapılmadığı ifade edilmektedir. Bkz. Stenografische Berichte, s. 3728. Pay devrinin tamamen yasaklanmasının sakıncalı olduğu sonucuna varılmış olsa da, limited ortaklıkta payın devredilmesinin ancak istisna olabileceği düşüncesinden hareket edilmiştir. Asıl olan şirket ortaklarının uzun süreli birliktelikleridir. Bkz. Stenografische Berichte, s. 3734.

²⁹ Karş. Steonographische Berichte, s. 3728.

³⁰ Bkz. Heidenhain, ZIP 2001, s. 721, 722; König, ZIP 2004, s. 1838, 1839.

³¹ Bkz. Stenographische Berichte, s. 3729; Baumbach/Hueck, GmbHG, § 15, Rn. 21.

kimin ortak olduğunun bilinmesi ve bu konuda çıkabilecek uyuşmazlıkların çözümü açısından pay devrinin noter onayına bağlanmasının faydalı olacağı ifade edilmektedir³².

Payın devredildiğinin ispat edilmesi açısından devir sözleşmesinin yazılı şekilde yapılmasının yeterli olup olmadığı, sözleşmede bulunan taraf imzalarının ayrıca noter tarafından onaylanmasının gerekli olup olmadığı araştırılması gerekir. Payın devredildiğinin herhangi bir yazılı belge ile ispat edilmesi mümkün olmasına karşın kanun koyucunun devir sözleşmesindeki imzaların noter tarafından onaylanması şartına bağlamasının altında yatan temel düşünce, limited ortaklıkta esas sermaye payının kolayca devrine engel olmaktır. Böylece limited ortaklıktaki esas sermaye payını temsil eden kağıtların piyasada işlem görmesi ve pay devirlerinin spekülative işlemlere tabi kılınmasına engel olunmak istenmiştir. Limited ortaklığa ait payların, piyasada serbestçe alınıp satılan bir kıymetli evrak haline gelebileceği endişesi yaşanmıştır³³. Bu düşüncelerle, payın devrinin gerçekleşip gerçekleşmediğinin kesin olarak ispat edilmesi açısından adi yazılı şekilde yapılacak bir devir sözleşmesi yerine, sözleşmenin noter tarafından onaylanmasının daha uygun olacağı kabul edilmiştir³⁴. Dolayısıyla noter onayı şartının, limited ortaklıktaki pay devirlerinin spekülative işlemlere tabi tutulmasına ve payların piyasada kolaylıkla alınıp satılmasına engel olmak amacıyla getirildiğini kabul etmek gerekir.

4. Uzman Görüşü Alınması ve İşlemin Doğru Yapılmasının Sağlanması

Pay devrinde noter onayı şartı aranması sayesinde, devir işleminin taraflarının bu işlemi yapmadan önce hukuki konularda uzman olan noterin görüşü de alınmış olacaktır. Özellikle pay devrinin şirket esas sözleşmesi tarafından bazı şartlara bağlandığı durumlarda, esas sözleşme hükümlerinin anlaşılması ve doğru yorumlanması açısından bir noterin devreye girmesinin faydalı olduğu söylenebilir.

Devir sözleşmesinin geçerli olabilmesi için noter onayının şart olması aynı zamanda devir sözleşmesinin kurallara uygun bir şekilde yapılmış olduğu konusunda da bir güvence teşkil edecektir. Tarafsız olan ve kamu görevi yapan noter, tarafların iradelerinin doğru bir şekilde sözleşmeye yansıdığını ve bu devir sözleşmesinin esas sözleşme hükümlerine uygun olup olmadığını kontrol edebilecektir. Böylece devir sözleşmesinin hukuka tamamen uygun

³² Karş. Steonographische Berichte, s. 3729.

³³ Bkz. Steonographische Berichte, s. 3729.

³⁴ Bkz. Dylr, s. 37 vd.; karş. König, ZIP 2004, s. 1838, 1839.

yapılması sağlanmış olacaktır³⁵.

Alman Kanunkoyucusunun noter onayı şartını getirirken uzman görüşü alınması ve işlemin doğru yapılmasının sağlanması gibi bir amacının olmadığı genel olarak kabul edilmektedir³⁶. Alman Limited Ortaklıklar Kanunu'nun gerekçesinde de bu yönde bir ifadeye rastlanmamaktadır. Kanunkoyucusunun amacı limited ortaklıkta pay devrini mümkün olduğu kadar zorlaştırmak idi. Aynı şekilde Türk hukuku açısından da noter onayı şartının getirilmesinin amaçlarından birinin, uzman görüşünün alınması olduğu söylenemez.

5. Tarafların Gelişigüzel Karar Vermelerinin Önlenmesi

Payın devrinin noter onayına bağlanmasının nedenlerinden biri de, payı devreden ve devralan kişileri düşünmeye sevk etmek, daha düşünceli ve dikkatli karar vererek işlemi gerçekleştirmelerini sağlamaktır (*Übereilungsschutz*)³⁷. Payı devralan kişi bu devir işleminin kendisi için hangi anlama geldiğini ve pay devrinin oluşturabileceği riskleri daha kolay algılaya şansına sahip olur³⁸. Noter onayının şart kılınmasından dolayı, payı devralan kişi, burada kolayca elden çıkarılabilecek bir anonim ortaklığa ait hisse senedine değil, aksine başkasına devredilmesi bazı ağır şartlara bağlanmış bir ortaklık payına sahip olacağını ve bunun doğal sonucu olarak, bu ortaklık payını istediği zaman nakit paraya dönüştürmesinin kolay olmayacağını düşünme fırsatına kavuşmuş olacaktır³⁹.

Noter onayı şartının sadece payı devralan kişiyi değil, aynı zamanda payını devreden ortağın korunmasına da hizmet ettiği söylenebilir. Payı devreden ortak, kurallara uygun bir devrin gerçekleştiğini kolaylıkla ispat etme olanağına kavuşmuş olur. Payını devreden, limited ortaklıktaki esas sermaye payına sahip olmasının sonucu olarak sahip olduğu sorumluluklardan kurtulduğunu, aynı zamanda bu devirle birlikte ortak olmanın getirdiği haklardan

³⁵ Doktrinde esas sermaye payı devrinin hukuka uygun yapılmasının sağlanması için tarafların notere gitmeden önce bir avukatın görüşünü almaları ve devir sözleşmesinin avukat tarafından düzenlenmesi zorunluluğunun getirilmesi gerektiğini savunan yazarlar da olmuştur. Bkz. König, ZIP 2004, s. 1838, 1842.

³⁶ Dylr'e göre, tarafların devir esnasında bir uzmandan yararlanabilmeleri için noter onayı şartının getirildiğini söylemek mümkün değildir. Bkz. Dylr, s. 36 vd.

³⁷ Rowedder, § 15, Rn. 1; Roth, § 15, Rn. 44; Baumbach/Hueck, GmbHG, § 15, Rn. 21.

³⁸ Karş. OLG Stuttgart DB 1989, s. 1817; OLG München, WM 1995, s. 670, 671; ayrıca bkz. König, ZIP 2004, s. 1838, 1841; Çevik, s. 218.

³⁹ Bkz. Hueck, s. 327; karş. Demirkapı, s. 109.

da yoksun kaldığını bilir⁴⁰.

Doktrinde bazı yazarlar tarafından noter onayı şartının getirilmesinin sözleşmenin taraflarını korumak gibi bir amacının olmadığı görüşü savunulmaktadır. Bu yazarlara göre, kanunkoyucunun bu tür bir düşünceyle hareket etmesi halinde, sadece limited ortaklıktaki esas sermaye payının devrinde değil, diğer tüm malvarlıksal değerlerin devrinin de bu şekilde ağır şekil şartlarına bağlanması gerekirdi⁴¹. Aksine burada kanunkoyucunun asıl amacı limited ortaklıktaki esas sermaye paylarının spekülative devirlere konu olmasına engel olmak ve bu ortaklık türünü diğer şirket türlerinden ayrılmasını sağlamaktır. Dolayısıyla bireylerin korunmasından çok genel ekonomik yapının korunmasının esas alındığını kabul etmek gerekir⁴². Alman Limited Ortaklık Kanunu'nun gerekçesindeki ifadeler dikkate alındığında, bu görüşün haklı olduğunu kabul etmek gerekir. Gerçekten de Alman Kanunkoyucusunun bu kuralı koyarken böyle bir amaç taşıdığına dair gerekçede herhangi bir ifadeye rastlanmamaktadır. Ancak başlangıçta böyle bir amaç güdülmemiş olmasına rağmen, taraf imzalarının noter tarafından onaylanması şartının getirilmesinin sözleşmenin taraflarının düşünerek hareket etmesine yol açtığını söylemek gerekir⁴³.

III. TTK TASARISI'NDA İMZALARIN NOTER TARAFINDAN ONAYLANMASI ŞARTININ AYNEN KORUNMASI KONUSUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ

TTK Tasarısı hazırlanırken, limited ortaklıkta esas sermaye payının devredilmesinde imzaların noter tarafından onaylanması şartının eski sistemde olduğu gibi aynen korunmasına karar verilmiştir. Pay devrinde imzaların noter tarafından onaylanmasının önemli avantajlara sahip olduğu ve bu yüzden bunun Tasarı'da da yer almasının zorunlu olduğuna inanılmıştır⁴⁴. Tasarı'da bu şartın korunmasının gerekçesi olarak; bunun ispat yönünden gerekli olması, güvenliği sağlaması, tarafları devir, özellikle ek ödeme ve yan edim yükümlülükleri ve diğer sözleşmesel borçlar bakımından düşünmeye yöneltmek için uygun bir araç olması gösterilmiştir. Devir işleminin yazılı şekilde yapılması, Tasarı'da sayılan bu hususları tek başına gerçekleştirme gücüne sahip olduğu göz önüne alındığında, önemli dezavantajları da bulunan noter onayı şartının aynen korunmasının doğru olup olmadığının irde-

⁴⁰ Roth, § 15, Rn. 44.

⁴¹ Bkz. König, ZIP 2004, s. 1838, 1840; Dylr, s. 34.

⁴² Bkz. Dylr, s. 35.

⁴³ Karş. Baumbach/Hueck, GmbHG, § 15, Rn. 21.

⁴⁴ Bkz. TTK Tasarısı, Gerekçe, m. 595/1.

lenmesi gerekir.

Tasarı'nın gerekçesinde pay devri veya devir borcunu doğuran işlemin yazılı şekilde yapılması ile imzaların noter tarafından onaylanmasının sahip oldukları işlevlerden aynı cümle içerisinde bahsedilmiştir. Esasında yazılı şekilden çok noter onayının gerekli olup olmadığı konusunun tartışılmaya açılması ve bunun avantaj ve dezavantajlarının değerlendirilmesi daha uygun olurdu.

1 Ocak 2008 tarihinde yürürlüğe giren ve İsviçre Borçlar Kanunu'nun özellikle limited ortaklıkla ilgili hükümlerinde önemli değişiklikler yapan yasa, İsviçre hukukunda, limited ortaklıkta esas sermaye payının devrinde imzaların noter tarafından onaylanması şartını kaldırdı. Bu yasa değişikliğinden sonra İsviçre'de limited ortaklıktaki esas sermaye payları yazılı bir şekilde devredilebilmektedir⁴⁵.

TTK Tasarısı'nın gerekçesinde İsviçre'de yapılan bu yasal değişikliğe atıf yapılmış, ancak Türk sistemi açısından imzaların noter tarafından onaylanması şartının mevcut TTK'da olduğu gibi korunmasında yarar görüldüğü ifade edilmiştir. Yakın bir zamanda yeni bir Ticaret Kanunu'na kavuşacak olan Türk hukukunda, İsviçre'de uzun tartışmalar sonucu kaldırılan, noter onayı şartının aynen korunmasının gerekli olup olmadığı yeterince tartışılmadığı görülmektedir. İsviçre'de noter onayı şartının kaldırılmasına yol açan nedenlerin⁴⁶ irdelenmesi ve bu nedenlerden hangilerinin Türk hukuku açısından da geçerli olduğunun ortaya konması suretiyle, Tasarı ile benimlenen çözümün uygun olup olmadığı ortaya konabilecektir.

İsviçre dışında, limited ortaklıkta payların devrinde noter onayı şartı olması Almanya'da da⁴⁷ son yıllarda önemli tartışmalara yol açmakta⁴⁸ ve

⁴⁵ TTK m. 520/5'e kaynaklık eden İsviçre BK'nın limited ortaklıklar hukukunu reforme eden değişiklikten önceki halinde (İsviçre BK m. 791/4) payın devrinin geçerli olması için noter onayı şart koşulmaktaydı. Ancak İsviçre BK'nın yeni halinde bu durum şu şekilde düzenlenmiştir: Esas sermaye paylarının devredilmesi, taahhüt işlemi dahil, yazılı şekilde yapılmak zorundadır (İsviçre BK m. 785/1).

⁴⁶ Bunun için bkz. Bügler, s. 200; Schlösser, GmbHR 2007, s. 301 vd.

⁴⁷ Alman Limited Ortaklıklar Kanunu'nun 15. maddesinin 3. ve 4. fıkralarında, ortaklık payının devrinde gerek borçlanma gerekse tasarruf işlemlerinin noter onayına bağlı olduğu hükme bağlanmaktadır. Türk ve İsviçre hukuklarının aksine Alman hukukunda borçlanma ve tasarruf işlemleri ayrı fıkralarda düzenlenmektedir.

⁴⁸ Bkz. Heidenhain, ZIP 2001, s. 2113 vd.; Pohlmann, GmbHR 2002, s. 41 vd.; Schultze, NJW 1991, s. 1936 vd.; Greitemann, GmbHR 2005, s. 577 vd.; Dutta, RIW 2005, s.98

doktrinde bazı yazarlar, pay devirlerinde noter onayı şartının kaldırılması ve yazılı şeklin yeterli sayılması gerektiği yönünde görüş belirtmektedirler⁴⁹.

Yukarıda da açıklandığı gibi, limited ortaklıktaki esas sermaye payının devrinde imzaların noter onayına bağlanmış olmasının gerekçeleri bu ortaklık türünün Almanya’da kabul edildiği dönemlerdeki tarihsel bazı nedenlere dayanmaktaydı. Temel düşünce, limited ortaklığı diğer bir sermaye şirketi olan anonim ortaklıktan ayırmak ve limited ortaklıktaki payların spekülatif devirlere konu olmasına engel olmaktır. Devir işleminin gerçekleştiğinin ispat edilmesi veya devir işleminin taraflarının düşünmeye sevk edilmesi, noter onayı olmaksızın adi yazılı şekil ile de sağlanabilir. Dolayısıyla kamu menfaatinin sağlanması, genel ekonomik yapının korunması gibi gerekçelere dayanarak kabul edilmiş olan noter onayı şartının günümüz şartlarında halen geçerli olduğu söylenemez⁵⁰. Limited ortaklığın diğer sermaye ortaklarından ayrılması gibi bir düşünceyle pay devrinin zorlaştırılmasının da bir anlamı bulunmamaktadır. Çünkü bu şirket türü tüm avantajlı ve dezavantajlı yönleriyle ekonomik hayatta kendine bir yer edinmiş ve diğer şirket türleriyle kesin çizgilerle ayrılmış durumdadır. Günümüzde limited ortaklık paylarının devrinin kolaylaştırılması halinde bu şirket türünün tüm özelliklerini kaybedip anonim şirkete benzeyeceği kaygısını taşımanın yersiz olduğunu kabul etmek gerekir.

Tüm şirket türleri açısından bakıldığında pay devrindeki imzaların noter onayına bağlanmasına sadece limited ortaklıktaki esas sermaye payı devrinde rastlanmaktadır. Örneğin kommandit ortaklıkta pay devrini öngören TTK m. 254 (TTK Tasarısı m. 315), ortakların paylarını başkasına devredebileceğini beyan etmiş fakat bu devrin hangi şekil şartlarına uyularak yapılacağı konusunda herhangi bir hüküm öngörmemiştir. Limited ortaklıktaki payın devriyle diğer ortaklık türlerindeki pay devirlerinin genel ekonomik yapının korunması açısından herhangi bir farkının olduğu söylenemez. Durum böyle iken sadece limited ortaklıktaki devirleri zorlaştırmanın da bir anlamı bulunmamaktadır⁵¹.

SONUÇ

Limited ortaklıktaki pay devirlerinde imzaların noter onayına tabi tutulmasının bugün itibarıyla herhangi bir gerekçesi bulunmamaktadır. Aksine

vd.; Krause, BB 2008, s. 1251 vd.; Barth, GmbHR 2004, s. 383 vd.; Kleinert/Blöse, GmbHR 2003, s. 1230 vd.; Böttcher/Blasche, NZG 2006, s. 766 vd.

⁴⁹ Bkz. Dylr, s. 148; karşı. König, ZIP 2004, s. 1838, 1842.

⁵⁰ Karş. Demirkapı, s. 110.

⁵¹ Karş. Heidenhain, ZIP 2001, s. 2113, 2114.

noter onayı şartından kaynaklanan masraf ve emek kaybı, limited ortaklığın sermaye yapısını güçlendirmek için yeni ortaklar bulma ve sermayeye ulaşmasını gereksiz bir şekilde güçleştirmektedir. Ekonomik hayatta çok önemli işlevler üstlenmiş bulunan limited ortaklıklarda pay devrini gereksiz şekilde zorlaştıran noter onayı şartının kaldırılması daha uygun olacaktır⁵². Pay devirlerindeki istismaları önlemek, işlemin taraflarını düşünmeye sevk etmek ve ispat sorununu çözmek için pay devir işlemlerinin yazılı şekilde yapılması yeterli olacaktır.

İsviçre hukukundaki limited ortaklıktaki pay devrinin kolaylaştırılması amacıyla devirlerde uyulması gereken şekil bakımından yapılan değişikliğin Türk hukuku açısından da dikkate alınması ve Tasarı'da noter onayı şartının kaldırılması gerektiği kanısındayım. Bunun için Tasarı'nın şu şekilde değiştirilmesi yeterli olacaktır:

TTK Tasarısı m. 595/1: Esas sermaye payının devri ve devir borcunu doğuran işlemler yazılı şekilde yapılır.

KAYNAKÇA

Barth, Wolfgang; Keine Erfüllung der Formerfordernisse des § 15 Abs. 3 und Abs. 4 GmbHG durch antizipierende Satzungsklausel, GmbHR 2004, s. 383 vd.

Baumbach, Adolf/Hueck, Alfred; in GmbH Gesetz, 18. Auflage, München 2006.

Böttcher, Lars/Blasche, Sebastian; Die Übertragung von Geschäftsanteilen deutscher GmbHs in der Schweiz vor dem Hintergrund der Revision des Schweizer Obligationenrechts, NZG 2006, s. 766 vd.

Buss, Thomas; in Kompaktkommentar Gesellschaftsrechts, (Herausgegeben von Armin Scwerdfeger), München 2007.

Bügler, Reto; Der GmbH-Anteil, insbesondere dessen Erwerb, Übertragung, und Verlust (de lege lata et ferenda), Zürich 2004.

Çağa, Barbaros; Limited Şirkette Ortaklık Payının Devri, BATİDER 1974, C. VII, S. 3, s. 581 vd.

Çevik, Orhan Nuri; Limited Şirketler Hukuku ve Uygulaması, 4. Baskı, Ankara 2003.

Demirkapı, Ertan; Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Ortaklıkta Payın Devri, İzmir 2008.

Doğanay, İsmail; Limited Şirketlerde, Ortaklık Payının Bir Başkasına

⁵² Karş. Bügler, s. 200 vd.

Devredilmesinin Koşulları Nedir? BATİDER 1975, Cilt VIII, S. 2, s. 83 vd.

Dutta, Anatol; Form follows function? – Formfragen bei Schuldverträgen über ausländische Gesellschaftsanteile, RIW 2005, s.98 vd.

Dyhr, Jochen; Das Formgebot bei der Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen (§ 15 Abs. 3 und Abs. 4 GmbHG), Münster 1998.

Greitemann, Georg; Die Formbedürftigkeit der Erwerbshand an GmbH-Anteilen, GmbHR 2005, s. 577 vd.

Heidenhain, Martin; Ncmals: Der Zweck der Beurkundungspflicht für Veräußerungsverträge über GmbH-Geschäftsanteile, ZIP 2001, s. 2113 vd.

Heidenhain, Martin; Der Zweck der Beurkundungspflicht für Veräußerungsverträge über GmbH-Geschäftsanteile, ZIP 2001, s. 721 vd.

Hueck, Götz; Gesellschaftsrecht, 19. Aufl. München 1991.

Jasper, Dieter; in Münchener Handbuch der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, (Herausgegeben von H.J. Priester und D. Mayer), 2. Aufl. München 2003.

Kılıçoğlu, Ahmet; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Ankara 2007.

Kleinert, Jens/Blöse, Jochen; Erfüllung der Formerfordernisse gemäß § 15 Abs. 3 und 4 S.1 GmbHG durch antizipierende Satzungsklauseln – ein Gestaltungsvorschlag, GmbHR 2003, s. 1230 vd.

König, Wolfgang; Zur notariellen Beurkundung der Abtretung von GmbH-Geschäftsanteilen – Ein Vorschlag zur Einschränkung des § 15 Abs. 3 und 4 GmbHG, ZIP 2004, s. 1838 vd.

Krause, Nils; Formbedürftigkeit der Übertragung eines Gesellschaftsanteils an einer einen GmbH-Anteil haltenden GbR, BB 2008, s. 1251 vd.

Lessmann, H.; Vinkulierte Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen, GmbHR 1985, s. 179 vd.

Meier-Hayoz; Schweizerisches Privatrecht, V71, Fünfter Band, Sachenrecht, Erster Halbband, Basel und Stuttgart 1977.

Pohlmann, Petra; GmbH-Anteilskauf: Formzwang für Nebenabreden und Vertragsübernahme; Heilung bei Veräußerungskette, Zugleich Besprechung von BHG v. 27.6.2001 – VIII ZR 329/99, GmbHR

2001, 815, GmbHR 2002, s. 41 vd.

Pohlmann, Petra; Heilung eines formnichtigen Kaufs von GmbH-Anteilen Besprechung von BGH, GmbHR 1994, 869, s. 412 vd.

Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin; Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 7. Bası, İstanbul 1997.

Roth, Günter/Altmeyden, Holger; GmbHG, 3. Auflage, München 1997.

Rowedder, Heinz; Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 3. Auflage, München 1997.

Schlösser, Daniel; Die Auswirkungen der Schweizer GmbH-Reform 2007 auf die Übertragung von Geschäftsanteilen einer deutschen GmbH in der Schweiz, GmbHR 2007, s. 301 vd.

Schultze, Jörg-Martin; Die Reichweite des Formerfordernisses bei der Veraeßerung einer Beteiligung an einer GmbH & Co. KG, NJW 1991, s. 1936 vd.

Stenografische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 8. Legislaturperiode, I. Session 1890/92, 5. Anlagenband, Berlin 1892.

Yanlı, Veliye; Limited Şirketlerde Payın Şirket Tarafından Edinilmesinde Şekil, Ünal Tekinalp'e Armağan, Cilt I, s. 673 vd.