

ANONİM ORTAKLIKLARDA KÂRIN TAMAMEN DEVRİNE İLİŞKİN BİR TASARRUF YAPILABİLİR Mİ?

Veliye YANLI*

I. Giriş

Bir ortaklıktan söz edilebilmesi için müşterek bir gaye gereklidir¹. Ortaklığı tarif eden BK.m.520 f.1'den "müşterek gaye"ye erişmekten ne kastedildiği anlaşılmamakla beraber, 522. maddede "şeriklerin mahiyeti icabınca şirkete ait olan bütün kazançları aralarında taksimle mükellef" oldukları belirtilmektedir. Bundan da müşterek gayenin "kazanç paylaşmak" olduğu sonucu çıkarılabilirse de, kollektif ve komandit ortaklıklarda bir "ticari işletme işletmek" (TK.m.153, 243) gayesi aranmasına karşılık anonim ve limited ortaklıklarda gayenin "iktisadi" olması da yeterli görülmüştür (TK.m.271 f.1, 503 f.3). Dolayısıyla müşterek gaye unsuru ortaklık türlerine göre değişiklik gösterdiğinden, genel bir tanım verilememektedir².

İktisadi maksat ve konularda kurulabilen anonim ortaklıklarda, aslında uygun ve mutad olan ticari işletme işletmek ve kâr payı dağıtmaktır. Bir anonim ortaklıkta pay sahibinin en önemli malvarlıksal hakkı kâr payı (temettü) hakkıdır. Bu hak geniş anlamda ele alındığında, her şeyden önce onun ortaklığın kâr elde etmek için çaba harcaması konusundaki hakkını ifade eder³.

Bu incelemede, bir anonim ortaklıkta elde edilen kazancın ortaklara paylaştırılmayıp, tamamen üçüncü bir şahsa devrini öngören düzenlemelerin mümkün olup olmadığı

* Yard. Doç. Dr., İstanbul Teknik Üniversitesi İşletme Fakültesi Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi
1 Arslanlı, *Kollektif ve Komandit Şirketler*, s.46 vd.; Poroy, Tekinalp/Çamoğlu, *Ortaklıklar*, s.30 vd. (N.55 vd.).
2 Poroy, Tekinalp/Çamoğlu, *Ortaklıklar*, s.30 vd. (N.55 vd.).
3 Forstmoser, Meier-Hayoz/Nobel, *Schweizerisches Aktienrecht*, s.488 (N.17 vd.).

sorunu ele alınmaktadır. Acaba Türk Ticaret Hukuku Sistemi'nde bir anonim ortaklık, esas sözleşmesine koyacağı bir hükümlerle kazancın tümüyle üçüncü bir şahsa devrini öngörebilir mi veyahut da üçüncü bir şahısla yaptığı bir sözleşme ile kazancını tümüyle ona devretmeyi taahhüt edebilir mi? Çünkü ortaklık kârının tamamen üçüncü bir şahsa devrinin öngörülmesi veya taahhüt edilmesi halinde ortaklık kazanç elde etmek ve de dağıtmak olan nihai amacını terk etmekte⁴ ve üçüncü bir kişiye fayda sağlamaya yönelmektedir ki, bu durumda da "iktisadi" bir amaçtan söz edilemez⁵.

II. İsviçre Hukuku'nda Durum

İsviçre'de, anonim ortaklık esas sözleşmesinde, safi kazancın dağıtılmasına ilişkin olarak, emredici hukuk kuralları çerçevesinde kalmak şartıyla, üçüncü şahıslar lehine hükümler bulunabileceği ve kârın tamamen üçüncü şahsa devrinin öngörülebileceği çeşitli hukukçular tarafından kabul edilmektedir^{6,7}. Ancak bunun için ya ilk sözleşmede buna ilişkin bir hüküm bulunacak ya da tüm pay sahiplerinin oy birliği ile esas sözleşme değişikliği yoluna gidilecektir. Çünkü ortaklığın kâr gütme amacı ve buna bağlı olarak pay sahiplerinin kâr payı hakkı müktesep bir haktır⁸.

İsviçre Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda müktesep haklar 1936 tarihli Eski Borçlar Kanunu'nun 646. maddesinde düzenlenmekte idi. Kanun bu hakları pay sahiplerinin rızası olmaksızın kendilerinden alınamaz haklar olarak tanımlamaktaydı. Söz konusu olan, pay sahibinin kanun veya esas sözleşme hükmünce genel kurul kararlarına tabi bulunmayan veya genel kurula katılma hakkından doğan haklarıdır (İsv.EBK.m.646 f.2)⁹. Bunlar; özellikle üyelik, oy hakkı, kararların iptalini dava hakkı, kâr payı ve tasfiye sonucuna katılma hakları olarak sayılmıştır. Ancak bu haklar sınırlı olmayan bir liste halinde sayılmakla beraber tam gerçeği yansıtmıyordu. Çünkü listede yer alan bazı hak-

4 von Planta, *Die Haftung des Hauptaktionärs*, s.22 ve 38.

5 Meier-Hayoz/Forstmoser, *Grundriss des schweizerischen Gesellschaftsrechts*, s.79 ve 267.

6 Caflisch, *Die Bedeutung und die Grenzen der rechtlichen Selbständigkeit der abhängigen Gesellschaft im Recht der Aktiengesellschaft*, s.131 vd.; Frankenberg, *Die konzernmäßige Abhängigkeit*, s.131; Handschin, *Der Konzern im geltenden Schweizerischen Privatrecht*, s. 129 ; von Planta, a.g.e. s.20 vd.; Flurin von Planta, *Der Interessenkonflikt des Verwaltungsrates der abhängigen Konzerngesellschaft*, s.100; Maurer, *Das Persönlichkeitsrecht der juristischen Person bei Konzern und Kartell*, s.80; Tappolet, *Schranken konzernmäßiger Abhängigkeit im schweizerischen Aktienrecht*, s.109 vd.

7 Caflisch, gerekçe olarak şunları söylemektedir: Tüzel kişiler dolaylı bir şekilde insanların çıkarlarına hizmet etmek amacıyla oluşturulurlar. Bu nedenle üyeleri, üçüncü kişilerin çıkarlarına zarar vermediği sürece tüzel kişiler için çeşitli yükümlülükler öngörebilirler. Gerçek bir kişi gelecekteki malvarlığının tamamı veya bir kısmı üzerinde üçüncü bir kişi lehine tasarrufta bulunamazsa da, tüzel kişiler açısından böyle bir şahsiyetin korunması (Persönlichkeitsschutz) durumu söz konusu olamaz, a.g.e. s.131 vd.

8 Böckli (unentziehbares Recht), *Das neue Aktienrecht*, s.309; Bürgi, *Komm. zu OR Art.660 N.16*; Caflisch, a.g.e. s.132; Flurin von Planta, a.g.e. s.100; Maurer, a.g.e. s.80; Tappolet, a.g.e. s.110. Mutlak müktesep hak (absolut wohlerworbenes Recht) olarak ta nitelendirilmektedir; bkz. Forstmoser, Meier-Hayoz/Nobel, *Schweizerisches Aktienrecht*, s.488 (N.22) ve von Planta, a.g.e. s.20 vd.

9 von F. Steiger, *İsviçre'de Anonim Şirketler Hukuku*, s.201 vd.

lar sadece müktesep değil, aynı zamanda vazgeçilmez haklardı. Ayrıca hakların bir kısmı tamamen bir kısmı da kısmen, sadece cevheri açısından korunan haklar olarak belirtilmişti. Bu nedenle yeni düzenleme ile bu madde kaldırılmış ve "müktesep hak" ifadesinden vazgeçilmiştir. Ancak bu değişiklikteki esas amaç, yeterince açık olmayan ve yanlış anlaşılmalara yol açan bu hükmün kanundan çıkarılması idi. Yoksa hukuki durumda maddi bir değişiklik hedeflenmemiştir¹⁰. Dolayısıyla bu kavramın öğretisi tarafından kullanılmasına devam edilmekte ve müktesep haklar, mutlak ve nisbi müktesep haklar olarak ikiye ayrılmaktadır. Buna göre yukarıda da belirtildiği gibi, her pay sahibinin ortaklığın kazanç elde etmeye yönelik amacı konusundaki hakkı mutlak, buna karşılık yıllık kâr payının dağıtımına ilişkin hakkı ise nisbidir. Çünkü bu hak yönetim kurulu ve genel kurul tarafından çeşitli şekillerde ve geniş bir takdir alanı içinde sınırlandırılabilir¹¹.

Esas sözleşmede bir düzenleme bulunmadan, ortaklık kazancının tümünün veya büyük bir bölümünün üçüncü bir şahsa devredilmesi sonucuna yönelik bir iktisadi politika izlenmesi, ortaklığın kâr elde etmek olan nihai amacına ve dolayısıyla pay sahiplerinin buna ilişkin haklarına aykırılık oluşturur.

Tüm pay sahiplerinin rızası alınmaksızın, kâr elde etme amacından vazgeçmeyi içeren bir çoğunluk pay sahibi kararının, diğer pay sahipleri tarafından iptalinin istenebileceği de kanunda açıkça ifade edilmiştir (İsv.BK.m.706 f.2 b.4).

İsviçre'de genel kabul gördüğü üzere, anonim ortaklık kârının tümüyle üçüncü bir şahsa devrini öngören bir düzenleme İsv.BK.m.620 f.3 anlamında hukuken mümkündür. Çünkü, İsviçre'de anonim ortaklıklar iktisadi olmayan amaçlar için dahi kurulabilirler. Diğer bir ifade ile, İsviçre'de anonim ortaklıkların, istisna oluşturmakla birlikte kültürel, kamusal, politik, sosyal ve benzeri amaçlar güderek dernek gibi faaliyette bulunmak üzere kurulmalarına imkan tanınmıştır¹².

Kârın üçüncü bir şahsa devrine ilişkin bir düzenleme halinde, söz konusu kâr konusunda tasarrufta bulunma bu şahsın talimatlarına da tabi kılınabilir¹³ ve bu durum genel kurulun ortaklık kazancı üzerinde karar verme konusundaki münhasır yetkisine ilişkin kurala aykırı düşmez. Çünkü İsv.BK.m.660 f.1¹⁴, esas sözleşme ile ortaklık kârının üçüncü bir kişiye devrine ve kâr üzerinde ne şekilde tasarrufta bulunulacağına ilişkin üçüncü bir şahsın iradesine bağlı kılınmasına imkan vermektedir¹⁵.

10 Bu konuda bkz. Forstmoser, Meier-Hayoz/Nobel, *Schweizerisches Aktienrecht*, s.472 vd. (N.113 vd.); aynı şekilde bkz. Meier-Hayoz/Forstmoser, *Grundriss*, s.298 vd.

11 Forstmoser, Meier-Hayoz/Nobel, *Schweizerisches Aktienrecht*, 472 vd. (N.113 vd.); Meier-Hayoz/Forstmoser, *Grundriss*, s.298 vd.

12 Meier-Hayoz/Forstmoser, *Grundriss*, s.267.

13 Caflisch, a.g.e. s.132 vd.; Maurer, a.g.e. s.80.

14 İsv.BK.m.660 f.1'e göre her pay sahibi, kanun veya esas sözleşme uyarınca pay sahiplerine dağıtılmasına karar verilmiş olduğu takdirde, bilanço kârına belirli bir oranda katılma hakkına sahiptir.

15 Maurer, a.g.e. s.80.

Bununla birlikte, kâr elde etme amacı gütmeyen bir anonim ortaklığın ancak, paylarının tamamının ana ortaklığın elinde bulunduğu yavru ortaklık şeklinde söz konusu olabileceği de belirtilmektedir¹⁶.

Karşılıklı sözleşmelerle kurulan bağımlılık ilişkisi konusunda kanuni bir düzenleme bulunmayan İsviçre'de kârın devrine ilişkin sözleşmelerin de mümkün olduğu belirtilmektedir. Ortaklık esas sözleşmesi ile üçüncü bir şahsın safi kazançta katılması imkanının öngörülmesinde olduğu gibi, karşılıklı sözleşmeler ile de, malvarlığını koruyan hükümleri gözetmek şartıyla, kârın tamamıyla üçüncü bir şahsa devri kararlaştırılabilir. Ancak, buna ilişkin bir hükmün esas sözleşmede yer alması gerektiği de vurgulanmaktadır¹⁷. Aksi takdirde, pay sahipleri kâr payı devrine imkan veren sözleşmenin dayandığı genel kurul kararının iptalini isteyebilirler ya da sözleşmeyi imzalayan yönetim kurulu hakkında sorumluluk davası açabilirler.

III. Alman Hukuku'nda Durum

Aşağıda ayrıntılı görüleceği üzere, ortaklık kârının devrine imkan tanıyan özel düzenleme dışında, önce şunu belirtelim ki, Alman Hukuku'nda anonim ortaklıklar için iktisadi bir amaç izleme zorunluluğu öngörülmemiştir. Almanya'da da istisna oluşturmakla beraber, anonim ortaklıkların ideal amaçlar için de kurulmaları mümkündür. Faaliyette buldukları konu ve izledikleri amaca bakılmaksızın, bütün anonim ortaklıklar bir ticaret ortaklığı kabul edilmektedirler¹⁸.

Kâr payı konusundaki düzenlemeye gelince, her pay sahibi esas sözleşmede aksi belirtilmediği sürece ortaklığın safi kazancına katılma hakkına (Dividendenrecht) sahiptir. Alman Anonim Ortaklıklar Kanunu'na göre pay sahibinin bilanço kârına katılma hakkını ileri sürebilmesi için bunun kanun, esas sözleşme veya genel kurul kararı ile pay sahiplerine dağıtılmasının engellenmemiş olması gerekir (AAOK. § 58 f.4). AAOK. § 58 f.3 uyarınca genel kurul kâr dağıtımından vazgeçerek, kazancın tümünün veya büyük bir kısmının yedek akçelere ayrılmasına karar verebilir. Bunun için basit çoğunluk yeterlidir. Böylece azınlıkta olan pay sahipleri bu konuda çoğunluğun iradesine tabidir. Ancak kârın pay sahiplerine dağıtılmayıp, yedek akçelere ayrılmasına ilişkin kararın keyfi olması Kanun'da özel bir iptal nedeni olarak belirtilmiş (AAOK. § 254) ve azınlık pay sahiplerine bu kararı iptal hakkı tanınarak bir koruma sağlanmıştır. Ancak bu hak ta sınırlıdır. Çünkü pay sahiplerine sadece % 4 oranında asgari bir kâra katılma imkanı vermektedir. Diğer bir ifade ile, kanun veya esas sözleşme ile açıkça öngörülmemesine rağmen, genel kurulun takdir hakkını kullanarak, pay sahiplerine en azından % 4 oranında dahi kâr payı dağıtılmayacak şekilde karar vermesi halinde, paylarının toplamı esas sermaye-

16 Tappolet, a.g.e. s.110; Flurin von Planta, a.g.e. s.100.

17 Caflisch, a.g.e. s.138; von Planta, a.g.e. s.29 ve 38; Flurin von Planta, a.g.e. s.101; Tappolet, a.g.e. s.117 ve 122.

18 Henn, *Handbuch des Aktienrechts*, s.14; Hueck, *Gesellschaftsrechts*, s.175.

nin % 5'i veyahut da nominal değeri bir milyon Alman Markı'nı bulan pay sahipleri bu kararın iptalini isteyebileceklerdir.

Bu düzenleme ile Almanya'da, çoğunluk pay sahibi veya pay sahiplerinin çok yüksek miktarlarda yedek akçe ayrılması yoluna giderek, yıllarca diğer pay sahiplerinin kârdan hiç pay alamamasına neden olmalarının ve böylece onları paylarını devretmek zorunda bırakmalarının önüne geçilmek istenmiştir¹⁹.

Görülüyor ki, Almanya'da, İsviçre veya Türk Hukuku'ndakine benzer müktesep veya da vazgeçilmez hak niteliğinde bir kâr payı hakkı söz konusu değildir.

Dünya'da konzern hukukunu yasal olarak düzenleyen ilk devlet olan Almanya'da²⁰, bir anonim ortaklığın tüm kazancını başka bir teşebbüse (işletmeye) devredilebileceği kanunda açıkça ifade edilmektedir. AAOK. § 291'de bir anonim (veya paylı komandit) ortaklığın tüm kazancını başka bir teşebbüse (işletmeye)²¹ devrini öngören sözleşmeler kârın devri sözleşmesi (Gewinnabführungsvertrag) olarak tanımlanmaktadır. Aynı maddeye göre bir anonim ortaklığın işletmesini diğer bir işletmenin hesabına idare etmeyi üstlenmesi de kârın devri sözleşmesi olarak kabul edilmektedir²².

Kârın devri sözleşmeleri Almanya'da ilk derecede vergi hukuku açısından büyük anlam ifade etmektedirler²³.

Kârın devri sözleşmesini yapmaya AAOK. § 78'e göre yönetim kurulu yetkilidir. Ancak onun bu konudaki temsil yetkisi, AAOK. § 293 uyarınca genel kurulun onay kararı gereğinden dolayı sınırlıdır. Genel kurulun kararı ile bu sözleşme onaylanmadığı sürece, geçersizliği askıdadır. Kârın devri sözleşmesinde kârı devredecek olan ortaklığın genel kurulunun kararı ile onaylanması şartı, bu konudaki kararı pay sahiplerine bırakmak düşüncesine dayanmaktadır. Amaç pay sahiplerini korumaktır. Bunun için de kanun ağırlaştırılmış çoğunluğun kararını aramaktadır. Bu da toplantıda temsil edilen esas sermaye miktarının dörtte üçüdür (AAOK. § 293 f.1 cümle 2). Ortaklık esas sözleşmesi ile

19 Hueck, a.g.e. s.284 vd.

20 Aytaç, *Deutsches und Türkisches Konzernrecht im Vergleich*, s.9.; Druey, ZSR 99/II, s. 273, 292.

21 Burada bir "işletme", diğer bir ifade ile "teşebbüs"ten (Unternehmen) söz edilmektedir. İşletme olarak nitelendirilmeyen bir şahıs ya da bir kurum konunun dışında kalmaktadır. Çünkü konzern hukuku, ancak içlerinden en az birinin anonim veya paylı komandit ortaklık şeklinde faaliyette bulunduğu işletmeler arası bağlantılarda devreye girmektedir. Tek bir özel şahsın (Privatperson als Einzelperson) veya herhangi bir vakfın, hakimiyet kuracak şekilde bir anonim ortaklıkta paya sahip olması halinde dahi konzern hukukuna ilişkin özel hükümler uygulama alanı bulmaz. "Teşebbüs" kavramının tanımı Alman Anonim Ortaklıklar Kanun'da yapılmamıştır. Çeşitli görüşlerin yanında (bkz. Emmerich/Sonnenschein, *Konzernrecht* s.45 vd.) Alman Federal Mahkemesi, sadece ortaklıkta değil, ortaklık dışında da bir ortağın iktisadi çıkarlar takip etmesi halinde, bu ortağın teşebbüs (işletme) olarak nitelendirilebileceği görüşünden hareket etmektedir (bkz. Emmerich/Sonnenschein, a.g.e. s.46 ve dn.18'deki kararlar). Bir işletme olarak faaliyette bulunmadığı ve pay sahibi olduğu anonim ortaklığın çıkarları karşısında kendi iktisadi çıkarlarını gözetmediği sürece, böyle bir katılım "işletme" niteliği kazandırmaz. Konzern hukukunun düzenlediği alan, birbiri ile bağlı işletmeler arasındaki çıkar çatışmalarıdır. "Bağlı işletmeler"e (verbundene Unternehmen) ilişkin tüm alan için önem taşıyan işletme kavramı hukuki değil, ekonomiktir. Diğer bir işletme ile konzern hukukuna ilişkin bir bağlantının iktisadi bir amaç çerçevesinde kurulmuş bir bağlantı olması gerekir. Şirket yönetimi ile de ilgilenmeden, sadece kazanç payına yönelik bir katılım yeterli değildir. Konzern hukukunun görevi, bir işletmenin diğer bir işletme üzerindeki anonim ortaklıklar hukukundan kaynaklanan etkisini kullanarak, o işletmeyi onun çıkarlarına ters düşecek şekilde kendi çıkarlarına hizmet amacıyla kullanmasından doğacak tehlikelerin önüne geçmektir, Henn, a.g.e s.100.

22 Damm, BB 1976, s.294 vd.

23 Emmerich/Sonnenschein, a.g.e, s.178 vd.; K.Schmidt, *Gesellschaftsrecht*, s.958.

bu oranın yükseltilmesi, hatta oy birliğinin aranması dahi mümkündür. Ama daha az bir oran öngörülemez. Onay kararı sözleşmenin, taraflarca kararlaştırılmış konularını kapsayacak şekilde olmalıdır. Genel kurulda oy kullanma hakkını, kârın devri sözleşmesinin diğer tarafını oluşturan pay sahibi dahi kullanabilir. Çıkar çatışmasına rağmen sözleşme tarafı pay sahibinin oy kullanması yolu kapatılmamıştır. Bu şekilde hakkaniyete uygun bir çıkâr karşılaştırılması imkanının ortadan kaldırılmasına, böyle bir kararın küçük pay sahiplerinin iradesine bırakılmasının sakıncaları neden olmuştur. Çoğunluk pay sahibi azınlık pay sahibinin kararına bağlı kılındığı takdirde, çoğunluk pay sahibinin sözleşme yolunu seçmekten vazgeçerek, ortaklık üzerindeki hakimiyetinden kaynaklanan gücünü diğer yollardan kullanmaya yöneleceği, bunun da küçük pay sahiplerinin haklarını daha fazla tehlikeye sokabileceği düşüncesinden hareket edilmiştir. Ancak böyle olunca da pay sahiplerinin onayının aranması ile amaçlanan koruma gerçekleşmiş olmamaktadır. Çünkü korunması gereken dışarıda kalan pay sahipleridir²⁴, yoksa sözleşme tarafı değil. Kârın devri sözleşmesinin diğer tarafının da bir anonim veya paylı komandit ortaklık olması halinde, sözleşmenin geçerli olması için bu ortaklıkların genel kurullarının da sözleşmeyi onaylamaları gerekmektedir (AAOK. § 293 f.2).

AAOK. § 293 f.3'e göre kârın devri sözleşmesi yazılı olmalıdır. Bu kural sözleşmenin varlığı konusunda yeterince açıklık sağlanması açısından emredicidir. Aksi takdirde sözleşme, Alm.MK. §125 f.1'e göre geçersizdir ve bu geçersizlik sözleşme ticaret siciline tescil edilse dahi devam eder. Kanun koyucu çeşitli hükümlerle kârın devri sözleşmesinin yapılmasına ilişkin olarak pay sahiplerinin yeterince aydınlanmasını ve bilgi edinmesini de sağlamaya çalışmıştır.

Kârın devri sözleşmesinin ortaklığın yönetim kurulu tarafından, ortaklık merkezinin bulunduğu yerdeki ticaret siciline tescil ettirilmesi ile sözleşme hüküm ifade etmeye başlar. Bu açıdan tescil kurucu niteliktedir (APOK. § 294 f.2).

Kârın devri sözleşmelerinin ayrıntılı bir düzenlemeye tabi tutulduğu Alman Anonim Ortaklıklar Kanunu çeşitli hükümleri ile kârının tamamını devretmeyi taahhüt eden ortaklığın kendisinin, alacaklılarının ve de dışarıda kalan pay sahiplerinin (außenstehende Aktionäre)^{25,26} haklarını güvence altına almıştır. Bir kere, sözleşmenin diğer tara-

24 Bkz. dn.26.

25 Aytaç, bu pay sahipleri için "azınlıktaki pay sahipleri" ifadesini kullanmaktadır, Batider, C.VIII Sayı 4, s.97,113.

26 Dışarıda kalan pay sahiplerinin kimler olduğu Kanun tarafından belirtilmemiştir. Kanun sadece diğer sözleşme tarafı (der andere Vertragsteil) ve dışarıda kalan pay sahipleri (außenstehende Aktionäre) ayırımı yapmaktadır. Kanun'un amacı göz önüne alındığında, hakimiyet (Beherrschungsvertrag) ve kârın devri sözleşmesinden dolayı olarak aynı şekilde faydalanacak tüm pay sahiplerinin sözleşmenin diğer tarafında kaldıkları kabul edilebilir. Dolayısıyla sözleşmenin diğer tarafı ile bir hakimiyet veya kârın devri sözleşmesi ile bağlı olan, onun paylarının çoğunluğuna sahip bulunan veya da ona hakim olan pay sahipleri sözleşmenin diğer tarafını oluştururlar. Böylece hakim olan işletme ile bir konzern ilişkisi içinde bulunan pay sahipleri, bunlar ekonomik açıdan bir birlik oluşturduklarından dışarıda kalan pay sahipleri sayılmazlar. Ayrıca bağımlı olan ortaklığa bağımlı durumda bulunan pay sahipleri de dışarıda kalan pay sahipleri kapsamında değildirler. Çünkü bunların bağımlı ortaklığın kazancına katılma imkanları yoktur. Bunun dışında, bağımlı ortaklığın tüm pay sahipleri, paya sahip oldukları tarihe bakılmaksızın dışarıda kalan pay sahiplerini oluştururlar. Hakimiyet veya kârın devri sözleşmesinin yapılmasından sonra da pay sahipliğini kazanan kimseler denkleştirici (bkz. dn.29) ödemedi faydalanırlar, Emmerich/Sonnenschein, a.g.e. s.311.

fını oluşturan işletmenin, bağımlı ortaklığın tüm zararını üstleneceği hükme bağlanmıştır (AAOK. § 302). Böylece hem ortaklığın kazancını devralması hem de zararını üstlenmesi sonucunu doğurması dolayısıyla, kârın devri sözleşmesi bir sonuç üstlenme sözleşmesi olarak ta ifade edilmektedir (Ergebnisübernahmevertrag)²⁷. Ortaklık ve alacaklıları için öngörülmüş diğer teminat hükümleri ise, yeterli bir ihtiyatın ayrılmasına (AAOK. § 300), devredilebilecek kârın sınırına (AAOK. § 301) ve sözleşmenin sona ermesi halinde alacaklılar için teminat gösterilmesi veya kefalet verilmesine (AAOK.m. § 303) ilişkin hükümlerdir.

Dışarıda kalan pay sahipleri için de, bunların seçimine bırakılmış ikili bir güvence²⁸ tanınmıştır. Bağımlı ortaklıkta kalmaya devam etmek istedikleri takdirde bunlara, kârın devri sözleşmesinde öngörülmesi zorunlu olan uygun bir denkleştirici ödeme (Ausgleich) yapılacaktır (AAOK. § 304)²⁹. Bağımlı ortaklıktan ayrılmak istediklerinde ise dışarıda kalan pay sahipleri, uygun bir tazminat (Abfindung) karşılığında paylarının hakim olan işletme tarafından satın alınmasını talep hakkına sahiptirler (AAOK. § 305)³⁰.

Kârın devri sözleşmeleri genelde hakimiyet sözleşmeleri ile beraber yapılmakla birlikte³¹, "isole kârın devri sözleşmeleri"³², yani aynı zamanda bir hakimiyet sözleşmesi ile "organlık" ilişkisi (Organschaft)³³ doğurmayan kârın devri sözleşmelerinin mümkün olup olmadığı tartışmalıdır³⁴.

1965 tarihli Alman Anonim Ortaklıklar Kanunu'nun bir ürünü olan hakimiyet sözleşmesi, kanunen, hakim olan işletmeye bağımlı ortaklığın sevk ve idaresini (Leitung) olduğu gibi tamamen eline alma hakkını vermektedir (AAOK. § 308). Böylece bir ortaklık

27 K.Schmidt, a.g.e, s.929.

28 Bkz. Tekinalp, *Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Yönetime Katılma Sorunları*, s.41.

29 Hakimiyet ve kârın devri sözleşmeleri, hakim olan şahsa bağımlı ortaklığı kendi amaçlarına hizmet için kullanma imkanı vermektedir. Öyleki bu sözleşmeler ile dışarıda kalan pay sahiplerinin yönetime katılma ve mali haklarının özüne dokunulmaktadır. Böyle bir imkandan faydalanma da ancak, dışarıda kalan pay sahiplerinin zararlarını tamamen giderecek tedbirlerin alınması ile söz konusu olabilir. 1965 tarihli Alman Anonim Ortaklıklar Kanunu'nda dışarıda kalan pay sahipleri için "denkleştirici ödeme" ve "tazminat" düzenlemiştir. Kanun burada "kâr devri" ile "hakimiyet" sözleşmeleri ve "denkleştirici ödemelerin" çeşitli şekilleri (sabit veya değişebilir denkleştirici ödeme) arasındaki farkları gözeterek, bu ödemeleri mümkün olduğu kadar pay sahiplerinin içinde buldukları farklı durumlara uydurmayı amaçlamaktadır. Tabii bu tür ödemeler "dışarıda kalan pay sahipleri" varsa yapılacaktır. Paylarının tamamının hakim olan şahısta toplandığı yavru ortaklıklarda ödemelerin kararlaştırılmasına gerek yoktur. Böyle durumlarda da sözleşme, tekrar dışarıda kalan pay sahiplerinin varlığı halinde, en geç iş yılı sonunda sona erer (AAOK. § 307).

30 AAOK. § 305 uyarınca, bir hakimiyet veya kârın devri sözleşmesi denkleştirici ödeme yükümlülüğü dışında, hakim olan işletmenin dışarıda kalan pay sahiplerinin istekleri üzerine uygun bir bedel karşılığında onların paylarını satın alma yükümlülüğünü de içermelidir. Ancak böyle bir yükümlülüğün hiç öngörülmemesi veya Kanun'un aradığı şekilde olmaması halinde AAOK. § 306'da belirtilen mahkeme, istek üzerine sözleşmede yer alması gereken karşılığı belirleyebilir (AAOK. § 305 f.5 cümle 2). Bu yükümlülüğün öngörülmesinin nedenlerinden biri, dışarıda kalan pay sahiplerinin denkleştirici ödemeyi kabul ederek, ortaklıkta kalmaları halinde tüm yönetime katılma haklarından mahrum olmalarıdır. Kanun koyucu pay sahiplerinin, rızaları olmaksızın hukuki durumlarında meydana gelecek bu değişikliğe katlanmalarına zorlanamayacağı düşüncesinden hareketle, hakim olan işletme için bu yükümlülüğü getirmiştir.

31 K. Schmidt, a.g.e, s.958; Sonnenschein, AG 1976, s.147 vd.

32 Emmerich/Sonnenschein, a.g.e, s.181; Venrooy, DB 1981, s.675,680.

33 Bir işletmenin bir diğeri ile ekonomik, finansal ve yapısal açıdan bir bütünlük (Eingliederung) oluşturması halinde "organlık" ilişkisinden söz edilir, K.Schmidt, a.g.e, s.958.

34 Bkz. Kort, BB 1988, s.79 vd.; Venrooy, BB 1986, s.612 vd.

bu sözleşme ile kendisini diğer bir işletmenin sevk ve idaresine bırakmaktadır. Sevk ve idareden anlaşılması gereken, AAOK. § 76 anlamında, organları aracılığı ile ortaklık faaliyetlerinin yürütümü (Geschäftsführung) ve ortaklığın temsilidir (Vertretung). AAOK. § 308 uyarınca, bir ortaklığın yabancı tarafından sevk ve idaresini gerçekleştirmeyi sağlayan araç, hakim olan işletmenin bağımlı ortaklığın idare organına - zarar verici yönde de olsa - talimat verme hakkıdır. Bununla beraber hakimiyet sözleşmesinde farklı bir düzenleme de yer alabilir.

IV. Türk Hukuku'nda Durum

Anonim ortaklıklar hukukunda, kâr dağıtımı hakkında karar vermeye genel kurul yetkilidir. Kâr dağıtımı konusunda teklif yönetim kurulu tarafından yapılmakla beraber, kararı verme ve dağıtımı kesinleştirme yetkisi münhasıran genel kurula aittir³⁵. Genel kurul bu kararını verirken kanunun emredici hükümlerine, esas sözleşmenin kanunun emredici hükümlerine aykırı olmayan hükümlerine ve herhalükarda takdir yetkisini kullanırken objektif iyi niyet kurallarına uymak zorundadır^{36,37}.

Ortaklık esas sözleşmesinde yapılacak bir düzenleme ile imtiyazlı paylar veya intifa senetleri çıkarılması ya da belirli kişilere ortaklık kazancından özel çıkarlar sağlanması mümkündür. Sözleşmeye konulacak bir hüküm ile bir veya birden fazla kategori paylara kâr hakkı açısından farklı ve ek haklar sağlanabileceği gibi (TK.m.401), intifa senedi sahiplerine de safi kazançta katılma hakkı tanınması (TK.m.402, 403) ya da kuruculara, yönetim kurulu üyelerine ve diğer kimselere ortaklık kazancından pay verilmesi (TK.m.279 f.2 b.5) öngörülebilir³⁸. Böylece pay sahipleri dışındaki kimselere de ortaklık

35 Arslanlı, *Anonim Şirketler I*, s.213; Birsell, *Yargıtay Kararları Işığında Şirket Kârı Konusunda Anonim Şirket İle Paysahibi Arasındaki Menfaat Çatışması*, s.13; İmregün, *Anonim Ortaklıklar*, s.293; Poroy, Tekinalp/Çamoğlu, *Ortaklıklar*, s.339 (N.664). Ayrıca bkz. Sermaye Şirketlerinin Genel Kurul Toplantıları ve Bu Toplantılarda Bulunacak Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Komiserleri Hakkında Yönetmelik, m.15/i (RG.7.8.1996, Sa.22720). Ancak, yönetim kurulunun bir karşılık olarak, yıllık kârdan pay verilmesini öngören bir sözleşmeyi üçüncü şahıslarla yapabileceği yönünde bkz. Arslanlı, a.g.e, s.213 vd.; Birsell, a.g.e. s.13 dn.37.

36 Arslanlı, a.g.e, s.213 vd.; Karayalçın, *Muhasebe Hukuku*, s.133 vd.

37 Pay sahibinin dağıtılabılır safi kârdan % 5 kâr payı alma hakkı bulunduğu ilişkin TK.m.466 f.2 b.3'ün emredici nitelikte bir hüküm olduğuna işaret eden Karayalçın, bu hüküm ile daha önce "Kâr Dağıtım Esasları" olan madde başlığı 1992 yılında "Temettü ve Bedelsiz Payların Dağıtım Esasları" olarak değiştirilen ve de hisse senetleri halka arz yolu ile satılan anonim ortaklıklarda, pay sahiplerine tatmin edici kâr dağıtımını sağlamak ve bunu güvence altına almak amacıyla yönelik SerPK.m.15 arasında "emredicilik" bakımından önemli bir fark bulunduğunu belirtmektedir. Karayalçın'a göre genel hükümlere tabi anonim ortaklıklarda esas sözleşmeye konulacak hükümle temel kâr payının % 5'den aşağı tesbit edilebilmesi mümkün iken, Sermaye Piyasası Kurulu'nun denetimine tabi anonim ortaklıklarda Kurul tarafından tesbit edilecek oranın altında temel kâr payı dağıtılamaz. TK.m.466 f.2 b.3 hükmü ise sadece genel kurul açısından bağlayıcıdır. Bu hüküm yatırımcı pay sahiplerinin çıkarlarını korumak için konulduğundan, anonim ortaklık kurulurken esas sözleşmeye konulacak açık bir hükümle temel kâr payını % 5'in altında tesbit etmek mümkündür. Bu açık hüküm dolayısıyla yatırımcı pay sahibi kararlarında bu durumu göz önüne alma imkanına sahip olacaktır. Ancak esas sözleşmede aksine bir düzenleme olmadığı takdirde, genel kurul temel kâr payının dağıtılmamasına karar veremez, a.g.e, s.133 dn.8,9,11.

38 Herhangi bir hukuki sebep olmasa dahi genel kurulun kendi takdir yetkisine dayanarak, yönetim kurulu üyelerinin hepsine veya bazı üyelere, özellikle delege üyelere TK.m.472'deki şartlar çerçevesinde kar payı ödenmesine karar verebileceği yönünde bkz. Karayalçın, a.g.e, s.139.

kârına katılma imkanı yaratılmaktadır. Bu imkanlar pay sahibinin kâr payı hakkını sınırlandırıyor³⁹ ise de, ortaklığın kazanç elde etmek ve bunu paylaşmak amacını engellememektedir. Çünkü buradaki amaç, doğrudan ortaklık kârının üçüncü kişilere devri değildir. Şirket kazancı üzerinde çeşitli kimselere tanınan bu haklarda maddi veya sadece manevi de olsa bir karşılık mevcuttur⁴⁰.

Türk Ticaret Kanunu çerçevesinde, esas sözleşmeye konulacak bir hükümlerle, ortaklık kârının tamamen üçüncü bir şahsa devrinin öngörülmesi ise kanaatimizce mümkün değildir. Çünkü TK.m.271 f.1, anonim ortaklıkların kanunen yasak olmayan her türlü iktisadi maksat ve konular için kurulabileceğini belirtmekle, iktisadi olmayan maksatlar için anonim ortaklık kurulmasına imkan tanımamaktadır⁴¹. Türk Ticaret Kanunu'nun 1951 tarihindeki tasarısında, İsviçre Borçlar Kanunu'nunda olduğu gibi, anonim ortaklığın iktisadi nitelikte olmayan, her türlü maksat ve konular için de kurulabileceği yer almışken, bu hüküm 1956'da Adalet Komisyonu tarafından değiştirilmiş ve "İktisadi" kelimesi ilave edilerek, maksat ve konular iktisadi alan ile sınırlandırılmıştır^{42,43}. Böylece bugünkü Türk Anonim Ortaklıklar Sistemi'nde, bir ortaklığın hiç bir iktisadi gaye gütmeyen bir hayır kurumu, örneğin bir dernek gibi faaliyette bulunmak üzere kurulması mümkün değildir.

"Maksat" doğrudan doğruya gaye, diğer bir ifade ile ortaklığın yapmayı ve ulaşmayı kastettiği şey⁴⁴, konu ise bu gayeyi gerçekleştirmek için araç, diğer bir ifade ile, anonim ortaklık tarafından icra edilen faaliyettir⁴⁵. İktisadi amacın varlığından söz edebilmek için, bir ortaklığın ortakları lehine olmak üzere, ekonomik bir fayda elde etmek için çaba harcaması gerekir⁴⁶. O halde iktisadi amaç kavramı iki unsuru içermektedir:

Birincisi, ekonomik yani değeri para ile ölçülebilen faydalar sağlamak, ikincisi ise, bu faydaların ortaklara sunulmasıdır. Burada, iktisadi amaç ile bir ticari işletmenin

39 Arslanlı, a.g.e., s.214; Tekinalp, Poroy/Çamoğlu, **Ortaklıklar**, s.596 vd. (N.1219).

40 Özel kategori paylara, kâr hakkı açısından farklı ve ek haklar sağlamaya yönelten nedenlere örnek olarak bkz. İmregün, a.g.e., s.332 vd.; Karahan, **Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Paylar ve İmtiyazların Korunması**, s.58 vd.; kurucu intifa senetleri kuruluşta veya esas sermayenin artırılmasında hizmeti geçenele verilir, Domaniç, **Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması**, s.1070; İmregün, a.g.e., s.48 vd. ve 385; katılma intifa senetlerinde ise, oysuz pay senetlerinde olduğu gibi çeşitli imkanlar sağlanmakta, oy gücü ilişki ve dengesi bozulmadan ortaklığa para girmektedir, bkz. Tekil, **Anonim Şirketler Hukuku**, s.322 ve 326; Tekinalp, Poroy/Çamoğlu, **Ortaklıklar**, s.607 vd. (N.1251 vd.). Karşılıksız bir takım çıkarların sözleşmeye konulacak hükümlerle üçüncü kişilere sağlanması mümkün olmadığından TK.m.279 f.2 b.5'de sözü edilen, ortaklık kazancından pay alabilecek "diğer kimseler" in herhangi bir şekilde kuruluş devresinde veya daha sonra ortaklığa bir çıkar veya hizmet sağlamaları şarttır. Aksi takdirde ana sözleşme hükmü BK.m.17,19 ve 20'e aykırılık oluşturur, Domaniç, a.g.e., s.208 vd.; İmregün, a.g.e., s.50.

41 Ansay, a.g.e., s.39 vd.

42 Arslanlı, a.g.e., s.9 vd.; Poroy, Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar**, s.206 vd. (N.435).

43 Eski Ticaret Kanunu'nunda konu ve maksat hakkında açık bir hüküm yoktu. Dolayısıyla bu konu tartışmalı idi. Bazı yazarlara göre anonim ortaklık ticari veya gayri ticari her türlü maksatlar için kurulabilirdi, bkz. Hirş, **Ticaret Hukuku**, s.248. (N. 260)

44 von F. Steiger, a.g.e., s.48.

45 Maksat ve konu kavramları ile, ortaklığın gayesine varmak üzere yapılan faaliyetin nevi ve mahiyetinin kastedildiğini belirten Arslanlı' ya göre bu faaliyetin geniş anlamda tarifi maksadı, somut olarak tarifi de konuyu (mevzuu) gösterir, a.g.e., s.10 ve 16.

46 Meier-Hayoz/Forstmoser, **Grundriss**, s.79.

işletilmesinin birbirinden belirgin bir şekilde ayrılması gerekmektedir. Ticari işletme işletmek iktisadi amacın takibinde bir araçtır, diğer bir ifade ile gayeye ulaşmak için icra edilen bir faaliyettir. Ancak ticari işletme işletmeden de iktisadi gaye takip etmek mümkündür⁴⁷. Örneğin, bir gayrimenkulü iktisap ve bunun gelirini toplamak amacıyla bir anonim ortaklık kurulabilir⁴⁸.

Bir ortaklıkta iktisadi amaç iki anlama gelir:

Birincisi, ortaklığın icra ettiği faaliyetini doğrudan ortakların hizmetine sunarak, onlara belirli ekonomik faydalar sağlamaktır. Burada ticari şekilde işletilmemekle beraber, iktisadi amaç ile kurulan anonim ortaklıklar söz konusudur. Örneğin bir anonim ortaklık pay sahiplerinin, ortaklığın ürettiği elektriği sadece aralarında tüketmeleri halinde bir ticari işletme işletmekten söz edilememekle beraber konu iktisadidir⁴⁹.

İkincisi ise, ortaklığın kazanç sağlamaya yönelik faaliyeti ile bir fazlalık elde etmesi ve onu kâr payı olarak ortaklara devretmesidir. Böylece, kazancın ortaklara dağıtılması ile mali bir fayda sağlanmış olmaktadır. Bu ikinci halde teknik anlamda bir "kâr amacı gütmeye" söz konusudur⁵⁰.

Üçüncü bir kişiye fayda sağlamaya yönelik faaliyetlerde ise iktisadi bir amaçtan söz edilemez⁵¹.

Olağan olan, kâr elde etmek amacıyla faaliyette bulunmak ise de⁵², Türk Hukuku'nda TK.m.271 uyarınca, diğer iktisadi maksat ve konular için de anonim ortaklık kurulması mümkündür⁵³. İşte, ancak ekonomik bir fayda elde etmek ve bunu ortaklarına paylaşmak amacı ile kurulması ve faaliyette bulunması mümkün olan anonim ortaklıklarda ortaklık, tüm pay sahipleri razı olsalar bile bu amacını terk edemez veya bu amacı saptıramaz. Bu açıdan bakıldığında, ortakların kâr payı hakkı vazgeçilmez bir hak

47 Arslanlı, a.g.e., s.10 ve 16 vd.; Poroy, Tekinalp/Çamoğlu, *Ortaklıklar*, s.207 (N.436); Tekil, a.g.e., s.57 vd.

48 Arslanlı, a.g.e., s.17.

49 Poroy, Tekinalp/Çamoğlu, *Ortaklıklar*, s.207 (N.436).

50 Forstmoser, Meier-Hayoz/Nobel, *Schweizerisches Aktienrecht*, s.21 (N.50 vd.); aynı şekilde Meier-Hayoz/Forstmoser, *Grundriss*, s.267 vd.

51 Meier-Hayoz/Forstmoser, *Grundriss*, s.79 ve 267.

52 "Türk Hukuku'nda şirketlerin gayeleri kazanç sağlamak ve paylaşmak olmalıdır". Kazanç burada ortağın malvarlığında olumlu veya olumsuz bir artışın meydana gelmesi ve bu artışın ortaklık sözleşmesi gereği sarf edilen ortak çaba veya araçların ürünü olmasıdır. Paylaşmaktan kastedilen ise, sağlanan kazancın doğrudan veya dolaylı olarak ortaklara devredilmesidir, Arslanlı, a.g.e., s.16; aynı yazar, *Kollektif ve Komandit Şirketler*, s.46 vd.

53 Bkz. Domaniç, a.g.e., s.91 vd.; Poroy, Tekinalp/Çamoğlu, *Ortaklıklar*, s.207 (N.435,436). İmregün, TK.m.271'in açık ifadesine ve Adliye Encümeni gerekçesinde bu madde için "Anonim ve limited şirketler ticari olmayan işler için de kurulabilirlerse de, bu işlerin iktisadi saha dışında kalmaması da zaruridir" denmesine rağmen, bir anonim ortaklıktan söz edebilmek için, ortada mutlaka "kazanç sağlamak ve bunu paydaşlara paylaşmak" amacının olması gerektiğini ileri sürmektedir. İmregün'e göre kanun gereği tacir niteliğine sahip (TK.m.18) anonim ortaklıklar, bu nitelikleri gereği ticari şekilde işletilirler ve bunların TK.m.21 uyarınca ticari olmayan etkinlik alanları yoktur. Bir ticaret ortaklığı olan anonim ortaklık, ancak ortaklarına kazanç paylaşmak gayesi ile kurulabilir (BK.m.520), a.g.e., s.24 vd. ve 294.

niteliğindedir^{54,55}. Bu nedenle kâr payı hakkı sınırlanabilirse de, ortaklık kazancının tamamıyla üçüncü bir şahsa devri öngörülerek bu hakkın ortadan kaldırılması mümkün değildir^{56,57,58}.

Türk Ticaret Kanunu'nda pay sahiplerine kârdan asgari bir oranda dağıtımını hükme bağlayan 466. maddenin ikinci fıkrasının üçüncü bendinde ifade edilen %5 oranındaki birinci kâr payının dağıtılmasının zorunlu olup olmadığı tartışılmakla beraber, SerPK.m.15 f.1'de birinci temettü oranının ortaklık esas sözleşmesinde gösterilmesi zorunluluğu getirilerek, bu oranın Sermaye Piyasası Kurul'u tarafından tespit olunacak miktardan az olamayacağı belirtilmiştir. Böylece halka açık anonim ortaklıklarda⁶⁰ gerektiğinde kâr dağıtmama imkanı ortadan kalkmıştır. En azından bu tür ortaklıklarda, kârın tamamen üçüncü bir şahsa devrinin öngörülmesinin mümkün olamayacağı SerPK.m.15 hükmüne dayanılarak ileri sürülebilirse de, biz bir ortaklıkta kârın tümüyle devrini engelleyen düzenlemenin, ister halka açık anonim ortaklıklarda ister sadece Ticaret Kanunu'na tabi anonim ortaklıklarda olsun, TK.m.271'de yer alan hüküm olduğu görüşündeyiz. Sermaye Piyasası Kanunu'nda böyle bir hüküm yer almasa, ya da TK.m.466 f.2 b.3'de belirtilen oran zorunlu görülme dahi, ortaklık esas sözleşmesi ile kârın tama-

54 Tekinalp, Poroy/Çamoğlu, *Ortaklıklar*, s.440 (N.870b,d) ve 451(N.899). İmregün, TK.m.385 f.2'de müktesep hak olarak sayılan ve aralarında kâr payı almak hakkının da yer aldığı hakların maliklerine yasa ile tanınmış haklar olup, yasadan doğduklarını ve bu nedenle de maliklerinin rızası ile dahi bu haklardan vazgeçilemeyeceğini belirtmektedir. Dolayısıyla bunlar müktesep hak değil, ondan çok daha kuvvetli olan ve oy birliği ile dahi değiştirilemeyen haklardır, a.g.e., s.327 vd. Moroğlu da, TK.m.385 f.2'de "müktesep hak" olarak sayılan pay sahipliği haklarının aslında müktesep haktan daha kuvvetli bir şekilde, nisbi emredici hükümlerle korunmuş haklar olduğunu belirtmektedir. Bu görüş gereğince kâr payı alma hakkının sürekli olarak veya iptidaen ihlalini öngören genel kurul kararı veya bunlardan sürekli veya iptidaen feragati öngören diğer bütün hukuki işlemler batıldır. Buna karşılık bu hakkı, örneğin ana sözleşme değişikliği ile sürekli olarak kısmen veya tamamen bertaraf etmeyerek, bir defalık ihlal eden genel kurul kararları iptal edilebilir niteliktedir, Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, s.169.

55 Pay sahibinin rızası ile dahi bertaraf edilemeyecek haklar vazgeçilmez haklardır. Burada sadece pay sahiplerinin çıkarlarını değil, aynı zamanda anonim ortaklığın korporatif yapısını da güvence altına alan haklar söz konusudur ki, bunlar ortakların bireysel tasarruf yetkisine bırakılamaz, Forstmoser, Meier-Hayoz/Nobel, *Schweizerisches Aktienrecht*, s.471 (N.110); aynı şekilde Meier-Hayoz/Forstmoser, *Grundriss*, s.299.

56 Karş. Arslanlı, a.g.e., s.265.

57 Birsell'e göre her pay sahibinin, kanun ve esas sözleşme hükümlerine göre pay sahiplerine dağıtılmaya ayrılan safi kazançta payı oranında katılma hakkına sahip bulunduğunu belirten TK.m.455 hükmünün, "anonim şirketlerin hesapları" kısmının başına konulmasının sebebi, pay sahibinin en önemli hakkının, ortaklığın son iş yılı içinde elde ettiği kazançtan bir pay alma hakkı olan, temettü hakkı olduğu prensibini ifade etmesidir. Bu nedenle, kuruluş anındaki esas sözleşme ile ortakların kâr payı almak hakkından vazgeçmeleri Ticaret Kanunu'nun emredici hükümlerine aykırıdır ve dolayısıyla mümkün değildir, II. Banka ve Ticaret Hukuku Haftası, 1962, s.323,340. Böylece Birsell, kâr payı hakkının vazgeçilmezliğini onun önemi-ne dayanarak açıklamaktadır. Özellikle halka açık ve ortak sayısı fazla olan ortaklıklarda pay sahibi, yatırdığı sermaye payı karşılığında bir kâr beklentisi içindedir. Zira bu tür ortaklıklarda pay sahibi büyük ölçüde, ortak olmaktan ziyade, sadece kâr payını düşünen yatırımcı durumundadır.

58 Ortaklık esas sözleşmesinde bu konuda bir düzenleme bulunmak şartıyla, ortaklık karının tümüyle başka bir işletmeye devrini öngören sözleşmelerin Türk Hukuku'na göre de mümkün olduğu yönünde bkz., Aytaç, a.g.e. s.181vd. ve 218.

59 Bu konudaki Yargıtay kararlarının değerlendirilmesi için bkz. Tekinalp, Poroy/Çamoğlu, *Ortaklıklar*, s.457.

60 SerPK.m.15'de herhangi bir ayırım yapılmamasına rağmen, SPK Seri:IV No:1 Tebliği'nin 7.maddesinde değişiklik yapan Seri:IV No:15 Tebliği ile kâr payı dağıtıp dağıtmama açısından halka açık anonim ortaklıkları gruplandırarak, hisse senetleri borsada işlem gören ortaklıkları birinci kâr payını dağıtıp dağıtmamak konusunda serbest bırakmıştır. Diğer bir ifade ile, borsa ortaklıkları için kâr dağıtımını ihtiyari hale gelmiştir.

men üçüncü bir şahsa devrine imkan tanınması, ortaklığın kâr elde etmek ve bunu ortaklarına dağıtma amacını terk etmesi anlamına gelir ki, bu tüm ortakların rızası ile dahi mümkün değildir.

Ayrıca ilave edelim ki, SerPK.m.15 veya TK.m.466 hükümlerinin amacı, kârın üçüncü kişiye devrinden ziyade doğrudan, kârın dağıtılmayıp tamamen ortaklık bünyesinde tutulmasını engellemektir.

V. Sonuç

Ayrıntılı bir şekilde yasal düzenlemenin bulunduğu Almanya'da bir ortaklık kazancının tümüyle başka bir işletmeye devrini içeren sözleşmeler ivazsızdır (unentgeltlich). Diğer bir ifade ile kârını devreden ortaklık, bu tasarruftan hiç bir gelir elde etmemektedir⁶¹. Seçenek şeklinde, dışarıda kalan pay sahiplerine sunulmuş olan, denkleştirici ödeme veya tazminat imkanları ise, onlara pay sahibi oldukları ortaklığın tamamıyla başka bir işletmeye ekonomik fayda sağlamaya yönelmesi karşısında uğradıkları zararı karşılamak amacı ile öngörülmüş tedbirlerdir⁶². Dışarıda kalan pay sahipleri kapsamına girmeyen diğer pay sahiplerinin ortaklığın yaptığı kârın devri sözleşmesi dolayısıyla elde ettikleri kazanç ise, onların pay sahipliği sıfatından değil, sözleşmenin diğer tarafında yer almalarından dolayıdır. Başka bir ifade ile, bir sözleşme ile elde edeceği kazancın tamamını başka bir işletmeye devretmeyi taahhüt eden ortaklık bu işlem ile, ekonomik faydalar sağlamak ve bunu ortaklara sunmak olarak tanımlanan "iktisadi amaç" takibinden vazgeçmektedir. Çünkü bu ortaklık artık, kendi ortakları değil sözleşmenin diğer tarafını oluşturan işletmenin, elde edilen kazaçtan faydalanması için faaliyette bulunacaktır. İşte ortaklığın elde ettiği bu kazançtan doğrudan doğruya veya dolaylı olarak faydalanan kimseler, bu faydalanmayı, sözleşmenin ortaklık tarafında onun ortağı olmaları dolayısıyla değil, tam tersine, sözleşmenin diğer tarafında yer almalarından dolayı yapmaktadırlar.

Eğer kârın devri sözleşmesi ivazlı, diğer bir ifade ile bir bedel karşılığında yapılır ise, bu durumda, İsviçre Hukuku'nda pay sahiplerinin tamamının rızası ile yapıldığı takdirde kabul gördüğü veya Almanya'da yukarıda açıklandığı şekilde kanunda açıkça düzenlendiği anlamda, tipik bir "kârın devri" işleminden söz edilemez. Çünkü bu takdirde ortaklık kazanç elde etmek ve bunu ortaklarına dağıtmak amacını terk etmemekte, sadece bu kazancı elde ediş tarzı değişmektedir⁶³. Ortaklık hala iktisadi amacını muhafaza etmektedir. Pay sahipleri bu defa, kârın devrine karşılık ortaklığa verilecek olan bedele katılacaklardır. Bu karşılık, ortaklık için bir geliri, pay sahipleri açısından da bir tür kâr payını ifade etmektedir.

Sonuç olarak şunu söyleyebiliriz ki, Türk Ticaret Kanunu'nun 1956 tarihli tasarısında yapılan değişiklik ile bugünkü halini alan 271.maddesinin 1.fıkrası, anonim ortak-

61 Emmerich/Sonnenschein, a.g.e. s.185 ve 309.

62 Emmerich/Sonnenschein, a.g.e. s.161 ve 307 vd.

63 Bkz. von Planta, a.g.e. s.38.

lıkların sadece iktisadi maksat ve konular için kurulabileceğini belirtmekle, İsviçre ve Alman Hukukları'nda mümkün olan, "kârın tümüyle devri" konusunda bir tasarruf yapılması yolunu Türk Hukuku'nda kapamıştır. Bu madde mevcut olduğu sürece, esas sözleşmede yapılacak bir düzenleme veya karşılıklı sözleşmeler ile bir ortaklık kârının üçüncü bir şahsa tamamen devrinin öngörülmesine veya taahhüt edilmesine imkan bulunmadığı görüşündeyiz.

Kısaltmalar

Art.: Artikel

AG : Aktiengesellschaft

a.g.e. : Adı geçen eser

Alm.MK. : Alman Medeni Kanunu

AAOK. : Alman Anonim Ortaklıklar Kanunu

BB : Betriebs-berater

Batider : Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi

BK. : Türk Borçlar Kanunu

Bkz. : Bakınız

C. : Cilt

DB : Der Betrieb

dn. : Dipnot

f. : Fıkra

İsv.BK. : İsviçre Borçlar Kanunu

İsv.EBK. : İsviçre Eski Borçlar Kanunu

Kıs.: Kısaltılmış

Komm. : Kommentar

m. : Madde

N. : Numara

OR : Obligationenrecht (Borçlar Hukuku)

RG. : Resmi Gazete

S. : Sayfa

SerPK. : Sermaye Piyasası Kanunu

SPK. : Sermaye Piyasası Kurulu

TK. : Türk Ticaret Kanunu

vd. : ve devamı

ZSR: Zeitschrift für Schweizerisches Recht

YARARLANILAN KAYNAKLAR

ANSAY, T. : Anonim Şirketler Hukuku, 6. Baskı, Ankara 1982.

ARSLANLI, H. : Kollektif ve Komandit Şirketler, 2.Bası, İstanbul 1960.

ARSLANLI, H. : Anonim Şirketler I, Umumi Hükümler, 3.Bası, İstanbul 1960.

AYTAÇ, Z. : Deutsches und Türkisches Konzernrecht im Vergleich, Freiburg im Breisgau 1975.

AYTAÇ, Z. : Bağlı İşletmeler Hukuku ve Türk Hukukundaki Görünümü, Batider, C.VIII N.4, 1975-1976, s.97-124.

BİRSEL, M.T. : Yargıtay Kararları Işığında Şirket Karı Konusunda Anonim Şirket ile Paysahibi Arasındaki Menfaat Çatışması, Ankara 1971.

BİRSEL, M.T. : Anonim Şirketlerde Ortakların Kâr Payı Alma Hakkı, II. Banka ve Ticaret Hukuku Haftası, Ankara 1962, s.323-346.

BÖCKLI, P. : Das neue Aktienrecht, Zürich 1992.

BÜRGI, W. : Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V.Band: Obligationenrecht, 5.Teil: Die Aktiengesellschaft, Art.660-697, Zürich 1957.

CAFLISCH, S. : Die Bedeutung und die Grenzen der rechtlichen Selbständigkeit der abhängigen Gesellschaft im Recht der Aktiengesellschaft, Zürich 1961.

DAMM, R. : Die aktienrechtliche Zulässigkeit von Betriebsführungsverträgen, BB 1976, s.294-297.

DOMANIÇ, H. : Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması II, İstanbul 1988.

DRUEY, J N.: Aufgaben eines Konzernrechts, ZSR 99/II, s. 273-387.

EMMERICH, V./SONNENSCHNEIN, J. : Konzernrecht, 5.Bası, München 1993.

FORSTMOSER, P./MEIER-HAYOZ, A./NOBEL, P: Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996.

- FRANKENBERG, P.** : Die konzernmäßige Abhängigkeit, Zürich-Leipzig 1937.
- HANDSCHIN, L.**: Der Konzern im geltenden schweizerischen Privatrecht, Zürich 1994.
- HENN, G.** : Handbuch des Aktienrechts, 5.Bası, Heidelberg 1994.
- HİRŞ, E. E.**: Ticaret Hukuku Dersleri, 3. Bası, İstanbul 1948.
- HUECK, G.** : Gesellschaftsrecht, 19. Bası, München 1991.
- İMREGÜN, O.** : Anonim Ortaklıklar, İstanbul 1989.
- KARAHAN, S.** : Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Paylar ve İmtiyazların Korunması, İstanbul 1991.
- KARAYALÇIN, K.** : Muhasebe Hukuku, Ankara 1988.
- KORT, M.** : Zur Vertragsfreiheit bei Unternehmensverträgen, BB 1988, s.79-84.
- MAURER, H.** : Das Persönlichkeitsrecht der juristischen Person bei Konzern und Kartell, Zürich 1955.
- MEIER-HAYOZ, A./FORSTMOSER, P.** : Grundriss des schweizerischen Gesellschaftsrechts, Bern 1993 (Kıs.: Grundriss).
- MOROĞLU, E.** : Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, 2.Baskı, Ankara 1993.
- von PLANTA, A.** : Die Haftung des Hauptaktionärs, Basel 1981.
- von PLANTA, F.** : Der Interessenkonflikt des Verwaltungsrates der abhängigen Konzerngesellschaft, Zürich 1988.
- POROY, R./ TEKİNALP, Ü./ÇAMOĞLU, E.** : Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 6. Bası, İstanbul 1995 (Kıs.: Ortaklıklar).
- SCHMIDT, K.** : Gesellschaftsrecht, 3. Bası, München 1997.
- SONNENSCHNEIN, J.** : Der Gewinnabführungsvertrag zugunsten Dritter im Gesellschaftsrecht und im Steuerrecht, AG 1976, s.147-151.
- von STEIGER, F.** : İsviçrede Anonim Şirketler Hukuku (Çev. Prof. Dr. Tahir Çağa), İstanbul 1968.
- TAPPOLET, K.**: Schranken konzernmäßiger Abhängigkeit im schweizerischen Aktienrecht, Zürich 1973.

TEKİL, F. : Anonim Şirketler Hukuku, İstanbul 1993.

TEKİNALP, Ü. : Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Yönetime Katılma Sorunları, İstanbul 1990.

van VENROOY, G.J. : Weisungen im Rahmen von Geschäftsführungs- und Gewinnabführungsverträgen, DB 1981, s.675-681.

van VENROOY, G.J. : Isolierte Unternehmensverträge nach § 291 AktG ?, BB 1986, s.612-616.