

T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

ANONİM ŞİRKETLERDE
PAY SAHİBİNİN KÂR PAYI HAKKI

DOKTORA TEZİ

Kerem ÇELİKBOYA

Tez Danışmanı: Prof. Dr. S. Anlam ALTAY

EYLÜL 2020

T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

ANONİM ŞİRKETLERDE
PAY SAHİBİNİN KÂR PAYI HAKKI

DOKTORA TEZİ

Kerem ÇELİKBOYA

Tez Danışmanı: Prof. Dr. S. Anlam ALTAY

EYLÜL 2020

ÖNSÖZ

Huzurunuzdaki “Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Kâr Payı Hakkı” konulu tez, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı kapsamında hazırlanarak sunulmuştur. 2013 yılı sonlarında tez konusu fikrinin ortaya çıkması ile başlayan tez yazım sürecinde birçok kişinin destek ve yardımını alma şansına eriştim. Bu vesile ile okuyucuların huzurunda kendilerine teşekkür etmek isterim.

Öncelikle tez danışmanlığımı kabul eden ve tezin fikir aşamasından sunulmasına kadar geçen süreçte büyük bir ilgi ve özen gösteren tez danışmanım Prof. Dr. S. Anlam Altay’a verdiği büyük destek ve sarf ettiği emek için şükranlarımı sunarım. Bu tezin huzurunuzda olması, kendisinin tarifsiz yardımı sayesinde. Aynı şekilde İstanbul Bilgi Üniversitesi’nde asistanı olmaktan gurur duyduğum Prof. Dr. Veliye Yanlı ve Prof. Dr. Gül Okutan Nilsson da tez ile ilgili her takıldığım noktada bana yeni kapılar açmışlardır. Akademik hayata başladığımdan beri verdikleri sınırsız destek ve öğrettikleri her şey için kendilerine teşekkürü borç bilirim.

Tezin hazırlık çalışmalarının bir kısmı Hamburg’da Max Planck Karşılaştırmalı ve Uluslararası Özel Hukuk Enstitüsü’nde yürütülmüştür. Beni misafir araştırmacı olarak kabul eden ve finansal destek sağlayarak verimli bir çalışma ortamı sunan Max Planck Karşılaştırmalı ve Uluslararası Özel Hukuk Enstitüsü yönetimine ve özellikle Elke Halsen-Raffel’e içtenlikle teşekkür ederim.

Lüksemburg Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nden Prof Dr. Pierre-Henri Conac, tezin içeriğinin belirlenmesi konusunda destek vermiş ve aşına olmadığım hukuk sistemlerinde geliştirilen çözümler konusunda verdiği bilgiler ile tezin derinleşmesine katkı sunmuştur. Kendisine de yardımsever yaklaşımı için teşekkür ederim.

Hamburg’da geçirdiğim sürede doktora tezine odaklanarak çalışabilmem için akademik izin veren ve aynı zamanda finansal açıdan destek sağlayan, araştırma görevlisi olarak çalışmaktan mutluluk duyduğum İstanbul Bilgi Üniversitesi’nin desteği için minnettar olduğumu belirtmek isterim. Doktora tezini hazırladığım dönem boyunca İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, akademik çalışmalarımı sürdürmem konusunda büyük destek vermiştir. Bu destek sebebiyle Fakülte’nin mevcut ve geçmiş yönetimine teşekkür ederim. İlaveten İstanbul Bilgi Üniversitesi

Hukuk Fakóltesi araştırma görevlilerinin ve genç doktor öğretim üyelerinin oluşturdukları destek ve dayanışma anlayışı, tez hazırlık sürecini çok kolaylaştırmış. Bu sebeple birlikte çalışma şansına sahip olduğum İstanbul Bilgi Üniversitesi araştırma görevlilerine, kürsü arkadaşım sevgili Eda Çataklar’a ve bana desteğini esirgemeyen Dr. Emek Toraman Çolgar’a da içtenlikle teşekkür ederim.

Kıdemli hocalarımız, her akademik çalışmanın aileden çalınan zamanla yazıldığı konusunda bizleri uyarmışlardı. Doktora tez süreci, bu uyarının yerindeliğini de ispatlamış oldu. Bu tezin hazırlandığı süreçte kendilerinden zaman çalmama katlanan aileme mahcubiyetle karışık şükranlarımı sunmak isterim. Bu süreçte sabır ve sevgiyle bana destek olan annem Vildan Çelikboya’ya, bir hukukçu olarak imrenerek baktığım babam Av. Kemal Çelikboya’ya, meslektaş ve eşi olmaktan gurur duyduğum Av. Leyla Orak Çelikboya’ya ve varlığı ile mutluluk saçan kızım Aylin Çelikboya’ya verdikleri destek ve sağladıkları huzur için gönülden teşekkür ediyorum.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	ii
İÇİNDEKİLER.....	iv
KISALTMALAR CETVELİ.....	xv
RÉSUMÉ	xvii
ABSTRACT	xxi
ÖZET	xxv
GİRİŞ.....	1
A. Konunun Takdimi.....	1
B. Çalışmanın Planı	5
BİRİNCİ BÖLÜM: KÂR PAYI HAKKI KAVRAMI VE HAKKIN FARKLI BOYUTLARI	6
I. KÂR PAYININ EKONOMİK ANALİZİ	6
A. Şirket Finansmanı Açısından	8
1. Otofinsanman- Dış Kaynak Finansmanı – Özvarlık Finansmanı İlişkisi.....	9
2. Kâr Payı Dağıtımı ile Şirket Değerinin İlişkisi	13
B. Kurumsal Yönetim Açısından.....	17
1. Vekalet Kuramına Dair Genel Açıklamalar	17
2. Kâr Payı Hakkının Vekalet Sorunları Üzerindeki Etkisi	18
a. Yöneticiler ve Pay Sahipleri Arasındaki Vekalet Sorunu Bakımından .	18

b. Çoğunluk Pay Sahipleri ile Azınlık Pay Sahipleri Arasındaki Vekalet Sorunu Bakımından.....	21
c. Alacaklılar ile Şirket Arasındaki Vekalet Sorunu Bakımından	27

II. KÂR PAYININ HUKUKİ BOYUTU: KÂR PAYI HAKKI 34

A. Geniş Anlamda Kâr Payı Hakkı: Mali Menfaat Elde Etme Hakkı..... 34

1. Genel Olarak	34
2. Hak Niteliği ve Sonuçları.....	37
3. Hakkın İçeriği.....	40
a. Mali Menfaat Elde Etme Hakkının Dış Boyutu: Şirketin Amacı	41
b. Mali Menfaat Elde Etme Hakkının İç Boyutu: Dağıtım	50
4. Hakkın Emredici Niteliği	53

B. Dar Anlamda Kâr Payı Hakkı: Net Dönem Kârı ve Serbest Yedek

Akçeden Yapılacak Dağıtımlar Üzerindeki Hak..... 55

1. Dar Anlamda Kâr Payı Hakkının İçeriği.....	56
a. Kâr Dağıtımına Zorlama Yetkisi.....	57
i. Kavramın Tanımlanması.....	57
ii. Türk Hukukundaki Durum.....	59
iii. Yetkinin Müktesep Hak Niteliğine Dair Tartışma	63
iv. Türk Hukukunda Zorlama Yetkisinin Kapsamı	66
v. Karşılaştırmalı Hukuktaki Durum.....	72
b. Dağıtımdan Pay Alma Yetkisi	86
2. Mali Menfaat Elde Etme Hakkı ile Dar Anlamda Kâr Payının Karşılaştırılması	87
3. Kâr Payı Dağıtımının Diğer Dağıtım Yöntemleri ile Kıyaslanması	92
a. Gerçek Anlamda Bir Dağıtım Teşkil Etmesi	96
b. Şekle Bağlı (Formel) Bir Dağıtım Şekli Olması.....	96
c. Eşitlik İlkesini Gözeten Bir Dağıtım Yöntemi Olması	98
d. Bağlı Malvarlığını Koruyan Bir Dağıtım Yöntemi Olması	99
e. Pay Sahibi Bakımından Hak Niteliğinde Olması.....	100

C. Alacak Hakkı Olarak Kâr Payı Hakkı: Kâr Payı Alacağı 101

III. KÂR PAYI HAKKINA İLİŞKİN TANIMLARIN İNCELENMESİ 104

A. Kâr Payı Hakkına Dair Tanımlar	104
B. Öğretideki Tanımlara İlişkin Değerlendirmemiz	106
1. Kâr Payı Hakkının Çok Boyutluluğu	107
2. Kâr Payı Hakkının Şirkete Dağıtım Yükümlülüğü Yükleme.....	109
C. Ara Değerlendirme: Kâr Payı Hakkına İlişkin Tanımımız	111
İKİNCİ BÖLÜM: KÂR PAYI DAĞITIM SÜRECİ.....	117
I. KÂR PAYININ KAYNAKLARI	117
A. Kâr Kavramı ve Kârın Farklı Anlamları	118
1. Ticari Kâr-Mali Kâr	120
2. Net Kâr-Brüt Kâr Ayrımı	123
a. Genel Açıklamalar	123
b. TTK Hükümleri Bakımından Ayrımın Önemi.....	124
3. Yıllık Kâr	128
a. Kavram ve Tanım.....	128
b. Faaliyet Dönemi ve Hesap Dönemi Kavramları	129
c. Yıllık Kârın Tespit Edilme Şekli	131
4. Net Dönem Kârı	133
a. Kavramın İçeriği	133
b. Bilanço Kârı Kavramı ile Karşılaştırılması.....	136
5. Dağıtılabilir Kâr	137
a. Genel Olarak	137
b. Dağıtılabilir Kârın Mali Kâr ile Sınırlandırılması Tartışması.....	138
c. Dağıtılabilir Kâr-Net Dönem Kârı İlişkisi	141
B. Yedek Akçeler.....	142
1. Yedek Akçeler Hakkında Genel Açıklamalar.....	142
a. Yedek Akçenin Tanımı ve Niteliği	142
b. Yedek Akçelerin Amaçları.....	145
i. Şirket Tüzel Kişiliği Bakımından	146
ii. Alacaklılar Bakımından	147
iii. Pay Sahipleri Bakımından.....	148

iv. Menfaat Sahipleri Bakımından	149
c. Yedek Akçelerin Oluşması (Teşekkülü)	150
i. Oluşma Kavramı	150
ii. Yedek Akçe Oluşmasının Sonuçları	151
d. Yedek Akçelerin Kullanılması	152
i. Kullanma Kavramı ve Yetkili Organ	152
ii. Yedek Akçelerin Kullanılmasının Sonuçları	153
iii. Yedek Akçeyi Kullanma Yükümlülüğü	155
iv. Yedek Akçenin Hukuka Aykırı Kullanımı ve Sonuçları	158
2. Yedek Akçelerin Tasnifi	161
a. Yedek Akçenin Finansal Kaynağına Göre	161
b. Yedek Akçenin Hukuki Kaynağına Göre	163
c. Yedek Akçenin Kullanılabilirliği Bakımından	166
d. Yedek Akçelerin Bilançoda Görünürlüğü Bakımından	168
i. Kavramların Açıklanması	168
ii. Gizli Yedek Akçelerin Hukuka Uygunluğu	172
C. Kâr Payının Kaynağı Bakımından Özellikli Haller	178
1. Yeniden Değerleme Fonu	178
a. Kavramın Genel Olarak Açıklanması	178
b. Yeniden Değerleme Fonunun Kullanılması	179
2. Aktarılan Kâr	180
3. Karşılıkların Durumu	183
II. DAĞITILABİLİR KÂRIN BELİRLENMESİ	186
A. Kâr Dağıtımının Kanuni Sınırları	187
1. Genel Açıklamalar	187
2. Genel Kanuni Yedek Akçe	190
a. Genel Özellikleri	190
b. Genel Kanuni Yedek Akçenin Ayrılması	191
i. Birinci Ayrım	192
ii. Genel Kanuni Yedek Akçeye Aktarılan Diğer Kaynaklar	196
c. Genel Kanuni Yedek Akçenin Kullanılması	206
3. Dağıtılabilir Kâr Tespitine İlişkin Örnek Tablo	207

4. Dağıtılabilir Kârın Sınırlanmasına İlişkin Sistemin Değerlendirilmesi ...	208
a. Kanuni Sistemin Değerlendirilmesi	208
b. Sisteme Yönelik Eleştiriler	210
i. Alacaklı Menfaatinin Hatalı Tahlili	210
ii. Bilançonun Geriye Dönük Değerlendirmeye İzin Vermesi	211
iii. Muhasebe Kurallarına Katı Bağlılık	213
c. Alternatif Model: Ödeme Gücü Testi	214
i. Yeni Bir Sistem Arayışı	214
ii. Ödeme Gücü Testinin İşleyişi.....	217
d. Değerlendirme.....	219
B. Dağıtılabilir Kârın İradi Olarak Sınırlanması.....	222
1. Esas Sözleşme Uyarınca Ayrılacak Yedek Akçeler.....	222
2. Pay Sahipleri Sözleşmeleri ile Getirilecek Düzenlemeler	226
3. Alacaklılar ile Yapılan Sözleşmelerin Etkisi	228
a. Kavram, İşlev ve Türleri	228
b. Kâr Dağıtım Sınırlamalarının Geçerliliği.....	231
c. Kâr Dağıtım Sınırlamasının Sonuçları	234
III. DAĞITILACAK KÂRIN BELİRLENMESİ: GENEL KURULUN	
DAĞITIM KARARI	234
A. Dağıtılacak Kâr Payının Belirlenmesinin Öncülü Olan İşlemler	235
1. Finansal Tabloların Hazırlanması	235
a. Genel Olarak	235
b. Uygulanacak Finansal Raporlama Sistemi.....	236
i. Genel Açıklamalar	236
ii. Şirketin Finansal Tablolarında Uygulayacağı Muhasebe Standardı	239
iii. Uygulanacak Muhasebe Standartlarının Şirket Tarafından	
Belirlenmesi	240
2. Kâr Dağıtım Önerisinin Hazırlanması	241
3. Finansal Tabloların ve Kâr Dağıtım Önerisinin Denetlenmesi.....	244
4. Finansal Tabloların Genel Kurul Tarafından Onaylanması	245
a. Genel Olarak	245
b. Görüşmelerin Ertelenmesini İsteme Hakkı	247

c. Finansal Tabloların Onaylanmasının Sonuçları	250
B. Kâr Dağıtımına İlişkin Genel Kurul Kararı.....	251
1. Genel Açıklamalar	251
2. Genel Kurul Kararının Konusu	253
3. Gündeme Bağlılık	256
4. Genel Kurulda Bulunma Zorunluluğuna Aykırılık	258
 ÜÇÜNCÜ BÖLÜM: DAĞITILAN KÂRA KATILMA YETKİSİ VE KÂR PAYI ALACAĞI	 260
I. HAK SAHİPLİĞİNİN BAŞLANGICI.....	261
A. Genel Olarak	261
1. Aslen İktisap Halinde	262
2. Devren İktisap Halinde	265
a. Genel Olarak Payın Devri ve Pay Defterine Kayıt	265
b. Bağlı Nama Yazılı Payların Durumu	267
c. Özel İktisap Halleri Bakımından.....	271
d. Devren İktisapta Kâr Dağıtımına Katılma Yetkisi.....	272
B. Pay Sahibinin Kâr Payı Hakkının Donması	273
1. Karşılıklı İştirak	274
i. Kavram ve Uygulama Alanı.....	274
ii. Yaptırım Uygulanacak Şirket.....	277
iii. Yaptırım	280
2. TTK m.198 Bildiriminin Yapılmaması.....	283
a. Genel Açıklamalar	283
b. Bildirim Yükümlülüğünün Şartları ve Bildirim Yükümlüsü	284
i. İktisap Eden Teşebbüs Bakımından.....	284
ii. Yönetim Kurulu Üyeleri ve Bunların Yakınları Bakımından	285
c. Bildirim Usulü ve Süresi.....	286
d. Bildirimin Yapılmamasına Bağlı Yaptırım	287
3. Şirketin Kendi Paylarını İktisabı.....	288

II. KÂR DAĞITIMINA KATILACAK KİŞİLER VE PAY SAHİBİNİN DURUMU	291
A. Yönetim Kurulu Üyeleri.....	292
B. Şirket Çalışanları	299
C. İntifa Senedi Sahipleri	302
1. Genel Açıklamalar	302
2. İntifa Senedi Sahiplerine Net Dönem Kârına Katılma Hakkı Tanınmasına İlişkin Hükümler	305
3. İntifa Senedi Türleri	313
a. Adi İntifa Senetleri.....	313
b. Kurucu İntifa Senetleri.....	315
c. Katılma İntifa Senetleri.....	318
4. Pay Sahiplerinin Kâr Payı Hakkının İntifa Senedi Sahiplerine Karşı Korunması.....	321
D. Kâr Payına Katılmalı Tahvil Sahipleri	324
III. DAĞITIMA KATILIM ÖLÇÜTÜ	331
A. Genel Olarak Oransallık İlkesi ve Kâr Payı Hakkının Özel Durumu	331
B. Farklılaşmış Oransallık: Sermaye İçin Yapılan Ödemelere Oranla Dağıtım Katılma Yetkisi.....	332
a. Kavramın Açıklanması ve İçeriği	332
i. Ödeme Tutarının Etkisi	333
ii. Ödeme Zamanının Etkisi.....	334
b. Halka Açık Ortaklıklardaki Özel Durum	336
c. Farklılaştırılmış Oransallık İlkesinden Ayrılma İmkânı	337
C. Kâr Payında İmtiyaz.....	338
1. Genel Olarak İmtiyaz Kavramı	338
2. Genel Olarak Kâr Payında İmtiyazın Ölçüsü.....	340
3. Kâr Payında İmtiyaz Türleri.....	343

4. Kârda İmtiyazın Korunması.....	346
a. Kârda İmtiyaza Zarar Veren Esas Sözleşme Değişiklikleri.....	347
b. Kârda İmtiyaza Zarar Veren Kâr Dağıtım Kararları	348
5. Kâr Payı Hakkının İmtiyazlara Karşı Korunması	350
IV. DAĞITIMA KATILMANIN SONUCU: KÂR PAYI ALACAĞI.....	353
A. Kâr Payı Alacağının Doğmasının Sonuçları.....	354
B. Kâr Payı Alacağının Doğuşu	355
1. Genel Kurulun Kâr Dağıtım Kararı ile Doğması	356
2. Finansal Tabloların Onaylanması Kararı ile Doğması.....	357
3. Mahkeme Kararı ile Doğması	361
C. Kâr Payı Alacağının Konusu	362
1. Kural: Nakit Kâr Payı.....	362
2. İstisna: Nakit Dışı Dağıtım	363
a. Kavram ve İktisadi İşlevi	363
b. Hukuka Uygunluğu	365
c. Nakit Dışı Kâr Dağıtım Usulü	369
D. İfa Zamanı	371
1. Muacceliyet Zamanının Belirlenmesi	371
a. Kapalı Anonim Şirketler Bakımından.....	371
b. Halka Açık Anonim Şirketler Bakımından	375
2. Hakkın Zamanaşımına Uğraması.....	376
E. İfa Usulü.....	377
F. Kâr Payı Alacağının Cebri İcrası	378
DÖRDÜNCÜ BÖLÜM: PAY SAHİBİNİN KÂR PAYI DAĞITIMINI	
TALEP YETKİSİ.....	381
I. YEDEK AKÇE AYIRMA KARARININ İPTALİ.....	383
A. Genel Kurul Kararının İptal Sebepleri.....	384
1. Kanuna Aykırılık.....	386

a. Genel Kurulun Yedek Akçe Ayırmasına İzin Verilen Haller	386
i. Aktiflerin Yeniden Sağlanabilmesi İçin Gerekliklik.....	386
ii. Şirketin Sürekli Gelişimi ve Kararlı Kâr Payı Dağıtımı Yönünden Haklılık.....	387
2. Esas Sözleşmeye Aykırılık.....	390
3. Dürüstlük Kuralına Aykırılık	392
B. İptal Davasında Yedek Akçe Ayırma Şartlarının Varlığının İspatı..	398
C. Kısmi İptal Sorunu.....	401
D. İptal Davasının Sonucu.....	403
II. PAY SAHİBİNİN KÂR DAĞITIM KARARI TALEBİYLE DAVA AÇMASI	404
A. Mahkemenin Şirket Genel Kurulu Yerine Geçerek Karar Vermesinin Mümkün Olup Olmadığı Sorunu	406
1. Hâkim Görüş	406
2. Azınlık Görüşü	409
3. Görüşümüz	411
a. Kâr Payı Hakkının Şirkete Yüklendiği Borçlar	411
b. Genel Olarak İrade Beyanında Bulunma Borcunun İfası	413
c. İrade Beyanında Bulunma Borcunun Şirketler Hukukundaki Uygulaması 419	
d. Aynen İfanın Yasaklandığı İddiası.....	426
i. Devredilemez Yetki Sorunu	427
ii. Mahkemenin Ticari Karar Verme Yasağı	429
e. Hukuk Politikası Bakımından Yerindelik	432
4. Ara Değerlendirmemiz.....	435
B. Kâr Dağıtım Davasının Özellikleri.....	437
a. Kâr Dağıtım Davasının Usul Hukuku Boyutu	437
b. Genel Kurul Kararının İptal Davası ile İlişkisi	439
c. Kâr Dağıtım Davası Sonrasında İcra.....	440

III. HAKLI SEBEPLE FESİH DAVASI YOLUYLA KÂR PAYI HAKKININ KORUNMASI	441
1. Genel Olarak Haklı Sebeple Fesih Davası	441
a. İlgili Düzenleme ve Amaç	441
b. Davacı Sıfatına İlişkin Özellikler	443
c. Haklı Sebeple Kavramı	446
d. Alternatif Çözümler	448
e. Haklı Sebeple ile Alternatif Çözüm Arasındaki İlişki	451
2. Kâr Payı Hakkından Mahrumiyetin Haklı Sebeple Teşkil Etmesi	456
a. Kâr Payı Hakkı ve Haklı Sebeple İlişkisi	456
i. Ortaklık Yapısından Kaynaklanan Haklı Sebeplerle İlişkisi	457
ii. Kötüye Kullanma Hallerinde	458
b. Haklı Sebeple Fesih Davasının Son Çare Niteliği ile Çeşitli Davaların İlişkisi	459
i. İptal Davası ile İlişkisi	459
ii. Kâr Dağıtım Davası-Haklı Sebeple Fesih Davası İlişkisi	461
c. Kâr Dağıtımından Kaçınılması Halinde Haklı Sebeple Fesih Davasında Hükmedilebilecek Çözümler	464
i. Genel Açıklamalar	464
ii. Kâr Dağıtım Kararı	467
iii. Esas Sözleşmenin Değiştirilmesi	469
3. Haklı Sebeple Fesih Davasının Kâr Payı Hakkının Korunmasındaki Rolüne Dair Ara Değerlendirme	473
 IV. DE LEGE FERANDA KORUMA YÖNTEMİ: AZINLIK PAY SAHİPLERİNE KÂR PAYI DAĞITIMI TALEBİ HAKKI TANINMASI	476
A. Genel Açıklamalar	477
B. Hükmün Olması Gereken Hukuk Bakımından Yerindeliği	479
C. Azınlık Kâr Payı Hakkının Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi	484
1. Pozitif Hukuk Bakımından	484
2. De Lege Feranda	489

SONUÇ 493

KAYNAKÇA 499

ÖZGEÇMİŞ 534



KISALTMALAR CETVELİ

AktG	Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu
b.	Bent
Bobi FRS	Büyük ve Orta Boy İşletmeler İçin Finansal Raporlama Standardı
ESPK	2499 sayılı Mülga Sermaye Piyasası Kanunu
ETTK	6768 sayılı mülga Türk Ticaret Kanunu
f.	Fıkra
GVK	Gelir Vergisi Kanunu
HAAO	Halka açık anonim ortaklık
İBK	İsviçre Borçlar Kanunu
İPSÖK	İmtiyazlı pay sahipleri özel kurulu
KGK	Kamu Gözetimi Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu'na
KPA Tebliği	Kâr Payı Avansı Tebliği
KVK	Kurumlar Vergisi Kanunu
m.	Madde
MK	4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
MSUGT	Muhasebe Sistemi Uygulama Genel Tebliği
para.	Paragraf
s.	Sayfa
SPK	6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu
TBK	6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu

TDHP	Tek Düzen Hesap Planı
TFRS	Türkiye Finansal Raporlama Standartları
TMSK	Türkiye Muhasebe Standartları Kurumu
TTK	6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
UFRS	Uluslararası Finansal Raporlama Standartları
VUK	Vergi Usul Kanunu



RÉSUMÉ

Les sociétés anonymes sont les acteurs le plus grand de l'économie. Elles servent comme un moyen de cumuler les capitaux dispersés et les canaliser vers l'économie courant. Dans ce system, le but principal des actionnaires est de recevoir des intérêts économiques en échange de leur investissement à la société anonyme. Bien que le financement des sociétés soit très complexe, il est possible de distinguer les intérêts économiques des actionnaires en deux catégories. L'un est l'appréciation des prix des actions et l'autre est la distribution des profits réalisées par la société aux actionnaires. La méthode principale de la distribution est la distribution des dividendes.

Le régime juridique des dividendes est aussi complexe, parce que les problèmes que la distribution de dividende pose affectent trois diffèrent groupes des parties intéressées. De côté des créancier, la distribution des dividendes résulte en diminution de patrimoine sociale et en augmentation des risques pour non-paiement des dettes par la société anonyme. Donc, l'intérêt des créanciers restent avec des normes juridiques limitant la capacité de société en domaine de distribution de dividendes. Du point de vue des actionnaires majoritaires, il est crucial d'avoir la flexibilité dans la politique de dividende. La politique de dividende a des effets sur la politique financière de société. Plus de dividende est distribué, moins de capacité a la société pour l'autofinancement. Pour cette raison-là, les actionnaires majoritaires préfèrent des normes qui permettent la plus grande liberté d'agir dans la politique de dividende. Contrairement et dernièrement, un politique stable et constant de paiement de dividende a d'importance pour attirer des nouveaux investissements. En plus, les actionnaires minoritaires qui sont privé d'une position déterminante dans l'assemblée générale, ont besoin des normes protecteur pour sauvegarder leurs intérêts économiques. Cette norme protectrice diminue la discrétion des actionnaires, notamment la majorité, et oblige la société à distribuer le dividende. En tout, les intérêts des parties sont contradictoires et le régime juridique a la tâche très difficile de les balancer.

Le system juridique Turc, comme plusieurs system Européens, place les intérêts des créiteurs et les actionnaires majoritaires avant les actionnaires minoritaires. Dans

le Code Commercial Turc, on peut trouver plusieurs normes qui a pour but de limiter la distribution de dividende qui servent à protéger les intérêts des créiteurs. De l'autre coté, il y a une grande marge de décision à regard de distributions des profits, à condition que les normes qui protègent les créiteurs soient respectées. Cependant, il n'est pas aussi clair comment le droit de dividende des actionnaires est protégé. Dans notre thésis présenté-ici, on s'approche le problème du point de vue des actionnaires minoritaires. Le problématique fondamental du cette essai est les limites et les moyens des protection du droit de dividende des actionnaires minoritaires dans le système juridique Turc. Pour le but de mieux expliquer les éléments distinctifs du régime juridique Turc, on a comparé des différents systèmes juridiques comme le droit Suisse, le droit Allemand, et le droit Français au regard des certains questions légales.

Dans le premier chapitre, on s'adresse le contenu du terme « droit de dividende ». Le droit de dividende est utilisé dans trois sens différentes :

- i) Le droit de dividende dans le sens général oblige la société anonyme de poursuivre le but économique et de distribuer des profits réalisés. Il est un droit inaliénable des actionnaires.
- ii) Le terme droit de dividende dans le sens strict implique le devoir de la société de distribuer des profits annuels et le droit d'actionnaire à partager la somme distribuée à propos de sa contribution à la capital sociale. Le droit de dividende dans ce contexte n'est pas absolu et il est possible de le limiter en présence de l'intérêt sociale.
- iii) La dernière sens du droit de dividende est le droit d'actionnaire à demander le paiement ou versement de dividende déclaré par l'assemblée général. Dans ce sens, le droit de dividende est un droit acquis et il se place a dehors de la compétence de l'assemblée générale.

Bien que la thésis essaie de montrer tous les aspects différents de droit de dividende, le point de focus est le droit de dividende dans le sens strict. Pour cette raison-là, le terme droit de dividende est utilisé à définir le sens strict du terme.

Dans le deuxième chapitre, la question adressée est le contenu et de procédure de droit de dividende. Dans le premier sous-chapitre, la limite de liberté de société est expliquée. La société anonyme est interdite de faire des distributions qui diminuent le patrimoine lié composant de la capital sociale et les réserves qui ne sont pas disponibles à distribution. La société peut distribuer seulement le profit résultant de

l'exercice et les réserves libres. De plus, il est requis par la loi que la société place une somme déterminée à la réserve générale. Dans la deuxième sous-chapitre, c'est la procédure de distribution de dividende qui est examinée. La procédure de décider la distribution est stricte. Il y a des conditions formelles à respecter. Par exemple, le bilan et la proposition de distribution doivent être approuvés par le contrôleur indépendant. De plus, l'assemblée générale a la compétence exclusive de décider sur la distribution de dividendes.

Le troisième chapitre est réservé au droit de participer à la somme distribuée par la société. Il faut citer que, en principe l'actionnaire est automatiquement éligible à participer à la distribution, mais dans certaines cases exceptionnelles, le droit d'actionnaire est suspendu. Donc il est nécessaire de déterminer quelles actionnaires ont droit à participer à la distribution de dividende. De plus, les actionnaires ne sont pas le seul groupe qui a le droit à participer à la distribution de dividende. Les membres de conseil d'administration, les porteurs de bon de jouissance et des travailleurs peuvent être autorisés à participer à la distribution de dividende si le statut de la société le permet. Après avoir examiné ces sujets, la thèse s'adresse les principes concernant le taux de participation des actionnaires. Généralement, les droits qui sont sujet du principe de proportionnalité offrent des droits qui changent à propos de valeur nominale des actions. Ce n'est pas le cas pour le droit dividende. Même s'il est considéré parmi les droit proportionnels, l'actionnaire participe à la somme distribuée à propos de sa valeur nominale libérée au lieu de la valeur nominale. Dans cette thèse, ce system a été adressée comme la proportionnalité différenciée. Dans le system juridique Turc, la proportionnalité ordinaire est mandataire pour les sociétés publiques tandis que pour les sociétés fermées, c'est la proportionnalité différenciée qui est applicable. Mais il faut noter que le statu de la société peut prévoir des actions privilégiées qui permettent l'adoption d'un régime de participation entièrement différent du celui prévu par la loi.

Le quatrième chapitre, qui est le dernier, s'adresse spécifiquement à la protection du droit de dividende des actionnaires. Ce chapitre examine les deux actions définis dans le Code Commercial Turc et les deux actions qui sont nés d'application des règles générales. La première action prévue par le Code Commercial est l'annulation de décision de l'assemblée général. Comme déjà expliqué, la décision de distribuer ou de ne pas de distribuer du dividende est prise par l'assemblée général de la société anonyme. Les actionnaires qui croient qu'une décision de l'assemblée général n'est

pas conforme à la loi ou au statu peuvent demander l'annulation de cette décision. Donc, l'action premier contre la politique de dividende adoptée par la majorité est l'annulation de la décision de l'assemblée générale. La deuxième action possible est la dissolution de société pour les justes motifs. Le Code de Commerce Turc, tout comme le Code des Obligation Suisse, permet les actionnaires possédant au minimum de %10 du capital social de demander la dissolution de la société en face de motifs justes. Il est généralement accepté qu'il constitue une motive juste de dissolution si les actionnaires sont privés de dividendes n'importe qu'il soit le résultat de l'abus de pouvoir majoritaire ou de la mauvaise direction de la société par les actionnaires majoritaires. Par conséquent, l'action pour dissolution par le motif juste offre une haute protection aux actionnaires minoritaires.

Dans le quatrième chapitre, il y a une autre action examinée qui ne prend pas la place dans le Code Commercial, mais qui est né de l'application de normes générales dans le domaine de droit des sociétés. C'est la demande de l'exécution d'obligation de déclaration de volonté. Le droit de dividende crée une obligation pour la société qui remplit l'obligation par prendre une décision de dividende qui conforme à la loi et au statu de la société. Bien qu'il soit controversé et soit la vue minoritaire dans la doctrine, dans la thèse présentée, il est défendu que l'actionnaire peut demander le juge de condamner la société à une déclaration de volonté qui prend la place de décision de l'assemblée général. Cette action et leurs conséquences sont détaillée dans ce quatrième chapitre.

ABSTRACT

Joint stock companies are the biggest players of the economy. They serve as a means of accumulating dispersed capital and channeling it into the mainstream economy. In this system, the main goal of shareholders is to receive an economic interest in return for their investment in the joint stock company. Although corporate finance is in itself very complex, it is possible to distinguish the economic interests of company shareholders under two categories. One is the appreciation or increase of stock prices and the other is the profits distributed by the company to shareholders. The main method of distribution of profits is through dividends payments

The legal system of dividends is materially complex, as the problems arising in relation to the distribution of dividends affect three different groups of interested parties. From the point of view of the creditors, the distribution of dividends results in the reduction of company assets and an increase in the risks of non-payment of debts by the joint stock company. Consequently, the interests of creditors remain in line with legal provisions and rules limiting the capacity of a company to distribute dividends. From the perspective of majority shareholders, it is crucial to have flexibility in determining the dividend policy. The dividend policy has effects on the company's financial policy. The more dividend is distributed, the less capacity the company has for self-financing. For this reason, majority shareholders prefer rules which allow the greatest freedom of action for the company in determining the dividend policy. To the contrary and lastly from the point of new investors, a stable and constant dividend payment policy is crucial. In addition, minority shareholders who are deprived of a decisive effect in the general assembly, are in need of protective standards to safeguard their economic interests. Such protective standards diminish the discretion of shareholders, especially of the majority, and oblige the company to distribute dividend. Thus, the interests of the parties involved are contradictory amongst each other and the legal order has a very difficult task of balancing them.

The Turkish legal system, in parallel with many European systems, places the interests of creditors and majority shareholders before minority shareholders. The Turkish Commercial Code contains several provisions which aim to limit the

distribution of dividends to the benefit of the creditors. On the other hand, there is a large area of discretion for companies with regard to the distribution of profits, provided that the legal limitations aiming to protect creditors are respected. However, it is not as clear how the right to dividend of shareholders is protected. In this thesis, we approach the problem from the minority shareholders' point of view. The fundamental issue of this work concerns the limits and means of protecting the right to dividend of minority shareholders under the Turkish legal system. In order to better explain the distinctive elements of the Turkish legal regime, we provided comparisons with different legal systems such as Swiss law, German law, and French law with regard to certain legal questions.

In the first chapter, we address the definition and scope of the term "dividend right". The dividend right is used in three different senses:

- i) The right to dividend in the general sense obliges the joint stock company to pursue an economic goal and to distribute the generated profits. It is an inalienable shareholder right under Turkish law.
- ii) The term, in the strict sense implies the duty of the company to distribute annual profits and the shareholder's right to obtain the amount distributed in proportion with its contribution to the share capital. The dividend right in this context is not absolute and it is possible to limit it in the presence of the company's interest.
- iii) The last meaning of the term "dividend right" is the shareholder's right to request the payment or distribution of a dividend declared by the general assembly. In this sense, the dividend right is an acquired right and it cannot be altered by a unilateral act of the company.

Even though the thesis aims to assess all these different aspects of the right to dividend, the focus is on the right to dividend in the strict sense. For this reason, the term "dividend right" is used to refer to its strict meaning specified above.

The question addressed in the second chapter is the content of the right to dividend and the relating procedure. Under the first subchapter, the limits of a company's discretion are explained. A joint stock company is prohibited from distributions resulting in the disbursement of the share capital or the reserves which cannot freely be distributed. A company is at liberty to distribute only profits generated in the relevant fiscal year and the free reserves which are available for distribution. In

addition, it is required by law that companies reserve a specific portion of generated profits as statutory reserves. Under the second subchapter, the procedure of dividend distribution is examined. The procedure for distributing dividends is strict. There are formal requirements which need to be respected. For example, the balance sheet and the proposal for dividend distribution must be approved by an independent auditor. In addition, the general assembly has exclusive competence to decide on the distribution of dividends.

The third chapter is dedicated to the shareholders' right to participate in the sum distributed by the company. It should be noted that, in principle, a shareholder is automatically eligible to participate in a dividend distribution, but in certain exceptional cases, the shareholder's right may be suspended. Thus, it is necessary to determine which shareholders are entitled to participate in the dividend distribution. In addition, shareholders are not the only group that has the right to participate in the distribution of dividends. Board members, holders of profit-sharing certificates and employees may be authorized to participate in the distribution of dividends if foreseen by the company's articles of association. After evaluating these matters, the thesis addresses the principles concerning the shareholder's right to participate to distributed amount. Generally, shareholder rights which are subject to the principle of proportionality are proportional with the nominal value of the shares held by the shareholder. Notwithstanding, this is not always the case for the right to dividend. Although the right to dividend is categorized amongst proportional rights, a shareholder will participate in a distribution of dividends in proportion with the paid-up nominal value as opposed to the nominal value of shares held by the shareholder. In this thesis, we refer to this system as differentiated proportionality. Under the Turkish legal system, the general proportionality principle mandatorily applies for public joint stock companies, whereas for non-public companies the differentiated proportionality applies. Notwithstanding, it should be noted that the articles of association of a company may foresee certain privileged shares permitting a participation structure completely differing from the system of proportionality foreseen by the law.

The fourth and the last chapter, specifically focuses on the protection of shareholders' right to dividend. This chapter examines the two lawsuits foreseen under the Turkish Commercial Code and the two lawsuits arising from the application of general provisions. The first action provided under the Commercial Code is the

annulment of the decision of the general assembly. As previously explained, the decision to distribute or not to distribute the dividend is at the discretion of the general assembly of a joint stock company. Shareholders who believe that a resolution of the general assembly does not comply with the law or the articles of association may file for the annulment of the resolution. Therefore, the first action against the dividend policy adopted by the majority is to overturn the decision of a general assembly. The second possible action is the dissolution of a company for just cause. The Turkish Commercial Code, in parallel with the Swiss Code of Obligations, allows shareholders holding a minimum of 10% of the share capital of a company to request the dissolution of the company in the presence of just cause. It is generally accepted that it is a just cause for dissolution if the shareholders are deprived of their right to dividend, regardless of whether this is the result of the abuse of power by the majority or the bad management of the company by the majority shareholders. Therefore, the lawsuit for the dissolution for just cause offers a high protection for minority shareholders.

The fourth chapter further examines another lawsuit which is not foreseen under the Commercial Code, but which arises from the application of general provisions to company law. That lawsuit seeks the fulfillment of the obligation to declare intent. The dividend right creates an obligation for the company, which fulfills the obligation by rendering a decision to distribute dividend, which is in compliance with the law and the articles of association of the company. Although it is controversial and constitutes the minority view amongst scholars, in this present thesis, we are of the opinion that a shareholder should be able to request from a judge to condemn the company to a declaration of intent, in other words have the judge to declare the intent in lieu of the general assembly of the company. This action and its consequences are assessed in detail in this fourth chapter.

ÖZET

Anonim şirketler ekonominin en büyük aktörleri arasındadır. Anonim şirketler, dağılmış sermayenin bir araya getirilerek bu sermayenin ekonomiye yönlendirilmesi ve bu şekilde sisteme dahil edilmesi işlevini görürler. Bu sistem içerisinde pay sahiplerinin asıl hedefi, anonim şirkete yaptıkları yatırımın karşılığında bir ekonomik menfaat elde etmektir. Esasen şirket finansmanı her ne kadar çok karmaşık bir mesele olsa da anonim şirket pay sahiplerinin şirkete yatırım yapmalarının altında yatan ekonomik menfaatlerini iki grup altında sınıflandırarak ele almak mümkündür. Bunlardan ilki, pay sahibinin mülkiyetinde bulunan hisse değerinin artması iken diğeri şirketin elde ettiği kârı pay sahiplerine aktarmasıdır. Kârın aktarılmasının asıl yöntemi ise kâr payı dağıtımıdır.

Kâr payına ilişkin hukuki sistem oldukça karmaşıktır, zira kâr payı dağıtımından kaynaklanabilecek sorunlar üç farklı menfaat sahipleri grubuna etki eder. Bu üç menfaat sahipleri grubundan ilki olan alacaklılar açısından kâr payı dağıtımı, borçlu şirket malvarlığının azalmasına ve anonim şirketin borçlarını ödememe riskinin artmasına yol açmaktadır. Dolayısıyla bir şirketin kâr dağıtma yetkisini sınırlandıran hukuki normlar, şirket alacaklılarının menfaatinedir. İkinci menfaat sahibi grubu olarak çoğunluk pay sahipleri bakımından şirketin kâr payı politikasının esnekliği önem taşır. Zira kâr payı politikası, doğrudan şirketin finansman politikasını etkilemektedir. Dolayısıyla dağıtılan kâr miktarı arttıkça şirketin kendini finansman kapasitesi ve kendini finansmana ayrılacak kaynaklar azalacaktır. Bu nedenle çoğunluk pay sahipleri, şirketin kâr payı politikasını belirlerken azami esnekliğe sahip olmasını sağlayan hukuki normları tercih ederler. Buna karşın ve son menfaat sahibi grup olarak şirkete gelecek yeni yatırımcı bakımından ise sabit ve düzenli bir kâr payı dağıtımı politikası elzemdir. Aynı şekilde genel kurulda alınacak karara etki edemeyen azınlık pay sahipleri, kendi ekonomik menfaatlerinin korunmasına yönelik koruyucu normlara ihtiyaç duyarlar. Bu nitelikteki koruyucu normlar pay sahiplerinin, özellikle de çoğunluk pay sahiplerinin takdir yetkisini sınırlandırarak şirketi kâr payı dağıtmaya zorlar. Burada özet olarak sunulan farklı menfaatlere ilişkin açıklamalardan görüldüğü üzere, ilgili tarafların kâr dağıtımına ilişkin menfaatleri birbirleriyle çatışma halindedir

ve bu nedenle de hukuk düzeninin bu menfaatler arasındaki dengeyi sağlamak gibi zor bir görevi bulunmaktadır.

Türk hukuk düzeni, birçok Avrupa devletinin hukukunda olduğu üzere, alacaklılar ile çoğunluk pay sahiplerinin menfaatlerini azınlık pay sahiplerinin menfaatlerinin üzerinde tutmaktadır. Türk Ticaret Kanunu, kâr dağıtımını alacaklılar lehine sınırlandıran çok sayıda hüküm barındırmaktadır. Öte yandan, alacaklıları koruyan hükümlere uydukları takdirde anonim şirketlerin kâr dağıtımını konusunda geniş bir takdir yetkileri bulunmaktadır. Buna karşın pay sahibinin, özellikle de azınlık pay sahibinin kâr payı hakkının nasıl korunacağı hususu aynı şekilde açık değildir. Bu tez kapsamında kâr payına ilişkin bu sorun, azınlık pay sahiplerinin bakış açısından ele alınmaktadır. Bu çalışmanın odak noktasını teşkil eden asıl mesele, Türk hukuk düzeninde azınlık pay sahiplerinin kâr payı hakkının sınırları ile bu hakkın korunmasına hizmet eden hukuki yöntemlerdir. Bu bağlamda Türk hukuk düzeninin ayırt edici unsurlarını daha iyi açıklayabilmek amacıyla bu çalışmada bir takım hukuki müesseselerin farklı hukuk sistemleriyle, örneğin İsviçre Hukuku, Alman Hukuku ve Fransız Hukuku sistemleri ile karşılaştırması da sunulmaktadır.

Tezimizin ilk bölümde “kâr payı hakkı” teriminin tanımı ve kapsamı meselesi ele alınmaktadır. Kâr payı hakkı ifadesi öğretide üç farklı anlamda kullanılmaktadır:

- i) Genel ve geniş anlamıyla kâr payı hakkı, anonim şirkete ekonomik bir menfaat gütmesi ve bunun sonucunda elde ettiği geliri dağıtması yükümlülüğü getirilmesini kapsamaktadır. Bu anlamıyla kâr payı hakkı, Türk hukukunda pay sahibinin vazgeçilemez bir hakkıdır.
- ii) Dar anlamıyla kâr payı hakkı, şirketin yıllık kârını dağıtma zorunluluğu ile pay sahibinin dağıtılan kâra koyduğu sermaye oranında katılma hakkını içerir. Bu bağlamda kâr payı hakkı mutlak bir hak olmayıp, şirket menfaatinin bulunması durumunda sınırlandırılabilir.
- iii) “Kâr payı hakkı” teriminin üçüncü anlamı ise pay sahibinin genel kurul tarafından dağıtılacağı ilan edilen kârın dağıtımını talep etme hakkıdır. Bu bağlamda kâr payı hakkı kazanılmış bir hak olup anonim şirketin tek taraflı olarak geri alabileceği veya sınırlayabileceği bir hak değildir.

Bu tez her ne kadar kâr payı hakkını tüm bu açılardan ele almayı hedeflese de tezin odak noktası dar anlamda kâr payı hakkıdır. Bu nedenle de bu çalışmada “kâr payı

hakkı” ifadesi, yukarıda tanımlanan dar anlamıyla kâr payı hakkını ifade etmek için kullanılmıştır.

İkinci bölümde ele alınan sorun, kâr payı hakkının içeriği ile dağıtım usulüne yöneliktir. Bu başlık altında ilk alt bölümde anonim şirketin kâr dağıtım hususundaki takdir yetkisinin sınırları açıklanmaktadır. Anonim şirketin sermayenin iadesi veya serbest olmayan yedek akçelerin dağıtılması sonucunu doğuracak dağıtımlar yapması yasaktır. Anonim şirket, yalnızca ilgili faaliyet yılında edinilen kâr ile serbest yedek akçelerden dağıtım yapabilir. Buna ek olarak, kanunen şirketlerin elde ettikleri gelirin bir kısmını kanun gereği yedek akçe olarak ayırmaları gerekmektedir. İkinci alt bölümde ise kâr payı dağıtım usulü ele alınmaktadır. Kâr payı dağıtımının usulü kanunda katı bir şekilde düzenlenmiştir. Uyulması gereken şekli kurallar bulunmaktadır. Örneğin bilanço ile kâr dağıtım önerisinin bağımsız bir denetçinin denetimine tabi tutulmuş olması gerekmektedir. Ek olarak genel kurul dağıtılacak kâra ilişkin münhasır karar alma mercidir.

Üçüncü bölüm, pay sahiplerinin şirket tarafından dağıtılan kâra katılma haklarına ayrılmıştır. Bu bağlamda belirtmek gerekir ki, kural olarak her pay sahibi kendiliğinden anonim şirket tarafından dağıtılan kâra katılmaya ehildir, öte yandan bazı istisnai durumlarda pay sahibinin dağıtılan kâra katılma hakkı sınırlandırılabilir. Dolayısıyla hangi pay sahiplerinin dağıtılacak kâra katılmaya haklarının olduğunun belirlenmesi ihtiyacı doğmaktadır. Buna ek olarak, kâr dağıtımına katılmaya ehil kişiler çevresi anonim şirketin pay sahipleri ile sınırlı değildir. Anonim şirket esas sözleşmesinde düzenlenmesi kaydıyla şirket yönetim kurulu üyeleri, intifa senedi sahipleri ve şirket çalışanları da kâr dağıtımına katılmaya yetkili olabilirler. Bu hususların değerlendirilmesini takiben bu çalışmada pay sahibinin dağıtılan kâra katılmasına ilişkin ilkeler incelenmektedir. Kural olarak oransallık ilkesine tabi pay sahipliği hakları, pay sahibinin sahibi olduğu payların nominal değerinin şirket sermayesine oranlanması yoluyla, diğer bir ifade ile payların nominal değeri ile orantılı olarak kullanılır. Bununla beraber kâr payı hakkında bu prensip her zaman geçerli değildir. Her ne kadar kâr payı hakkı orantılılık ilkesine tabi bir hak olsa da pay sahibi dağıtılan kâra sahip olduğu paylar için şirkete ödediği sermaye oranında katılacaktır; sahibi olduğu payların toplam nominal değeri değil ödenmiş kısmı dikkate alınacaktır. Bu tez kapsamında bu sistem farklılaşmış oransallık olarak ifade edilmiştir. Türk hukuk düzeninde genel orantılılık ilkesi halka açık anonim şirketlerde zorunlu olarak uygulama alanı bulurken halka açık olmayan şirketlerde farklılaştırılmış orantılık

ilkesi geçerlidir. Öte yandan bir anonim şirket esas sözleşmesinin birtakım imtiyazlı paylar öngörerek kanunda öngörülen orantılılık prensibinden farklılaşan başkaca bir kâr dağıtım düzeni öngörmesinin mümkün olduğu da belirtilmelidir.

Dördüncü ve son bölüm özel olarak pay sahibinin kâr payı hakkının korunmasına ayrılmıştır. Bu bölümde Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen iki farklı dava ile genel hükümlerden doğan iki dava ayrıntılı olarak incelenmektedir. Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen davalardan ilki genel kurul kararının iptaline ilişkindir. Yukarıda açıklandığı üzere kâr payı dağıtıp dağıtmama kararı münhasıran anonim şirket genel kurulunun yetki ve takdirindedir. Bir genel kurul kararının kanuna veya şirket esas sözleşmesine aykırı olması durumunda, söz konusu aykırılığı iddia eden pay sahipleri, ilgili genel kurul kararının iptali için dava açma imkanını haizdirler. Bu nedenle de çoğunluk pay sahibinin benimsediği kâr payı politikasına karşı atılabilecek ilk adım, ilgili genel kurul kararının iptali talebiyle açılacak bu davadır. Bu çalışmada incelenen ve Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen ikinci dava, haklı sebebe dayanarak ilgili anonim şirketin feshinin talep edildiği davadır. Türk Ticaret Kanunu, İsviçre Borçlar Kanunu'nda da olduğu üzere, sermayenin asgari %10'unu temsil eden payları mülkiyetinde bulunduran pay sahiplerine, haklı sebeplerin bulunması kaydıyla anonim şirketin feshini talep etme imkânını tanımaktadır. Pay sahiplerinin kâr payı hakkından mahrum bırakılmaları öğretide, söz konusu mahrumiyetin çoğunluk pay sahibinin hâkimiyetini kötüye kullanmasından mı yoksa çoğunluk pay sahibinin seçtiği yöneticilerin şirketi kötü yönetiminden mi kaynaklandığına bakılmaksızın, genel olarak şirketin feshi için haklı bir sebep olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla şirketin haklı sebeple feshinin talep edildiği bu dava, azınlık pay sahiplerinin kâr payı haklarının korunmasına hizmet eden önemi bir koruma sağlamaktadır.

Bu çalışmanın dördüncü bölümünde ayrıca Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmemekle beraber genel hükümlerin şirketler hukuku bahsinde uygulanması yoluyla doğan bir davayı da ele almaktadır. Bu davanın konusu, anonim şirketin bir irade beyanında bulunma yükümlülüğünün aynen ifasının talep edilmesidir. Kâr payı hakkı, bir anonim şirket nezdinde, şirketin kanun hükümleri ile şirket esas sözleşmesine uygun şekilde kâr dağıtma kararı alarak ifa edeceği bir yükümlülük doğurmaktadır. Tartışmalı bir konu olmakla ve öğretide azınlık görüşü olup çoğunluk tarafından benimsenmemekle beraber, bu çalışma kapsamında bir pay sahibinin hâkimden anonim şirketi kâr payı dağıtma yönünde irade beyanında zorlamasını talep etme hakkı olduğu görüşünü savunmaktayız. Diğer bir ifadeyle bu çalışmada pay

sahibinin mahkemeden anonim şirket genel kurulu yerine irade beyanında bulunmasını talep edebileceği savunulmaktadır. Bu dava ve bu davanın olası sonuçları, dördüncü bölümde ayrıntılı olarak ele alınmaktadır.



GİRİŞ

A. Konunun Takdimi

Anonim şirketler, insanlık tarihinin gelişiminde büyük ve etkin bir rol oynamıştır. O kadar ki, anonim şirketlerin “tarihteki en büyük icat” olduğu dahi ileri sürülmüştür¹. Bu büyük iddianın abartılı olduğu elbette ileri sürülebilir. Ancak iddia, tamamen temelsiz de değildir. Modern anonim şirketler, ortaya çıkmaya başladıkları 17.yy’dan itibaren meydana gelen gelişmeler, icatlar ve ilerlemeler için gereken koşulları oluşturmada ve günümüz ekonomik ve hatta siyasi düzenini şekillendirmede belirleyici bir etkiye sahip olmuşlardır. Bu açıdan anonim şirketin “tarihteki en büyük icat” olduğu iddiasının yerindeliği, elbette ki tartışmaya açıktır. Ancak tartışmasız derecede kesin olan bir konu vardır ki, bir hukuki kurgu olan anonim şirket, ilk örneklerinden bugüne kadar modern hayatı derinden etkilemiştir².

Anonim şirketin ekonomik, toplumsal ve teknolojik gelişmelerde bu derece büyük bir etkiyi haiz olmasını sağlayan şey, anonim şirketin ticari faaliyetlerin yürütülmesi için zorunlu olan sermaye birikimini sağlamadaki etkinliğidir. Anonim şirketler, pay sahipleri bakımından getirdiği sınırlı sorumluluk ilkesi sebebiyle, küçük yatırımcıların birikimlerini çekerek daha büyük miktarda sermaye birikimi sağlamaya ve bu şekilde daha büyük sermaye gerektiren faaliyetlerin yapılmasına olanak sağlamaktadır.

Ancak anonim şirketlerin, sermaye birikimi bakımından bu etkisini gösterebilmesi için, anonim şirkete yatırımın sermaye sahipleri bakımından cazip olması gerekir.

¹ Butler, Nicholas Murray, “**Politics and Economics**” New York Eyaleti Ticaret Odası 143. Yıl Açılış Konuşması, 1911 s. 47 (Erişim <https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=coo.31924093105660&view=1up&seq=59>, Erişim tarihi 7.10.2019).

² Belirtmek gerekir ki Osmanlı İmparatorluğu bu gelişmelerden oldukça geç yararlanmaya başlamıştır. Osmanlı İmparatorluğu’ndaki ilk anonim şirketin 1851 yılında kurulan Şirket-i Hayriye olduğu belirtilse de şirketin ayrı bir tüzel kişiliği bulunmadığından Şirket-i Hayriye’yi modern anonim şirket örneği olarak saymak mümkün değildir. Modern anonim şirketlerin Osmanlı’da 1908 yılından sonra ortaya çıktığı belirtilmektedir. Osmanlı İmparatorluğu ve genel olarak İslam toplumlarında anonim şirket veya muadili yapıların neden Avrupa’ya kıyasla daha geç ortaya çıktığı yönündeki araştırma için bkz. Kuran, Timur, “**The Absence of the Corporation in Islamic Law: Origins and Persistence**”, The American Journal of Comparative Law, C.53 S.4,2005, Erişim: <https://sites.duke.edu/timurkuran/files/2016/10/absence-of-corporation-1.original.pdf> Erişim tarihi: 03.09.2020.

Unutmamak gerekirk ki, yatırımcıların³ anonim şirkete doğrudan yahut kredi kuruluşları yoluyla dolaylı olarak ödünç vererek, bunun karşılığında faiz kazancı elde etme imkânı bulunmaktadır. Bu imkana rağmen anonim şirkete sermaye getirerek anonim şirkette pay sahibi olmak, ancak söz konusu yatırımın tatmin edici bir kazanç sağlaması halinde cazip olacaktır. Ancak yatırımcının anonim şirkette pay sahibi olması karşılığında ekonomik bir menfaat elde etmesi bazı şartların varlığına bağlıdır. Öncelikle pay sahiplerinin yatırımlarının karşılığında bir kazanç elde etmeleri için şirketin kâr elde etmesi gerekmektedir. Halbuki, şirkete borç verilmesi halinde elde edilecek faiz kazancı şirketin kâr etmesinden bağımsızdır.

İkinci olarak, anonim şirketlerde elde edilen kârın ne oranda dağıtılacağı ve ne oranda şirket bünyesinde tutulacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Örneğin anonim şirket organlarının alacağı kararlar ile pay sahiplerine kâr dağıtmak yerine bu kaynakları yatırıma kullanmaya karar vermesi ve bu şekilde pay sahiplerine ödenecek kâr payı hakkını sınırlaması mümkün olmaktadır⁴. Bu durum kâr elde etme amacı ile şirkete yatırım yapan pay sahipleri ile şirketin yönetimi konusunda karar alan yöneticiler veya varsa hâkim pay sahipleri arasında kâr payı özelinde bir çatışma ortaya çıkarmaktadır⁵.

Bu çatışmada hukuk sisteminin üstlendiği rol önem taşır. Bir yandan anonim şirketler sermaye birikimi sağlamak ve uzun vadeli yatırımlar yapmak için şirket kârını muhafaza etmesine ihtiyaç vardır. Diğer yandan, pay sahiplerinin kısa veya orta vadeli kâr beklentilerinin karşılanmaması halinde, bazı kaynakların ekonomiye katılmaması

³ Şirketler hukukunda pay sahiplerinin klasik anlamda bir ortaktan ziyade bir yatırımcı olarak görülmeye başlandığı, bu noktada pay sahibi kavramına bakış açısından esaslı bir değişiklik olduğu belirtilmektedir. Bkz. Baums, Theodor, “**The Law of Corporate Finance in Europe**”, Institute for Law and Finance Johann Wolfgang Goethe-Universität Working Papers Series, s.1 (Erişim: http://www.ilf-frankfurt.de/fileadmin/migrated/content/uploads/ILF_WP_063.pdf, Erişim tarihi: 26.12.2017).

⁴ Bu sorunun geçmişi modern şirketler hukukunun doğuşuna kadar uzanmaktadır. Günümüzdeki şirketlerin atası olarak kabul edilen 17.yy başında kurulmuş Hollanda Doğu Hindistan ve Hollanda Batı Hindistan şirketleri bakımından pay sahipleri ile yöneticiler arasında benzer bir fikir ayrılığı yaşanmıştır. Hollanda Doğu Hindistan Şirketi yöneticileri, şirketin sahip olduğu tekel hakkını muhafaza edebilmesi için askeri güce ihtiyaç olduğunu düşündüklerinden, askeri yatırımları artırmış, bu ise kısa dönemde kâr payı beklentisi içinde olan pay sahiplerinin tepkisi ile karşılaşmıştır. Hollanda devletinin şirket yönetiminden yana tavır alması sonucunda şirket yönetiminin pay sahiplerine karşı bağımsızlık kazanması ve yöneticilerin şirket borçlarından sorumlu olmaması yönünde kurallar getirilmiştir. Bu şekilde günümüz modern şirketler hukukunda yerleşik ilkeler 17.yy ticaret şirketlerinde benimsenmeye başlamıştır. Bkz. Brandon, Pepijn, “**Between Company and State: Dutch East and West India Companies as Brokers between War and Profit**”, s.217, The Corporation (Ed: Baars/Spicer), Cambridge University Press, 2017

⁵ Türkiye’de ortaklık ilişkisinde olan yabancı yatırımcılar ile Türk ortakları arasında bu konuda bir görüş farklılığının sıklıkla yaşandığı belirtilmektedir. Yabancı yatırımcının çoğunlukla şirket kârının tekrar yatırıma yönlendirilmesini isterken Türk ortağın kâr dağıtımını talep ettiği yönünde bkz. Altay, Anlam, **Anonim Ortaklıklar Hukuku’nda Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimler (Equity Joint Ventures)**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s.303.

riski ortaya çıkmaktadır. Tüm bunlara ilaveten, bazı durumlarda çoğunluğun gücünü kötüye kullanması bazı durumlarda ise azınlık pay sahiplerinin kısa vadeli fırsatçı yaklaşımlarının adaletsiz sonuçlar doğurması riski bulunmaktadır. O nedenle de söz konusu menfaat çatışmalarına ilişkin kuralların etkili ve dengeli olması önem taşımaktadır. Bu noktada pay sahibinin kâr payı hakkına ve kâr payı hakkının korunmasına ilişkin hükümler öne çıkmaktadır.

Aslında kâr payı dağıtımı ortaklıklar hukukunda zaman içinde oluşmuş bir olgudur. İlk zamanlarda ortaklıklar belirli bir iş veya belirli bir ticari sefer için kurulması sebebiyle, ticari faaliyet gerçekleştikten sonra borçların ödenmesinin ardından kalan tutarın ortaklar arasında paylaşılması esastır. Ancak anonim ortaklıkların gelişimi ve sınırsız süreli anonim şirketlerin ortaya çıkması ile şirket varlığını devam ettiren kâr dağıtımı esas olmuştur⁶.

Bununla birlikte, günümüzde kâr payı dağıtımı konusundaki yaklaşımlarda değişiklikler olduğunu da göz önünde bulundurmak gerekir. Örneğin İngiltere’de halka açık şirketlerde dağıtılan ortalama kâr payının net dönem kâra oranı zaman içerisinde azalmıştır⁷. Benzer şekilde, Amerika Birleşik Devletleri’ne ilişkin araştırmalar, kâr payı dağıtımı yapan şirket sayısında da azalma eğilimi bulunduğunu işaret etmektedir⁸. İktisat alanında yapılan bu gibi çalışmalar, kâr payı dağıtımının pay sahiplerine kaynak aktarımı işlevi bakımından bir değişimin varlığına işaret etmektedir.

Bu değişimin en önemli sebebi olarak vergi yükünün etkisi gösterilebilir. Birçok ülkedeki vergi hukuku kuralları, kâr payı dağıtımına bağladığı sonuçlar sebebiyle kâr dağıtımını caydıran bir etki göstermektedir⁹. Bu etki ışığında anonim şirketlerin kâr

⁶ Siems, s.71. Diğer bir anlatımla ortaklıklar hukukunda tasfiye bakiyesine katılma hakkı gerilerken, kâr payı hakkı gelişmeye başlamıştır.

⁷ Bu oran 1950’lerde %40 civarındayken 1970’lerde %30’a düşmüştür. Bkz. “**Dividends as a Substitute for Corporate Law: The Separation of Ownership and Control in the United Kingdom**”, ECGI Working Paper Series in Law, 2006, s.35 (Erişim: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=906068, Erişim Tarihi: 29.10.2019), Öte yandan bu değişimde finansal raporlamadaki gelişmeler sonucunda şirketin gerçek kârının daha şeffaf bir şekilde tespit edilmesinin yattığı, diğer bir ifade ile daha az kâr dağıtılmamasına rağmen kârın finansal tablolara tam olarak yansıtılabilmesi nedeniyle oransal olarak bir düşüş görüldüğü savunulmaktadır. Bkz. Cheffins, s.35.

⁸ Fama/French, s.1. Bu çalışmada, Amerika’da 1973 yılında halka açık şirketlerin %52,8’i, 1978 yılında ise %66,8’i kâr payı dağıtımı yaparken, 1999 yılında bu oran %20,8’e gerilemiştir.

⁹ Amerikan hukuku bakımından bkz. Carney, William J., **Corporate Finance- Principles and Practice**, Foundation Press, 2005, s.665. Kuzey Avrupa ülkelerindeki durum için bkz. Ilmonen, Klaus R., “**A Political Narrative of Nordic Corporate Governance Shareholders, Stakeholders and Change of Control**”, ECFR, 2015, s.499. Bununla birlikte Kuzey Ülkeleri’nde şirketler topluluğu içinde tüzel kişiye ödenen kâr payları bakımından vergi avantajları olduğu için bu ülkelerde yoğunlaşmış

dağıtımından imtina etmeye başladığı, bunun yerine şirket paylarının geri alınması veya başka yollarla şirket kaynaklarının pay sahiplerine aktarılması yoluna başvurulduğu tespit edilmektedir¹⁰. Sonuç olarak, kâr payı dağıtımı ve buna bağlı olarak kâr payı hakkının anonim şirketlerdeki temel konumunun sarsılmaya başladığı söylenebilir¹¹.

Bununla birlikte, anonim şirketlerde kâr payı hakkı birçok sebeple hala önemini korumaktadır. Öncelikle çeşitli iktisadi araştırmalar göstermektedir ki, kâr payı dağıtımı yapan şirket sayısında azalma olsa da dağıtılan toplam kâr payı tutarı büyük oranda artış göstermektedir¹². O nedenle kâr payı hakkının pay genel ekonomik düzende hala büyük bir önem taşıdığı göz ardı edilemez. Buna bağlı olarak, pay değerindeki hareketlilik ile kazanç elde etmeyi sağlayan yatırımcılar bulunduğu gibi, kâr payı beklentisi ile yatırım yapan pay sahipleri de bulunmaktadır. Özellikle ekonomideki dalgalanmaların arttığı dönemlerde kâr payı dağıtımının kâr payı dağıtımına olan ilgiyi artırdığı savunulmaktadır¹³.

İkinci olarak, kapalı anonim şirketlerde pay sahiplerinin yaptıkları yatırımı geri almalarının en pratik yolu kâr payı dağıtımıdır. Halka açık anonim ortaklıklardan farklı olarak, kapalı şirketlerde payların devir imkânı oldukça sınırlıdır. Bu sınırlamalar bazen pay devir sınırlamaları gibi hukuki olabileceği gibi, bazen de paylar için uygun bir alıcı bulunmasının zorluğundan kaynaklanan fiili nitelikte de olabilir. Söz konusu zorluklar karşısında, şirketin elde ettiği kârdan pay sahiplerinin yararlanması, temel olarak kâr dağıtımı yoluyla olmaktadır¹⁴.

pay sahipleri artış göstermekte ve hâkim şirketler kâr payı dağıtımına gitmektedir. Bu durumun hâkim pay sahiplerine şirket kaynaklarını hukuka uygun şekilde dağıtım imkânı verdiği için, şirket kaynaklarının dolaylı olarak hakim şirketlere aktarılması ihtiyacını da azalttığı belirtilmektedir. Bkz. Ilmonen, s.503.

¹⁰ Meier-Hayoz/Forstmoser, s.469. Örneğin pay sahiplerinin aynı zamanda yönetici olmaları halinde, yüksek ücretler ile çalışmaları bu yöntemlerden biridir. Ayrıca pay sahiplerinin şirkete sermaye getirmek yerine şirkete borç vermeleri ve daha sonra şirketin bu borcu pay sahibine yüksek faiz ile geri ödemesi de bu kapsamda başvuru yolları arasındadır.

¹¹ Kâr payı dağıtımının azınlık pay sahipleri ve şirket yönetimi için yararlı olabilmesi için vergi mevzuatının da kâr dağıtımını teşvik edici olması gerekmektedir. Aksi takdirde, şirketler hukuku tarafından tanınan imkanlar, doğuracağı vergi yükü sebebiyle işlevsiz kalacaktır. Bkz. Cheffins, s.64. Öte yandan vergi kanunlarındaki değişikliklerin de kâr dağıtımı konusunda yönlendirici etki yaptığı olgular ile teyit edilmiştir. Örneğin İsviçre’de 2009 yılında yapılan vergi reformu sonucunda şirketlerin daha yüksek oranda kâr dağıtmaya başladığı gözlemlenmiştir. Bkz. Meier-Hayoz, Arthur/Forstmoser, Peter, **Schweizerisches Gesellschaftsrecht**, Stampfli Verlag, Bern, 2012, s.469.

¹² DeAngelo/DeAngelo/Skinner, s.1. Çalışmada incelenen şirket grubu açısından 1978-2000 arası dönemde reel kâr payı artışı %16,3 olarak tespit edilmiştir.

¹³ Meier-Hayoz/Forstmoser, s.471.-472.

¹⁴ Anonim şirketin elde ettiği kârı pay sahiplerine aktarmasının çeşitli yolları bulunmaktadır. Bu konuda detaylı açıklama için bkz. Birinci Bölüm-II-B-2-Mali Menfaat Elde Etme Hakkı ile Dar Anlamda Kâr Payı Hakkının Karşılaştırılması.

Bu nedenlerle de hem kapalı anonim ortaklıklarda hem de halka açık anonim ortaklıklarda kâr payı hakkı iktisadi olarak önemini koruyan bir konudur. Çalışmamızda iktisadi olarak önem taşıyan bu konunun pozitif hukuk boyutu ele alınmaya çalışılacaktır. Bununla birlikte pozitif hukuktaki düzenlemelerin daha iyi anlaşılması ve karşılaşılan sorunların çözülmesi adına zaman zaman karşılaştırmalı hukuk çalışmalarına ve *de lege feranda* çözüm önerilerine yer verilmesi hedeflenmektedir.

B. Çalışmanın Planı

Pay sahiplerinin kâr payı hakkı, öğreti ve yargı kararlarında farklı anlamlarda kullanılmaktadır. Bu durum kâr payına ilişkin genel ilkelerin ortaya konulmasını zorlaştırmaktadır. O nedenle çalışmanın birinci bölümünde kâr payı hakkının farklı boyutları olduğu ortaya konulacak, ardından da bu farklı boyutların pay sahibine verdiği yetkilere değinilecektir.

Pay sahibinin kâr payı hakkı ifadesi, çoğunlukla TTK m.507 hükmünde normatif dayanağını bulan dar anlamda kâr payı hakkını ifade etmektedir. O nedenle de çalışmamızın odak noktasında dar anlamda kâr payı hakkı bulunmaktadır. Dar anlamda kâr payı hakkını da kendi içinde iki hakka ayırarak ele almak mümkündür. Bunlardan ilki, pay sahibinin şirket tarafından dağıtımına karar verilen kâra iştirak etme hakkıdır. Bu hak, anonim şirketin kâr dağıtım kararı alması halinde anlam taşımaktadır. O nedenle ikinci bölümde şirketin kâr dağıtım kararı alma süreci incelendikten sonra üçüncü bölümde, kâr dağıtımına katılma yetkisi incelenecektir.

Çalışmanın dördüncü ve son bölümünde ise dar anlamda kâr payı hakkından kaynaklanan bir diğer hak ele alınacaktır. Türk hukuk sisteminde, kâr payı pay sahibi bakımından bir hak olduğu gibi, kanun ve esas sözleşme hükümleri çerçevesinde kâr dağıtımını yapılması da şirket bakımından bir yükümlülüktür. Şirketin kâr dağıtımından haksız yere imtina etmesi halinde, kanunda pay sahibinin başvurabileceği çeşitli hukuki yollar bulunmaktadır. Bu hukuki yollar, pay sahibine şirketi kâr dağıtımına zorlama yetkisi vermektedir. Çalışmanın son bölümünde pay sahibinin şirketin kâr dağıtımını konusundaki kararlarına karşı başvurabileceği ve doğrudan ya da dolaylı olarak şirketi kâr dağıtımına zorlama yetkisi veren hukuki yollar ele alınacaktır.

Birinci Bölüm: Kâr Payı Hakkı Kavramı ve Hakkın Farklı Boyutları

I. Kâr Payının Ekonomik Analizi

Herhangi bir hukuki kurumu incelenmeden önce, bu kurumun altında yatan ekonomik temelin ele alınmasında yarar vardır. Bu şekilde gerek konuya ilişkin normların asıl koruma amacının tespiti gerekse ilgili normların uygulamada yaratacağı sonuçların öngörülebilmesi mümkün olacaktır. Bu anlayışla, öncelikle kâr payı konusunun ekonomik temellerini ortaya koymak isteriz.

Kâr payı konusu, hukukun olduğu kadar, hatta belki daha da çok, iktisat ve işletme alanlarının da ilgisini çekmektedir. Bu iktisadi çalışmalar, kâr payı dağıtımının ve kâr payı hakkının korunmasını farklı bakış açılarından ele almaktadır¹⁵. Yoğun kuramsal tartışmalar ve saha çalışmaları, çatışan sonuçlar ortaya koymaktadır. O nedenle kâr payı hakkının birçok boyutu, ekonomi öğretisinde çözüme bağlanmamıştır ve tartışmalar devam etmektedir. Dolayısıyla ekonomi öğretisi açısından da kâr payı, yanıtı bulunmamış veya yanıtında uzlaşılammamış birçok sorunu barındırmaktadır¹⁶. Bu sebepten ötürü kâr payı hakkının ekonomik boyutu ile ilgili mutlak doğruları ortaya koymak mümkün değildir. Ancak temel ekonomik savları, bu çalışmanın konusu olan pay sahibinin kâr payı hakkına doğrudan etki eden konular ile sınırlayarak aktarmak ve bu savlar ışığında hukuk sisteminin çözmesi gereken sorunları tespit etmek mümkün olabilir.

Kâr payı hakkına ilişkin ekonomi öğretisinde ele alınan konuları iki başlıkta incelemek mümkün görünmektedir. Bu başlıklardan ilki, kâr payının anonim şirket

¹⁵ İktisat alanında makro düzeyde tartışılan konulardan bir tanesi, şirketlerin kâr dağıtım politikalarına ilişkin genel bir eğilim bulunup bulunmadığıdır. İlk verilen anonim şirketlerin kâr dağıtım oranlarında bir azalmaya işaret etse de bu verilen gerçek durumu yansıtmak bakımından isabetli olup olmadığı tartışılan konulardan bir tanesidir. Bu konudaki tartışmalar için bkz. French/Fama, De Angelo/De Angelo/Skinner, Baker, Malcolm/Wurgler, Jeffrey “**Why are dividends disappearing? An empirical analysis**” NYU Corporate Governance Working Group Research Paper Series, 2012.

Bir diğer sorun ise, profilinin şirketin kâr dağıtım politikası ile ilişkisinin ne olduğudur. Bu konuda yapılan çalışmalara birkaç örnek için bkz. Baker, Malcolm/Wurgler, Jeffrey, “**A Catering Theory of Dividends**”, The Journal Of Finance, Vol. LIX, No. 3, June 2004, Graham, John R./Kumar, Alok, “**Do Dividend Clienteles Exist? Evidence on Dividend Preferences of Retail Investors**”, The Journal of Finance, Vol. 61, No. 3, Jun., 2006, Armitage, Seth, “**Demand for Dividends: The Case of UK Water Companies**”, Journal of Business Finance & Accounting, Vol.39 No3-4, April/May 2012

¹⁶ Bu nedenle iktisatçı Black, kâr payını bir bulmaca (“puzzle”) olarak nitelendirirken, Fama/French ise enigma ifadesini kullanmaktadırlar. Bkz. Black, Fischer, “**The Dividend Puzzle**”, Journal of Portfolio Management Special Issue- 1996, s.8, French/Fama, s.4.

finansmanı üzerindeki etkisidir. İkinci başlık ise kâr payının kurumsal yönetim ile ilişkisidir.

İlk olarak kâr payının anonim şirket finansmanı üzerindeki etkisine kısaca değinmek gerekir. Çalışmamızın girişinde de belirtildiği üzere, anonim şirketler, toplumdaki küçük sermayenin tek elde toplanarak daha verimli faaliyetlerde kullanılmasını sağlayan araçlar olarak değerlendirilebilir¹⁷. Şirket çatısı altında toplanan sermaye, şirket tüzel kişiliği adına şirketin yönetim organı tarafından işletilir ve nihayetinde malvarlığının işletilmesi sonucunda elde edilen artı değer, sermayeyi getiren yatırımcılara dağıtılır¹⁸. Anonim şirketin sona ermesine kadar devam eden bu süreç, i) anonim şirketin faaliyetleri için sermayenin sağlanması, ii) sermayenin kullanılması ve iii) elde edilen artı değerden pay sahiplerinin yararlandırılması olarak üç basamağa ayrılabilir. Bu üçüncü basamağın, diğer bir ifade ile elde edilen gelirin ortaklara aktarılmasının en temel görünüm şekli ise, anonim ortaklığın kâr dağıtmasıdır. İşte çalışma konumuz olan kâr payı hakkı, anonim şirketin nihai varlık amacının gerçekleşmesi bakımından temel bir noktada bulunmakta, bu nedenle anonim şirketler hukukunun da önemli konularından birini oluşturmaktadır.

Kâr payı hakkının ekonomik analizinin ikinci yönü ise kurumsal yönetime ilişkindir. Kurumsal yönetim kavramı dar anlamıyla, anonim şirketin karar alma mekanizmalarına etki eden kuralları, karar alma süreçlerini ve karar verenler arasındaki ilişkileri inceleyen kurallar bütünüdür¹⁹. Daha geniş anlamı ile

¹⁷ Örnek olarak bkz. Meier-Hayoz/Forsmoser, s.422, Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin, **Ortaklıklar Hukuku Cilt.I-II**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, C. I, s.280, Pashı, Ali, **Anonim Ortaklıkta Kurumsal Yönetim**, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları, İstanbul, 2005, s.6. Belirtmek gerekir ki, hukuk sistemlerinin tek ortaklı anonim şirketlere olanak tanıması ile birlikte bu değerlendirmeye bir istisna getirildiği söylenebilir. Zira sermaye tek pay sahibinden temin edildiğinden, küçük sermayenin tek elde toplanması hedefi tek ortaklı anonim şirketlerde söz konusu değildir. Tek ortaklı anonim şirketlere izin verilmesinin sebebi, küçük sermaye unsurlarının tek elde birimi olmayıp sermayenin kullanılmasını cazip hale getirmek için tek pay sahibini sınırlı sorumluluk korumasından yararlandırmaktır.

¹⁸ Esasen sermayenin toplanması, işletilmesi ve yatırımcılara dağıtılması işleminin anonim şirket vasıtasıyla yapılması zorunluluğu yoktur. Gerçek kişiler veya adi ortaklıklar da aynı iktisadi işlemleri yürütebilirler. Ancak gerçek kişiler veya adi ortaklıkların hem kendilerini güvence altına alabilmek hem de alacaklılara güven sağlayabilmek için birçok sözleşmesel ilişkiye girmesi gerekecektir. Bu ise yüksek bir işlem maliyeti doğmasına yol açacaktır. İşte anonim şirket, ticari faaliyet yürütecek kişilerin sermaye tedariki, sermayeyi kullanması ve yatırımcılara iade etmesi sürecinde işlem maliyetini azalttığı için söz konusu sermaye döngüsünü etkin ve verimli hale getirmektedir. Şirketin işlevi ve işlem maliyeti kavramı hakkında bkz. Coase, Ronald, **“Nature of The Firm”**, *Economica*, New Series, Vol. 4, No. 16., 1937 (Erişim: <https://www.jstor.org/stable/2626876?seq=1>, Erişim tarihi: 26.04.2020).

¹⁹ Pashı, s.36.

kurumsal yönetim, ortaklığın etkin, şeffaf ve denetlenebilir şekilde yönetilmesini sağlayacak ilkeler ve kurallar üzerine kurulu bir yönetim sistemini ifade eder²⁰.

Kurumsal yönetime ilişkin sistemin ilkeleri ve benimsenmesi gereken kurallar, hukuk alanını olduğu kadar, ekonomi ve işletme alanlarını da ilgilendirmektedir. Ekonomi öğretisinde, şirkette menfaati olan kişiler arasında çatışan menfaatleri incelerken “vekalet kuramı” (“*agent-principle theory*”) olarak isimlendirilen bir inceleme yöntemi gelişmiştir. Vekalet kuramı, anonim şirkette karar alıcı konumunda olanların karar alma süreçlerinin nasıl işlediğini ve kişisel menfaatlerinin bu süreçte etkisini dikkate alarak hukuk sistemi tarafından çözülmesi gereken sorunların tespit edilmesine yardımcı olur. Anonim şirkette kâr payı hakkına ilişkin düzenlemeler de şirkette menfaat sahibi olan çeşitli kişiler üzerinde doğrudan veya dolaylı olarak etki göstermektedir. Bu kişiler arasında yöneticiler, alacaklılar, çoğunluk pay sahipleri, azınlık pay sahipleri, çalışanlar, müşteriler ve genel olarak toplum sayılabilir. O nedenle de kâr payı hakkının ekonomik analizinde, hukuk sisteminin söz konusu menfaat sahipleri arasındaki çatışmaların tespit edilmesine ve bu çatışmaların giderilmesine ilişkin rolüne dair temel ilkeleri ortaya koymak yararlı olacaktır.

Aşağıda kâr payı hakkına ilişkin ekonominin yukarıda tanıtılan iki konusu ayrı başlıklar halinde incelenecektir. O nedenle öncelikle kâr dağıtım konusunun şirketin finansman sürecine olan etkisi ana hatları ile ele alınacaktır. Ardından da kâr payının vekalet sorunlarının bazen sebebi bazen ise çözümü rolüne değinilecektir.

A. Şirket Finansmanı Açısından

Anonim şirketin olağan işleyişinde şirketin finansmanı kritik bir konudur. Şirketin yönetimi konusunda en üst düzey konulardan biri, şirketin faaliyetlerinin nasıl finanse edileceğinin belirlenmesidir. Kâr payı, şirket malvarlığının pay sahiplerine aktarılması sonucunu doğurduğundan, anonim şirketin finansmanı üzerinde önemli bir etkiye sahiptir. Bu bölümde öncelikle şirketin finansman seçeneklerine ve kâr payının bu seçeneklere doğrudan ve dolaylı etkisine değinilecektir. Daha sonra ise, finansman yönteminin şirketin değeri ile olan ilişkisi hakkında genel açıklamalar yapılacaktır.

²⁰ Paslı, s.37-38, Gürbüz Usluel, Aslı, **Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Kâr Payı Alma Hakkı**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2016, s.65. Bu anlamıyla kurumsal yönetim, şirket yönetimine ilişkin bir “felsefeyi” tanımlamaktadır. Bkz. Demir, Erdal, **Sermaye Piyasası Kurulunun Anonim Şirketlerdeki Yönetim Kuruluna İlişkin Kurumsal Yönetim İlkeleri**, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2013, 33

1. Otofinansman- Dış Kaynak Finansmanı – Özvarlık Finansmanı İlişkisi

Anonim şirketin faaliyetlerini sürdürebilmek, yeni yatırımlar yapabilmek, faaliyet gösterdiği piyasada rekabetçi kalabilmek için mali kaynağa ihtiyacı vardır. Şirketin faaliyetlerini ve yatırımlarını hangi kaynaklarla finanse edeceği sorusu şirket açısından büyük önem taşıyan bir konudur ve anonim şirketin kâr payı dağıtımı ile de yakından bağlantılıdır.

Finansman yöntemi ile kâr payı politikası arasındaki bağlantıyı ortaya koymadan önce, anonim şirketin finansman yolları hakkında kısa bir açıklama yapmak faydalı olacaktır. Şirketin finansman ihtiyacı temelde üç yoldan karşılanabilir. Bu yöntemler, otofinansman veya yeni finansman yöntemleridir²¹. Yeni kaynak finansmanı ise kendi içinde dış kaynak finansmanı ve özvarlık finansmanı olarak ikiye ayrılmaktadır.

Bu yollardan ilki, şirketin sahip olduğu malvarlığı ile finansman sağlamasıdır. Otofinansman olarak ifade edilen bu yöntemde, şirket harcama yapmak istediği masraf kalemi için gereken kaynağı kendi malvarlığından sağlamaktadır²². Şirket, sahip olduğu nakit para veya nakit benzeri malvarlıkları ile finansmanı sağlayabilir. Ayrıca şirket, sahip olduğu malvarlığı unsurlarını, örneğin ihtiyaç duyulmayan bir taşınmazı yahut kullanılmayan bir fikri mülkiyet hakkını paraya çevirerek de gerekli kaynağı sağlayabilir. Bu durumda da yine otofinansman söz konusu olacaktır. Tüm bu yolların ortak özelliği, finansmanın şirket bilançosunun pasif tarafından bir değişikliğe yol açmadan, şirket bilançosundaki aktifler vasıtasıyla sağlanmasıdır.

Şirket elde ettiği kârı dağıtmak yerine, kendi bünyesinde muhafaza ederek, otofinansman kapasitesini artırabilir²³. Bu tercih özellikle, kârın dağıtılmayıp tekrar yatırım amaçlı kullanılması halinde daha büyük getiri getireceği zamanda rasyonel bir tercih olacaktır²⁴. Öte yandan kâr dağıtımı halinde, şirket kaynakları pay sahiplerine aktarıldığından şirketin otofinansman kapasitesi, dağıtım yapılan tutar oranında azalmış olacaktır.

Anonim şirketlerin otofinansman becerisinin yüksek olması, şirketin sağlıklı işleyişi için önem taşır. Öncelikle otofinansman halinde, şirketin finansman masrafı

²¹ Brochier, Hubert, “Autofinancement des Entreprises et Theorie Economique”, Revue économique, Vol. 3, No. 5, Sep, 1952, s.613.

²² Brochier, s.613, Birsal, s.68, Senarclès, s.14.

²³ Brochier, s.616.

²⁴ Black, s.8.

oldukça düşüktür²⁵. İkinci olarak şirketin otofinansmanı, şirketin değişen piyasa koşullarına karşı dirençli olmasını sağlamaktadır. Şirket dışı sebeplerden ötürü, şirketin dış kaynak (borç) elde etmekte ve özvarlık finansmanı (sermaye taahhüdü) sağlamakta zorlanması söz konusu olabilir. O nedenle dış koşullar şirketin diğer finansman yollarına başvurma imkanını kısıtlayabilirken, otofinansman bu bakımdan şirket açısından büyük fayda sağlamaktadır. Bu nedenlerle şirketin ticari faaliyetlerinin şirketin kendisi tarafından finanse edilmesi, yani otofinansman şirketi piyasa koşullarına ve alacaklılara karşı bağımsız hale getirmesi sebebiyle önem taşır²⁶. Ayrıca otofinansman, şirkete kontrollü bir büyüme seçeneği de sunmaktadır. Zira aşağıda ele alınacağı üzere, yeni kaynaklardan finansman ya faiz borcunun ifasını gerektirecek ya da şirket kârının daha geniş bir pay sahibi çevresine dağıtılmasını sağlayacaktır. Her koşulda mevcut pay sahiplerinin elde edeceği menfaatler azalacaktır. Şirketin mevcut pay sahiplerinin durumunun kötüleşmesini engellemek için, azalan menfaati telafi edecek bir büyüme sağlaması gerekecektir²⁷.

Bununla birlikte, anonim şirketin otofinansman kapasitesi şirketin malvarlığı ile sınırlıdır. O nedenle şirketin başka kaynaklardan da finansman sağlaması ihtiyacı doğabilir. Özellikle şirketin büyüme fırsatlarının fazla olduğu dönemlerde, şirketin yeni finansman imkanları ile büyümesi veya rekabet gücünü artırması gerekebilir. Bu durumda şirketin elinde iki temel imkân bulunmaktadır. Bunlardan bir tanesi şirketin borç alarak yabancı kaynak finansmanı sağlamasıdır. Diğer yöntem ise, yatırımcıların şirkete özkaynak getirerek pay sahibi olmalarıdır.

Dış kaynak yoluyla finansmanda, dış kaynağı sağlayan yatırımcı diğer bir ifade ile alacaklı yatırımının karşılığında faiz getirisi almaktadır. Şirketin faiz ödemesinin yol açtığı temel sakınca, faiz ödeme yükümlülüğünün şirketin elde ettiği kârdan bağımsız olmasıdır. Şirket, faaliyetleri sonucunda kâr elde etmese dahi, dış kaynak finansmanı halinde faiz ödemekle yükümlüdür. Öte yandan, özkaynak finansmanında yatırımcı diğer bir ifade ile pay sahibi, faiz geliri yerine, şirket paylarındaki değer artışı ve şirketin yaptığı kâr payı dağıtımları ile yatırımının karşılığını almaktadır. Diğer bir

²⁵ Black, s.10.

Eğer otofinansman likit olmayan malvarlıklarının paraya çevrilmesi yoluyla sağlanıyorsa, paraya çevirme işleminden kaynaklanan bir maliyet söz konusu olabilir. Örneğin taşınmazın satılması sebebiyle ödenecek vergi yahut taşınmazın bir an önce satılması için piyasa değerinin altına satılması halinde şirket bakımından bir masraf veya kayıp söz konusu olabilir. Ancak diğer finansman yöntemlerinde söz konusu olan faiz veya kâr payı ödemesi ile kıyaslanınca bu masraf veya kayıp kalemleri, şirkete daha düşük finansman maliyeti getirmektedir.

²⁶ Senarçles, s.19.

²⁷ Brochier, s.617.

ifade ile özkaynak finansmanı, dış kaynak finansmanının aksine şirketin değeri veya elde ettiği kâr ile bağlantılıdır. Bu açıdan, gerek geniş anlamda kâr payı hakkı gerekse dar anlamda kâr payı hakkı²⁸, özkaynak finansmanı sağlayan yatırımcının, yatırımının karşılığını almasını sağlamaktadır²⁹.

Bu temel açıklamalardan sonra, kâr payı hakkı ile şirketin finansman yöntemleri arasındaki ilişkileri de kısaca değerlendirmek gerekir. İlk olarak, şirketin kâr dağıtım yapması sonucunda mevcut kaynaklarını ortaklarına aktarması, özellikle yeni yatırımlar için dış finansman ihtiyacını artıracaktır. Zira kâr dağıtım işlemi yoluyla şirketin malvarlığının azaltılması, beraberinde otofinansman kapasitesinin de azaltılması anlamına gelir. Bu durumda ise, şirket, bilhassa yeni yatırım yapmak istediği takdirde, dış kaynak finansmanı yahut özkaynak finansmanı yollarından birine başvurmak zorunda kalacaktır. Dış kaynak finansmanının şirket bakımından faiz maliyeti getirmesi sebebiyle de kâr dağıtım işlemi sonucunda şirketin finansman maliyetini üstlenmesi gerekecektir³⁰. Söz konusu faiz maliyeti özellikle bankaların kredi sınırlamalarına tabi olduğu yahut faiz oranlarının yüksek olduğu zamanlarda şirket açısından daha da önemli bir gider kalemi oluşturacaktır.

Öte yandan, kâr dağıtımının mutlak şekilde şirketin finansman sağlama becerisini azalttığı sonucuna da varılmamalıdır. Şirketin düzenli ve yüksek oranda kâr dağıtım yapması, şirketin finansal durumu bakımından piyasaya olumlu bir işaret vermektedir. Bu da özkaynak finansmanı sağlayacak yatırımcı bakımından yatırımı cazip hale getirmektedir. Öte yandan şekilde kâr payının azaltılması, yatırımcılar açısından şirketi durumu ve geleceği açısından olumsuz bir durum olarak algılanacağı için, şirketin kâr dağıtımını azaltmaktan imtina etmesi beklenir. Nitekim kâr payı dağıtımında kısıntıya gitmekten doğacak olumsuz algının bertaraf edilmesi için, eğer

²⁸ Geniş anlamda kâr payı hakkı ve dar anlamda kâr payı hakkı konusundaki detaylı açıklamalar için bkz. Aşağıda. II- Kâr Payının Hukuki Boyutu: Kâr Payı Hakkı.

²⁹ Bu açıdan dış kaynak yatırımcısı ile özkaynak yatırımcısı arasında da bir menfaat çatışması ortaya çıkmaktadır. Özkaynak yatırımcısı, şirketin kâr elde etmesi halinde bu kârın kendisine aktarılmasını isterken dış kaynak yatırımcısı kaynağın borçların vadesinde ödeneceğinin güvence altına alınmasını ister. Alacaklılar ile pay sahipleri arasındaki bu menfaat çatışması, şirketler hukukunda şirket malvarlığının korunmasına yönelik hükümlerin varlık sebebini oluşturmaktadır.

Ayrıca kanuni düzenlemelerin yetersiz kaldığı durumlarda, pay sahipleri ile yatırımcılar arasında yapılacak sözleşmeler ile ilave korumaların getirilmesi ihtiyacı doğmaktadır. Örneğin genel kredi sözleşmelerinde şirketin hangi hallerde kâr dağıtım yapacağı konusunda özkaynak yatırımcıları ile dış kaynak yatırımcılarının anlaşması sıklıkla karşılaşılan düzenlemelerdir. Bu konudaki detaylı açıklamalar için bkz. İkinci Bölüm-II-B-3-Alacaklılar ile Yapılan Sözleşmelerin Etkisi.

³⁰ Öte yandan büyük ölçekli ve yüksek itibarlı şirketlerin dış finansman sağlama becerilerinin daha yüksek olması sebebiyle, kâr dağıtımının bu olumsuz sonucuna karşı daha korumalı oldukları belirtilmektedir. Bkz. Kinkki, Seppo, “**Minority Protection and Dividend Policy in Finland**”, European Financial Management, C. 14, S. 3, 2008, s.475-476.

artırım takip eden yıllarda da sürdürülemeyecekse, şirketin kâr payı artırımına gitmediği gözlemlenmektedir³¹.

Bu olumlu işaret, şirketin kârlılığına bağlı bir karşılık almayı, sabit bir faiz ödemesi almaya kıyasla daha cazip hale getirmekte ve potansiyel yatırımcıları özkaynak yatırımlarına, diğer bir ifade ile şirkette pay iktisap etmeye yönlendirmektedir. Bu sayede şirket, daha kolay özkaynak finansmanı bulabilmektedir. O nedenle de şirketin düzenli ve yüksek oranda kâr dağıtımını yapması, şirkete yatırımcı çekmekte ve şirketin özkaynak finansmanı sağlamasını kolaylaştırmaktadır.

Sonuç olarak şirketin kâr dağıtımını, eşzamanlı olarak otofinansman olanağını azaltırken, şirketin yeni finansman yolları arayışını zorunlu kılmaktadır. Bununla birlikte, yüksek kâr payı politikası, yeni yatırımcıların çekilmesi bakımından etkili bir araçtır. O nedenle kâr payı dağıtım kararının şirketin finansal planlaması üzerinde doğrudan bir etkisi olduğunu söylemek isabetsiz olmayacaktır. Bu etki sebebiyle, şirketin finansal planlaması ile kâr payı dağıtımını arasında bir bağlantı olduğu, kâr payı üzerindeki söz hakkının dolaylı olarak yönetim üzerinde söz hakkı anlamına da geldiği göz ardı edilmemelidir³².

Kanaatimizce bu iktisadi değerlendirmeden hukuk öğretisine ilişkin bir çıkarım da yapılabilir. Öğretide pay sahipliği hakları incelenirken, haklar “malvarlıksal haklar”, “yönetimsel haklar” ve “koruyucu haklar” olmak üzere bir ayrıma tabi tutulmaktadır³³. Kâr payı hakkı ise bu tasnifte malvarlıksal haklar arasında ele alınmaktadır. Şüphesiz ki, bu ayırım metodolojik olarak anlamlıdır. Üstelik korunan menfaatler dikkate alınarak malvarlıksal haklar ile yönetimsel haklar arasında bir ayırım yapılması, normatif düzenlemelerde kendine yer bulmuştur³⁴. Ne var ki, kâr payı hakkının şirketin finansman politikaları ile yakın ilgisi, bu ayrıma mutlak bir önem atfedilmemesi gerektiğini de ortaya koymaktadır. Şöyle ki, malvarlıksal hakların en tipik örneği olan kâr payı hakkı, bir yandan da şirketin finans politikasına etki etmektedir. Yukarıda da

³¹ Cheffins, s.54.

³² Faulkender, Michael/Millbourn, Todd/Thakor, Anjan, “Does Corporate Performance Determine Capital Structure and Dividend Policy?”, 2006, s.1 (Erişim: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=686865, Erişim Tarihi: 09.09.2020).

³³ Örnek olarak bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoglu, **Ortaklıklar Hukuku-I**, s.615-616, Pulaşlı, Hasan, **Şirketler Hukuku Şerhi Cilt I-II-III**, Üçüncü Baskı, Adalet Yayınları, Ankara, 2018, **Cilt II**, s.1832. İsviçre hukuku bakımından bkz. Meier-Hayoz/Forstmoser, s.465, Druey Jean Nicholas/Druey Just, Eva /Glanzmann, Lukas, **Gesellschafts- und Handelsrecht**, Schulthess, 2015, s.150.

³⁴ Bu konuda akla gelen ilk örneklerden biri bağlı nama yazılı payların miras, mal rejimi yahut cebri icra yoluyla iktisap edilmesi halinde, malvarlığına ilişkin hakların doğrudan devralana geçerken, yönetime ilişkin hakların şirketin onayı ile birlikte geçmesidir (TTK m.494 f.1). Bu durumda malvarlıksal haklar- yönetimsel haklar ayrımı normatif olarak da kendine yer bulmaktadır.

açıklandığı üzere, bu sonuçlar şirketin yönetimi bakımından da sonuçlar doğurmaktadır. Örneğin pay sahiplerine yapılan bir kâr payı dağıtımı, şirket yönetiminin yeni bir üretim tesisi açmak için otofinansman yoluna başvurmasına engel olmaktadır. Diğer bir ifade ile pay sahiplerinin malvarlıksal hakları, sanki bir yönetsel hakmış gibi şirket yönetimi ve finansmanı üzerinde de sonuçlar doğurmaktadır. Ayrıca, koruyucu hakların korudukları menfaatlerden ayrı olarak ele alınması da mümkün değildir. Özetle pay sahipliği sıfatından kaynaklanan malvarlıksal haklar ile bu hakların korunmasına ilişkin hukuki imkanların şirket yönetimi ile bağlantılı olması kaçınılmazdır. O nedenle malvarlığı hakları-yönetsel haklar-koruyucu haklar ayrımının zaman zaman belirsizleşebildiği veya en azından incelendiği bağlam içinde bir bütün olarak incelenmesi gerektiği göz önünde bulundurulmalıdır.

2. Kâr Payı Dağıtımı ile Şirket Değerinin İlişkisi

İktisat alanında yapılan çalışmalar arasında yer tutan konulardan bir tanesi, kâr dağıtım politikasının şirketin değeri üzerinde bir etkiye sahip olup olmadığı noktasındadır. Bu konuda iktisat öğretisinde benimsenen temel yaklaşım “ilgisizlik kuramı” (“*irrelevance theory*”) esasına dayalıdır³⁵. İlgisizlik kuramına göre, piyasa kusurları bir kenara bırakılırsa, şirketin izlediği finansman politikası, diğer bir ifadeyle kâr dağıtım politikası ve tercih edeceği finansman yöntemi, şirketin değeri üzerinde bir etkiye sahip değildir. Zira, şirket elde ettiği kârı pay sahiplerine dağıttığı takdirde, şirketin değeri ve pay sahibinin paylarının değeri yapılan dağıtım ile orantılı olarak düşecek, ancak pay sahiplerinin malvarlığı aynı derecede artmış olacaktır³⁶. Kâr dağıtımından imtina edildiği hallerde ise dağıtılmayan kâr payı şirket değerini artırdığı için, pay sahibi kâr payı alamasa da şirket paylarındaki değer artışı sebebiyle malvarlığında bir değişiklik olmayacaktır. Pay sahibi, sahip olduğu payları satmak suretiyle paraya çevirerek söz konusu değer artışını likit hale getirme imkanına

³⁵ Bu kuram esasen *Miller ve Modigliani*'ye atfedilmektedir. Bkz. Fischel, Daniel R., “**The Law and Economics of Dividend Policy**”, *Virginia Law Review*, C.67 S.4, 1981, s.701, Omağ, Aclan, **Şirketler Kâr Pay Dağıtımı**, (Ed: İdil Özlem Koç), Nobel Yayınları, 2016, s.14. Kuramı ortaya koyan ilk çalışma için bkz. Modigliani, Franco/Miller, Merton H., “**The Cost of Capital Corporation Finance and the Theory of Investment**”, *The American Economic Review*, C.48 S.3. 1958. *Black* ise bu kurama dayanan çalışmada, kâr dağıtımının şirket değeri üzerinde hiçbir etkisi olmadığı gibi işlem maliyetleri ve vergi gibi masraflar haricinde pay sahibinin malvarlığına da bir etkisi olmadığını ortaya koymaktadır. *Black*, s.8 vd.

³⁶ Bu durumda şirket dağıttığı tutar kadar yeni finansmana ihtiyaç duyacağından sermaye artırımına giderek yeni paylar ihraç edecek ve mevcut payların değeri düşecektir. Pay sahibi aldığı kâr payı ile yeni ihraç edilen payları alırsa, gerek şirket gerekse pay sahibi dağıtımdan önceki duruma geri döneceklerdir. Bkz. Fischel, s.702.

sahiptir. Bu durumda, kâr dağıtım politikası ile şirket değeri arasında bir ilgi bulunmamaktadır³⁷.

Bu kuramın altında yatan fikirlerin benimsenmesinin hukuk alanında bazı sonuçları olacaktır. Bu kuram ışığında şirketin kâr dağıtım kararı alıp almaması şirketin değerine etki etmeyeceğinden, kâr dağıtmama kararının da pay sahibinin malvarlığında bir azalmaya yol açmayacağı iddia edilebilir. Diğer bir ifade ile kâr payı dağıtım kararı verilip verilmemesi pay sahibinin malvarlığı üzerinde etkisiz olacaktır. Bu durumda hukuk sisteminin pay sahiplerinin kâr payı hakkına ilişkin müdahalesinin sınırlı olması gerektiği savunulabilir³⁸. Özellikle mahkemelerin şirketin kâr dağıtım veya dağıtmama kararlarına müdahale etmekten kaçınmaları gerektiği; zira bu konunun esasında bir ticari tercih olduğu savunulmaktadır³⁹.

Hemen belirtmek gerekir ki, ilgisizlik kuramının iktisat içindeki yerindeliğini sorgulamak elbette bu çalışmanın kapsamında değildir⁴⁰. Ancak ilgisizlik kuramının hukuk politikasına esas alınmasının yerindeliğinin tartışılması mümkündür. Öncelikle, yukarıda da ifade edildiği üzere ilgisizlik kuramı, kusursuz piyasa varsayımına dayanmaktadır. Halbuki, gerçek hayatta kusursuz piyasadan bahsetmek mümkün değildir. Örneğin pay sahibinin sahip olduğu payları paraya çevirmesine yönelik hukuki veya fiili engeller yahut finansman kaynaklarının sınırlılığı gibi hususlar bu teoride dikkate alınmamaktadır⁴¹.

İlaveten şirketin gelecekte zarar ederek elde edilen kârın erimesi veya malvarlığının çoğunluk pay sahiplerinin özel çıkarları için kullanılması gibi hukuki riskler, elde edilen kârın buharlaşmasına yol açabilir. Halbuki, kârın dağıtılması halinde pay sahibinin kural olarak aldığı kâr payını iade etmesi söz konusu olmadığı gibi, bu tutarın pay sahibinin iradesi dışında kullanılması da mümkün değildir. Bu durumda, ilgisizlik kuramı uyarınca kâr dağıtım politikasının sabit bir anda şirket değerine etkisi olmadığı

³⁷ Hatta bu nedenle halka açık şirketlerin kâr dağıtımını yapmasının açıklanmasının zor bir bilmece olduğu ileri sürülmektedir. Black, s.8.

³⁸ Fischel, s.700. Gürbüz Usluel, s.76. Yazar, pay sahiplerinin dava imkanları bakımından bir ayrıma giderek, dolaylı olarak bu görüşü benimsemiş görmektedir.

³⁹ Fischel, s.715.

⁴⁰ Öte yandan bu kurama ekonomi teorisi çerçevesinden yöneltilen eleştiriler olduğunu da belirtmek isteriz. Örneğin söz konusu kuramın gelecekte karşılaşılabilecek belirsizlikler de dikkate alındığında isabetli olmadığı yönünde bkz. Lintner, John, “**Optimal Dividends and Corporate Growth under Uncertainty**”, The Quarterly Journal of Economics, 1964, C. 78, S 1, s.65.

⁴¹ Fischel, s.704.

kabul edilse bile, uzun bir zaman aralığında pay sahiplerinin malvarlığına etkisi bakımından farklılık söz konusu olabilecektir.

Ayrıca ilgisizlik kuramı şirketin toplam değeri üzerinden bir değerlendirme yapmaktadır⁴². Halbuki, pay sahibinin malvarlığındaki unsurların paraya çevrilme ve tedavül nitelikleri farklılık gösterir. Eğer pay sahibinin malvarlığında bulunan bir değer üzerinde tasarrufta bulunulmasına ilişkin fiili veya hukuki engeller varsa, pay sahibinin bu değerden elde edeceği fayda azalacaktır. Şirket paylarının değerinden fayda sağlanabilmesi içinse, bu payların kolayca paraya çevrilebilmesi gerekir. Aksi takdirde, pay sahibinin malvarlığında gerçekleşen değer artışı, bağlı bir değer artışı olacak ve pay sahibinin bu artıştan elde edeceği fayda azalacaktır.

Kapalı anonim şirketler bakımından pay sahibinin paylarını paraya çevirme imkanı zaten oldukça sınırlıdır, hatta çoğu durumda bağlam gibi hukuki engeller yahut alıcı bulmaktaki zorluklar gibi fiili engeller ile tamamen kaldırılmıştır. O nedenle kapalı şirketlerde, kâr payı dağıtımı yapılmaması kararı, pay sahibinin malvarlığının toplam değerini azaltmasa bile, malvarlığının likit olan kısmını azaltabilecektir⁴³.

Üstelik bu durumda, pay sahibinin malvarlığının azalmadığını savunmak da her durumda mümkün olmayacaktır. Pay sahibinin malvarlığının likit olmamasından dolayı kaçıracağı fırsatların da fırsat maliyeti olarak dikkate alınması gerekir. Fırsat maliyeti en basit ifadesiyle, bir kaynağın belirli bir alanda kullanılması sebebiyle, diğer bir alanda kullanılamaması sebebiyle elde edilemeyen kazancı ifade etmektedir⁴⁴. Pay sahibinin şirket paylarını kolayca paraya çeviremeyecek olduğu durumlarda, şirketin elde ettiği kâr sebebiyle pay sahibinin malvarlığı azalmasa bile, bu kaynağı başka ve belki de daha kârlı bir alanda değerlendiremeyecek olmasından dolayı elde edemediği kazançlar olabilir.

Dolayısıyla kapalı şirketler bakımından kâr dağıtmama kararının pay sahibinin malvarlığını azaltacağı konusunda bir tereddüt yoktur. Kanaatimizce benzer bir sonuç, kısmen halka açık ortaklıklar bakımından da kendini göstermektedir. Öncelikle,

⁴² Örneğin pay değerindeki artış, pay sahibinin malvarlığındaki artış ve pay sahibinin elde edeceği fayda kavramları eşanlamlı olarak kullanılmaktadır. Örnek için bkz. Lintner, s.50.

⁴³ Nitekim, ilgisizlik kuramı üzerinden hareket ederek kâr dağıtım politikası konusunda yöneticilere ve hâkim pay sahiplerine geniş takdir yetkisi verilmesini savunan *Fischel* de bu savın sadece halka açık şirketler için geçerli olduğunu, kapalı şirketler için aynı değerlendirmelerin yapılamayacağını belirtmektedir. Bkz. *Fischel*, s.770 dn.9.

⁴⁴ Ülgen, Gülden., **Mikro İktisat**, Türkmen Kitabevi, İstanbul, 2014, s.190, Apaydın, Şükrü, **Mikro İktisat**, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2015, s.40.

ilgisizlik kuramının önemli bir koşulu olan pay senetlerinin paraya çevrilebilmesi, halka açık şirketlerde de aracı kurum komisyonları gibi belirli masraflara yol açmaktadır.

Daha önemlisi ise, ilgisizlik kuramında pay sahiplerinin paylarını paraya çevirmelerinin gelecekteki hukuki ve iktisadi sonuçları göz ardı edilmektedir. Kâr dağıtımı yapılmaması durumunda, pay sahibinin payları yüksek değerden parayı çevirerek malvarlığını likit hale getirmesi halinde, pay sahibinin şirketteki pay oranı azalmış olacaktır. Bu durum zaten şirket yönetimi ile ilgilenmeyen küçük pay sahipleri bakımından bir fark yaratmayabilir. Ancak şirkette %5 veya üzerinde paya sahip olan yatırımcılar için önem taşıyabilir. Örneğin bu durumda pay sahipleri paylarını sattıkları takdirde, pay sahipliği oranı %5'in altına düştüğü için azınlık haklarından yararlanma imkanını kaybedebilecektir. Bu durum pay sahibinin malvarlığında bir azalma olarak değerlendirilmese bile, her halükârda pay sahibi açısından bir menfaat kaybı anlamına gelmektedir.

İlaveten, pay sahibinin paylarını borsada satarak şirket malvarlığını likit hale getirmesi halinde, şirketin gelecekteki kârından yararlanma oranında da bir düşüş gerçekleşecektir. Şirketin gelecekte elde edeceği kâr, her zaman şirketin mevcut değerine yansımayacaktır. Her ne kadar kâr dağıtmama kararı, bu kararın alındığı anda pay sahibinin malvarlığında bir azalmaya yol açmayacak olsa da pay oranının düşmesi, şirketin ileride elde edeceği kârdan yararlanma olanağını azaltacağı için, pay sahibini bir menfaat kaybına uğratacaktır⁴⁵.

Özetle, kâr payı dağıtımı yapılmasının teorik olarak pay sahibinin malvarlığını azaltmadığı fikri, kurumsal iktisat bakımından savunulan bir tezdır. Buradan hareketle, kâr payı dağıtım tercihlerinin özellikle pay devrindeki kolaylıklar sebebiyle borsaya kote şirketler bakımından hukuki düzenlemeye ihtiyaç bırakmadığı düşünülebilir. Ancak hukuk politikasının böyle bir yaklaşım üzerine kurulması ve kâr payı hakkına ilişkin müdahalede bulunmaması önemli sakıncalar barındırmaktadır. Öncelikle kuram yukarıda işaret edildiği üzere kapalı anonim ortaklıkların yapısına uygun düşmemektedir. İlaveten, halka açık anonim ortaklıklarda dahi, pay sahibinin sahip olduğu payları paraya çevirmesi bir işlem maliyeti getirebileceği gibi, pay sahibinin

⁴⁵ Bu durum sermaye artırımı sebebiyle pay sahibinin şirkette sahip olduğu pay oranının azaltılmasına benzetilebilir. Gerçekten sermaye artırımı işlemi de şirketin ve pay sahibinin malvarlığını azaltan işlemler olmasa da pay sahipliği oranının azaltılmasının menfi sonuçları olduğu tartışmasıdır. Bu nedenle de sermaye artırımı işlemleri, hukuk sistemi tarafından denetim altına alınmaktadır.

pay oranının düşmesine yol açarak teknik olarak zarar niteliğinde olmasa bile, bir menfaat kaybına yol açabilecektir. O nedenle hukuk sisteminin pay sahiplerinin kâr payı hakkının korunması konusuna kayıtsız kalması ve özellikle çoğunluk pay sahiplerinin azınlık pay sahipleri aleyhine kâr dağıtım politikaları belirlemelerine karşı hukuki koruma yolları sevk etmemesi isabetli olmayacaktır.

B. Kurumsal Yönetim Açısından

Kâr payının şirketin finansman yöntemi, şirketin yönetimi ve şirketin değeri konusundaki etkilerine yukarıda değinildi. Kâr payının bu konulardaki etkileri, şirketin faaliyeti ile ilişkili kişilerin bireysel menfaatleri bakımından da farklı etkiler doğurmaktadır. Ekonomi öğretisinin ele aldığı bir diğer konu da şirket yöneticileri, çoğunluk pay sahipleri, azınlık pay sahipleri yahut alacaklılar gibi şirket faaliyetlerine etki eden veya bu faaliyetlerden etkilenen kişilerin karar verme saiklerine ilişkindir. Kâr payı hakkı, söz konusu saiklere etki ettiğinden, ekonomi öğretisinin şirketin yönetimi bakımından incelediği konulardan birini oluşturmaktadır.

Tespit edebildiğimiz kadarıyla, şirketler hukukunda menfaat sahipleri arasındaki ilişkileri ortaya koymak bakımından en sık başvurulan yöntem, vekalet kuramıdır. Bu bölümde öncelikle vekalet kuramı hakkında genel bir bilgi verilecek, ardından da kâr payı hakkının kurumsal yönetim alanındaki etkisi, vekalet kuramı perspektifinden açıklanacaktır.

1. Vekalet Kuramına Dair Genel Açıklamalar

Ekonomi alanındaki çalışmaların yoğunlaştığı alanlardan bir tanesi de vekalet kuramıdır (“*agency theory*”) ⁴⁶. Vekalet kuramı, bir eylemi yapan kişi (“vekil”- “*agent*”) ile bu eylemin sonuçlarını üstlenecek kişinin (“asil”- “*principle*”) farklı olmasını inceleyen bir kuramdır. Vekilin eylemleri asil üzerinde sonuç doğurduğundan, vekilin asilin menfaatine hareket etmesi gerekmektedir. Asil ve vekilin menfaatlerinin örtüşmesi halinde, hukuk sisteminin müdahalesine ihtiyaç

⁴⁶ Kuram Türkçe’de vekalet kuramı olarak isimlendirilmektedir. Bkz. Demir, s.34. Ancak öğretilde bu kuram “*agent-principle theory*” olarak da ifade edilmektedir. Kavramın Türkçe karşılığı olarak ise asil-vekil kuramı ifadesi kullanılmaktadır. Örnek olarak bkz. Ararat, Melsa/Yurtoğlu, Burçin B., “Sermaye Piyasası Kurulu’nun ‘Kurumsal Yönetim’ Konulu Tebliğleri ile İlgili Genel Değerlendirme ve Yorum”, Yönetim Araştırmaları Dergisi, C. 6, S.1-2, 2006, s.3 dn.3 (Erişim: <https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=316105111106007106004127105101028094097057069013079039085087071107105000122071080075054034098101102014042108114090071104105098037027053089084031118067082064119098037033035091066080019027013072017072019020109016119079079023023113003008088072123082007&EXT=pdf>, Erişim Tarihi: 09.09.2020).

azalmaktadır. Öte yandan asil ve vekilin menfaatleri arasında bir farklılık bulunması halinde, ortaya bir vekalet sorunu (“*agency problem*”) çıkar⁴⁷ ve hukuk sisteminin bu vekalet sorununun çözümüne dair bir tutum alması gerekir.

Anonim şirket kurgusu vekalet sorunları perspektifinden ele alındığında, temelde üç tür vekalet sorunu olduğu belirtilmektedir. Bu sorunlardan ilki ve en temeli yöneticiler ile pay sahipleri arasındaki vekalet sorunudur. İkinci olarak, şirkette hâkimiyeti elinde bulunduran hâkim pay sahipleri ile azınlık pay sahipleri arasındaki vekalet sorunu gelmektedir. Son olarak ise şirket ile şirketin alacaklıları arasında bir vekalet sorunu bulunmaktadır⁴⁸. Aşağıda söz konusu vekalet sorunlarını, çalışma konumuz olan kâr payı hakkı perspektifinden açıklamaya çalışacağız.

2. Kâr Payı Hakkının Vekalet Sorunları Üzerindeki Etkisi

a. Yöneticiler ve Pay Sahipleri Arasındaki Vekalet Sorunu Bakımından

Vekalet kuramı kapsamında şirketler hukukunda ele alınan ilk sorun, yöneticiler ile şirketin pay sahipleri arasındaki vekalet sorunudur. Dikey vekalet sorunu olarak da isimlendirilen bu tür vekalet sorunu, sermayenin şirkete pay sahipleri tarafından getirilmesine rağmen, şirket malvarlığının şirketin yönetimi tarafından idare edilmesine dayanmaktadır. Sahiplik ile yönetimin ayrılması olarak tanımlanan bu durum⁴⁹ sonucunda pay sahipleri, şirkete devrettikleri malvarlığının şirket yönetimi tarafından idare edilmesini kabul ederken, bu idarenin olumlu veya olumsuz sonuçlarından etkilenmektedirler. Buna binaen de yöneticiler ile pay sahipleri arasında bir vekalet sorunu ortaya çıkmaktadır.

Bilindiği üzere, Amerikan hukukunda halka açılma oranları daha yüksek olup paylar çok sayıda pay sahibi arasında dağılmış durumdadır. Bunun sonucu olarak, pay sahiplerinin şirket yöneticileri üzerindeki kontrolü görece sınırlanmıştır⁵⁰. Kıta

⁴⁷ Vekalet kuramına ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. Demir, E., s. 36 vd.

⁴⁸ Hopt, Klaus J., “**Modern Company Law Problems : A European Perspective Keynote Speech, Company**” Law Reform in OECD Countries- A Comparative Outlook of Current Trends- 7-8 Aralık 2000, s.4 vd (Erişim: <https://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceprinciples/1857275.pdf>, Erişim tarihi: 06.12.2016).

⁴⁹ Öğretilde belirtildiğine göre, kavram ilk kez Berle/Means tarafından kullanılmıştır. Bkz. Lintner, s.49. Ancak kavram bugün anonim ortaklık içi ilişkileri anlatmak için yaygın olarak kullanılmaktadır. Bkz. Hopt, **Company Law Problems**, s.4.

⁵⁰ Örnek olarak bkz. La Porta, Rafael/ Lopez-de-Silanes, Florencio/ Shleifer, Andrei/ Vishny, Robert W., “**Agency Problems and Dividend Policies Around the World**”, The Journal of Finance, C. 55, S. 1, 2000, s.4-5, Kraakman, s.25, Demir, E., s.37. Pay sahipliği yapısına ilişkin bu durumun İngiliz hukuku bakımından da geçerli olduğu belirtilmektedir. İngiltere’de 1940’lardan başlayıp 1980’ler arasında kapalı şirketler ve aile şirketlerinin sayısı azalırken, finansal kurumların

Avrupalı hukuk sistemlerinde ise Amerikan hukukuna kıyasla pay sahipliği daha yoğunlaşmış durumdadır. Bu durum çoğunluk pay sahiplerinin şirket üzerindeki hakimiyetini artırmaktadır⁵¹.

İlaveten Türkiye’de halka açılma oranlarının da düşük olması ile birlikte ister kapalı anonim şirket ister halka açık anonim şirket söz konusu olsun, hemen hemen her şirkette hâkim pay sahibi bulunmaktadır⁵². Sonuç olarak şirket yöneticileri hâkim pay sahiplerinin sıkı gözetimi altında faaliyet gösterdikleri için, kâr payı hakkına ilişkin yöneticilerden kaynaklı sorunların yerini, çoğunluk pay sahipleri ile azınlık pay sahipleri arasındaki vekalet sorunu almaktadır⁵³.

Ayrıca, bu noktada Türk hukukunda organlar arasındaki yetki dağılımı kuralları da devreye girmektedir. Kâr dağıtımına yönetim kurulunun karar verdiği Amerikan hukuk sistemlerinden⁵⁴ farklı olarak, Türk hukukunda kâr payı dağıtımı konusunda karar almaya yetkili organ genel kuruldur (TTK m.408). Bu nedenle de Amerikan sistemlerinde yönetim kurulu üyeleri ile pay sahipleri arasında ortaya çıkan vekalet sorunları, Türk hukukunda çoğunluk pay sahipleri ile azınlık pay sahipleri arasında vücut bulmaktadır.

Bununla birlikte, kâr payı konusunda yöneticiler ile ister azınlık ister çoğunluk konumunda olsun pay sahipleri arasındaki vekalet sorunu da tamamen ortadan kalkmamaktadır. Kâr payı dağıtımı, şirket yöneticilerinin üzerinde tasarrufta bulunabileceği şirket malvarlığını azaltmaktadır⁵⁵. O nedenle de kâr dağıtımı kural olarak yönetim kurulu üyelerinin menfaatlerine uygun düşmez. Yöneticiler bunun yerine şirket malvarlığının muhafaza edilmesini ve yöneticilerin tasarrufunda kalmasını tercih edeceklerdir. Türk hukukunda kâr dağıtım kararı alınması genel kurulun yetkisinde olduğu için, yönetim kurulu üyelerinin kâr payı dağıtımını doğrudan sınırlamaları mümkün değildir. O nedenle de ilk bakışta, yönetim kurulunun

kuvvetlenmesi ile birlikte pay sahipliği yapısı değişerek, Amerika’da olduğu gibi hâkim pay sahibinin bulunmadığı şirketlerin sayısının arttığı belirtilmektedir Bkz. Cheffins, s.1-2.

⁵¹ Örnek olarak La Porta/Lopez de Silva/ Shleifer/Vishny, s.5, Kraakman, s.27.

⁵² Türkiye’de halka açık anonim şirketlerin ortalama halka açıklık oranının %30 olduğu yönünde bkz. Kırca, İsmail/Şehirali Çelik, Feyzan Hayal/Manavgat. Çağlar, **Anonim Şirketler Hukuku Cilt 1**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2013, s.226.

⁵³ Kâr payı dağıtımından dikey vekalet sorunu, yönetim kurulu üyelerinin pay sahiplerine göre daha üstün bir konumda bulunduğu şirketlerde önem kazanmaktadır. bkz. Kinkki, s.474-475.

⁵⁴ Örnek olarak Delaware General Corporation Law Section 170, MBCA Section 6.40, New York Business Corporation Act Section 719(a). Bu durumun Kıta Avrupası ile Amerikan Hukuku arasında bir farklılık olduğu yönünde bkz. Kraakman, s.57.

⁵⁵ Faulkender/Millbourn/Thakor, s.5.

kâr payı dağıtımına karar vermediği ve bu nedenle de kâr payı dağıtımı bakımından bir dikey vekalet sorunu bulunmadığı ileri sürülebilir.

Ancak yönetim kurulunun kâr dağıtım kararı almaya yetkili organ olmaması, kâr dağıtımından tamamen uzak olduğu anlamına gelmez. Şirketin finansal tablolarının hazırlanması yönetim kurulunun sorumluluğundadır (TTK m.375). Her ne kadar bu tabloların daha sonra genel kurul tarafından onaylanması gerekli olsa dahi (TTK m.408) pay sahipleri şirketin günlük işleyişine yönetim kurulu kadar hâkim olmadıkları takdirde, ki durum çoğunlukla budur, yönetim kurulu üyeleri tarafından finansal tabloların yönlendirici bir etkisi olacaktır. Yönetim kurulunun şirketin gerçek kârlılık durumu hakkında bilgi vermemesi halinde pay sahiplerinin de kendi menfaatlerine uygun şekilde bir kâr dağıtım kararı vermesi de mümkün olmayacaktır. Bu noktada da finansal tabloların tam ve gerçek durumu yansıtmaması sebebiyle, kâr olarak dağıtılabilecek fonların pay sahiplerinden gizlenmesi sorunu ortaya çıkmaktadır⁵⁶.

Aynı durum, şirket yönetim kurulu tarafından hazırlanan kâr dağıtım önerisi bakımından da kısmen geçerlidir. Her ne kadar bağlayıcı nitelikte olmasa da genel kurulun kâr dağıtım önerisi ışığında karar vermesi olasıdır; çünkü yönetim kurulu üyeleri şirketin faaliyetleri, hedefleri ve piyasa koşulları hakkında pay sahiplerine göre daha detaylı bilgiye sahip olmaktadırlar. Bu nedenle de yönetim kurulu üyeleri tarafından hazırlanan kâr dağıtım önerisinin pay sahipleri bakımından yönlendirici olması beklenir⁵⁷.

Özetle kâr dağıtım konusunda yetkinin genel kurula bırakılmış olması, yönetim kurulunun bu süreç üzerinde etkisi olmadığı anlamına gelmez. Yönetim kurulu üyeleri

⁵⁶ Türk hukukunda iradi olarak gizli yedek akçe ayrımı yasaklanmıştır. Bkz. Tekinalp, Ünal “**Türk Ticaret Hukukunda Küresel Bir Açılım: IFRS/TMS-TFRS**”, Batider C.33 S.68 2007, s.33-66, s.56-57, Kayıhan, Şaban/Çetiner, Ali Emre, “**Anonim Şirketlerde Yedek Akçeler ve Muhasebeleştirilmesi**”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.5 S.1-2, 2010, s.20, Gürbüz Usluel, s.19, Badak, Zehra, **Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Şirkette Pay Sahibinin Kâr Payı Hakkı**, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2018, s.103. İsviçre hukukunda ise gizli yedek akçe ayrılması belirli sınırlar çerçevesinde mümkündür. Örnek olarak bkz. Torrión/Barakat, **Commentaire Rommand- Code des Obligations II**, (Ed: Tercier, Pierre/ Amstutz, Marc/ Trigo Trindade, Rita, 2.Baskı, Basel, 2017, Art 960, para.2, Von Büren/Stoffel/Weber, **Grundriss des Aktienrechts, Schulthess**, Zurich, 2011, s.277, Böckli, **Neue OR-Rechnungslegung**, Schulthess, 2014, s.285, Handschin, Lukas, “**Rechnungslegung im Gesellschaftrecht**”, Schweizerisches Privat Recht, 8.Cilt (Ed: von Büren), Helbing Lichtenhahn, 2016, s.387. Bununla birlikte bazı hallerde gizli yedek akçeler kaçınılmaz bir olgu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu konudaki açıklamalar için bkz. İkinci Bölüm-I-B-2-d-ii- Gizli Yedek Akçelerin Hukuka Uygunluğu.

⁵⁷ Yönetim kurulunun kâr dağıtım önerisinin özelliği ve sonuçları hakkında bkz. İkinci Bölüm-III-A-2-Kâr Dağıtım Önerisinin Hazırlanması.

ile pay sahipleri arasında bir menfaat çatışması olabileceği de dikkate alındığında, hukuk sisteminin yönetim kurulu üyeleri ile pay sahipleri arasındaki vekalet sorunlarına yönelik düzenleme getirmesi gerektiği sonucuna varılmalıdır. Görülebileceği üzere, yönetim kurulu ile pay sahipleri arasındaki vekalet sorunu, kâr payı dağıtımı bağlamında bilgi asimetrisinden kaynaklanmaktadır. Yönetim kurulu, şirketin gerçek ticari başarısı, fırsatları ve riskleri hakkında bilgi sahibidir. Oysa pay sahipleri şirket üzerinde aynı derecede bilgiye sahip değildirler. O nedenle dikey vekalet sorunlarının çözümü bakımından bu bilgi asimetrisinin giderilmesine yönelik çözümlerin benimsenmesi gerekmektedir.

Bilgi asimetrisinin giderilmesi amacına yönelik yöntemler iki türde kendini gösterir. İlk türde pay sahibi edilgen bir konumdadır ve şirket bilgilendirme yükümlülüğünü kendiliğinden herhangi bir talebi ihtiyaç olmaksızın yerine getirmektedir. Şirketin finansal tabloları ve yönetim kurulunun faaliyet raporunu hazırlayarak bunları inceleme için şirket merkezinde hazır bulundurması (TTK m.437 f.1), hazırlanan finansal tabloların ve faaliyet raporunun genel kurul toplantısında görüşülmesi (TTK m.409) ve finansal tabloların bağımsız denetimden geçmesi (TTK m.397 vd.) bu tür yöntemlerin somut hukuktaki yansımasıdır. Halka açık anonim şirketlerde benimsenen kamuyu aydınlatma ilkesi ve buna bağlı özel durum açıklamaları (SPK m.15) da yine pay sahibinin talebini gerektirmeyen, bilgi asimetrisini engelleme araçlarıdır. Bilgi asimetrisini gidermeye yönelik diğer yöntem, pay sahiplerine geniş anlamda bilgi alma hakkı tanınmasıdır. Bu sayede pay sahipleri şirketten talep ederek yahut belirli şartlarda dava yoluyla bilgi alma imkanına kavuşacaklardır. Pay sahibinin bilgi alma hakkı (TTK m.437) ve özel denetim isteme hakkı (TTK m.438) bu gibi yöntemlere örnek olarak gösterilebilir.

b. Çoğunluk Pay Sahipleri ile Azınlık Pay Sahipleri Arasındaki Vekalet Sorunu Bakımından

Türk hukuku bakımından kâr payı konusunda temel vekalet sorunu çoğunluk pay sahipleri ile azınlık pay sahipleri arasında kendini gösterir. Çoğunluk pay sahipleri, genel kurulda sahip oldukları karar alma gücü sayesinde, şirketin kâr dağıtımı yapıp yapmayacağını yahut ne oranda kâr dağıtımı yapabileceğini belirleyebilmektedirler. Anonim ortaklıklarda geçerli olan çoğunluk ilkesi gereği, azınlık pay sahipleri, bu konuda kural olarak çoğunluk pay sahiplerinin tercihi ile bağlı kalmaktadırlar. Bu nedenle de kâr payı dağıtımı bakımından çoğunluk pay sahipleri karar veren (vekil)

konumunda olurken, azınlık pay sahipleri ise bu kararın sonuçlarını üstlenen (asil) konumundadırlar. Söz konusu vekalet sorunu, yatay vekalet sorunu olarak isimlendirilmektedir.

Kâr payı dağıtımı bağlamında, yatay vekalet sorunu iki şekilde doğmaktadır. İlk ihtimalde, çoğunluk pay sahipleri aşırı kâr payı dağıtımı vasıtasıyla şirket kaynaklarını kendilerine aktarabilirler. Çoğunluk pay sahipleri özellikle şahsi borçlarının bulunduğu durumlarda, bu borçları şirket kaynakları ile ödemek amacıyla böyle bir eğilim gösterebilirler. Aslında bu durumda azınlık pay sahipleri de dağıtılan kârdan yüksek miktarda pay alacaklarından, azınlık pay sahiplerinin itirazı ile karşılaşılabilir. Ancak kâr dağıtımının aşırı olması sebebiyle, şirketin kaynaklarının tüketilmesi veya yeni yatırım fırsatlarının kaçırılması orta ve uzun vadede pay sahiplerinin menfaatlerine zarar verecektir.

Uygulamada daha sık olarak karşılaşılabilecek vekalet sorunu ise, çoğunluk pay sahiplerinin kâr dağıtımından imtina etmesidir⁵⁸. Bu durumda şirketin elde ettiği kâr, çoğunluk pay sahiplerinin oyları ile yedek akçe olarak muhafaza edilmektedir. Bu durum ise kâr payı dağıtımı beklentisi taşıyan azınlık pay sahipleri ile çoğunluk pay sahipleri arasında bir vekalet sorununun doğmasına yol açmaktadır.

Çoğunluk pay sahiplerinin bu eğilimi ilk bakışta çelişkili görünebilir; çünkü kural olarak dağıtılan kârdan alınan pay sermayeye katılım ile oranlı olduğundan, çoğunluk pay sahiplerinin de kâr payı dağıtımı konusunda istekli olması beklenebilir. Halbuki, çoğunluk pay sahipleri kural olarak oy haklarının da çoğuna sahip oldukları için, şirket yönetimini belirleme imkanına sahip olmaktadır. Bundan ötürü, doğrudan olmasa da yönetim kurulunu seçme imkânı sebebiyle dolaylı olarak, şirketin tüm malvarlığının nasıl yönetileceği ve hangi harcamalara yönlendirileceği çoğunluk pay sahiplerinin kontrolündedir. Kâr dağıtımı şirketin malvarlığının tüm pay sahipleri lehine azalması sonucu doğuracağından, çoğunluk pay sahiplerinin dolaylı olarak kontrol ettiği malvarlığının azalmasına yol açacaktır. Bu ayrım, çoğunluk pay sahipleri ile azınlık pay sahipleri arasındaki vekalet sorununun da temelini oluşturmaktadır.

⁵⁸ Nitekim Türk hukukunda da söz konusu menfaat çatışması birçok uyumsuzlığa sebep olmuştur. Bu konudaki örnek kararların bir kısmı şu şekildedir: 11.HD. E.2016/8800 K.2017/7610 26.12.2017 (lexpera), 11.HD. E.2014/14684 K.2015/1913 13.2.2015 (lexpera), 11.HD. E.1982/3556 K.1982/3887, 14.10.1982 (lexpera), 11. HD. E.1982/487, K.1982/479, 09.02.1982 (lexpera), 11.HD. E.2004/2805 K.2004/11915 07.12.2004 (lexpera), 11.HD. E.2012/13234 K.2014/3514 25.2.2014 (lexpera), 11.HD. E.2010/13427 K.2012/4691 26.03.2012, 11.HD. E.2005/10060 K. 2006/13738 21.12.2006 (legalbank).

İlaveten, çoğunluk pay sahiplerinin şirket kaynaklarını kendi malvarlıklarına aktarmak konusunda başka alternatifleri de bulunmaktadır⁵⁹. Örneğin çoğunluk pay sahiplerinin aynı zamanda yönetici seçilmeleri ve yöneticilere yüksek değerde mali haklar tanınması yahut şirketin çoğunluk pay sahipleri lehine piyasa koşulları dışında işlemler yapması gibi hallerde, şirket kaynakları çoğunluk pay sahiplerine aktarılabilecektir. Azınlık pay sahipleri ise yönetim üzerindeki sınırlı etkileri sebebiyle benzer yollara başvuramayacaklarından, şirket kaynaklarından yararlanabilmek için şirketin kâr dağıtımını yapmasına ihtiyaç duymaktadırlar.

Pay sahipleri arasındaki vekalet sorununu artıran veya azaltan çeşitli sebepler de bulunmaktadır. Bu unsurların başında pay sahiplerinin kâr payı dağıtımına ilişkin beklentilerindeki farklılık gelmektedir. Her ne kadar pay sahiplerinin genel olarak, kâr elde etme beklentisi olduğu varsayılsa da belirli bir şirkette belirli bir anda pay sahiplerinin farklı beklentileri olabileceği dikkate alınmalıdır⁶⁰. Araştırmalar, bireysel yatırımcılar ile kurumsal yatırımcılar arasında farklar olduğunu göstermektedir. Buna göre kurumsal yatırımcıların daha ziyade kâr payı dağıtımını yapan şirketlere yatırım yaptığı belirtilmektedir⁶¹. Bireysel yatırımcıların tercihleri bakımından ise yaş gibi kişisel özelliklerin belirleyici olduğu belirtmektedir. Buna göre yaşlı bireysel yatırımcılar şirketin kâr payı dağıtımını yapmasını beklerken, daha genç yatırımcılar için kâr payından ziyade şirketin büyüme imkanları önem taşımaktadır⁶². Şirketin pay sahipleri çevresine bağlı olarak çoğunluk pay sahipleri ile azınlık pay sahipleri arasındaki vekalet sorununda artış veya azalma gerçekleşebilir.

Pay sahipleri arasındaki vekalet sorununu artıran bir diğer sorun ise, şirketin büyüme imkanlarıdır. Şirketin büyüme fırsatlarının bulunması halinde, şirketin kâr dağıtımını yerine yatırıma yönelme imkânı olduğundan, pay sahipleri arasındaki görüş ayrılıkları artış göstermekte ve vekalet sorunu daha görünür hale gelmektedir⁶³. Öte yandan, azınlık pay sahipleri şirketin büyüme fırsatları olduğuna inandıkları takdirde,

⁵⁹ Rommens, An/ Cuyvers, Ludo/ Deloof, Marc, “**Companies: Stand-Alone and Group Companies in Belgium**”, European Financial Management, C.18, S. 5, 2012, s.821, Böckli, **Schweizer Aktienrecht**, Schulthess, Zürih, 2009, s.1512.

⁶⁰ Locher, s.22.

⁶¹ Graham/Kumar, s.1332.

⁶² Jain, Pawan/Chu, Quentin C., “**Dividend clienteles: a global investigation**”, Review of Quantitative Finance and Accounting, 2014, DOI 10.1007/s11156-013-0351-2, s.510, Graham/Kumar, s.1307.

⁶³ Bu, özellikle yeni kurulan ve büyüme fırsatı yüksek olan şirketlerde karşılaşılabilecek bir durumdur. Buna karşılık daha yerleşik şirketlerde büyüme fırsatları da azaldığından, kâr dağıtım oranları artmakta ve pay sahipleri arasındaki vekalet sorunu şiddetini kaybetmektedir. Bkz. Rommens/Cuyvers/Deloof, s.822.

çoğunlukla kâr payı dağıtımını yerine yeni yatırımların yapılmasını tercih etmektedirler⁶⁴. Bu durum göstermektedir ki, pay sahipleri şirket kaynaklarının büyüme amaçlı kullanılacağına inandıkları takdirde, vekalet sorunu şiddetlenmemekte, ancak söz konusu kaynakların verimsiz kullanılacağı endişesi olduğu takdirde, vekalet sorunu önemli hale gelmektedir⁶⁵.

Pay sahipleri arasında kâr payı beklentisi bakımından önem taşıyan başka bir husus ise, kâr payı dağıtımının vergisel sonuçlarıdır⁶⁶. Eğer pay sahibi dağıtılan kâr bakımından daha düşük bir vergi yükümlülüğü altına giriyorsa, bu durumda kâr dağıtımını daha cazip hale gelmektedir⁶⁷. Bu açıdan şirketlerin yatırımcı profillerine ve yatırımcıların vergi yükümlülüklerine duyarlı bir politika izlediği belirtilmektedir⁶⁸.

Özetle, çoğunluk pay sahipleri şirketin tüm malvarlığını yönetebilme, diledikleri takdirde ise hukuka uygun ve hatta hukuka aykırı yöntemlerle⁶⁹ şirket kaynaklarını kendi malvarlıklarına aktarabilme gücüne sahiptirler. Öte yandan, azınlık pay sahipleri için şirketin malvarlığını yönetmek söz konusu olmadığından, şirketin kâr dağıtması yaptıkları yatırımın kendilerine aktarılması bakımından önem taşımaktadır. Bu nedenle azınlık pay sahipleri ile çoğunluk pay sahipleri arasında bir menfaat ayrılığı kaçınılmazdır. Çoğunluk pay sahipleri ile azınlık pay sahipleri arasındaki

⁶⁴ Mitton, s.4.

⁶⁵ Söz konusu güven, hukuki yollarla sağlanabileceği gibi, şirketin finansal performansı ile de sağlanabilmektedir. O nedenle de uzun yıllar yüksek kâr eden şirketler kâr dağıtımını yapmadan da azınlık pay sahiplerinin beklentilerini karşılayabilmektedirler. Bkz.Faulkender/Millbourn/Thakor, s.33.

⁶⁶ Black, s.9, Jain/Chu, s.511.

⁶⁷ Örneğin bazı ülkelerde aynı şirketler topluluğu içerisindeki şirketlerde dağıtılan temettü bakımından önemli vergi avantajları sağlandığı belirtilmektedir. Böyle bir vergi avantajının sağlandığı Belçika’da topluluk şirketlerinde kâr payı dağıtım oranının daha yüksek olduğu, benzer bir avantajın bulunmadığı Amerikan hukukunda ise kâr payı dağıtımının daha az olduğu belirtilmektedir. Bkz. Rommens/Cuyvers/Deloof, s.818.

⁶⁸ Graham/Kumar, s.1307.

⁶⁹ Örneğin şirketin pay sahibine ait malvarlığı unsurlarını piyasa değerinin üzerinde bedelle satın alması yahut kiralaması yoluyla şirket kaynaklarının pay sahiplerine aktarılması bu kapsamda değerlendirilebilir. Bu gibi işlemlere karşı, mali hukukta transfer fiyatlandırmasına (Kurumlar Vergisi Kanunu m.13), sermaye piyasası hukukunda ise örtülü kazanç aktarımına ilişkin hükümlere (SPK m.21) başvurmamak mümkündür. Ortaklıklar hukukunda ise başta yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu (TTK m.553 vd.) olmak üzere, çeşitli koruma imkanları tanınmıştır. Ne var ki, söz konusu koruma yöntemleri, öncelikli olarak pay sahiplerinin maddi vakıalar üzerinde bilgi olmasını gerektirdiği için, hukuku koruma yollarına başvurulması fiilen zorlaşmaktadır. O nedenle bu konuda kapalı anonim şirketlerde pay sahiplerinin şirketin işleyişine daha hâkim olmaları sebebiyle, halka açık anonim şirketlerdeki küçük pay sahiplerine kıyasla daha korumalı bir konumda oldukları ileri sürülmektedir. Bkz. Rock, Erward B./Wachter, Michael L., “**Waiting for Omelette to Set: Match-Specific Assets and Minority Oppression**”, Concentrated Corporate Ownership (Ed. Randall K. Morck), A National Bureau of Economic Research Conference Report, The University of Chicago Press, 2000, s.217.

Sonuç itibarıyla, azınlıkta kalan pay sahiplerinin yahut alacaklıların şirketin yaptığı işlemler ile ilgili bilgi sahibi olmayacağına güvenen çoğunluk pay sahipleri ise şirket kaynaklarının kendilerine hukuka aykırı yollarla aktarmaktadırlar.

vekalet sorunu hem şirketin hem de genel olarak toplumsal refahın olumsuz etkilenmesine yol açar.

İlk olarak, bu vekalet sorununun şirket içindeki etkilerine kısaca değinmek gerekir. Çoğunluk pay sahiplerinin kâr dağıtımından kaçınma kararı almaları sebebiyle azınlık pay sahiplerinin beklentileri karşılanmadığı takdirde, şirket için uyuşmazlıkların artması riski bulunmaktadır. Diğer bir ifade ile yaptığı yatırımın karşılığında kâr payı alamayan pay sahibinin elinde bulunan hukuki yollarla şirket işleyişini sekteye uğratabilecek ya da çoğunluk pay sahiplerini zorlayacak eylem ve işlemlere başvurması olasılığı artmaktadır⁷⁰. Bu ise şirket içi uyumun bozulmasını beraberinde getirecektir.

Çoğunluk pay sahipleri ile azınlık pay sahipleri arasındaki vekalet sorununun bir diğer olumsuz etkisi ise tüm topluma yöneliktir. Söz konusu vekalet sorununa etkin çözümün bulunduğu bir hukuk sisteminde, azınlık pay sahiplerinin şirkete yatırım yapması yönünde bir teşvik ortaya çıkar⁷¹. Zira azınlık pay sahipleri, bu durumda yatırımlarının karşılığını alacakları ve haklarının korunacağı konusunda bir güvence hissederler. Buna karşılık hukuk sistemi pay sahiplerinin kâr payı hakkını etkin bir şekilde korumadığı takdirde, pay sahipleri alabilecekleri azami kâr payını ellerine geçen ilk fırsatta almaya çalışacaklardır; çünkü şartların değişmesi halinde söz konusu kâr payını alamayacakları endişesini taşıyacaklardır⁷². Bu endişe ise pay sahiplerini uzun süreli yatırımlardan caydıracak ve kısa vadeli yaklaşımları teşvik edecektir. Halbuki, pay sahiplerinin kâr payı hakkının etkin şekilde güvence altına alınması halinde, pay sahipleri şirketin yatırım imkânlarını değerlendirerek kârın dağıtılmasının mı yoksa tekrar yatırıma tabi kullanılmasının mı daha yüksek artı değer oluşturacağını değerlendirme imkânına sahip olacaktır. Bu ise yatırım verimliliğini artıracaktır⁷³.

Hukuk sisteminin yatay vekalet sorununa yönelik getirdiği çözümleri iki kategoriye ayırmak mümkündür. İlk olarak çoğunluk pay sahiplerinin şirket kaynaklarını kendilerine aktarmalarına yönelik sınırlamalar getirilmektedir. Çoğunluk pay

⁷⁰ Bu durumu somutlaştıran dramatik bir örneği Roma hukukunda görebiliriz. Roma hukukunda adi ortaklık ilişkilerinde kâr dağıtımının mümkün olmadığı, bu nedenle ancak şirketin tasfiyesi sonucunda tüm borçlar ödedikten sonra kalan miktarın (tasfiye bakiyesini) ortaklara dağıtılabileceği aktarılmaktadır. Bu nedenle de pay sahiplerinin yatırımlarının karşılığını almak için, kâr etmekte olsa bile ortaklığın tasfiyesi kararını aldıkları, bir anlamda ortaklığın uzun vadeli menfaatlerini sabote etmek zorunda kaldıkları belirtilmektedir. Schön, Wolfgang, “**Balance Sheet Tests or Solvency Tests – or Both?**”, European Business Organization Law Review, C.7 S.1- Mart 2006, s.181-198, s.184.

⁷¹ Cheffins, s.6.

⁷² Pay sahiplerinin gelecekteki kayıp riski sebebiyle mevcut kârı alma tercihi iktisat öğretisinde “eldeki kuş kuramı” olarak ifade edilmektedir. Bkz. Omaß, s.16, Fischel, s.703.

⁷³ La Porta/Lopez de Silva/ Shleifer/Vishny, s.10, Mitton, s.20.

sahiplerinin şirket malvarlığını kendilerine aktarmaları için başvurabilecekleri yollar sınırlandırıldığı takdirde, bu da çoğunluk pay sahiplerinin şirket malvarlığından yararlanmak için kâr dağıtımını yapmalarını zorunlu hale gelecektir. Şirketler topluluğundan doğan sorumluluk (TTK m.202), şirketin gerçek değer üzerinde ödemeler ile malvarlığı edinmesine yönelik sınırlamalar (TTK m.356) yahut pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağı (TTK m.358) esasen bu amaca hizmet etmektedir. Bu tür birinci kategori normların azınlık pay sahibinin kâr payı hakkı konusundaki etkisi dolaylıdır. Bu normlar şirket kaynaklarının çoğunluk pay sahiplerine aktarılmasını önlemekte ve çoğunluk pay sahiplerinin şirket malvarlığını kendilerine aktarabilmek için kâr dağıtımını kararı alarak tüm pay sahipleri lehine bir dağıtıma yönlendirmektedir. Ancak bu kurallar, şirket kaynaklarının pay sahibine aktarılması üzerinde doğrudan bir etkiye sahip değildir.

Şüphesiz ki, bu yöntemler çoğunluk pay sahipleri ile azınlık pay sahipleri arasındaki vekalet sorununun çözümü bakımından önemlidir. Ancak bu yaklaşım tek başına yeterli olmamaktadır. Zira şirketin malvarlığının pay sahiplerine aktarılması engellense dahi, çoğunluk pay sahiplerinin şirket malvarlığı üzerindeki dolaylı kontrolü devam edeceği için, azınlık pay sahiplerinin haksız yere kâr payı dağıtılmamasına karşı korunması ihtiyacı devam eder. Bu nedenle de ikinci kategori normlar olarak azınlık pay sahiplerinin meşru kâr payı beklentilerinin karşılanması sebebiyle başvurabilecekleri koruma hükümleri getirilmektedir. Bu hükümlerin amacı, şirketin kâr dağıtımından haksız yere kaçınması halinde, pay sahiplerine şirkete karşı kullanabilecekleri hukuki yollar tanımaktır. Genel kurulun kâr dağıtmama kararına karşı iptal davası açılabilmesi (TTK m.445) veya uzun süre kâr dağıtmayan bir şirkete karşı haklı sebeple fesih davası açılması (TTK m.531) bu gibi normlara örnek olarak gösterilebilir⁷⁴.

İkinci kategori normlar düzenlenirken, kanun koyucu bakımından bir açmaz doğmaktadır. Bir yandan azınlık pay sahiplerinin kâr payı beklentilerinin karşılanması önem taşımaktadır. Diğer yandan ise azınlık pay sahiplerinin yüksek kâr dağıtım beklentisinin şirketin otofinansman kapasitesini sınırlaması söz konusu olmaktadır. Bu durumda şirketin uzun vadeli yatırımlarını gerçekleştirmesi veya kriz zamanları için kaynak saklaması mümkün olmayacaktır. O yüzden kanun koyucu, hukuk normlarını

⁷⁴ Pay sahibinin şirkete karşı sahip olduğu talep haklarına ilişkin detaylı inceleme için bkz. Dördüncü Bölüm I-II-III.

sevk ederken şirketin otofinansman menfaati ile azınlık pay sahiplerinin makul kâr payı beklentilerinin korunması arasındaki dengeyi gözetmesi gerekmektedir⁷⁵.

c. Alacaklılar ile Şirket Arasındaki Vekalet Sorunu Bakımından

Kâr payının bağlantılı olduğu diğer bir vekalet sorunu ise alacaklılar ile şirket arasındaki vekalet sorunudur. Kâr payı dağıtılması, şirketin otofinansman imkanını azalttığı gibi, şirket alacaklılarının alacaklarını tahsil etme gücünü de azaltma ihtimalini taşımaktadır. Anonim şirketlerde geçerli olan sınırlı sorumluluk ilkesi bu noktada önem kazanmaktadır. Şirketin kâr elde ettiği dönemde pay sahipleri kârı payı alırken, şirketin zarar etmesi halinde, pay sahiplerinin ilave bir ödeme yapma zorunluluğu bulunmamaktadır. Diğer bir ifade ile anonim şirketin ticari olarak başarılı olması halinde bu başarıdan tamamen yararlanmakla birlikte, başarısızlık halinde kaybını sınırlandırma imkanına sahiptir⁷⁶.

İlaveten bu dönemde şirket adına alınan kararlar, pay sahipleri ve yönetim kurulu üyeleri tarafından alınmaktadır ve alacaklılar bu kararlara etki edememektedirler. Hatta alacaklıların kanundan doğan bilgi alma, denetim talep etme yahut oy kullanma gibi hakları bulunmadığından, şirket yönetiminin eylemlerinden haberdar olmamaları

⁷⁵ Şüphesiz ki, bu dengenin sağlanabilmesi için somut olayın şartlarının ve özellikle de ticari koşulların dikkate alınması gerekmektedir. O nedenle de ilgili hükümlerin somut olay adaletini sağlayabilmesi için, hâkime geniş bir takdir yetkisi ve somut olay şartlarını değerlendirme yükümlülüğü yüklemesi kaçınılmazdır.

⁷⁶ Kraakman, s.9. Bu durum özellikle mali durumu bozulan şirketler bakımından daha belirgin hale gelir. Şirketin iflası halinde payları tamamen değersiz hale gelecek şirkette pay sahipleri ve yöneticiler, şirketin kurtarılması için riskli işlemlere girişilerek şirketin durumunu düzeltme gayretine girişler. Bu duruma canlandırma kumarı ("*gamble for resurrection*") da denilmektedir. Kavram için bkz. Hopt, Klaus J., "**Şirketler Topluluğu: Karşılaştırmalı Hukukta Vekalet Sorunları, Düzenleyici Modeller ve Yasal Stratejiler**" (Çev: Kerem Çelikboya), Karşılaştırmalı Şirketler Topluluğu Hukuku- 80. Yaş Gününde Prof. Dr. Ünal Tekinalp'e Saygı Konferansı, 12 Levha, İstanbul, 2018, s.33. Bu hallerde, riskin gerçekleşmesi halinde, zaten iflasa giden şirketin pay sahipleri bakımından herhangi bir olumsuz bir sonuç doğmasa da şirketin borçları daha da artacağı için alacaklılar bakımından bir kayba yol açacaktır.

da olasıdır. O nedenle şirketler hukukunun⁷⁷ kâr payı konusunu düzenlerken ele alması gereken sorunlardan bir tanesi de şirket ile alacaklılar arasındaki vekalet sorunudur⁷⁸.

Aslında söz konusu vekalet sorunu, her zaman büyük önem taşımaz⁷⁹. Şirketin finansal durumunun iyi olduğu dönemlerde, alacaklılar ile şirketteki diğer menfaat sahipleri (yöneticiler veya pay sahipleri) arasında bir menfaat birliği vardır. Şirket açısından gelir getirecek faaliyetler, tüm menfaat sahiplerinin yararına olacaktır ve bu dönemde alacaklıların, şirket yönetimi veya kâr payı politikası konusunda çatışan bir menfaati bulunmamaktadır. Ancak şirketin mali durumunun bozulduğu ve borç ödeme gücünün azaldığı dönemlerde, menfaatler arasında ayrışma belirginleşir. Örneğin malvarlığı borçlarını karşılamaya ucu ucuna yeten bir şirkette, aşırı iyimser⁸⁰ yönetim kurulu ve hâkim pay sahipleri şirketi kurtarmak için riskli faaliyetlere girmeyi tercih ederken, alacaklıların menfaati riskli tüm faaliyetlerden kaçınarak şirket kaynaklarının muhafaza edilmesini ve alacaklılara ödeme yapılmasını gerektirecektir. Yahut borca batık bir şirketin yöneticileri eğer imkân varsa yüksek faiz ile kredi sağlayarak riskli bir girişim ile şirketi canlandırma kumarına giriştiklerinde, bu karar kendileri için ilave bir risk taşımamaktadır. Ancak kumarın başarısız olması halinde, borç tutarı artacağından, alacaklıların alacaklarını tahsil kabiliyeti daha da azalmış olacaktır. Bu

⁷⁷ Aslında bu konunun şirketler hukuku hükümleri ile çözülmesinin gerekip gerekmediği de üzerinde düşünülmesi gereken bir husustur. Şirket ile alacaklıları arasındaki asil-vekil sorunu, genel olarak tüm alacaklılar ile borçluları bakımından da mevcuttur. Zira tüm borç ilişkilerinde, borçlunun malvarlığında rızai veya rıza dışı azalmaların gerçekleşmesi alacaklıları risk altına sokmaktadır. Bu noktada söz konusu vekalet sorunu sadece şirketler hukukuna ilişkin olmayıp tüm sözleşmeler hukuku bakımından da geçerlidir. Alacaklı korumasının bu bakımdan disiplinler arası bir alan olduğu yönünde bkz. Fleischer, Holger, “**Legal Capital: A Navigation System for Corporate Law Scholarship**”, European Business Organization Law Review C.7, 2006, s.30. O nedenle de kanaatimizce şirketler hukuku kurallarını değerlendirirken, sadece alacaklı menfaatlerinin gözetilmesi yerinde değildir. Zira şirketler hukuku tarafından eksik bırakılan bir korumanın icra-iflas hukuku ile tamamlanabileceği göz ardı edilmemelidir.

⁷⁸ Hatta kâr payı konusunda getirilen düzenlemeler ile temelde alacaklıların korunmasının hedeflendiği ve temel sorunun pay sahiplerinin korunması değil, alacaklıların korunması olduğu belirtilmektedir. Bkz. Schön, s. 183. Benzer şekilde kâr payına ilişkin düzenlemelerin de şirketin ve alacaklıların korunması hedefine dayandığı İsviçre hukukunda da belirtilmektedir. Bkz. Kurur/Kurer, **Basler Kommentar Obligationenrecht II**- Art.671-674, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2012, s. 716.

⁷⁹ Doktrinde alacaklılar ile şirket arasındaki menfaat çatışmasının eşyanın tabiatından olmadığı ve engellenebilir olduğu da belirtilmektedir. Özellikle şirketteki pay sahiplerinin orta ve uzun dönemli menfaatleri dikkate alarak hareket etmesi halinde, şirketin menfaatleri ile alacaklıların menfaatlerinin birbirine paralel hale geleceği belirtilmektedir. Hopt, **Company Law Problems**, s.6.

⁸⁰ Bu kavram aslen davranışsal finans alanına aittir. Her ne kadar şirketler hukuku kuralları yöneticilerin rasyonel kararlar alacağı varsayımı üzerine inşa edilmiş olsa da davranışsal finans alanında yapılan çalışmalar, yöneticilerin karar alma sürecinin de mutlak olarak rasyonel olmadığını işaret etmektedir. Yöneticilerin aşırı iyimser (“*over-optimistic*”) tutumları da söz konusu irrasyonelliğin bir yansımasıdır. Bkz. Fleischer, **Navigation System**, s.35.

örnekler, alacaklılar ile şirket arasındaki vekalet sorununun şirketin ödeme gücünün şüpheli hale geldiği dönemlerde önem kazandığını göstermektedir⁸¹.

Alacaklılar ile şirket arasındaki vekalet sorununu daha iyi inceleyebilmek ve hukukun bu konudaki etkisini daha iyi aktarabilmek için, alacaklılar arasında bir ayrıma gidilebilir. Şirket alacaklıları esasen iki grupta değerlendirilmektedir. İlk grup, borç ilişkisinin şartlarını müzakere etme imkânı bulunmayan kişilerden oluşmaktadır. Bu grubun kapsamına haksız fiil sebebiyle talepte bulunacak kişiler ve kamu alacağı sebebiyle devlet⁸² dışında, sözleşme koşullarını müzakere etme imkânı sınırlı olan kişiler de girmektedir⁸³. Şirketin kaynaklarının ortaklara dağıtılmasının belirli şartlara bağlanması, bu kişilerin menfaatlerinin güvence altına alınması bakımından önemlidir⁸⁴. O nedenle de hukuk sisteminin bu gibi şirket ile müzakere etmek suretiyle alacaklarını güvence altına alamayacak kişileri koruyacak normlar sevk etmesi gerektiği açıktır.

İkinci tür alacaklılar ise şirket ile kuracakları sözleşmenin şartlarını müzakere ederek, kendi menfaatlerini koruma imkanına sahip olan alacaklılardır. Bu bağlamda ilk akla gelen kredi sağlayan finans kuruluşlarıdır. Kredi kuruluşları, kredi veya sair

⁸¹ Rickford, Jonathan, “**Reforming Capital: Report of the Interdisciplinary Group on Capital Maintenance**”, European Business Law Review, C.15 S.4 2004, s.972.

⁸² *Fleischer* ise devleti alacak ilişkisinin şartlarını değiştiremeyen bir borçlu olarak kabul etmenin uygun olmayacağını belirtmektedir. Zira her ne kadar kamu borçları klasik anlamda bir sözleşmesel ilişki olmasa da birçok hukuk sisteminde kamu borçları bakımından özel düzenlemeler getirilmektedir. *Fleischer*, Alman Genel Vergi Kanunu (“*Abgabenordnung*” vom 1 Oktober 2002, BGBl 3866;2003) m.69 ve Fransız Vergi Usul Kanunu (“*Livre des procédures fiscales*”) L-267’de şirket yöneticilerinin sorumluluğuna ilişkin düzenlemeleri örnek olarak zikretmektedir. Bkz. *Fleischer*, **Navigation System**, s.32. Nitekim Türk hukuku bakımından da VUK m.10 da bu bağlamda bir örnek teşkil etmektedir.

⁸³ Özellikle finans dışı sektörde faaliyet gösteren kişilerin ve tüketicilerin borçlunun durumu ile ilgili bilgiye erişme imkânının sınırlı olduğu, bu nedenle de bu grupların daha korumasız olduğu belirtilmektedir. Bkz. *Fleischer*, **Navigation System**, s.33.

⁸⁴ Öte yandan şirketin kâr dağıtımına ilişkin sınırlamalarının iradi olmayan alacaklılar veya müzakere etme imkânından mahrum alacaklılar için olan faydasının da sınırlı olduğu belirtilmektedir. Zira söz konusu alacaklılar imtiyazlı değildir. Öte yandan sözleşmeler yoluyla kendini koruma imkânına sahip olan alacaklılar, çoğu durumda rehin vb. gibi icra sürecinde kendilerini imtiyazlı hale getiren bir hak kazandıklarından, zaten öncelikli olarak alacaklarını tahsil edebilmektedirler. Bkz. Santella, Paolo/ Turini, Riccardo, “**Capital Maintenance in the EU: Is the Second Company Law Directive Really That Restrictive?**”, European Business Organization Law Review S.9, s.433. Bu bağlamda aslında kâr dağıtım sınırlamalarının iradi olmayan veya müzakere gücü bulunmayan alacaklıları koruyucu etkisi de sorgulanmaya açıktır. O nedenle yaygın sigorta yükümlülüğü, sınırlı sorumluluk ilkesine bazı istisnalar getirilmesi veya iradi olmayan alacaklılara icra sürecinde öncelik tanınması gibi yöntemlerin alacaklı koruması bakımından daha etkin olduğu da savunulmaktadır Bkz. Santella/Turini, s.437. İradi olmayan alacaklılara icra sürecinde öncelik tanınması fikrini dile getiren diğer yazarlara örnek için bkz. Enriques, Luca/Macey, Jonathan R., “**Creditors versus Capital Formation: The Case against the European Legal Capital Rules**”, Cornell Law Review C.86 S.6 Eylül 2001, s.1194 (Erişim: http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2425&context=fss_papers, Erişim tarihi: 12.10.2017).

finansman sözleşmeleri ile birlikte çeşitli teminatlar alırken, şirketin kâr dağıtımını veya başka bir yolla malvarlığını azaltmasına yönelik sözleşmesel tedbirleri de almaktadır⁸⁵. Bu nedenle, şirketin söz konusu taahhütlerine aykırılığı sözleşmenin ihlali niteliğinde olacaktır. Bu noktada kendi menfaatlerini korumak için müzakere etme gücü ve imkanı olan alacaklıların korunması konusunda, şirketler hukukunun bir rolü olmadığı fikri ileri sürülebilir⁸⁶.

Ancak doktrinde bu gruba dahil alacaklıların dahi korunması gerektiği belirtilmektedir. Şöyle ki, iktisadi olarak söz konusu alacaklılar güçlü konumda olsalar bile, şirket ve pay sahiplerine kıyasla sınırlı bilgiye sahiptirler. Diğer bir ifade ile şirketin mali durumu hakkında alacaklılarla pay sahipleri arasında bir bilgi asimetrisi bulunmaktadır⁸⁷. Ayrıca unutmamak gerekir ki, alacaklıların müzakere güçlerinin bulunması, sözleşme kurulduktan sonra (“*ex post*”) pay sahiplerine dağıtım yoluyla şirketin malvarlığının azaltılmasını engellemez, sadece bir tazminat imkânı verir ki, bu da her zaman yeterli koruma sağlamaz⁸⁸. Son olarak, kanuni korumanın bulunmaması durumunda, alacaklıların kendi menfaatlerini korumak için her seferinde karşı tarafın finansal durumunu incelemesi, ardından sözleşmesel taahhütler için müzakere etmesi, daha sonra ise karşı tarafın bu taahhütlere uygun davranıp davranmadığını gözetmesi gerekecektir⁸⁹. Tüm bu işlemler alacaklılar için önemli bir işlem maliyeti yaratacaktır. Bu durumda ise şirket ile işlem yapmak isteyen alacaklılar, kanuni korumaları yetersiz gördükleri takdirde ya sözleşme ilişkisine girmekten kaçınacaklar⁹⁰ ya da işlem maliyetini artırmak pahasına sözleşmesel ilişkide kendilerini güvenceye alacak başka tedbirler alacaklardır⁹¹. Her iki durumda da toplumsal refahın olumsuz etkileneceği açıktır.

⁸⁵ Nitekim şirketin ortaklara yapacakları dağıtımlar bakımından esnek kurallar getiren ABD hukuk sisteminde bu yönde sözleşmesel sınırlara sıklıkla başvurulduğu belirtilmektedir. Bkz. Armour, John, “Legal Capital: An Outdated Concept?”, Centre for Business Research, University Of Cambridge Working Paper No.320, s.6 (Erişim: https://www.cbr.cam.ac.uk/fileadmin/user_upload/centre-for-business-research/downloads/working-papers/wp320.pdf, Erişim tarihi: 30.06.2017). ABD uygulamasında şirketlerin finansal durumlarını gösteren raporlama hizmetlerinin gelişmiş olmasının da kanuni korumaya olan ihtiyacı azaltan bir etmen olduğu belirtilmektedir. Bkz. American Bar Association, **Model Business Corporation Act Annotated**, 4. Baskı- C. 1, Chicago, 2013, para.6-84.

⁸⁶ Bu yönde bkz. Rickford, s.932.

⁸⁷ Schön, s.183.

⁸⁸ Armour, s.5.

⁸⁹ Armour, s.6 ve s.7.

⁹⁰ Schön, s.182, Armour, s.6, Heaton, J.B., “**Solvency Tests**”, The Business Lawyer, C. 62, S.3, 2007, s.2 (Erişim: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=931026, Erişim Tarihi: 10.07.2017).

⁹¹ Schön, s.182, Armour, s.6.

Bu nedenle de pay sahiplerinin kâr payı menfaati ile alacaklıların alacaklarının korunması menfaati arasındaki çatışmada, iradi alacaklılar söz konusu olsa dahi kanun koyucunun alacaklılardan yana konum almasında prensip olarak bir sakınca bulunmamaktadır⁹². İlaveten, kanuni sistemin alacaklı menfaatlerini korumaya yetmediği hallerde, alacaklıların bir kısmının sözleşmesel hükümler vasıtasıyla kâr payı dağıtımını karşısında sözleşme ilişkisinin özelliklerine göre kaleme alınmış taahhütler yoluyla ilave korumaların getirmelerine de bir engel bulunmamaktadır⁹³.

Sonuç olarak kâr payına ilişkin düzenlemeler getirilirken ister müzakere gücü olsun ister olmasın, tüm alacaklıların korunması önem taşımaktadır. Hukuk sisteminin alacaklıları etkin koruyan hükümler getirmemesi halinde, alacaklılar kendi menfaatlerini müzakere yoluyla korumak zorunda kalacaklardır ki, birçok alacaklı bu imkandan yoksundur. Ayrıca böyle bir gücü olan önemli tedarikçiler veya büyük müşteriler gibi alacaklıların ilgili şirketin finansal durumunu takip etmeleri hem fiilen zor hem de maliyetli olacaktır. O nedenle de hukuk sisteminin emredici hükümler aracılığıyla alacaklılar lehine belirli bir koruma getirmesi gerekir. Hukuk normlarında, şirket malvarlığının korunmasına ve kâr dağıtımının sınırlandırılmasına yönelik hükümler bu bakımdan önem taşımaktadır⁹⁴. O nedenle tüm hukuk sistemleri, şirket malvarlığının kâr payı olarak dağıtılması konusunda sınırlamalar getirmektedir.

Türk hukukunda şirket malvarlığının kâr payı olarak dağıtılmasını engelleyen hükümler bulunmaktadır. Bunların en başında dağıtım sınırlamaları gelmektedir. TTK m.480 f.3 hükmü şirketin sermayesinin, TTK m.519 hükmü ise şirket sermayesinin yarısını aşmamış yedek akçenin kâr payı olarak dağıtılmasını yasaklamaktadır. Ayrıca şirketin kendi paylarını iktisap etmesi halinde yedek akçe ayrılması öngörülmüş ve yedek akçe çözülmeden kâr payı olarak dağıtılması engellenmiştir (TTK m.520). Kârın dağıtılmasını sınırlayan bu hükümlere aykırılık halinde kanun dağıtım kararlarının butlanını öngörerek (TTK m.447), alacaklıların da hukuka aykırılığa

⁹² Schön, s.183.

⁹³ Uygulamada bu gibi kanundaki sistemi tamamlayıcı sözleşmelere sıklıkla yer verildiği belirtilmektedir. Hopt, **Company Law Problems**, s.6, MBCA Annotated, s.6-227. Alacaklıların bu yaklaşımında, dağıtım ile ilgili kuralların karmaşıklığının ve içerdiği istisnalara binaen borçlu şirkete kaçış alanları tanınmasının da etkili olduğu belirtilmektedir. MBCA Annotated, s.6-87.

⁹⁴ Belirtmek gerekir ki, şirket malvarlığının korunmasına yönelik düzenlemeler yalnızca alacaklıların değil, aynı zamanda şirket pay sahiplerinin de korunmasını hedeflemektedir. Nitekim bu amacı taşıyan normların pay sahipleri arasındaki vekalet sorunları üzerinde de etkisi bulunmaktadır. Bkz. b-Çoğunluk Pay Sahipleri ile Azınlık Pay Sahipleri Arasındaki Vekalet Sorunu Bakımından.

dayanmasının yolunu açmıştır⁹⁵. Doğrudan kâr dağıtımını sınırlayan bu hükümlerin yanında, alacaklı menfaatlerinin kâr dağıtım yoluyla ihlal edilmesi halinde, alacaklıların zararının tazmin edilmesini öngören hükümleri de doğrudan kâr dağıtım sınırlaması teşkil etmese de bir koruyucu düzenleme olarak görmek mümkündür. Bu bağlamda, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu (TTK m.553 ve alacaklıların dava hakkına ilişkin olarak TTK m.556) ve denetçinin sorumluluğu (TTK m.554) ilk akla gelen örneklerdir.

Pozitif hukukta kâr payına ilişkin düzenlemelerde, alacaklı menfaatlerinin korunması konusuna ağırlık verildiği görülmektedir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, alacaklı menfaatlerinin şirket tarafından yapılacak dağıtımlara karşı korunması elbette hukuk sistemi bakımından gözetilmesi gereken bir amaçtır. Öte yandan, kâr payı konusunda kanun koyucunun tek amacının alacaklı koruması olmasının yahut alacaklı korumasını azami hale getirme çabasının da beraberinde bazı sorunlar getireceği göz ardı edilmemelidir.

Öncelikle, katı malvarlığı koruması hükümleri yoluyla şirketin kâr payı dağıtım becerisinin aşırı sınırlandırılması, iktisadi anlamda sermayenin etkin dağılımını olumsuz yönde etkiler⁹⁶. Zira şirketin ihtiyacının ötesinde birikime sahip olduğu ve bunları ortaklarına aktarmasına izin verilmediği takdirde, bu kaynaklar daha verimli kullanılabilecekleri alanlarda değerlendirilemez. Bu değerlendirmemizi ayrıntılandırmak için, kısaca marjinal fayda kavramına değinmek gerekir. Marjinal fayda, her bir işlemin aynı nitelikteki önceki işlemler ile elde edilen faydaya olan etkisini ifade eder⁹⁷. Şirketin elindeki kaynaklar, öncelikle şirket açısından en yararlı ihtiyaçların karşılanmasına veya yatırımların yapılmasına harcanacaktır. Bu ihtiyaçlar giderilince, ikincil derecede önem taşıyan alanlara yatırım yapılacaktır. Zaman içerisinde şirketin biriken kaynakları, giderek verimliliği daha düşük kaynaklara aktarılır⁹⁸. Bu nedenle bir noktada şirket malvarlığında biriken kâr payının kullanılacağı faaliyetlerin kârlılık oranı, bu malvarlığının pay sahiplerine dağıtılması halinde pay sahipleri tarafından yapılacak yatırımların verimliliğinden daha düşük hale

⁹⁵ Türk hukuk sistemi tarafından getirilen kanuni kâr dağıtım sınırlamaları ve bu yöntemlerin etkililiği konusunda detaylı açıklama için bkz. İkinci Bölüm-II-Dağıtılabılır Kârın Belirlenmesi.

⁹⁶ Schön, s.182.

⁹⁷ Ülgen, s.133

⁹⁸ Omağ, 16-17. Kaynakların kullanımında elde edilen faydanın giderek düşmesi, azalan marjinal fayda kuralı olarak ifade edilmektedir. Bkz. Ülgen, s.133-134, Apaydın, s.26.

gelmeye başlayacaktır⁹⁹. Diğer bir ifade ile pay sahiplerinin tekrar yatırıma veya tüketime kullanacakları kaynaklar şirket bünyesinde tutulduğu için söz konusu kaynaklar optimum olarak kullanılmamış olur¹⁰⁰.

İkinci olarak, şirketlerin kâr dağıtımının ihtiyaç olmamasına rağmen sınırlandırılması halinde, uzun vadede şirketlerin yatırımcı çekme becerileri de azalacaktır. Zira şirket tarafından elde edilen kârın yatırımcılara aktarılmasına ilişkin katı sınırlamaların bulunması halinde, yatırımcılar şirketin kâr dağıtımını suretiyle yatırımlarının geri dönüşü alamayacaklarından, uzun vadeli yatırımlardan imtina edeceklerdir. Bu durum ise şirketlerin uzun vadede yatırımcı çekme becerisinin azalmasına yol açarak ve şirketin finansman işlemleri için dış kaynaklara yönelmesini zorunlu hale getirerek yatırım finansmanı maliyetlerini yükseltecektir¹⁰¹.

Sonuç olarak hukuk sistemi, alacaklıların menfaatlerini korumak için kâr dağıtımına sınırlamalar getirirken, bu kuralların amaca uygunluğuna ve aşırıya kaçmamasına dikkat etmek zorundadır. Alacaklı korumasını tesis etmek için şirketin kâr dağıtım imkanını gereksiz yere sınırlamak, şirketin yatırım çekme imkanını düşürecektir. Üstelik bu gibi aşırı korumalar, ilgili fonların en çok yarar sağlayacağı alana aktarılmasını engelleyecek, hatta söz konusu fonların âtil kalmasına yol açacaktır. O nedenle de kâr payı dağıtımına ilişkin normların, alacaklılar için yeterli korumayı sağlarken, aşırı koruma sağlayarak dağıtılamayan şirket kaynaklarının kullanılacakları en uygun yere ulaşmasına engel olacak kadar da katı bir rejim tesis etmemesi gerekir¹⁰².

Buraya kadar aktarılan ekonomik ve hukuki değerlendirmeler, kâr payının şirketle ilişkili kişiler bakımından farklı ve birbiri ile çatışan etkilere sahip olduğunu ortaya

⁹⁹ Black, s.11. Hatta bir adım ileri giderek, bu durumda şirket kaynaklarının israf edilmesinin de söz konusu olduğu ileri sürülebilir. Şirkette biriken fonlar olmasına rağmen bu fonların kullanılabileceği bir yatırım fırsatı bulunmadığı takdirde, şirket kaynaklarının şirket yöneticileri için makam aracı ve lüks ofis binaları gibi şirket açısından faydası olmayan alanlara harcanması riski de artış göstermektedir.

¹⁰⁰ Armour, s.6, Jung, Boochun/Lee, Woo-Jong/Yang, Yanhua Sunny Sunny, “**The Impact of Dividend Covenants on Investment and Operating Performance**”, Journal of Business, Finance, and Accounting, s.415-416 (Erişim: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2693412, Erişim Tarihi: 09.09.2020). Yazarların yaptığı bir araştırmaya göre, sözleşmesel taahhütleri sebebiyle kâr payı dağıtım yapamayan şirketlerin daha fazla yatırım yapmalarına rağmen bu yatırımları geri alma oranlarının düşük olduğu tespit edilmiştir.

¹⁰¹ Schön, s.182.

¹⁰² Örneğin şirketin otofinansman imkanı ve iş fırsatları dikkate alınmadan kârın tamamının veya önemli kısmının yedek akçe olarak ayrılmasına yönelik bir hüküm, ekonomik açıdan verimsiz sonuçlar doğurarak toplumsal refaha olumsuz etki edecektir. O nedenle de somut olayın şartlarını dikkate almayan önceden kanun tarafından belirlenmiş bir kâr dağıtım oranı belirlenmesi, hukuk politikası açısından etkili bir çözüm olmayacaktır.

koymaktadır. Hukuk politikası, söz konusu menfaatler arasında bir öncelik sıralaması yapmak zorundadır. Bununla birlikte, herhangi bir menfaatin mutlak şekilde üstün tutulması da anonim şirketin uyumlu işleyişine olumsuz tesir edecektir. Bu nedenle de kâr payı dağıtımına ilişkin kuralların oluşturulmasında, çatışan menfaatler arasında bir denge gözetmek gerekmektedir.

II. Kâr Payının Hukuki Boyutu: Kâr Payı Hakkı

Yukarıdaki bölümde, ekonomi perspektifinden kâr payı kavramına ilişkin temel konulara yer verilmiş ve hukuk sisteminin ele alması gereken sorunlar ortaya konulmuştur. Bu noktadan sonra, hukuk sisteminin söz konusu sorunları nasıl düzenlediğini ele almaya çalışacağız.

Hukuk alanında kâr payının incelenebilmesi için öncelikle kâr payı kavramı ile ne anlaşılması gerektiği sorusuna yanıt verilmelidir. Zira ekonomik bir bakış açısı ile kâr ve dolayısıyla kâr payı hakkı, ele alındığı bağlama göre farklı anlamlar taşıyabilir. Nitekim, hukuk sistemi de kâr payının bu çeşitliliğini göz ardı edememiştir. O nedenle normatif düzenlemelerde ve hukuk öğretisinde, kâr payı hakkı farklı anlamlarda kullanılmıştır. Öncelikle kâr payı hakkının hangi anlamlarda kullanıldığının tespit edilmesi gerekmektedir.

Aşağıdaki bölümde önce, kâr payı hakkı ile hukuk alanında ne anlaşılması gerektiği incelenecektir. Ardından da kâr payı hakkına yüklenebilecek çeşitli anlamlar içerisinden seçim yapılarak, kâr payı hakkı konusunun inceleneceği çerçeve çizilecektir.

A. Geniş Anlamda Kâr Payı Hakkı: Mali Menfaat Elde Etme Hakkı

1. Genel Olarak

Pay sahipleri ile şirket arasındaki hukuki ilişki, niteliği itibariyle bir sözleşmedir¹⁰³. Bu sözleşmesel ilişki uyarınca pay sahibi şirkete sermaye getirerek şirketi finanse

¹⁰³ Esasen pay sahibi ile şirket arasındaki ilişki karmaşık ve basamaklı bir ilişkidir. Anonim şirketin kuruluşu aşamasında, pay sahipleri arasında bir adi ortaklık kurulmaktadır. Şirket sözleşmesinin imzalanması ile birlikte ise ön anonim şirket kurulmuş olur (TTK m.335). Ancak anonim kişiliğin tüzel kişiliği tescil ile doğacağından (TTK m.355) bu aşamaya kadar şirket ile pay sahibi arasında bir ilişkiden bahsetmek mümkündür. Bu aşamaya kadar, pay sahipliğinden değil, kurucu konumundan bahsetmek daha isabetli olacaktır. Nitekim TTK hükümleri de bu aşamada pay sahibi ifadesi yerine kurucu ifadesini kullanmaktadır (TTK m.343, TTK m.348, TTK m.349 vd.). O nedenle de pay sahibi ile şirket arasındaki hukuki ilişkiyi tespit etmek bakımından bu dönem, içeriği kanundan kaynaklanan özel bir hukuki ilişkidir.

Kuruluş dışında pay sahipliği sıfatının aslen kazanılması, sermaye artırımına iştirak yoluyla olur. Kanaatimizce bu süreç pay sahibi ile şirket arasındaki hukuki ilişkinin sözleşmesel niteliğini göstermesi

etmeyi, şirket ise bu sermayeyi işleterek elde ettiği kârı pay sahiplerine aktarmayı taahhüt etmektedir. Bu açıdan bakıldığında, pay sahibinin şirkete getirdiği sermayenin kâr amacıyla işletilerek elde edilen artı değerın pay sahiplerine aktarılması pay sahibinin şirket ile arasındaki sözleşmeden temel beklentisidir. Zira somut olayın şartlarından kaynaklanan atipik ekonomik olmayan saikler bir kenara bırakılırsa¹⁰⁴, pay sahiplerinin şirkete yatırım yapmalarının altında yatan temel hedef, şirketin elde ettiği kâr sebebiyle kendi malvarlıklarında bir artışın gerçekleşmesidir¹⁰⁵.

Anonim şirketin kâr elde etmek için faaliyet göstermesi ve daha sonra elde edilen kârı ortaklara aktarması, anonim şirketin varlık amacının da temelini oluşturmaktadır¹⁰⁶. Şirketin, pay sahibinin şirkete yatırım yapmasının altında yatan temel hedef olan kârın elde edilmesi ve sonra pay sahiplerine aktarılmasına yönelik taahhüdü, anonim şirketin konusu başlığı altında düzenlemektedir (TTK m.331). O nedenle de şirketin amacı ile şirketin pay sahiplerinin kârdan pay alma hakkı arasında sıkı bir bağlantı bulunmaktadır¹⁰⁷. TTK m.331 hükmüne göre anonim şirketler hukuka

bakımından yol göstericidir. Bu aşamada pay sahibi olacak kişi iradi olarak sermaye taahhüdünde bulunmaya, buna karşılık şirket ise kanun ve esas sözleşme çerçevesinde ortaklık hakları olarak ifade edilen hakları kullanılmayı taahhüt etmektedir bkz. Druey/Druey Just/Glanzmann, s.150. Taraf iradelerinin bu şekilde karşılıklı olarak uyuşması ile birlikte, şirket tüzel kişiliği ile müstakbel pay sahibi arasına irade uyuşmasına dayanan bir sözleşme kurulmaktadır.

Bir tüzel kişilikte karar alma süreçlerine dahil olan kişiler ile tüzel kişilik arasında çeşitli hak ve yükümlülükler içeren ilişkiler üyelik ilişkisi olarak tanımlanmaktadır. Druey/Druey Just/Glanzmann, s.150. Dernekler açısından bkz. Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan, **Türk Özel Hukuku Cilt II- Kişiler Hukuku**, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2013, s.290, Oğuzman, Kemal/Seliçi, Özer/Oktay Özdemir, Saibe, **Eşya Hukuku**, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2018, s.333. Üyelik ilişkisinin kurulması tarafların karşılıklı rızalarına dayandığı için, üyelik ilişkisinin de bir sözleşme niteliği gösterdiği belirtilmektedir. Bkz. Dural/Öğüz, s.290, Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s.333.

¹⁰⁴ Türk hukukunda anonim ortaklıkların iktisadi amaçla kurulması sebebiyle, pay sahibinin şirkete pay iktisap amacının da bu yönde olduğu konusunda bir karine bulunmaktadır. Ancak bazı durumlarda pay sahiplerinin şirkete sermaye getirerek ortak sıfatı kazanmasının altında yatan sebep kâr elde etme amacı olmayıp şirketin faaliyet konusunu desteklemek gibi iktisadi olmayan amaçlar da olabilir. Örneğin şirketin faaliyet konusunun sürdürülebilir enerji kaynaklarının geliştirilmesi, çevre kirliliğini azaltacak malzemeler üretilmesi yahut bir aşı geliştirilmesi gibi toplumsal menfaat sağlayan işler olması halinde, pay sahipleri şirketin zarar edeceğini bilmelerine rağmen ulvi amaçlarla şirkete sermaye getirmeyi kabul etmiş olabilirler.

İlaveten mehzaz İsviçre hukukunda iktisadi olmayan amaçlar ile şirket kurulmasına izin verildiğinden (İBK m.620 f.3), bu tip şirketlere yatırım yapan kişilerin bir kazanç elde etme amacı taşımamaları beklenir.

¹⁰⁵ Birsal, s.18, İmregün, Oğuz, “**Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Kâr Payı (Temettü) Hakkı**”, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, Beta Yayınları İstanbul, 2002, s.413, Chenaux/Gachet, CR, s.570.

¹⁰⁶ İmregün, **Kâr Payı Hakkı**, s.413. Aynı tespiti yapan yargı kararlarına örnek olarak bkz. 11.HD. E.2014/14684 K.2015/1913 (lexpera), 11.HD. E.2012/13234 K.2014/3514 25.2.2014 (lexpera).

¹⁰⁷ Bu nedenledir ki, öğretilerde de pay sahiplerinin kâr payı hakkını ortadan kaldıracak şekilde şirketin kârının tamamının üçüncü kişilere devrine dair bir işlemin geçerliliği, şirketin iktisadi amacı ile bağlantılı olarak incelenmektedir. Bkz. Yanlı, Veliye, “**Anonim Ortaklıklarda Kârın Tamamen Devrine İlişkin Br Tasarruf Yapılabilir Mi?**” İHFM C.LV S.4, 1997, s.202 vd.

aykırı olmayan iktisadi amaçlar için kurulabilirler. Bu noktada ekonomik amaç kavramı ile ne anlaşılması gerektiği sorusu ortaya çıkmaktadır.

Anonim şirketin konusu ile pay sahiplerinin kâr payı hakkı arasındaki bağlantı, mehzaz İsviçre hukuk öğretisinde açık bir şekilde ortaya konulmaktadır. İBK m.620 f.3 hükmü, Türk hukukundan farklı olarak, anonim şirketlerin ekonomik amaç dışında başka amaçlar için de kurulmasına izin vermektedir. Ancak eğer anonim şirket iktisadi bir amaç için kurulmuş ise, şirketin faaliyetlerinin kâr elde ederek bu kârı ortaklara aktarmaya yönelik olması zorunluluğunun bir hak olarak değerlendirildiği ve bu hakkın geniş anlamda kâr payı hakkı çatısı altına yerleştirildiği görülmektedir¹⁰⁸. Kârlılık beklentisi¹⁰⁹ (“*Gewinnstrebigkeit*”) hakkı olarak isimlendirilen bu hak¹¹⁰ uyarınca şirketin faaliyetleri neticesinde ortaya çıkan değer artışından pay sahiplerinin yararlanmasının sağlanması hedef tutulmaktadır¹¹¹.

Türk öğretisinde de “iktisadi amaç” kavramına, İsviçre öğretisinde de belirtildiği gibi anonim şirketin kâr elde etmesi ve elde edilen değer artışından ortakların yararlandırılmasını olarak tanımlanmaktadır¹¹². Bu tanım uyarınca iktisadi amaç iki basamaklıdır. İlk basamak, anonim şirketin kâr elde etmek amacıyla faaliyet göstermesini, ikinci basamak ise şirket tarafından elde edilen kârdan ortakların yararlandırılmasını ifade eder.

Anonim şirketin iktisadi amacının şirkete getirdiği bu iki basamaklı yükümlülük, esasen pay sahiplerinin menfaatlerinin korunması amacına yönelik olup bu yükümlülük pay sahipleri bakımından ise bir hak teşkil etmektedir; Kâr payı hakkının geniş boyutunu da pay sahiplerinin bu hakkı oluşturmaktadır. Kanaatimizce mali menfaat elde etme hakkı olarak yahut geniş anlamda kâr payı olarak tanımlanabilecek bu hak uyarınca, anonim şirkete yatırım yapan kişiler, bu yatırımın gelir elde etme

¹⁰⁸ Örnek olarak Böckli, *Aktienrecht*, s.1472, Von Büren/Stoffel/Weber, s.184, Knobloch, Stefan, *Das System zur Durchsetzung von Aktionärsrechten*, Schulthess, 2011, s.239. Kâr payı hakkı ile şirketin iktisadi amacı arasında doğrudan bir bağlantı olduğu yönünde bkz. Lassare, André, *La Société Anonyme à But Non-économique en Droit Suisse*, Barblan&Saladin, Friburg, 1976, s.34.

¹⁰⁹ Türk öğretisinde bu kavramı karşılamak için “salt kâr gütmeye amacı” ifadesi de kullanılmıştır. Bkz. Pulaşlı, *Şerh II*, s.1840.

¹¹⁰ Böckli, *Aktienrecht*, s.1472, Von Büren/Stoffel/Weber, s.184, Böckli, *Aktienrecht*, s.1472, Knobloch, s.239, Kunz, Peter V, “*Funktion(en) des Aktienrechts vom Organisationsrecht zum Katalysator der Gesellschaftspolitik*”, SZWF, 2018, s.258.

¹¹¹ Kunz, *Funktionen*, s.258.

¹¹² Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku-I*, s.279, Pulaşlı, *Şerh II*, s.1834, Kırca/Şehirli Çelik/Manavgat, s.57, Yanlı, *Kârın Tamamen Devri*, s.210. Yargıtay’ın da anonim şirketlerin kâr elde edip kârın paylaşımı amacını taşıdığını belirttiği kararlarına örnek olarak bkz. 11.HD. E.2012/13234 K.2014/3514 25.02.2014 (legalbank), 11.HD. E.2005/10060 K.2006/13738 21.12.2006 (legalbank).

amacıyla kullanılmasını ve sonrasında elde edilen gelirin kendilerine aktarılması yönünde meşru bir beklentiye sahip olmaktadır ve bu beklentileri de muhtelif hükümler vasıtasıyla hukuk sistemi tarafından korunmaktadır.

Hemen belirtmek gerekir ki, şüphesiz ki mali menfaat hakkı, İsviçre öğretisinde tanınan kâr beklentisi hakkı (“*gewinnstrebigkeit*”) ile benzerlikler taşımaktadır. İsviçre öğretisindeki kâr beklentisi hakkı ile bu çalışmada kabul ettiğimiz mali menfaat elde etme hakkı arasındaki temel benzerlik konu bakımından kendi göstermektedir. Zira iki kavram da anonim ortaklıkların kâr elde etme ve doğrudan yahut dolaylı olarak bu kârı ortaklara aktarmasını ifade etmektedir. Bu açıdan, pay sahibi bakımından korunması beklenen menfaat açısından kâr beklentisi hakkı ile mali menfaat elde etme hakkı benzerlik içerisindedir.

Öte yandan, mali menfaat elde etme hakkı, kanaatimizce kâr beklentisi hakkından daha geniş bir kavramı ifade etmektedir. İsviçre öğretisinde kâr beklentisi hakkı, pay sahiplerinin kâr payı hakkının birbirine denk iki basamağından biri olarak ele alınmaktadır¹¹³. Buna göre kâr payı hakkı, kâr beklentisi hakkı ve dar anlamda kâr payı hakkı (dağıtılan kâra iştirak hakkı) olarak iki boyutludur. Halbuki, mali menfaat elde etme hakkı daha geniş bir kavramdır ve dar anlamda kâr payı hakkını da içine alan bir üst kavram olarak görülmelidir. Şöyle ki, mali menfaat elde etme hakkı, şirketin elde ettiği kârdan ortakların yararlandırılmasını hedef tutmaktadır. Ancak bu yararlandırma sadece dar anlamda kâr payı dağıtılması yoluyla gerçekleşmemektedir. Örneğin pay sahibi, tasfiye payı alması yahut paylarını satarak payların bedelini alması halinde de mali menfaat elde etmiş olacaktır. O nedenle de mali menfaat elde etme hakkı, sadece kâr payı ile bağlantılı bir hak değildir¹¹⁴. Bu nedenle İsviçre öğretisinde benimsenen kâr beklentisi hakkının sadece kâr payı hakkı ile bağlantılı olarak ele alınması kanaatimizce isabetli değildir.

2. Hak Niteliği ve Sonuçları

Bu noktada sorulması gereken ilk soru, TTK m.331’de anonim şirketin konusuna ilişkin olarak getirilen düzenlemenin pay sahipleri bakımından bir hak olarak nitelendirilmesinin isabetli olup olmadığıdır. Hak kuramı esasen hukuk felsefesinin

¹¹³ Örnek olarak olarak Knobloch, s.245 vd., Nuehaus/Balkanyi, s.603, Locher, s.213 vd. Chenaux/Gechet, **CR, Art 660**, s.570 vd.

¹¹⁴ Şirketin ekonomik faaliyetleri sonucunda elde ettiği artı değerden pay sahiplerinin yararlanması yolları hakkında açıklama ve bu yöntemlerin kâr payı ile kıyaslanması bakımından bkz. II-B-2-Mali Menfaat Elde Etme Hakkı ile Dar Anlamda Kâr Payının Karşılaştırılması.

konusu oluşturmakta ve özel hukuk bakımından mutlak bir hak kuramı ortaya koymak bu tezin sınırlarını aşmaktadır. Bununla birlikte, özel hukuk alanında kabul edilen hak kuramları ışığında bu konunun ele alınmasının yararlı olacağı kanaatindeyiz. Özel hukukta hak, “hukuk sistemi tarafından korunan ve sahibine korunmadan yararlanma yetkisi tanınan menfaat” olarak tanımlanmaktadır¹¹⁵. Bir yanıyla hakkın bir menfaat olduğunu¹¹⁶, diğer yandan da bu menfaati temin etmek için dış dünyada bir etki doğurma yetkisi bahsettiğini¹¹⁷ belirten bu tanım uyarınca, bir menfaatin hukuk yoluyla korunması halinde artık bir hakkın varlığından bahsetmek mümkün olacaktır. Bu tanım açısından konuya yaklaşıldığında, TTK m.331 veya İBK m.620 hükmünde şirket konusuna ilişkin getirilen düzenlemenin pay sahipleri bakımından bir hak barındırdığı sonucuna da varılabilir. Şöyle ki, şirketin faaliyetlerinin kâr amacına yönelmesinde şüphesiz ki pay sahiplerinin menfaati bulunmaktadır; çünkü söz konusu kârlılık ister aktarım yoluyla olsun ister pay sahibinin paylarının değerinin artması yoluyla olsun pay sahiplerine bir menfaat sağlamaktadır. Zaten pay sahibi anonim şirketi kurarken veya sonradan şirkette pay iktisap ederken, şirkete getirdiği sermayenin kâr elde etmek amacıyla kullanılacağı ve bu kârın daha sonra kendisine döneceği, diğer bir ifade ile yatırımının karşılığını alacağı beklentisini taşımaktadır. O nedenle bu noktada pay sahibi açısından bir menfaatin bulunduğu konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır.

Esasen tartışılabilecek husus, hukuk sisteminin bu menfaati koruyup korumadığı noktasındadır. Gerçekten de şirket faaliyetlerinin kâr elde etme ve bu kârı dağıtma amacına yönetilmesi, şirket yönetiminin konusuna girmektedir. Anonim şirketlerde yönetim, şirket yönetim kurulu tarafından yürütülmekte olup pay sahiplerinin doğrudan pay sahibi sıfatının sonucu olarak şirketin yönetiminde söz sahibi olmaları söz konusu değildir. Şüphesiz ki, pay sahiplerinin oy hakkı gibi yönetsel hakları bulunmaktadır ve bu haklar vasıtasıyla yönetim üzerinde dolaylı şekilde etkileri de bulunmaktadır. Ancak burada pay sahibinin şirketi yönetmesinden değil, şirket yönetimine dolaylı olarak etki etmesinden bahsetmek daha doğru olacaktır. Dolayısıyla da herhangi bir pay sahibinin, doğrudan şirketi pay sahibi sıfatına binaen

¹¹⁵ Söz konusu tanımı benimseyen yazarlara örnek olarak bkz. Oğuzman, Kemal/Barlas, Nami, **Medeni Hukuk**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018, s.139, Serozan, **Medeni Hukuk- Genel Bölüm-Kişiler Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s.186, Hatemi, s.120.

¹¹⁶ Menfaat temelli hak tanımının *Jhering* tarafından ortaya konulduğu yönünde bkz. Duguit, s.28, dn.13, Serozan, **Medeni Hukuk**, s.186.

¹¹⁷ Hakkın dış dünyada sonuç doğurma yetkisinin temelini *Windscheid*’ın hak kuramına dayandığı yönünde bkz. Oğuzman/Barlas, s.138, Serozan, **Medeni Hukuk**, s.186.

yönetmesi mümkün olmadığı gibi, pay sahiplerinin şirket yönetimini kâr elde etmeye yönelik faaliyetlere zorlaması yahut bu yönde bir dava mümkün değildir.

Ancak kanaatimizce hukuk sisteminin pay sahiplerine doğrudan şirketi kâr elde etme amacına yöneltmeye zorlama imkânı vermemesi, bunun bir hak olarak nitelendirilmesine engel teşkil etmemelidir; çünkü hukuk sisteminin sağlayacağı korumanın doğrudan hakimiyet veya muhatabı belirli şekilde hareket etmeye zorlama (aynen ifa talebi) yetkisi vermesi zorunlu değildir. Örneğin bir doktorun hastayı ameliyat etmesi yahut bir ressamın tablo yapması gibi kişisel özellik taşıyan yapma borçlarının cebri icrası mümkün değildir¹¹⁸. Bununla birlikte, hukuk sistemi sözleşmesel taahhüdün ifa edilmemesi sebebiyle tazminat yoluyla alacaklıyı koruduğundan ve alacaklının bu yönde bir hakkının bulunduğundan şüphe duyulmayacaktır. Hukuk sisteminin şirketin kâr elde etme amacına aykırı hareketlere karşı pay sahiplerine başka bir hukuki koruma sağlaması halinde, pay sahibi bakımından bir hakkın varlığının kabulü gerekecektir.

Pay sahibinin mali menfaat elde etme hakkı, şirketin yetkili organlarına belirli yönde hareket etme yükümlülüğü yüklemektedir. Ancak şirkete organlarının bu yükümlülükler aykırı karar alması yahut hareketsiz kalması, pay sahibine kendiliğinden harekete geçme imkânı vermediği gibi, şirket malvarlığı üzerinde de doğrudan bir talep hakkı vermemektedir. Diğer bir ifade ile pay sahibi, mali menfaat elde etme hakkı bulunduğunu ileri sürerek şirketin herhangi bir varlığının tamamen veya kısmen kendisine aktarılmasını yahut şirketin kâr getirecek bir faaliyette bulunmasını talep edemez¹¹⁹. Mali menfaat elde etme hakkının şirkete getirdiği yükümlülükler, şirketin organsal düzeni içinde yürütülmektedir.

Gerçekten de hukuk sistemi, şirketin kâr elde etme amacına aykırı eylem ve işlemleri karşısında pay sahibine muhtelif imkanlar tanımaktadır. Öncelikle şirketin iktisadi amaç ile kurulması emredici bir hüküm olup şirketin bu amacının

¹¹⁸ Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I-II**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, Cilt-I, s.388, Tercier, Pierre/Pichonnaz, Pascal/Develioğlu, Murat, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 12 Levha, İstanbul, 2016 s.368. Bu şekilde cebri icrası mümkün olmayan borçlara koruması zayıflamış borçlar denilmektedir. Bkz. Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s.99. Ancak bu durum ilgili edimlerin borç niteliğini değiştirmemekte, sadece ifa edilmemesi halinde alacaklıların talep imkanlarını eğer şartları varsa tazminat talebi ile sınırlamaktadır. Benzer şekilde, eksik borçlarda da dava yoluyla talep veya cebri icra yolu kapalı olmasına rağmen, borcun iradi olarak ifası mümkündür. Bu durumda da sınırlı korumanın hakkın varlığına engel teşkil etmediği kabul edilmektedir. Bkz. Oğuzman/Barlas, s.141. Eksik borçların dogmatik kökeni bakımından bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Necip, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm-I**, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2017, s.42-43.

¹¹⁹ Knobloch, s.249.

değiştirilmesi veya şirketin bu amaçtan sapması hukuken mümkün değildir. Şirket esas sözleşmesinde iktisadi amaç dışında bir amaç kararlaştırılması halinde, bu esas sözleşme hükmü anonim şirketin temel yapısına aykırılık teşkil edeceği için batıl olacaktır (TTK m.447). Aynı şekilde, yönetim kurulunun da bu amaca uygun düşmeyen kararlarının butlanı söz konusu olacaktır (TTK m.391). Ayrıca şirketin kâr elde etme amacı ile uyuşmayan eylemler, şirketi bir kayba uğratacağı için kararı alan yöneticilerin sorumluluğu sonucunu doğuracak ve pay sahiplerine bir sorumluluk davası açma imkânı tanıyacaktır. Hatta bir şirketler topluluğunun bulunması halinde, pay sahipleri hâkim şirket tarafından paylarının satın alınmasını dahi isteyebilecektir (TTK m.202). Şirketin kâr elde etme amacından sürekli veya arızı olarak sapmasına yönelik eylem ve işlemler karşısında pay sahibine tanınan söz konusu hukuki korumalar olduğu tartışmasızdır. Bu nedenle pay sahibinin bu menfaatinin hukuk sistemi tarafından korunmadığını söylemek kanaatimizce mümkün değildir. Bu açıdan İsviçre öğretisinde kabul edildiği üzere¹²⁰, Türk hukukunda da anonim şirketin iktisadi faaliyette bulunmak için kurulması ve kâr elde edecek şekilde faaliyet göstermesi olgusunun pay sahipleri bakımından bir hak olarak nitelendirilmesi yerinde olacaktır.

3. Hakkın İçeriği

Yukarıda hak niteliğini tartıştığımız mali menfaat elde etme hakkını da kendi içinde iki boyutlu olarak düşünmek mümkündür. Mali menfaat elde etme hakkının ilk boyutu, şirketin piyasa ve üçüncü kişiler ile olan ilişkilerine, diğer bir anlatımla dışa yöneliktir. Mali menfaat elde etme hakkının bu dış boyutu, şirket faaliyetlerinin şirket için değer artışı sağlamak amacına yönelik olması zorunluluğunu ifade eder. Buna göre, şirket faaliyetlerini bir değer artışı (kâr) elde etmek amacıyla yürütür. Belirtmek gerekir ki, burada kast edilen şirketin her bir işleminin her koşulda kâr amacına yönelik olması değildir. Şirket, uzun vadeli menfaatlerini de dikkate alarak değer kaybı yaratacak işlemleri yapmayı da göz önünde bulundurabilir. Örneğin müşteri memnuniyetini yüksek tutmak için ücretsiz mal ve hizmet tedarik etmek veya tanınırlığı artırmak için sponsorluk sözleşmeleri yapmak, kısa vadede şirket değerini azaltacak işlemler olabilir. Bu işlemler uzun vadede şirketin kâr elde etme hedefini ortadan kaldırmadığı müddetçe de mali menfaat elde etme hakkının ihlali sonucunu

¹²⁰ Böckli, **Aktienrecht**, s.1472, Von Büren/Stoffel/Weber, s.184, Knobloch, s.239, Kunz, **Funktionen**, s.258.

doğurmazlar. Ancak söz konusu işlemlerin her zaman uzun vadeli kârlılığı dikkate alarak yürütülmesi gerekmektedir.

Mali menfaat elde etme hakkının ikinci boyutu ise, şirket ile pay sahipleri arasındaki ilişkiler bakımından kendini göstermektedir. Bu nedenle de bunun mali menfaat elde etme hakkının iç boyutu olarak ifade edilmesi de mümkündür. Mali menfaat elde etme hakkının iç boyutu, şirketin elde ettiği değer artışının ortaklara aktarılması zorunluluğunu ifade etmektedir. Zira anonim şirket malvarlığındaki artışın pay sahiplerinin malvarlığında bir artışa dönüşmemesi halinde, pay sahiplerinin mali menfaat elde etme hakları anlamsız hale gelmektedir.

Bu açıklamalar söylenebilir ki, mali menfaat elde etme hakkı, şirketin üçüncü kişiler ile yaptığı işlemler sonucunda değer artışı oluşturarak (dış boyut), bu değer artışını ortaklara aktarması amacının (iç boyut) birleşiminden oluşur. Aşağıda hakkın iç boyutu ve dış boyutunun genel hatları ile açıklanmasına çalışılacaktır.

a. Mali Menfaat Elde Etme Hakkının Dış Boyutu: Şirketin Amacı

Mali menfaat elde etme hakkının birinci ayağı, şirketin kâr elde etme amacına yönelik olarak faaliyet gösterme yükümlülüğünde kendini gösterir. Bilindiği üzere anonim şirket iktisadi amaçla kurulur ve faaliyetlerini kâr elde etme amacı ile yürütür (TTK m.331). Anonim şirket kuruluşundan başlayarak fesih kararı verilene kadar kâr elde etme amacına yönelik olarak faaliyet gösterir¹²¹. Bu bağlamda anonim şirket, kâr elde edecek faaliyetler yürütmekle yükümlüdür

İlk bakışta oldukça basit görünen kâr elde etme amacı, detaylı olarak incelendiğinde, oldukça karmaşık, hatta hukukun ötesinde siyasal ve iktisadi tartışmaları da beraberinde getiren bir alana kapı açmaktadır. Zira kâğıt üzerinde kâr elde etme amacı basit ve tekdüze görünse de fiilen bu amacın sınırlarının çizilmesi çok kolay görünmemektedir. Bu konuda bazı örnekler vermek konunun somutlaşması açısından yararlı olabilir:

- Yıllardır aynı ailenin hakimiyetindeki bir şirket tarafından, el yapımı saat üretiminin yerine mekanik üretime geçmesi, kârlılığı artıracaktır. Bununla

¹²¹ Örnek olarak bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku II**, s.349, Pulaşlı, **Şerh III**, s.2386, Von der Crone, Hans Caspar, **Aktienrecht**, Stämpfli Verlag, Bern, 2014, s.786, Karaman Coşgun, Özlem, **Anonim Şirketin Tasfiyesi**, Adalet Yayınları, Ankara, 2015, s.31. Şirketin feshi kararı verilmesi ile birlikte şirketin kâr elde etme amacı, tasfiye bakiyesinin azami hale getirilmesi amacına dönüşmektedir. Bkz. Vischer, Markus, **“Dividend bei der Aktiengesellschaft in Liquidation”**, Schweizerische Juristen Zeitung (SJZ) s.115, 2019, s.558, Pulaşlı, **Şerh III**, s.2387.

birlikte pay sahibi ve yönetim kurulu üyesi olan aile bireyleri aile geleneğini sürdürmek adına bu değişiklikten imtina etmektedirler.

- Ekonomik durumu iyi olmayan tarımsal üreticilere gübre temin eden ve kamu tüzel kişiliği tarafından finanse edilen bir şirketin yönetim kurulu, muaccel alacaklarının bir kısmından feragat ederek borçları yapılandırmayı kabul etmiştir. Yönetim kurulu üyeleri, bu yeniden yapılandırma ile kısa vadede zarar ederken, uzun vadede müşteri sadakati kazanacağı beklentisi taşımaktadırlar.
- Bir şirketin satışlarının düşmesi sebebiyle üretim kapasitesini azaltması gerekmektedir. Ancak şirket yönetim kurulu, şirket çalışanlarını işten çıkarmamak için, çalışanları yeniden eğitim programına alarak başka pozisyonlarda iş imkânı yaratmak için önemli miktarda masraf yapmaktadır.
- Bir beysbol takımının sahibi olan şirketin yöneticileri, stadyuma aydınlatma sistemi takılması halinde gece maçları oynanabileceği için daha çok kazanç elde edileceğini tespit etmelerine rağmen, bu durumun stadyumun bulunduğu mahalleyi olumsuz etkileyeceğini düşündükleri için bu yatırımı yapmamayı tercih etmişlerdir¹²².
- Şirketin sahip olduğu iştiraklerden birinin devri söz konusudur. Şirkete bu konuda gelen iki tekliften daha düşük olan tanesi şirketin çalışan sayısını koruyacağını belirtirken, daha yüksek teklif veren potansiyel alıcı iş gücünü önemli ölçüde azaltmayı planlamaktadır¹²³.
- Kimyasal ürünler alanında çalışan bir şirket, hâkim pay sahibinin isteği üzerine bu pay sahibinin doğup büyüdüğü küçük bir ilçeye büyük bir konser salonu yapılması için gereken masrafları üstlenmeyi kabul etmiştir.
- Şirketin elinde fazla miktarda nakit bulunmaktadır ve şirketin kısa vadeli nakit ihtiyacında artış beklenmemektedir. Yönetim kurulu en yüksek getirinin vadeli mevduat hesabından faiz getirisi olduğunu tespit etmekle birlikte, bazı pay sahiplerinin dini inançlarına uygun olmadığı düşüncesi ile

¹²² Örneğin dayanağı Amerika Birleşik Devletleri Illinois Eyaleti Temyiz Mahkemesi tarafından karara bağlanmış bir uyuşmazlıktır. İlgili karar için bkz. Shlensky v. Wrigley, 95 Ill. App. 2d 173, 237 N.E.2d 776, 1968.

¹²³ Örnek için bkz. Forstmoser, **Profit**, s.83.

söz konusu parayı faiz getirisi getirmeyecek bir hesapta tutmak yönünde karar almıştır.

Verilen örneklerde de görülmektedir ki, varsayımsal olarak şirketin kâr elde etme amacı gütmesi gerektiği açık olsa da bu amaca ulaşması için atılması gereken adımlar tespit edilirken konu ilgili kişilerin farklılık gösteren menfaatlerinin çatışmasına yol açmaktadır¹²⁴. Verilen örneklerde görülmektedir ki, bazı hallerde şirketin kısa vadede kârlılığından fedakârlık edilirken, uzun vadede kârlılık hedeflenebilmektedir. Hatta zaman zaman iktisadi olarak temellendirilemeyen, ancak pay sahipleri veya yöneticiler için önem taşıyan ahlaki, dini yahut kişisel değerler, şirketin alacağı kararlarda etkili olabilmektedir. Verilen örnekler göstermektedir ki, şirketin kâr elde etme amacı ile bazı kişisel veya toplumsal menfaatler arasında bir çatışma olasıdır. İşte bu menfaat çatışmasının şirketler hukuku alanında nasıl dengeleneceği sorusu, mali menfaat elde etme hakkının sınırlarının belirlenmesini gerektirmektedir.

Şirketin kâr elde etme amacının sınırları ve kapsamı bakımından ortaya konulan yaklaşımlar, esasen iki grup altında toplanmaktadır. “Pay sahipleri varlığının enbüyükleme” (“*shareholder wealth maximization*”), diğer bir ifade ile “pay sahipleri varlığı” kuramı olarak isimlendirilen yaklaşıma göre¹²⁵, şirketin varlık amacı toplumsal bir menfaat değil, pay sahiplerinin malvarlığının artırılmasıdır. Buna göre, şirket yöneticilerinin temel görevi, kanuna uygun davranmak şartıyla şirketin değerini azami miktara çekecek eylem ve işlemleri yapmaktır¹²⁶. Bu kuram, şirketin performansını şirket paylarının gerçek değerindeki artış ile ölçmekte, şirket yönetiminin amacının da bu değeri mümkün olan en üst noktaya çekmek olduğunu belirtmektedir¹²⁷.

Söz konusu teori, iktisatçılar arasında geniş bir kabul görmüştür. Bu görüşün adeta bir manifesto olarak ortaya konulduğu çalışma, ekonomist *Milton Friedman*’ın 1970 yılında New York Times dergisinde yayınlanan “*Social Responsibility of Business*”

¹²⁴ Bu gibi kolay çözümü olmayan ve çatışan menfaatlerin söz konusu olduğu örnekler bakımından zor vakıalar (“hard cases”) ifadesi kullanılmaktadır. Bkz. Forstmoser, Peter, “**Profit- Da Mass Aller Dinge?**”, Individuum und Verband, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2006 (Zürich 2006), s.82.

¹²⁵ Daenikier, Daniel, “**Wer kontrolliert die Aktiengesellschaft**”, SZW, 2016, s.435, **Forstmoser**, Profit, s.57. Bu kuramı ifade etmek için pay sahiplerinin üstünlüğü (“*shareholder primacy*”) ifadesi de kullanılmaktadır. Bkz. Millon, David, “**Radical Shareholder Primacy**”, University of St. Thomas Law Journal, C.10 S.4, 2013, s.1013.

¹²⁶ Millon, **Radical Shareholder**, s.1013.

¹²⁷ Millon, **Radical Shareholder**, s.1019.

başlıklı makalesidir¹²⁸. Bu çalışmada *Friedman*, sadece bireylerin sosyal sorumlulukları olabileceğini, şirketin amacının ise pay sahiplerine azami varlık sağlamak olduğunu, bunun dışında başka bir sosyal sorumluluk üstlenmesinin mümkün olmadığını savunmaktadır. Görüleceği üzere, bu görüşe göre, şirketin kâr elde etme amacı mutlak ve diğer menfaatler ile dengelenmesi şirketler hukukunun konusuna girmemektedir. *Friedman* ile özdeşleşen bu görüşler, birçok hukukçuyu da etkileyerek hukuk öğretisinde de önemli destek kazanmıştır¹²⁹.

Şirketin amacının ve bunun bir uzantısı olarak da pay sahiplerinin soyut kâr payı hakkının koruduğu menfaatin pay sahiplerinin malvarlıklarının artırılması olduğunu kabul eden bu görüş, kâr elde etme amacının zamansal boyutu bakımından “kısa vadeli” ve “uzun vadeli” olarak ikiye ayırmaktadır. Kısa vadeli pay sahibi varlığı kuramı¹³⁰, şirketin amacını kısa vadede kârın en yükseğe çıkartılması olarak tanımlamaktadır. Bu durumda şirket, gelecekteki değil, mevcut pay sahiplerinin mevcut malvarlığını artırmak için çaba sarf etmelidir. Pay sahibinin malvarlığının artırılmasına uzun vadeli yaklaşan görüş¹³¹ ise daha ılımlı bir yaklaşım göstermektedir. Bu görüşe göre, şirketin nihai amacı kâr elde etmek olsa da kısa vadede bu amacın gerçekleştirilmesi için uzun vadeli menfaatlerden vazgeçilmesi zorunlu değildir. Diğer bir ifade ile, şirketin amacı kısa vadede azami kârlılık olmayıp uzun vadede sürdürülebilir kârlılıktır¹³². Bu nedenle şirket, uzun vadeli, diğer bir ifade ile sürdürülebilir kârlılığını artırmak için kısa vadeli kârlılıktan vazgeçebilir. Kârlılık

¹²⁸ Bkz. Friedman, Milton, “**Social Responsibility of Business**”, The New York Times, September 1970. Bununla birlikte belirtmek gerekir ki, kuramın çıkışı daha önceye dayanmaktadır. Kuramın 1970’li yılların ikinci yarısında University of Chicago öğretim üyelerinin etkisi ile sistemli bir şekilde ele alındığı ve sonrasında da Amerikan hukuk öğretisinde baskın görüşe dönüştüğü belirtilmektedir. Bkz. Millon, **Radical Shareholder**, s.1025. Bugün için de pozitif hukukta kuvvetli bir dayanağı olmamakla birlikte bu kuramın Amerikan hukuk öğretisinde baskın görüş olduğu ve şirketler hukuku sorunlarına yaklaşımda belirleyici olduğu belirtilmektedir. Bkz. Millon, **Radical Shareholder**, s.1038.

¹²⁹ Örnek olarak Kunz, **Funktionen**, s.259 vd. Belirtmek isteriz ki, yazar, şirketler hukukunun toplumsal refah ve çevresel sorumluluklar gibi kâr elde etmek dışında başka amaçlara hizmet etmesine karşı çıkmamakla birlikte, bu hedefler arasındaki bir çatışmada finansal başarının doğal olarak üstün tutulması gerektiğini savunmaktadır. Bkz. Kunz, **Funktionen**, s.259.

¹³⁰ Bazı çalışmalarda bu kavram “radikal pay sahibi varlığı kuramı” olarak isimlendirilmektedir. Bkz. Millon, **Radical Shareholder**, s.1013 vd.

¹³¹ Bu kuram aynı zamanda “aydınlanmış pay sahibi varlığı kuramı” (“*enlightened shareholder value maximization*”) veya “geleneksel pay sahibi varlığı kuramı” olarak da isimlendirilmektedir. Bkz. Millon, **Radical Shareholder**, s.1014.

¹³² Strine, Leo E., “**One Fundamental Corporate Governance Question We Face: Can Corporations Be Managed for the Long Term Unless Their Powerful Electorates Also Act and Think Long Term**” Business Lawyer, C.66 S.1 November, 2010, s.2, Dekker, **Orell Fusli-OR Kommentar**, Orell Fusli Verlag, 3.Auflage, 2016, s.188.

amacının belirlenmesinde izlenecek yol, konusunda şirket yöneticilerinin takdir yetkisinin bulunduğunu kabul etmek gerekmektedir¹³³.

Şirketin amacı konusunda, pay sahibinin varlığı kuramının karşısında yer alan diğer bir görüş ise “menfaat sahipleri (“*stakeholder*”)” kuramıdır¹³⁴. Menfaat sahipleri kuramı, anonim şirketin amacının sadece azami kâr elde edilmesi ve bu şekilde pay sahiplerinin varlığının artırılması olmadığı, anonim şirketin faaliyetlerinde menfaati olan diğer kişilerin, örneğin çalışanların, tedarikçilerin, müşterilerin veya faaliyet alanında yaşan diğer toplulukların menfaatlerinin de gözetmesi gerektiğini kabul etmektedir. Diğer bir ifade ile menfaat sahipleri kuramı, pay sahiplerinin menfaatlerini en üstün amaç olarak görmemekte, anonim şirketin faaliyetlerinden etkilenen birçok kişi arasındaki menfaat dengesini gözeterek hareket edilmesini savunmaktadır¹³⁵. Bu görüşün temelinde anonim şirketlerde geçerli olan sınırlı sorumluluk ilkesinin toplumsal menfaatlerden bir taviz olması fikri yatmaktadır. Anonim şirketler, pay sahipleri lehine sınırlı sorumluluk sağlayarak ticari faaliyet yürütme imtiyazına sahip olduklarından, bunun karşılığında söz konusu ticari faaliyetleri yürütürken sadece pay sahiplerinin değil, tüm toplumun menfaatlerini gözetmeleri gerekmektedir. Diğer bir ifade ile pay sahipleri sınırlı sorumluluk korumasını satın almak için, tüm menfaat sahiplerini gözetme bedeline katlanmak zorundadır¹³⁶.

Öğretideki bu tartışmaların pozitif hukuka ne şekilde etki ettiği konusuna da kısaca değinmek gerekmektedir. Konunun detaylı şekilde tartışıldığı Amerika Birleşik Devletleri’nde ekonomistler arasında pay sahibi varlığı teorisi baskın görüş olarak kabul edilmektedir. Amerikan hukukunda bu yoruma dayanak olarak gösterilen temel karar karar olan *Dodge vs. Ford Motors Co.* davasında¹³⁷, davalı şirketin yöneticisi *Henry Ford* asıl amacının yöneticisi olduğu şirketin kârlılığı değil, tüm Amerikalılara ucuz otomobil sağlamak ve elde edilen refahı yaymak olduğu yönünde ifade vermiştir. Bunun üzerine davayı gören mahkeme, anonim şirketlerin amacının kâr elde etme ve bu kârı pay sahiplerine dağıtmak olduğunu belirterek, davacıların kâr payı dağıtımını

¹³³ Millon, **Radical Shareholder**, s.1014.

¹³⁴ Menfaat sahipleri kavramının ilk kez 1963 tarihinde Stanford Araştırma Merkezi tarafından yayınlanan bilgi notunda geçtiği ve kavramın “katkıları olmadan organizasyonun varlığının sona ereceği gruplar” olarak tanımlandığı belirtilmektedir. Bkz. Bainbridge, Stephan M., **Corporation Law and Economics**, Foundation Press, 2002, s.409 dn.3.

¹³⁵ Dainikier, s.435, **Forsmoser**, Profit, s.57.

¹³⁶ Strine, s.2.

¹³⁷ *Dodge v. Ford Motor Co.*, Supreme Court of Michigan, 204 Mich. 459, 170 N.W. 668, 1919.

azaltılmasına ilişkin kararının iptaline hükmetmiştir. Bu karar mahkemenin pay sahibinin varlığı kuramının kabul edilmesi olarak yorumlanmaktadır¹³⁸.

Ancak bu savın ciddi itirazlarla karşılaştığını da belirtmek gerekir. Öncelikle şirket yöneticilerinin pay sahiplerinin malvarlığını artırmaları yönünde bir yükümlülüğün pozitif hukukta bulunmadığı belirtilmektedir¹³⁹. Ayrıca pay sahibi varlığı teorisine dayanak olarak gösterilen *Dodge vs. Ford Motor Co.* kararının şirketin kâr amacı gütmemesini zorunlu tuttuğunu, ancak kârın kısa sürede en üst seviyeye çıkartılmasının (“enbüyüklenme”-“*maximization*”) zorunluluğundan bahsedilmediğini belirtmektedirler¹⁴⁰. Diğer bir ifade ile şirketin amacının kâr etmek olduğu kabul edilse bile, bu kâra hangi yollar ile ulaşılabileceği ve kâr hedefinin uzun veya kısa vadeli olması yöneticilerin yetkisindedir¹⁴¹. Ayrıca bu görüşü savunan yazarlar *Dodge vs. Ford Motor Co.* kararında, çoğunluk pay sahibi Henry Ford’un gücünü kötüye kullanarak hareket ettiğini, mahkemenin kararının buna dayandığını ve aslında şirketin amacına ilişkin bir norm tesis etmek için elverişli olmadığı da belirtilmektedir¹⁴². İlâveten Amerikan hukukunda önemli emsal kararlardan kısa vadede pay sahibi varlığı artışı sağlamak gibi bir yükümlülüklerinin bulunmadığı ve yöneticilerin uzun vadeli kâr elde etme amacını benimseyebilecekleri, kâr elde etme amacından tamamen vazgeçemeseler de bu amaca giden yolu seçebilecekleri belirtilmektedir¹⁴³. O nedenle

¹³⁸ Örnek olarak bkz. Macey, Jonathan R., “A Close Read of an Excellent Commentary on *Dodge v. Ford*”, Virginia Law & Business Review, C.2 S.1, 2008 s.178, Millon, “Theories of the Corporation”, Duke Law Journal, 1990, s.223 (Erişim: <https://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol39/iss2/2>, Erişim Tarihi: 29.04.2020), Bainbridge, Stephan M., “Director Primacy: The Means and Ends of Corporate Governance”, University of California Los Angeles School of Law Research Paper Series, Research Paper No: 02-06, s.34 (Erişim: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=300860, Erişim Tarihi: 29.04.2020), Smith, s.278.

¹³⁹ Millon, *Radical Shareholder*, s.1031 vd., Stout, Lynne, “Why We Should Stop Teaching *Dodge v. Ford Motor Co.*”, UCLA School of Law, Law-Econ Research Paper No. 07-11, 2007, s.2 vd (Erişim: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1013744, Erişim tarihi: 25.04.2020).

¹⁴⁰ Millon, *Radical Shareholder*, s.1023. Karar müdürlerin kâr elde etme amacını değiştiremeye de bu amaca ulaşmak için seçilecek yolu belirleme yetkisi olduğu kabul edilmektedir. Bkz. Bainbridge, *Corporation Law*, s.411.

¹⁴¹ Millon, *Radical Shareholder*, s.1037.

¹⁴² Haas, Jeffrey J., *Corporate Finance in a Nutshell*, West, 2011, s.553, Stout, s.4. Yazar bu nedenle ders kitaplarında ve akademik çalışmalarda sıklıkla yer verilen karara Amerikan şirketler hukukunun en önemli mahkemesi olan Delaware Yüksek Mahkemesi tarafından sadece bir kez atıf yapıldığını, bu atfın da yine çoğunluk gücünün kötüye kullanılmasına ilişkin bir karar sebebiyle olduğunu belirtmektedir. Ibid, s.2.

¹⁴³ Bu tip kararlara *Shlensky v. Wrigley*, *Katz v. Oak Indutrites* ve *Unocal Corp v. Mesa Petroleum* kararları örnek verilmektedir. Bkz. Stout, s.6 vd. *Shlensky v. Wrigley* kararı bakımından aynı sonuç için bkz. Bainbridge, *Corporate Law*, s.412.

de pay sahibi varlığı kuramının teorik tartışmalarda sıklıkla kabul edilse bile, pozitif hukuk bakımından sınırlı bir etkisinin olduğu iddia edilmektedir¹⁴⁴.

Mehaz İsviçre hukuk sisteminde ise konu tartışmalıdır. Öğretide hâkim görüş, anonim şirketin kâr elde etme amacını öne çıkartarak pay sahipleri kuramını benimsemiştir¹⁴⁵. Bu yazarların bir kısmı şirketin kâr payı amacının uzun vadeli kâra yönelik olması gerektiği yönünde bir zorunluluk bulunmadığı ileri sürülmektedir¹⁴⁶. Öte yandan diğer bir görüşe göre ise, şirketin kâr elde etmeye yönelik faaliyetlerinde uzun vadeli kârlılık hedeflenmeli ve faaliyetlerin sosyal etkisi dikkate alınmalıdır¹⁴⁷. Ayrıca şirket esas sözleşmesinde şirketin amacı ile ilgili getirilecek düzenlemeler de dikkate alınarak bir değerlendirme yapılması gerektiği savunulmaktadır¹⁴⁸. Özellikle İsviçre hukukunda anonim şirketlerin iktisadi olmayan amaçlarla kurulabilecek olması sebebiyle (İBK m.620 f.3), esas sözleşmedeki düzenlemenin pay sahipleri-menfaat sahipleri kuramı bakımından doğrudan etkisi olacağı görüşü önemlidir. Görüldüğü gibi İsviçre hukukunda, yakın zamandaki çalışmalarda pay sahipleri kuramının öne çıkmaktadır. Öte yandan, bu konudaki görüşlerin 2000'lerin başından beri değişmeye başladığı, anonim şirketin amacının sadece pay sahipleri menfaatini değil, tüm ilgilerinin menfaatini düşünmesi gerektiği fikrinin güç kazandığı da belirtilmektedir¹⁴⁹.

¹⁴⁴ Bununla birlikte, kuramın mahkeme kararları ile pozitif hukuk haline dönüşmemesi, kuramın fiilen etkisinin bulunmadığı anlamına da gelmemektedir. Piyasa koşullarının kısa vadeli pay sahibi varlığı kuramını teşvik ettiği, kurumsal yatırımcıların Amerikan finansal sistemindeki gücünün artması ile birlikte şirketlerin yatırımcı çekebilmek için kısa vadeli kârlılığa gereğinden fazla önem vermeye başladığı, bunun da kısa vadeli pay sahibi varlığı kuramını besleyen bir etkisi olduğu belirtilmektedir. Bkz. Smith, s.278, Millon, **Radical Shareholder**, s.1040 vd. Ayrıca şirket yöneticilerinin çoğunluğunun pay sahiplerinin malvarlığını artırma yükümlülüğü altında oldukları inancı taşıdıkları da belirtilmektedir. Bkz. Bratton, Willim W., **Corporate Finance**, Foundation Press, 2008, s.493, Bainbridge, **Corporate Law**, s.417-418. *Stout ise*, “şirketin amacı” gibi karmaşık bir konuya, “kâr elde etmektir” gibi hatalı ancak basit bir yanıt verdiği için öğretinin bu karara gereğinden fazla bir önem atfettiği görüşündedir. Bkz. Stout, s.10.

¹⁴⁵ Dainikier, s.435, Neuhaus/Balkanyi, **Basler Kommentar Obligationenrecht II-** Art.671-674, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2016, s.604, Chenux/Gachet, **CR**, s.570, Von der Crone, s.10-11.

¹⁴⁶ Kunz, **Funktionen**, s.258 dn.82.

¹⁴⁷ Neuhaus/Balkanyi, **Basler Kommentar**, s.604, Chenux/Gachet, **CR**, s.570. İsviçre hukukunda pay sahipleri kuramının benimsenmesinde en önemli yazar olarak gösterilen *Bär*'in da pay sahibinin kâr payı beklentisinin uzun vadeli değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir. Bkz. Bär, Rolf, **Aktuelle Fragen des Aktienrechts**, ZSR, 1966 II, s.515 (naklen Forsmoser, **Profit**, s.73).

İsviçre Federal Mahkemesi'nin de kararlarında şirketin kâr elde etme amacının kısa vadeli düşünülmemesi gerektiği ortaya konmuştur. Bkz. BGE 100 II 393 (naklen Forsmoser, **Profit**, s.75).

Öte yandan normatif düzenleme bu yönde olsa bile fiilen pay sahiplerinin kısa vadeliği önplana aldığı ve normatif düzenlemelerin fiili durum ile örtüşmediği yönünde bkz. Forsmoser, **Profit**, s.61.

¹⁴⁸ Knobloch, s.247, Chenux/Gachet, **CR**, s.570.

¹⁴⁹ Forsmoser, **Profit**, s.60. Benzer bir tespiti Amerikan hukuk sistemi dahil tüm hukuk sistemleri bakımından geçerli olduğu yönünde bkz. Helvacı, Mehmet/Cankat, Rifat, **“Karşılaştırmalı Hukukta Şirket Menfaati Kavramı”**, Prof. Dr. Sabih Arkan'a Armağan, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2019, s.547.

Konuya Türk hukuku açısından baktığımızda benzer bir sonuca varmak mümkündür. Öncelikle TTK'da anonim şirketin iktisadi amaç için kurulması gerektiği belirtilse de bu iktisadi amacın kapsamına ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır¹⁵⁰. O nedenle de Türk hukukunda şirketin kâr elde etme amacı ve pay sahiplerinin mali menfaat elde etme hakkının kapsamının muhtelif hükümlerin yorumlanması yoluyla tespit edilmesi gerekmektedir.

İlk bakışta, Türk hukukunun da pay sahipleri varlığı kuramını benimsediği iddia edilebilir. Gerçekten de TTK m.331 hükmü anonim şirketlerin amacının iktisadi olmasını mutlak bir amaç olarak belirlemiştir. Üstelik İsviçre hukukundan farklı olarak (İBK m.706), oybirliği ile dahi olsa bu amaçtan sapılmasına izin vermemiştir¹⁵¹. Başka bir ifade ile pay sahibinin kâr payı hakkı vazgeçilmez ve kaldırılmaz bir haktır. Ancak bu durum da anonim şirketin kâr elde etme amacının içeriğine ilişkin bir sonuca varmaya yeterli değildir.

Türk hukukundaki çeşitli hükümler incelendiğinde, kanun koyucunun menfaat sahipleri kuramını benimsediği ileri sürülebilir. İlk olarak yönetim kurulu üyelerinin özen ve sadakat yükümlülüğüne ilişkin TTK m.369 hükmünün gerekçesi bu konuda bir dayanak oluşturmaktadır. Madde gerekçesinde *“Bu yüküm ile, yönetim kurulu üyesinin kişisel menfaatini, hakim paysahibinin veya paysahiplerinin ve onların yakını olan gerçek ve tüzel kişiler ile üçüncü kişilerin menfaatini, şirketin menfaatinin önüne geçirmemesi kastedilmiştir”* ifadesine yer verilmiştir. Bu ifade ile kanun koyucunun şirket menfaati ile pay sahiplerinin, özellikle de hâkim pay sahibinin menfaatlerinin ayrıştığını kabul ettiği sonucuna varılmalıdır. Bu ayrımın doğal bir sonucu olaraksa şirket menfaatinin pay sahiplerinin malvarlığının artırılması dışında kendi menfaatlerinin de bulunduğu çıkarımı yapılabilir. Bu ise menfaat sahipleri kuramının bir etkisi olarak değerlendirilebilir.

Yönetim kurulu üyelerine ilişkin hükümlere ilaveten, şirketin elde ettiği kârın paylaşımına ilişkin hükümlerde de menfaat sahipleri kuramının etkileri görülmektedir. Örneğin TTK m.522 hükmü, çalışanlar için yedek akçe ayrılmasına imkân

¹⁵⁰ Denetime ilişkin TTK m.402 f.5 hükmünde şirket kârlılığı hakkında verilen bilginin gerçeğe uygunluğunun denetim kapsamında olduğu belirtilmektedir. Ancak kanaatimizce bu düzenlemeden şirketin kâr elde etme amacının kapsamına konusunda bir çıkarım yapmak mümkün değildir.

¹⁵¹ Örnek olarak bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-I**, s.623-624, Aytaç, Zühtü, **“Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Kar Dağıtımı”**, Sermaye Piyasası Kurulu 15. Yıl Sempozyumu, Ankara, 1998, s.43, Pulaşlı, **Şerh II**, s.1834. Yargıtay'ın kâr payı hakkının vazgeçilemez nitelikte olduğuna dair tespiti için bkz. 11. HD. 17.03.2016 2015-6354/3021 (naklen Aydoğan, s.118).

tanınmaktadır. Üstelik esas sözleşmeye konulacak bir hükümle, çalışanlar için yedek akçe ayrılması yönünde bir zorunluluk getirilmesi ve bu yolla genel kurulun aksi yönde bir karar almasına engel getirilmesi de mümkündür. Keza, esas sözleşmede böyle bir hüküm olmasa bile genel kurulun bu şekilde yedek akçe ayrılması yönünde karar alması yine de mümkündür. Özetle anonim şirket düzenlemeleri şirketi sadece iktisadi bir birim olarak görmemiş, anonim şirketlerin sosyal boyutları olabileceğini de göz önünde bulundurmuştur¹⁵².

Son olarak anonim şirket genel kurulunun yedek akçe ayrılması kararı alabilmesine ilişkin şartları düzenleyen TTK m.523 hükmü de bu konu hakkında fikir vermektedir. TTK m.523 hükmü şirketin “bütün pay sahiplerinin menfaatine” ve “sürdürülebilir” kâr payı dağıtımı için yedek akçe ayrılmasına imkân tanımaktadır. Bu hüküm, anonim şirketin pay sahiplerinin menfaatlerine öncelik verildiğini, ancak bu sırada sürdürülebilirliğin de göz önüne alınabileceğini ortaya koymaktadır¹⁵³. Pay sahiplerinin kâr payı hakkı bakımından doğrudan sınırlama imkanı tanıyan hükmün düzenlenme şekli, kısa vadeci bir kâr payı anlayışını kabul etmeye imkan vermemektedir¹⁵⁴.

Sonuç olarak Türk hukuku da diğer hukuk sistemleri gibi, anonim şirketlerin pay sahiplerinin mali menfaat elde etme amacını temel alırken, bir yandan da anonim şirketin sosyal roller üstlenebilmesine ve şirketin uzun vadeli sürdürülebilir bir iş modeli oluşturmaya imkân tanımaktadır. O nedenle de Türk hukukunda kabul edilen yöntemi, katı bir pay sahipleri varlığı kuramı yahut salt menfaat sahipleri kuramı olarak isimlendirmek isabetli olmayacaktır. TTK hükümleri anonim şirketin kâr elde etme amacı gütmelerini zorunlu tutarak pay sahipleri kuramına yaklaşmıştır. Öte yandan şirketin uzun vadeli kârlılığı için kısa vadeli kârlılıktan feragat edilmesine izin veren TTK m.523 hükmü, kısa vadeli bir kârlılık fikrini reddetmektedir. Ayrıca yedek akçelerin işsizliğin için önlenbilmesine ve işçiler lehine yedek akçe ayrılmasına izin veren hükümler, çalışan menfaatleri için pay sahiplerinin kâr payı hakkının sınırlanmasına izin vermektedir. Bu nedenle ilgili hükümlerin menfaat sahipleri kuramına dair unsurlar içeriği de açıktır. Bu şekilde karma nitelikteki bir sistem, “uzun vadeli (aydınlanmış) pay sahipleri” kuramı olarak tanımlanabilir.

¹⁵² İsviçre hukuku bakımından bu yönde bkz. Forstmoser, **Profit**, s.77, Kunz, **Funktionen**, s.258 dn.80.

¹⁵³ Kavram için bkz. Millon, **Radical Shareholder**, s.1014.

¹⁵⁴ Forstmoser, **Profit**, s.77.

Bu bağlamda aydınlanmış pay sahipleri kuramının pozitif hukuktaki sonuçlarına da kısaca değinmek faydalı olacaktır. Aydınlanmış pay sahipleri kuramı uyarınca, anonim şirketin amacı kâr elde etmeye yönelik olsa da şirketin bu amaca ulaştıracak yönetimi belirleme konusunda geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır. Bu görüşe göre pay sahiplerinin kısa vadeli mali menfaat beklentileri tek veya en üstün hak olmayıp kâr elde etme amacına yönelik eylemlerin ve işlemlerin diğer menfaat sahipleri bakımından sonuçlarının da dikkate alınarak uzun vadeli ve sürdürülebilir kârlılığın esas alınması gerekmektedir. Şirket organları sürdürülebilirliği sağlamak için pay sahiplerinin kâr payı beklentisi ile diğer menfaat sahiplerinin durumunu göz önünde bulundurarak hareket edecektir. Doğal olarak da bu konuda şirket organlarına geniş bir takdir yetkisi tanınmış olmaktadır¹⁵⁵. Şirket yönetimine ilişkin kararlar Türk hukukunda çoğunlukla yönetim kurulunun yetkisinde olduğu için, bu organ genellikle yönetim kurulu olacaktır. Somut olayın şartları içerisinde yönetim kurulu, çatışan menfaatleri dikkate alarak şirketin uzun vadeli ve sürdürülebilir kârlılığını sağlayacağını düşündüğü kararı almaya yetkili olacaktır.

b. Mali Menfaat Elde Etme Hakkının İç Boyutu: Dağıtım

Mali menfaat elde etme hakkının dış boyutu, şirketin kâr elde etme amacına yönelik faaliyet göstermesi iken, hakkın iç boyutu elde edilen kârın şirket ortaklarına aktarılmasını ifade etmektedir. Mali menfaat elde etme hakkı, ancak pay sahibinin şirketin malvarlığında gerçekleşen değer artışından yararlanabilmesi halinde anlam kazanmaktadır. Şirket iktisadi faaliyetler sonucunda kâr elde ettiği halde, ayrı bir tüzel kişilik olan şirketin malvarlığındaki artıştan pay sahipleri yararlanmıyorsa, pay sahipleri bakımından gerçek anlamda bir haktan yararlanmak da mümkün olmayacaktır. Bu nedenle şirketin elde ettiği kârın ortakların menfaatlerine sunulması da mali menfaat elde etme hakkının iç boyutu olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu nedenledir ki, şirketin elde ettiği kârın ortaklara dağıtılmasını engelleyecek fiiller kâr payı hakkının ihlali sonucunu doğurur. Örneğin şirket kârının üçüncü kişilere

¹⁵⁵ Öğretide *Von der Crone*, pay sahipleri ile menfaat sahipleri arasındaki kuramı, şirketin yönetim kurulunun menfaat sahiplerini korumak için pay sahiplerinin çıkarlarını ne kadar zedeleyebileceği sorusuna indirgenin mümkün olduğunu belirtmektedir. Bkz. *Von der Crone*, s.11. Nitekim Amerikan hukukunda da şirketin amacı kavramı, yönetim kurulu üyelerinin görevleri bahsine ilişkin bir konu olarak ele alınmaktadır. Bkz. Macey, s.178, Millon, **Theories**, 223, Bainbridge, **Directors' Primacy**, s.34, Smith, s.278, Bainbridge, **Corporate Law**, s.414-415. Nitekim, Amerikan hukukunda pay sahipleri kuramına karşı çıkan yazarlar, kurama dayanak olan *Dodge v. Ford* kararının yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin bir karar olmadığı iddiasıyla kararın yol gösterici olmadığını belirtmektedirler. Bkz. Haas, s.553, Stout, s.4.

aktarılmasına yönelik sözleşmeler, kârın pay sahiplerine aktarılmasını engelleyeceği için mali menfaat elde etme hakkının iç boyutunu ihlal ederler¹⁵⁶. O nedenle de öğretide de belirtildiği üzere, şirketin kârının tamamının üçüncü kişilere temlik edilmesine yönelik sözleşmeler batıldır¹⁵⁷. Öte yandan, şirketin kârının bir kısmını temlik etmesi, dağıtımını tamamen ortadan kaldırmadığı için tek başına mali menfaat elde etme hakkını ihlal etmemektedir¹⁵⁸.

Anonim şirketin kârını ortaklara aktarma amacı, şirketin doğumundan başlayarak şirketin sona ermesine kadar devam etmektedir. Ancak şirketin feshi kararının genel kurulun kâr dağıtım konusundaki yetkisinin şirketin feshi kararı karşısındaki durumu

¹⁵⁶ Genel kural bu yönde olsa da şirketler topluluğu bağlamında bu yargının sorgulanmaya açık olduğunu belirtmek gerekir. Bir şirket üzerinde hakimiyetin sağlanmasına ilişkin yollardan biri de hakimiyet sözleşmeleridir. Hakimiyet sözleşmeleri, bir şirketin yönetimini bir başka teşebbüse bırakılmasına yönelik sözleşmeler olarak tanımlanmıştır. Bkz. Okutan Nilsson, Gül, **Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Şirketler Topluluğu Hukuku**, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2009, s.37, Yanlı, Veliye, “**Hakimiyet Sözleşmeleri**”, Regesta C.3 S.1 2013, s.6. Hakimiyet sözleşmelerinin Alman hukukunda düzenlenen türlerinden biri de kârın devri (“*gewinnabführung*”) sözleşmeleridir (AktG m.291). Bu sözleşmelerde, bağlı şirket kârının tamamını hâkim şirkete aktarmayı taahhüt etmektedir. Bkz. Okutan Nilsson, **Şirketler Topluluğu**, s.37, Langenbucher, **Aktiengesetz Kommentar - Band II**, (Ed: Schmidt/Lutter), Otto Schmidt Verlag, 2015, **Art 291** para.52. Bunun karşılığında ise, hâkim şirket, bağlı şirket pay sahiplerine hakkaniyete uygun bir denkleştirme ödeme borcu altına girmektedir. Okutan Nilsson, **Şirketler Topluluğu**, s.38. Böyle bir sözleşme hem pay sahibinin mali dar anlamda kâr payı hakkını hem de genel kurulun kârın kullanımı konusunda karar verme yetkisinin bertaraf edilmesi sonucunu doğuracaktır. Bkz. Langenbucher, **Schmidt/Lutter Kommentar, Art 291**, para.59.

Konuya Türk hukuku açısından bakıldığında, kârın devri sözleşmeleri konusunda açık bir hüküm yoktur. Bununla birlikte TTK m.195 1-b hükmü, hakimiyet sözleşmelerinin hukuka uygunluğunu kabul etmektedir. Bkz. Okutan Nilsson, **Şirketler Topluluğu**, s.135. O nedenle de Türk hukukunda da hakimiyet sözleşmesi niteliğinde kârın devri sözleşmesi yapılması mümkündür.

Bu noktada kâr payı hakkının kaldırılamaz bir hak olması da varılan sonucu değiştirmemelidir. Zira hakimiyet sözleşmeleri doğaları gereği anonim şirketler hukukundaki emredici hükümlere istisna getirme özelliğine sahiptir. Örneğin bir hakimiyet sözleşmesi sonucunda bağlı şirketin yönetim kurulunun devredilemez yetkileri arasında yer alan şirketin üst düzey yönetimi hâkim şirket tarafından yürütülmektedir. Bkz. Yanlı, **Hakimiyet Sözleşmeleri**, s.9. O nedenle de kanaatimizce pay sahibinin mali menfaat elde etme hakkının vazgeçilmez bir hak olması, hakimiyet sözleşmelerinin kabulüne engel teşkil etmemelidir. Bununla birlikte, her ne kadar TTK'da bir düzenleme olmasa da hakimiyet sözleşmesi niteliğinde bir kârın devri sözleşmesinin geçerli olması için, Alman hukukunda olduğu gibi bağlı şirket pay sahiplerine denkleştirme niteliğinde bir kâr dağıtımı yapılması zorunlu olmalıdır. Ancak Alman hukukunda, hakimiyet sözleşmelerinden bağımsız olarak da kârın aktarımı sözleşmesi yapılabileceği belirtilmektedir. Langenbucher, **Schmidt/Lutter Kommentar, Art 291**, para.53. Kanaatimizce böyle bir sonuca Türk hukuku bakımından varılamaz.

Hakimiyet sözleşmelerinin diğer geçerlilik şartları bakımından bkz. Yanlı, **Hakimiyet Sözleşmeleri**, s.11 vd.

¹⁵⁷ Yanlı, **Kârın Tamamen Devri**, s.211, Gürbüz Usluel, s.78. Hatırlatmak isteriz ki, İsviçre hukukunda kâr elde etme amacı pay sahiplerinin oybirliği ile kaldırılabilir. Bu nedenle esas sözleşmede oybirliği ile şirketin kâr elde etme amacının kaldırılması halinde, elde ettiği kârın tamamını üçüncü kişilere temlik edebileceği kabul edilmektedir. Bkz. a.g.e., s.78.

¹⁵⁸ Gürbüz Usluel, s.78-79. Ancak yazar bu temlik işleminin karşılığında bir menfaat elde etmesi gerektiğini, aksi takdirde yapılan devir işleminin de batıl olacağını belirtmektedir. Bkz. a.g.e., s.78-79.

ise tartışmalıdır. İsviçre öğretisinde çoğunluk görüşü, şirketin feshine karar verilmesi halinde artık genel kurulun kâr dağıtım kararı veremeyeceği yönündedir¹⁵⁹.

Sonuç olarak, mali menfaat elde etme hakkının iç boyutu da dış boyutu gibi şirkete geniş bir takdir yetkisi tanımaktadır. Bu nedenle de öğretide mali menfaat elde etme hakkının iç boyutunun, yani şirket tarafından elde edilen kârın pay sahiplerine aktarımının mutlak bir nitelikte olmadığı belirtilmektedir¹⁶⁰. Gerçekten de şirketin elde ettiği kârın tamamının pay sahiplerine dağıtılması mutlak bir zorunluluk değildir. İlk olarak şirket, şirket menfaatleri uyarınca kanunda ve esas sözleşmede belirtilen koşullara uygun olarak kârın dağıtımından belirli bir miktar veya belirli bir süre imtina edebilir. İkinci olaraksa şirket tüzel kişiliği, kârın ortaklara aktarımı bakımından kullanılacak yöntemi belirleme konusunda bir esnekliğe sahiptir. Kârın ortaklara aktarılması konusunda ilk akla gelen yöntem, şirketin pay sahiplerine kâr payı ödemesi, diğer bir ifade ile somut kâr payı hakkıdır. Ancak şirketin sahip olduğu varlıkları ortaklara dağıtması kâr payı dışında başka yöntemlerle de gerçekleştirilebilir. Örneğin şirket, kendi paylarını iktisap etmesi yoluyla da kâr dağıtımı ile benzer şekilde şirket kârının ortaklara aktarılmasını sağlayabilirler veya icra ettiği faaliyeti ortaklarına uygun koşullarla sunmak suretiyle pay sahiplerine menfaat sağlayabilirler¹⁶¹. Bu bağlamda anonim ortaklığın sahip olduğu bir enerji tesisinin ortaklarının kullanımı için enerji tedarik etmesi örnek olarak gösterilebilir¹⁶². Hatta, pay sahibinin elde edilen kârdan yararlanması için şirketin aktif bir eyleminin bulunması dahi gerekmemeyebilir. Pay sahibinin şirkette sahip olduğu payları bir üçüncü kişiye devretmesi halinde, pay devir bedeli olarak elde edeceği kazanç, dolaylı olarak

¹⁵⁹ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-II**, s.349, Pulaşlı, **Şerh III**, s.2386, Von der Crone, s.786. Bu görüşün İsviçre hukukunda yerleşik görüş olduğu yönünde bkz. Vischer, **Dividend in Liquidation**, s.561 vd. Ancak yazar görüşe katılmadığını ve şirketin feshi kararının genel kurulun kâr dağıtım kararı alma yetkisini kaldırmadığını belirtmektedir. Bkz. Vischer, **Dividend in Liquidation**, s.561.

Kanaatimizce anonim şirketin tasfiye sürecine girmesi ile birlikte artık kâr dağıtımı yapılması da mümkün olmamalıdır. Nitekim TTK m.543 f.2 hükmü uyarınca tasfiye sürecinde pay sahiplerine tasfiye bakiyesinin ödeme yapılması için mahkemenin izni gerektiği dikkate alınır, kâr dağıtımı yoluyla bu hükmün dolanılmasına imkan vermemek gerektiği görüşündeyiz.

¹⁶⁰ Dekker, **OFK**, s.188.

¹⁶¹ Şirket kaynaklarının ortaklara aktarılması konusunda, kâr payı dağıtımı dışında yolların neler olabileceği konusunda daha kapsamlı açıklama için bkz. Aşağıda B-2- Mali Menfaat Elde Etme Hakkı ile Dar Anlamda Kâr Payı.

¹⁶² Yanlı, **Kârın Tamamen Devri**, s.210. Karşı görüş Lassare, s.34. Yazar, iktisadi amacın sadece kâr dağıtımı anlamına geldiğini, şirketin pay sahiplerine uygun şartlarda mal ve hizmet tedarik etmesi amacı taşımasının iktisadi amaç olarak değerlendirilemeyeceğini belirtmektedir.

Belirtmek gerekir ki, bu amaca nakit dışı kâr dağıtımı yoluyla ulaşmanın da mümkün olduğu belirtilmektedir. Grund, Thomas, **Sachdividenden bei Aktiengesellschaften**, Peter Lang Verlag, 2006, s.38. Nakit dışı kâr payı hakkı bakımından açıklama için bkz. Üçüncü Bölüm-IV-B-b.- Nakit Dışı Dağıtım.

şirket kârından yararlanması sonucunu doğuracaktır. Bu nedenle payların devir kabiliyetine ilişkin düzenlemeler de pay sahiplerinin mali menfaat elde etme hakkı ile yakından ilişkilidir. Bu durumun bir sonucu olarak pay sahibinin sahip olduğu ortaklık haklarının değerini ve devir kabiliyetini¹⁶³ azaltan işlemler, söz konusu mali menfaat elde etme hakkının da ihlali sonucunu doğuracaktır¹⁶⁴.

4. Hakkın Emredici Niteliği

Bu noktada soyut kâr payı hakkının kaldırılmasının veya sınırlandırılmasının mümkün olup olmadığının da kısaca değerlendirilmesi gerekmektedir. İsviçre hukukunda¹⁶⁵ şirketin kâr elde etme amacının oybirliği ile kaldırılabilirliği açık hüküm ile düzenlenmiştir (İBK m.704)¹⁶⁶. Bu nedenle söz konusu hak, herhangi bir pay sahibinin rızası hilafına kaldırılabilir bir hak değildir.

Öte yandan İsviçre hukukunda pay sahiplerinin söz konusu haktan vazgeçmesine imkân tanınmıştır. Öncelikle İBK m.620 f.3 hükmü, anonim şirketlerin iktisadi olmayan bir amaç için kurulmasına izin vermektedir. Mali menfaat elde etme hakkından oybirliği ile vazgeçilmemesi halinde, pay sahiplerine bu karara karşı butlanın tespiti değil, iptal davası açılması imkânı tanınmıştır (İBK m.704). Bu nedenle anonim şirketin iktisadi amacını veya daha geniş bir ifade ile pay sahiplerinin mali menfaat elde etme hakkını kaldıran karar oybirliği ile alınmamış olsa dahi, hiçbir pay sahibi tarafından süresi içinde iptal davası açılmadığı takdirde, iptal davası süresinin geçmesi ile birlikte karar sağlık kazanacaktır¹⁶⁷.

Türk hukukunda ise mali menfaat elde etme hakkı bakımından daha korumacı bir yaklaşımın benimsendiğini söylemek mümkündür. İBK'nın aksine TTK'da anonim

¹⁶³ Bu açıdan pay devrini sınırlayan hükümlerinin pay sahiplerinin malvarlığı hakkı ile yakından ilişkili olduğu yönünde bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-II**, s.138.

¹⁶⁴ Aynı nedenden ötürü pay sahiplerinin rüçhan haklarının devredilebilirliği de pay sahiplerinin mali menfaatleri ile bağlantılıdır. Bkz. Görmez, Onur, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Rüçhan Hakkının Kısıtlanması**, Beta Yayınları, 2017, İstanbul, s.12.

¹⁶⁵ Benzer şekilde Alman hukukunda da kâr elde edilmesi ve bu kârın dağıtılması amacının zorunlu olmadığı ve başka amaçlarla da anonim şirket kurulmasının mümkün olduğu belirtilmektedir. Örnek olarak bkz. Westermann, **“Heidelberg Kommentar- Aktiengesellschaft**, 4. Auflage, CF Müller, **Art.3, para.1**, Dauner-Lieb, **Kölner Kommentar zum Aktiengesetz**, Carl Heymans Verlag, 2018, **Art 3, para.8**, Yanlı, **Kârın Tamamının Devri**, s.204.

Bu yönde düzenlemeler başka hukuk sistemlerinde de karşımıza çıkmaktadır. Örneğin benzer şekilde oybirliği ile şirketin kâr amacı gütmemesinden feragat edilebileceğine yönelik karar alınabileceği İsveç Şirketler Kanunu Bölüm 3 Kısım 3'te de düzenlenmiştir. Bkz. Skog, Rolf/Fäger, Catarina, **The Swedish Companies Act**, Norstedts Juridik, 2007, s.103.

¹⁶⁶ Anonim şirketin dernek ve vakıf gibi sosyal amaçlara hizmet etmesinin hedeflendiği durumlarda, mali menfaat elde etme hakkının kaldırılması başvuru bir yöntemdir. Bkz. Böckli, **Aktienrecht**, s.33.

¹⁶⁷ Hugueinin/Mahler, s.139.

şirketlerin sadece iktisadi amaçlar için kurulmasına izin verilmiş olup bu amaçtan sapma imkânı da tanınmamıştır. Nitekim Yargıtay da ilgili kararında mali menfaat elde etme hakkının vazgeçilmez nitelikte olduğuna hükmetmiştir¹⁶⁸. Öğretide kâr payı hakkı ele alınırken, hakkın vazgeçilmez nitelik olduğu ifade edilmektedir¹⁶⁹ ki, öğretide kâr payı hakkının vazgeçilmez boyutu olarak ifade edilen, pay sahiplerinin mali menfaat elde etme hakkıdır.

Bu nedenle pay sahiplerinin oybirliği ile dahi olsa bu hakkı kaldıramayacağı ve şirketin kâr elde etme amacını değiştiremeyeceği kabul edilmelidir. Genel kurulun böyle bir kararı, oybirliği ile dahi olması mümkün olmayacaktır. TTK m.447 hükmü sebebiyle hem anonim şirketin temel yapısına aykırılık teşkil edecek olması hem de pay sahibinin bir hakkını ortadan kaldıracak olması sebebiyle mali menfaat hakkını kaldırmaya yönelik bir kararın iptal edilebilir değil, butlan ile sakat olduğu ve hukuka aykırılığın her zaman ileri sürülebileceği kabul edilmelidir¹⁷⁰.

Son olarak belirtmek gerekir ki, kanun koyucunun mali menfaat hakkını vazgeçilmez bir hak olarak kabul etmesi, hukuk politikası açısından sorgulamaya açıktır. Bir hukuki icat olan anonim şirket, sadece kâr amaçlı faaliyetler bakımından değil, uzun süreli sosyal amaçlı faaliyetlerin yürütülmesi için de oldukça kullanışlı bir organizasyon modeli sunmaktadır. Bu nedenle iktisadi amaç dışında sosyal amaçlarla anonim şirket kurulmasına izin verilmesi, bu etkin modelin sosyal amaçlar için kullanılmasına olanak sağlayacaktır. Bu sayede dernek veya vakıfların hantal kaldığı alanlarda, anonim şirketler vasıtasıyla sosyal amaçlara hizmet edilmesine de olanak tanınacaktır. İsviçre hukukunda olduğu için sonradan yapılacak bir esas sözleşme değişikliği için pay sahiplerinin oybirliğinin aranması pay sahiplerinin korunması için yararlı olacaktır. Bunun dışında, böyle bir değişiklik halinde mevcut alacaklıların korunmasına yönelik önlemlerin alınması da üzerine düşünülmesi gereken bir husustur. Ancak gerek alacaklıları gerek azınlık pay sahiplerini koruyacak tedbirlerin alınması halinde, anonim şirket organizasyonu modelinin de sosyal amaçlar için kullanılmasına cevaz vermenin toplumsal menfaat için yararlı olacağı kanaatindeyiz.

¹⁶⁸ 11. HD. 17.03.2016 2015-6354/3021 (naklen Aydoğan, s.118.)

¹⁶⁹ Örnek olarak bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-I**, s.623-624, Aytaç, **Kâr Payı**, s.43, Pulaşlı, **Şerh II**, s.1834, Paslı, s.119.

¹⁷⁰ Hatırlatmak isteriz ki, İBK m.706 hükmü anonim şirketin iktisadi amaç gütmeyeceği yönündeki esas sözleşme değişikliğinin oybirliği ile alınmamasını bir butlan sebebi olarak değil, iptal sebebi olarak düzenlemiştir. Türk hukukunda bu yönde bir hüküm olmadığı için, TTK m.445-TTK m.447 düzenlemeleri ışığında, iktisadi amacı kaldıran bir kararın butlana yol açacağı kabul edilmelidir.

B. Dar Anlamda Kâr Payı Hakkı: Net Dönem Kârı ve Serbest Yedek Akçeden Yapılacak Dağıtımlar Üzerindeki Hak

Kâr payı hakkı denildiği zaman öğreti ve uygulamada anlaşılan hak, dar anlamda kâr payı hakkı veya eski ifadesi ile temettü hakkıdır. Dar anlamda kâr payı hakkı, şirketin net dönem kârının ve serbest yedek akçelerin kanun, esas sözleşme ve genel kurul kararları sonucunda dağıtılacak olan kısmı üzerinde pay sahibinin sahip olduğu hak olarak tanımlanmaktadır¹⁷¹.

Dar anlamda kâr payı hakkının pozitif hukuktaki dayanağı TTK m.507 hükmü olarak görünmektedir. TTK m.507 uyarınca, *“her pay sahibi, kanun ve esas sözleşme hükümlerine göre pay sahiplerine dağıtılması kararlaştırılmış net dönem kârına, payı oranında katılma hakkını haizdir”*. Ancak belirtmek gerekir ki, dar anlamda kâr payı hakkına ilişkin tek düzenleme TTK m.507 hükmü değildir. Anonim şirketin yedek akçe ayırmasına ve bu yedek akçeleri kullanmasına ilişkin hükümler de dolaylı olarak dar anlamda kâr payı hakkının içeriğinin ve sınırlarının tespit edilmesi bakımından önem taşımaktadır. O nedenle de pay sahiplerinin kâr payı hakkı incelenirken, anonim şirketin finansal düzenine ilişkin tüm hükümlerin bir bütün olarak ele alınması kaçınılmazdır.

Kanaatimizce dar anlamda kâr payı hakkını “soyut kâr payı hakkı” ve “somut kâr payı hakkı” olarak ikiye ayırarak incelemek mümkündür. Soyut kâr payı hakkı, pay sahibinin herhangi bir yıldaki kâr dağıtımını üzerindeki hakkını ifade ederken, somut kâr payı hakkı ise belirli bir yıldaki kâr payı dağıtımını üzerindeki hakkı ifade etmektedir. Örneğin bir faaliyet yılı sonunda dağıtılabılır kâr bulunmaması halinde, pay sahibinin o dönem için kâr payı hakkından, yani somut kâr payı hakkından bahsetmek mümkün olmasa da pay sahipliği statüsüne bağlı olan ve gelecek yılları da kapsayan soyut kâr payı hakkı varlığını sürdürecektir.

Belirtmek isteriz ki, bir pay sahipliği hakkının “soyut” ve “somut” olarak ayrılması kâr payı hakkına özgü değildir. Diğer ortaklık hakları bakımından da benzer bir ayrım

¹⁷¹ Egger, s.11, Pulaşlı, **Şerh II**, s.1834, Üçışık/Çelik, s.291, Canözü, Salih, **Anonim Şirketlerde Kâr Payının Tespiti ve Dağıtılması**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s.24, Badak, s.67. Belirtmek isteriz ki, öğretilerdeki bu tanım kâr payı hakkının sadece şirketin dağıtım yaptığı tutara katılma yetkisi olarak tanımlanmaktadır. Kanaatimizce dar anlamda kâr payı hakkı, pay sahibine sadece edilgen şekilde dağıtılan tutara katılma yetkisi değil, aktif bir rol olarak şirketi dağıtıma zorlama yetkisini de vermektedir ve kapsayıcı bir tanımın bu hususu da içermesi gerekir. Öğretilerdeki tanıma ilişkin eleştirimiz ve daha kapsayıcı olduğunu düşündüğümüz tanım için bkz. Aşağıda III-Kâr Payı Hakkına İlişkin Tanımların İncelenmesi.

karşımıza çıkabilmektedir. Örneğin rüçhan hakkı bakımından da somut rüçhan hakkı-soyut rüçhan hakkı ayrımı yapılmaktadır. Rüçhan hakkı, soyut görünümü ile bir pay sahipliği hakkı olarak her daim mevcuttur. Bununla birlikte, bir dış kaynaklardan sermaye artırımını yapılması halinde, söz konusu rüçhan hakkı yeni çıkartılan paylar üzerinde kullanılabilir hale gelerek somutlaşmış olmaktadır¹⁷².

Söz konusu tasnif ilk bakışta yapay görünebilir. Ancak bu tasnif, hakkın ihlal edilmesinin sonuçları bakımından aslında önemli bir işlevi haizdir. Somut olarak kâr payı hakkı, ilgili yıldaki genel kurulda şirketin kâr dağıtımını yapmasını ve dağıtılan kâra pay sahibinin katılma hakkını ifade etmektedir. Anonim şirket genel kuruluna belirli şartlarda yedek akçe ayırma yetkisi tanıdığı için, belirli bir yıldaki kâr payı hakkının hukuka uygun şekilde sınırlandırılmasına olanak tanınmıştır (TTK m.523). O nedenle de kâr payı hakkının belirli bir yıla özgü olarak genel kurul kararı ile sınırlandırılması mümkündür. İlaveten bu şekilde bir yıla özgü sınırlama, süreklilik arz etmez, ihlal genel kurul kararı ile birlikte gerçekleşir ve sona erer. O nedenle de bu şekilde bir hukuka aykırı genel kurul kararına karşı iptal davasının açılması gerekecektir. Halbuki, soyut kâr payı hakkının ihlal edilmesi halinde, kâr payı hakkının ihlali sadece bir seneye özgü olmayıp gelecek yıllarda da etkisini gösterecektir. Ayrıca soyut olarak pay sahibinin kâr payı hakkını sınırlamak mümkün değildir. Kanun koyucu genel kurulun yedek akçe ayrılması kararı almasına ve hatta esas sözleşmede bu yönde hüküm sevk edilmesine izin verse de kâr payı hakkının tamamen kaldırılması mümkün değildir. Bu nedenle de soyut olarak kâr payı hakkı pay sahibi açısından vazgeçilmez bir hak niteliğindedir. Soyut kâr payı hakkını ihlal eden bir genel kurul kararı ise, pay sahibinin vazgeçilmez hakkının ihlali sonucunu doğuracağı için batıl olacaktır (TTK m.447).

1. Dar Anlamda Kâr Payı Hakkının İçeriği

Dar anlamda kâr payı hakkının genel çerçevesini tam olarak ortaya koyabilmek için ilk önce bu hakkın içeriğine değinilmesinde yarar vardır. Dar anlamda kâr payı hakkı, hak sahibine temel olarak iki yetki vermektedir.

Dar anlamda kâr payı hakkının pay sahiplerine verdiği ilk yetki kâr dağıtımını koruma yetkisidir. Zira Türk hukuku uyarınca, şirketin faaliyet yılı sonunda net dönem kârını tespit ettikten sonra, kanun yahut varsa esas sözleşmedeki hükümleri

¹⁷² Rüçhan hakkının somut ve soyut görünümü hakkındaki açıklamalar için bkz. Görmez, s.25.

çerçevesinde yedek akçe ayırdıktan sonra ortaklara kâr dağıtım yapması zorunluluğu¹⁷³ bulunmaktadır. Anonim kanunda veya esas sözleşmede şirket kârını muhafaza etmesine imkân tanıyan haller bulunmamasına rağmen, şirketin kâr dağıtımından imtina etmesi halinde, pay sahibinin bu kararlara karşı çeşitli hukuki yollara başvurma hakkı bulunmaktadır. Pay sahibinin, şirketin hukuka aykırı şekilde dağıtımdan kaçınmasına karşı birtakım davalar açmasına dayanak oluşturan bu hak ise kâr dağıtımını talep hakkı olarak isimlendirilebilir.

Dar anlamda kâr payı hakkının verdiği ikinci yetki, şirketin yapacağı kâr dağıtımına pay sahibinin katılması yetkisidir. Kâr dağıtımına iştirak veya kârdan pay alma yetkisi olarak tanımlayabileceğimiz bu yetki uyarınca, pay sahibi sahip olduğu payların itibari değerleri için yaptığı ödemeler ile orantılı olarak, şirket tarafından dağıtılan kâr payına hak kazanacaktır.

Aşağıda dar anlamda kâr payı hakkının verdiği yetkilerin içeriğine ilişkin genel esaslar ortaya konulacaktır.

a. Kâr Dağıtımına Zorlama Yetkisi

i. Kavramın Tanımlanması

Kâr payı hakkının pay sahibine, şirket tarafından yapılan kâr dağıtımına katılma yetkisi verdiği konusunda bir tereddüt yoktur. Fakat bu yetki, sadece şirket tarafından kâr dağıtım kararı verilmesi halinde söz konusudur. Şirket yetkili organı karar almadığı takdirde, pay sahiplerinin şirket malvarlığı üzerinde doğrudan bir talebi bulunmamaktadır¹⁷⁴. Bu haliyle, kâr payı hakkı edilgen bir nitelik göstermektedir. Bu durum beraberinde bir soruyu getirmektedir. Acaba kâr payı hakkı, pay sahibine şirketin kâr dağıtmama kararını yargısal denetime tabi kılma ve belirli şartlarda şirketi

¹⁷³ Yanlış anlaşılmaya yer vermemek adına belirtmek gerekir ki, burada kast edilen ilgili yılda şirketin mutlaka kâr dağıtması zorunluluğu değildir. Yıllık kârın belirli bir kısmının dağıtımı konusunda mutlak bir zorunluluk bulunup bulunmadığı konusundaki tartışma için bkz. Aşağıda iv-02-Birinci Kâr Payı Dağıtımının Zorunluluğu Tartışması.

Esasen şirkete kanun hükümleri veya ilgili esas sözleşme düzenlemeleri sebebiyle şirketin belirli bir yılda tüm kârını yedek akçe olarak ayırması mümkün olabilir. Bu bağlamda kâr payı dağıtılması zorunluluğu ile kast edilen, şirkete tanınan yedek akçe ayırma yetkisinin çerçevesinin kanun ve esas sözleşme hükümleri ile çizildiği ve bu yetkinin ötesindeki kârın dağıtılmasının bir zorunluluk olduğudur. Bu konudaki detaylı tartışma için

¹⁷⁴ Yargıtay'ın bu konudaki görüşü için bkz. HGK. 03.06.1992 E.1992/11-276 K.365 (hukuki.net). Öğretide aynı yönde bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-I**, s.630, Gürbüz Usluel, s.191. Bununla birlikte kâr payı hakkının istisnai olarak genel kurul kararı olmaksızın doğduğu hallerde farklı sonuçlara varılmaktadır. Örneğin birinci kâr payı dağıtımının zorunlu olduğunu savunan görüşe göre, kâr payı alacağı genel kurulun finansal tabloların onaylanmasına ilişkin kararı ile doğacaktır. Bkz. Badak, s.190, Üçışık/Çelik, s.302. Bu görüş kabul edildiği takdirde pay sahibinin genel kurulun kâr dağıtım kararı olmaksızın da alacak hakkını talep etmesi mümkün olacaktır.

kâr dağıtımına zorlama yetkisi vermekte midir? Diğer bir anlatımla şirket kâr dağıtımında bulunmadığı takdirde pay sahibi, şirketin bu kararına karşı hukuki koruma talep edebilir mi?

Konuyu incelemeye geçmeden bir hususu açıklığa kavuşturmak gerekir. Bu bölümde “kâr dağıtımına zorlama” yetkisi ile kast edilen, şirketin kâr dağıtımı konusunda verdiği karara karşı hukuki yollara başvurmak ve kararın hukuki denetimini sağlamaktır. Bu denetim sonucunda mahkemenin pay sahibine sağlayacağı hukuki korumanın ne olduğu, bu açıdan farklılık göstermez. Örneğin kâr dağıtımına zorlama yetkisi, sadece mahkemenin şirket genel kurul kararı yerine geçerek kâr dağıtım kararı vermesinden ibaret değildir. Böyle bir davaya ilaveten, şirketin yedek akçe ayırma kararının iptal edilmesi gibi, şirketin yedek akçe ayırma kararına karşı bir yaptırım sağlayan tüm davalar bu kapsamda kâr dağıtımına zorlama olarak düşünülmelidir. Zira tüm bu davalar, şirketin kâr dağıtmama kararını hukuki denetime açmakta ve pay sahibinin bu hukuka aykırılığa karşı bir hukuki koruma talebini içermektedir. Şüphesiz ki, bu davaların şartları ve şirketi dağıtım zorlama kuvvetleri ayrı bir tartışma konusudur¹⁷⁵. Ancak bu bölüm kapsamında şirketin dağıtım konusundaki kararına karşı hukuki yollara başvurulabilmesi, kâr dağıtımına zorlama yetkisinin varlığı için yeterli sayılacaktır.

İlk bakışta kâr payı hakkının doğası gereği pay sahibine şirketi kâr dağıtımına zorlama yetkisini vermesi beklenir, zira hukuk sistemi bir kişiye bir hak tanıdığı takdirde, kural olarak bu hakkın doğmasına ilişkin şartların gerçekleşmesinin sağlanması, hak sahibine hakkı ihlal eden eylem ve işlemlere karşı hukuki korumaya başvurma yetkisi verilmesi olağandır. Örneğin bir borcun ifasının borçlu tarafından imkânsız hale getirilmesi halinde, borçlunun bu imkansızlıktan sorumlu olması ve alacaklının da borçluya karşı hukuki yollara başvurabilmesi oldukça doğaldır. Ne var ki, bazı durumlarda konu karmaşık hale gelmektedir. Özellikle bir hakkın kapsamının borçlunun irade beyanına bağlı olarak değişiklik gösterdiği durumlarda, hak sahibinin hukuki korumadan yararlanıp yararlanamayacağı meselesi önem kazanır; çünkü bu gibi durumlarda muhatabın hakkın içeriğini belirleme yetkisi ile hak sahibinin hakkı ileri sürme yetkisi arasında bir çatışma ortaya çıkmaktadır¹⁷⁶.

¹⁷⁵ Bu konuda bkz. Dördüncü Bölüm-II-Pay Sahibinin Mahkemeden Kâr Dağıtım Talebi.

¹⁷⁶ Benzer bir sorun, seçim yetkisinin borçluya ait olduğu seçimlik borçlarda da kendini göstermektedir. Seçimlik borç kavramı hakkında bkz. Eren, Fikret, **Borçlar Hukuku-Genel Hükümler**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s.112 vd., Tercier/Pichonaz/Develioğlu, s.321.

Söz konusu sorun, kâr payı dağıtımını özelinde daha da karmaşık bir hale gelmektedir. Zira kâr dağıtım kararı alınması birçok değişkene bağlı olan, şirket yönetimi üzerinde etkileri olan karmaşık bir konudur. Daha önce de belirttiğimiz üzere, pay sahibi açısından malvarlığı hakkı niteliğinde olan kâr payı hakkı, bir yandan da şirketin yönetimine ilişkin bir konudur¹⁷⁷. Bu nedenle de pay sahipliği hakkının korunması ve mahkemelerin şirket organları tarafından alınan böyle bir kararı denetlemeleri, dolaylı olarak mahkemelerin şirket yönetimine müdahil olması anlamına da gelmektedir. Öte yandan kâr payı dağıtımına ilişkin kararların hukuki denetiminin yapılmaması, bu konunun tamamen ticari bir mesele olarak görülmesi ve hukuki incelemenin dışında bırakılması da kâr payı hakkını korumasız bırakmak anlamına gelir. Aşağıda bu çatışmanın kâr payı bağlamında Türk hukukunda nasıl çözümlendiği öncelikli olarak ele alınacaktır. Ardından yabancı hukuk sistemleri genel hatları ile tanıtılacak ve bazı etkin hukuk sistemleri ile Türk hukuku arasında bir karşılaştırma yapılacaktır.

ii. Türk Hukukundaki Durum

Kâr payı hakkının pay sahibine, şirketi kâr dağıtımına zorlama yetkisi verip vermediği ve eğer böyle bir yetki veriyorsa, bu yetkinin içeriği konusu esasen karmaşık bir konudur. Nitekim yargı kararları ve öğretideki görüşler incelendiğinde, pay sahibinin şirketin kâr dağıtmama kararına karşı başvuruda bulunup bulunamayacağı konusunda zaman zaman birbiri ile çelişebilen sonuçlara varılması da mümkündür. O nedenle bu konuyu detaylı ve incelikli olarak ele almak önem taşır.

Bu noktada öncelikle, normatif düzenlemeye ilişkin çerçeveyi çizmek gerekir. TTK'da şirketin yedek akçe ayırma veya kâr dağıtmama kararına karşı pay sahibinin haklarını düzenleyen özel bir hüküm bulunmamaktadır¹⁷⁸. Ancak TTK'nın çeşitli hükümlerinde, şirketin hangi hallerde yedek akçe ayırabileceği düzenlenmiştir. Bu hükümlerden yola çıkarak, genel kurulun hangi hallerde kâr dağıtımını yapma yetkisinin çerçevesi çizilebileceği gibi pay sahibinin hangi hallerde şirket tarafından verilen

¹⁷⁷ Malvarlığı hakkı-yönetsel hak ayrımının kâr payı hakkında iç içe geçmesine ilişkin detaylı açıklama için bkz. Yukarıda-II-2-Kâr Payı Hakkının Vekalet Sorunları Üzerindeki Etkisi.

¹⁷⁸ Örneğin Alman hukukunda AktG m.254 hükmü genel kurulun yedek akçe ayırma veya kârı bir sonraki yılın bilançosuna aktarma kararlarına karşı pay sahibine iptal davası açma hakkı tanıyan özel bir hükümdür. Alman hukukuna ilişkin açıklama için bkz. Aşağıda iv-Karşılaştırmalı Hukuktaki Durum. Türk hukukunda bu şekilde benzer bir düzenleme bulunmamaktadır.

kararlara karşı hukuki yollara başvurarak şirketi kâr dağıtımına zorlayabileceği tespit edilebilir.

TTK hükümleri gerek esas sözleşme yoluyla gerekse TTK m.523'te belirtilen şartların bulunması halinde genel kurul kararı ile (olağanüstü) yedek akçe ayrılmasına olanak tanımıştır. TTK m.521 hükmü, esas sözleşmeye eklenecek hükümle kanuni yedek akçe ayrılmasına yönelik hükümlerin ağırlaştırılmasına imkân verdiği gibi, başka yedek akçe kalemleri sevk edilmesine de izin vermektedir. TTK m.523 f.2 hükmü ise, esas sözleşmede öngörülmemiş olsa bile şirketin genel kurul kararı ile yedek akçe ayırmasına izin vermektedir. Hükme göre, genel kurul; *“i) aktiflerin yeniden sağlanabilmesi için gerekiyorsa veya ii) bütün pay sahiplerinin menfaatleri dikkate alındığında, şirketin sürekli gelişimi ve olabildiğince kararlı kâr payı dağıtımı yönünden haklı görülüyorsa”*, yedek akçe ayırma kararı alabilecektir.

Söz konusu hükümlerden yola çıkarak, şirket genel kurulunun alacağı karar ile pay sahibinin kâr payı hakkını belirli bir yıla özgü olarak yahut esas sözleşme değişikliği¹⁷⁹ ile gelecek yılları da kapsayacak şekilde sınırlayabileceği konusunda bir şüphe yoktur. Diğer bir ifade ile kâr payı hakkı, şirket genel kurulunun üzerinde karar alarak içeriğine müdahale edebileceği bir haktır¹⁸⁰. Hakkın şirket tarafından bir genel kurul kararı ile sınırlanabilir nitelikte olması, beraberinde hakkın çoğunluk ilkesine tabi olmasını da getirir¹⁸¹. Çoğunluk ilkesi gereği, karara olumlu oy versin vermesin tüm pay sahipleri şirket genel kurulunda alınan karar ile bağlı olmaktadır. Bu durum ise, azınlık pay sahiplerinin şirketin kâr dağıtımını kararına karşı herhangi bir savunma ileri sürüp süremeyeceği sorununu ortaya çıkarmaktadır.

Türk hukuku bakımından bu sorunun yanıtı kanaatimizce olumludur. İlk olarak genel kurul toplantılarının gündemine ilişkin TTK m.409 f.1 hükmü, olağan genel kurul toplantısında kârın nasıl kullanılacağına ilişkin karar alınması gerektiğini ortaya koyar. İlaveten, aynı hüküm uyarınca şirketin olağan genel kurul toplantısını yıllık olarak yapması, üstelik bu toplantıyı da faaliyet dönemini takip eden bir sonraki yılın

¹⁷⁹ Gelecek yıllara ilişkin sınırlama, şirket esas sözleşmesinde yedek akçe ayrılmasının kararlaştırılmasıyla mümkündür (TTK m.521). Esas sözleşme ile yedek akçe ayrılması ve bunun sınırları konusunda bkz. İkinci Bölüm-II-B-1-Esas Sözleşme Uyarınca Ayrılacak Yedek Akçeler.

¹⁸⁰ Bu açıdan intifa senedi sahiplerinin kâr payı hakkı ile pay sahibinin kâr payı hakkı arasında bir farklılık bulunmaktadır. TTK m.348 f.3 uyarınca, şirket kâr dağıtım kararı almasa bile finansal tabloların onaylanması ile intifa senedi sahibinin kâr payı hakkı doğmaktadır ve genel kurulun bu tutarı tek taraflı olarak sınırlandırması mümkün değildir. İntifa senedi sahibinin kâr payı hakkı konusundaki açıklamalar için bkz. Üçüncü Bölüm-II-C-İntifa Senedi Sahipleri.

¹⁸¹ Habegger, Philipp, **Die Auflösung der Aktiengesellschaft aus wichtigen Gründen**, Stämpfli Verlag, Bern, 1996, s.77.

ilk üç ayı içerisinde yapması gerekmektedir. Diğer bir ifade ile kanun koyucu, şirketi kâr dağıtımını konusunda belirli bir süre içerisinde hareket etmeye ve karar almaya zorlamaktadır. O nedenle de şirketin hareketsiz kalmak suretiyle kâr payı dağıtımından imtina etmesi hukuka aykırıdır¹⁸². Diğer bir ifade ile şirkete yedek akçe ayırmak suretiyle kâr dağıtımını sınırlama yetkisi, kârın nasıl kullanılacağı konusunda karar almamak yetkisini içermez. Şirket kâr dağıtımını reddedebilir, ancak bu konuda sessiz kalmaz. Şirket, kanun gereği bu konuda olumlu yahut olumsuz bir karar almak zorundadır. Genel kurulun şirket kârına dair karar alma yetkisine ilişkin ilk sınırlandırma da karar alma zorunluluğunda kendini gösterir.

İkinci olarak, kanun koyucu net dönem kârından yedek akçe ayrılmasını belirli şartların varlığına bağlamıştır (TTK m.523¹⁸³). Buna göre anonim şirketin net dönem kârından yedek akçe ayrılması, diğer bir ifade ile kâr payı hakkının sınırlandırılması için, ya esas sözleşmede yedek akçe ayrılmasına ilişkin bir hüküm bulunması (TTK m.521) ya da kanunda belirtilen olağanüstü yedek akçe ayırma şartlarının bulunması (TTK m.523 f.2) gerekir¹⁸⁴. Bu açıdan kâr dağıtmama kararının sadece şirketin menfaatine olması kararın hukuka uygun olmasını sağlamak için yeterli değildir¹⁸⁵. Eğer kanunda belirtilen koşullar mevcut değilse, şirketin net dönem kârını dağıtmak yerine, yedek akçe olarak muhafaza etmesi kararı da hukuka aykırı olacaktır. Nitekim yargı kararlarında da belirtildiği üzere, olası bir uyuşmazlıkta, şirketin yedek akçe ayırmasına izin veren şartların bulunup bulunmadığının mahkeme tarafından tespit edilmesi gerekmektedir¹⁸⁶. Diğer bir ifade ile esas olan kâr dağıtımı olup¹⁸⁷, şirketin

¹⁸² Belirtmek gerekir ki, kanunda olağan genel kurul toplantısının yapılması için bir zaman öngörülmüş olsa da bu zamana uyulmamasının bir yaptırımının öngörülmemiş olması bu konuda bir şüphe oluşturabilir. Benzer şekilde, olağan genel kurul gündeminde şirketin kâr dağıtım kararı almaması da kanunda bir yaptırıma tabi kılınmamıştır. Ne var ki, kanaatimizce ilgili hükümlerde bir yaptırım düzenlenmemişse de şirketin olağan genel kurul toplantısının zamanında yapılmaması ve kârın nasıl kullanılacağı konusunda karar alınmaması, hukuka aykırı olmaya devam edecektir.

¹⁸³ Belirtmek isteriz ki, madde başlığı madde içeriğini aktarmak bakımından isabetli değildir. Madde başlığı “kâr payı ile yedek akçeler arasındaki ilişki” olsa da maddenin ikinci fıkrası genel kurulun kanunda ve esas sözleşmede belirtilenlerden başka yedek akçe ayırmasının şartlarını düzenlemektedir.

¹⁸⁴ Bu yöndeki kararlara örnek olarak bkz. 11.HD. E.2016/8800 K.2017/7610 26.12.2017 (lexpera), 11.HD. E.2014/14684 K.2015/1913 13.2.2015 (lexpera).

¹⁸⁵ 11. HD. E.2004/7121 K.2005/4042 21.04.2005 (lexpera).

¹⁸⁶ Örnek olarak bkz. 11.HD. E.1982/3556 K.1982/3887, 14.10.1982 (lexpera), 11. HD. E.1982/487, K.1982/479, 09.02.1982 (lexpera), 11.HD. E.2015/14100 K. 2016/8853 15.11.2016 (legalbank). Öğretide aynı yönde bkz. İmregün, **Kâr Payı**, s.432 vd. Bu konuda bilirkişi incelemesi yapılması gerektiği yönünde bkz. 11.HD. E.2004/2805 K.2004/11915 07.12.2004 (lexpera). Yargıtay ayrıca bilirkişi incelemesinin soyut bir inceleme olmadığını, somut olayda hangi sebeplerle hangi şartların sağlandığının belirgin şekilde tespit edilmesi gerektiğini de belirtmektedir. Bkz. 11.HD. E.2014/14684 K.2015/1913 13.2.2015 (lexpera).

¹⁸⁷ İmregün, **Kâr Payı**, s.432 vd., Aydoğan, s.123. Alman hukuku bakımından aynı yönde bkz. Schüppen Mathias, “**Dividende ohne Hauptversammlungsschluss? Zur Durchsetzung des**

kâr dağıtımından kaçınması, ya esas sözleşmede yedek akçe ayrılacağına düzenlenmiş olmasına ya da TTK m.523'te yer alan belirli şartların varlığına bağlanmış bir istisnadır¹⁸⁸. Mahkeme, bu istisnanın koşullarının somut olaydaki varlığını değerlendirmek zorundadır.

Sonuç olarak TTK m.409 ve TTK m.523 hükümleri bir arada değerlendirildiğinde, şirketin dönemsel olarak kârın nasıl kullanılacağına karara bağlanmasının zorunlu olduğu ve kanundaki şartlar gerçekleşmediği sürece bu kararın kâr dağıtımını yönünde olması gerektiği sonucu çıkmaktadır. Bu durumda şirket açısından bir kâr dağıtım borcundan bahsedilebilir¹⁸⁹.

Belirtmek gerekir ki, şirkete yüklenen bu zorunluluk mutlak değildir ve TTK m.521 ve TTK m.523 hükümleri ışığında kâr dağıtımının sınırlandırılması mümkündür. Ancak bu ayrımın kural değil, istisna olduğu göz ardı edilmemelidir. Kanaatimize bu durum şirket açısından bir yükümlülüğü ortaya koyarken, pay sahibini de hak sahibi olarak şirket tüzel kişiliğinin kâr dağıtmama kararına karşı hukuki yollara başvurma yetkisine sahip olduğu sonucuna ulaştırmaktadır. Bunun bir sonucu olaraksa, pay sahibinin kâr payı hakkının pay sahibine şirketin kâr dağıtmama kararına karşı hukuki koruma yollara başvurma yetkisi de bulunmaktadır.

Gerek yargı kararlarında gerekse öğretide savunulduğu üzere, pay sahibi kanunda belirtilen şartların bulunmamasına rağmen alınan yedek akçe ayrılması kararlarına karşı iptal davası açabilecektir¹⁹⁰. Eğer pay sahibinin genel kurulun net dönem kârı üzerindeki kararına karşı iptal davası açabileceği kabul ediliyorsa, bu durumda pay sahibinin kâr payı hakkının da sadece dağıtım tabi kısma iştirak ile sınırlı olmadığı,

Mitgliedschaftlichen Gewinnanspruchs in Pattsituationen", Festschrift für Volker Röhrich zum 65. Geburtstag, Dr. Otto Schmidt Verlag, Köln, 2005, s.573.

¹⁸⁸ 11.HD. E.2012/13234 K.2014/3514 25.2.2014 (lexpera). Öte yandan öğretide pay sahiplerine zarar verme amacı olmayan yedek akçe ayırma kararının hukuka aykırı olmadığı da savunulmuştur. Bkz. Gürbüz Usluel, s.96. Ancak kanaatimizce bu yorum TTK m.523 hükmünün metnine ve sistematik yerine uygun düşmeyecektir.

¹⁸⁹ Bu nedenle anonim şirketin pay sahiplerine kâr payı ödemesi bir ivazsız kazandırma niteliğinde değildir. Öğretide kâr payı ödemesinin gerekçesinin ortaklık ilişkisi ("*causam societatis*") olduğu belirtilmektedir. Bkz. Spörri, Beat, **Die aktienrechtliche Rückerstattungspflicht**, Schulthess Zurich, 1996, s.94.

¹⁹⁰ Şirketin yedek akçe ayırma kararına karşı iptal davası açılacağı yönünde örnek olarak bkz. Pulaşlı, **Şerh II**, s.1840, Turanlı, Hüsnü/Seyman Korkmaz, Seda, "**Anonim Ortaklıklarda Kâr Payı Alma Hakkı**", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.14, S.1, 2015, s.31. Bu konudaki Yargıtay kararlarına örnek olarak bkz. 11.HD. E.1982/3556 K.1982/3887, 14.10.1982 (lexpera), 11. HD. E.1982/487, K.1982/479, 09.02.1982 (lexpera). Türk hukukunda tartışma, pay sahibinin şirketi kâr dağıtımına zorlama yetkisinin sınırları üzerinedir. Bu konudaki tartışmalar için bkz. Dördüncü Bölüm.

ayrıca bu dağıtımın gerçekleşmesini sağlamak için gerekli hukuki yollara başvuru hakkının olduğu çıkarımını da yapmak kaçınılmazdır.

Bu açıklamalar ışığında, dar anlamda kâr payının sadece esas sözleşme veya genel kurul kararları ile dağıtılmasına karar verilen tutara iştirak etme yetkisi ile sınırlı olmadığı sonucuna varılabilir. Dar anlamda kâr payı hakkı aynı zamanda şirket tüzel kişiliğini kanun ve esas sözleşme hükümleri uyarınca hareket ederek kâr dağıtım kararı verme yükümlülüğü altına da sokmaktadır. Nitekim öğretide de kâr payı dağıtımının şirket için bir borç olduğu ve ortakların kâr dağıtımını talep etme yetkisi olduğu belirtilmektedir¹⁹¹. Bunun sonucunda ise pay sahipleri, şirket organlarının hukuka aykırı kararlar almak veya eylemsiz kalmak suretiyle bu dağıtımdan imtina etmesi halinde, çeşitli hukuki koruma yollarından yararlanacaktır.

iii. Yetkinin Müktesep Hak Niteliğine Dair Tartışma

Pay sahibinin kâr payı hakkının şirketi kâr dağıtımına zorlama yetkisini kapsadığının kabul edilmesi halinde, bu yetkinin mutlak nitelikte olup olmadığı sorusu akla gelmektedir. Bu soruya olumsuz yanıt verileceği açıktır. Yukarıdaki da belirtildiği gibi gerek TTK m.521 gerekse TTK m.523 hükümleri, şirketin belirli şartlar altında yedek akçe ayırabileceğini belirtmektedir. Bu nedenle de esas sözleşmede hüküm bulunması veya böyle bir hüküm bulunmasa bile kanundaki şartların varlığı halinde, şirketin yedek akçe ayırabileceği ve dolayısıyla kâr dağıtımını sınırlandırabileceği açıktır.

Bu durum beraberinde bir sorun getirmektedir. Bir yandan pay sahibinin şirketi kâr dağıtımına zorlama yetkisinin varlığı bir yandan da şirketin kanundaki şartlar kapsamında yedek akçe ayırma yetkisinin nasıl dengeleneceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Pay sahibinin hakkı ile şirketin yetkisi arasındaki çelişki, öğretide “müktesep hak kavramı” ile dengelenmektedir. Müktesep hak, pay sahibinin rızası olmaksızın üzerinde değişiklik yapılamayan hak olarak tanımlanmaktadır¹⁹². Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere, müktesep hak ilgili hakkın genel kurul kararlarına,

¹⁹¹ Aytaç, **Kâr Payı**, s.39, Aydoğan, s.123. Kâr dağıtımını isteme hakkının ortaklık sıfatının bir parçası olduğu yönünde bkz. Birsal, **Kâr Kavramı**, s.21.

¹⁹² Bu tanımlı kullanan yazarlara örnek olarak bkz. İmregün, **Kâr Payı**, s.427, Badak, s.89. *Tekinalp* ise müktesep hakkı değiştirilmesi veya kaldırılması her pay sahibine veto hakkı tanınmış bulunan hak şeklinde tanımlamaktadır. Bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-I**, s.612. Ancak kanaatimizce konumuz bakımından söz konusu tanımlar bakımından farklılığa yol açmayacaktır.

diğer bir ifade ile çoğunluk pay sahiplerinin iradesine tabi olup olmadığının vurgulanması bakımından kullanılmaktadır¹⁹³.

Öğretide müktesep haklar, mutlak müktesep haklar ve nisbi müktesep haklar olarak ikiye ayrılmaktadır. Mutlak müktesep haklar, hak sahibinin onayı olmaksızın değiştirilemeyen veya sınırlandırılmayan haklar olarak tanımlanmaktadır. Öte yandan nisbi müktesep haklar hakkın özünün korunması şartıyla, şirket menfaatleri uyarınca kısıtlanabilen haklar olarak tanımlanmaktadır¹⁹⁴. Kâr payı hakkı genel kurul tarafından alınacak kararlar ile sınırlandırılabilir olduğundan, nisbi müktesep hak olarak nitelendirilmektedir¹⁹⁵.

Bu yaklaşıma karşı öğretide diğer bir görüş, kâr payı hakkının müktesep hak olarak nitelendirilmesini isabetli bulmamaktadır. Genel kurulun şirketin dağıtılabilir kârı üzerinde tasarruf yetkisi bulunduğu açıktır. Bu görüşe göre, genel kurul çoğunluk ilkesi ışığında alacağı bir karar ile kâr payı hakkını sınırlandırabileceğine göre, bu durumda kâr payı hakkının müktesep hak niteliğinde olduğunu kabul etmek tutarlı olmayacaktır¹⁹⁶.

Kanaatimizce de kâr payı hakkını tanımlamak için kullanılan nisbi müktesep hak kavramı isabetli değildir. Kâr payını nisbi müktesep hak olarak tanımlamak konusunda iki temel çekincemiz bulunmaktadır. İlk eleştiri terminolojiye ilişkindir. Bilindiği gibi, müktesep hak kavramı medeni hukuk ve idare hukuku alanlarında da kullanılan bir kavramdır. Medeni hukuk bakış açısı ile müktesep hak, hak sahibinin rızası olmaksızın üzerinde tasarruf edilemeyen haklar olarak tanımlanmaktadır¹⁹⁷. İdare hukukunda ise müktesep haklar “*bir hakkı sağlamaya elverişli nesnel yasa kurallarının bireylere uygulanması ile onlar için doğan öznel haklar*” olarak tanımlanmaktadır¹⁹⁸.

Söz konusu tanımlar göstermektedir ki, müktesep hak kavramı, medeni hukuk ve idare hukuku alanında hakkın niteliğinin ne olduğundan bağımsız olarak, hakkın

¹⁹³ Moroğlu, **Anonim Ortaklıklarda Sermaye Artırımı**, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s.232 dn.333.

¹⁹⁴ Okucu Taftalı, s.28.

¹⁹⁵ Pulaşlı, **Şerh II**, s.1834, Okucu Taftalı, s.28. İsviçre hukukunda aynı yönde bkz. Böckli, OR-Rechnungslegung, s.495, Egger, s.240. Kâr payının müktesep hak teşkil ettiği yönünde çeşitli Yargıtay kararları için bkz. 11.HD. E.2010/13427 K.2012/4691 26.03.2012.

¹⁹⁶ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-I**, s.624, Aytaç, **Kâr Payı**, s.43, Badak, s.93, Gürbüz Usluel, s.104-105.

¹⁹⁷ Okumuş Taftalı, s.27.

¹⁹⁸ Oğurlu, Yücel, **İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2008, s.24. Bu bakımdan müktesep hakların özellikle hukuk kurallarındaki değişikliklere karşı hak sahibinin durumunu koruduğu belirtilmektedir. Bkz. Oğurlu, s.26.

şartlarının gerçekleşmesi ile hak sahibinin uhdesinde doğan, onun tarafından kullanılabilen ve üçüncü kişiler ya da idare tarafından, kamu düzeni müstesna olmak üzere, müdahale edilemeyecek hakları ifade etmektedir. Medeni hukuk ve idare hukuku bakımından müktesep hak kavramı hakkın niteliğini değil, hakkın kazanılmış olduğunu ve artık üçüncü kişiler veya idarenin tasarrufunun dışına çıktığını ifade etmektedir¹⁹⁹.

Halbuki, ortaklıklar hukuku bakımından müktesep hak kavramı, hakkın kazanılmasına değil, hakkın niteliğine vurgu yapmaktadır. Öğretide müktesep hak olarak kabul edilen haklar, kazanılma süreçlerinden dolayı değil, sahip oldukları özgül önemden dolayı bu niteliktedirler. Diğer bir ifade ile şirketler hukukunda pay sahiplerinin müktesep hakları “kazanılmış olmalarından” değil, “çoğunluk kararlarına karşı korunmalarından dolayı” müktesep hak olarak kabul edilmektedirler²⁰⁰. Bu ise, müktesep hak kavramının hukukun diğer alanlarındaki kullanımı ile çelişki yaratmaktadır²⁰¹. O nedenle ortaklıklar hukuku bakımından, ayrı bir müktesep hak kavramının kullanılması yerinde bir tercih olmayacaktır²⁰². Nitekim İsviçre öğretisinde de müktesep hak kavramı yerine “kaldırılamaz hak” (“*unentziehbare Rechten*”) kavramının benimsenmektedir²⁰³.

Kâr payı hakkının nisbi müktesep hak olarak tanımlanmasına yönelik eleştirimizin ikinci kısmı da nisbi müktesep hak kavramının içeriğine ilişkindir. Zira nisbi müktesep hak kavramı, çatı kavram olan müktesep hak kavramının tanımına uymamaktadır. Şöyle ki, müktesep haklar, pay sahibinin rızası olmaksızın kaldırılamayan haklar olarak tanımlanmıştır. Eğer şirket menfaatleri gereği kaldırılabilir bir hak söz

¹⁹⁹ İmregün, Oğuz, **Anonim Şirketlerde Pay Sahipleri Arasında Genel Kurul Kararlarından Doğan Menfaat İhtilafları ve Bunları Telif Çareleri**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1962, s.108, Erdem, Nuri, “6102 sayılı “Yeni” TTK’ya Göre Anonim Ortaklık Pay Sahiplerinin Müktesep (Kazanılmış) Hakları”, *Regesta*, C.2 S.1, 2012 s.41, Okumuş Taftalı, s.27.

²⁰⁰ İmregün, **Menfaat İhtilafları**, s.122. Bu yaklaşımın usule ilişkin boyutu ise, ortaklık haklarının pay sahiplerinin oybirliği ile değiştirilmesi olarak kendini göstermektedir. Nitekim *Okumuş Taftalı*, ortaklıklar hukukundaki müktesep hak kavramını nisap üzerinden inceleyerek bu “genel kurulda oybirliği ile değiştirilebilen” haklar olarak değerlendirmektedir. Kanaatimizce bu değerlendirme, hakkın kuramsal yanını değil, usulü tarafına odaklanmış olmakla birlikte, esaslı bir farklılık içermemektedir. O nedenle de bu iki tanımlamayı madalyonun iki yüzü olarak değerlendirmek mümkündür.

²⁰¹ İdare hukuku bakımından bu tespit için bkz. Oğurlu, s.72.

²⁰² Buradan ortaklıklar hukukunda gerçek ve teknik anlamda bir müktesep hak bulunmadığı sonucuna varılmamalıdır. Örneğin genel kurulun kâr dağıtım kararı vermesi halinde, artık pay sahibi tarafından iktisap edilmiş bir alacak hakkı söz konusu olacaktır. O nedenle kâr payı alacağının gerçek anlamda bir müktesep hak olduğu söylenebilir. Bkz. Üçışık/Çelik, s.297.

²⁰³ Meier-Hayoz/Forstmoser, s.495, Locher, s.218. Aynı tespit için bkz. Aytaç, **Kâr Payı**, s.42 Söz konusu kavram değişikliğinin bir içerik değişikliği anlamına gelmediği yönünde bkz. Meier-Hayoz/Forstmoser, s.495 vd.

konusu ise, bu durumda müktesep haktan bahsedilemez. Dolayısıyla nisbi müktesep haklar, esasen müktesep hak değildir²⁰⁴. O nedenle de kavram kendi içinde bir çelişki içermektedir.

Sonuç olarak, kâr payı hakkını tanımlamak için hem kendi içinde çelişkili hem de hukukun diğer alanları ile uyumsuz bir tanım olan nisbi müktesep hak kavramı kullanılmamalıdır. Kanaatimizce nisbi müktesep hak kavramının, kâr payı hakkı bakımından başka bir kavram ile ikame edilmesine de gerek yoktur. Zira kâr payı hakkı aslında çoğunluk ilkesine tabi bir haktır. Kanun koyucu çoğunluğun karar serbestisini kanun hükümleri ile sınırlamıştır. Ancak genel kurul kararları ile etkilenebilecek her türlü hak bakımından buna benzer sınırlamalar bulunmaktadır. Bu açıdan kâr payı hakkı kanun ile korunan diğer tüm haklardan farklı değildir. O nedenle de özel bir kavram ile tanımlanmasına ihtiyaç bulunmayan sıradan bir haktır.

iv. Türk Hukukunda Zorlama Yetkisinin Kapsamı

01. Genel Olarak

Pay sahibinin şirketi kâr dağıtımına zorlama yetkisinin bulunduğu bir kez kabul edildikten sonra, sorulması gereken en önemli soru dağıtım zorlama yetkisinin içerik bakımından kapsamının ne olduğudur. Bu konuda, yol gösterici hüküm TTK m.507 düzenlemesi olacaktır.

TTK m.507’de yer alan “net dönem kârına katılma” ifadesinin, serbest yedek akçelerden de kâr dağıtılabileceği gerekçesiyle kâr payı hakkının içeriğini isabetli bir biçimde belirlemediğinden bahsedilmiştir²⁰⁵. Ancak TTK m.507’de yer alan bu ifadenin de salt bir hatadan ibaret olduğu görüşünde değiliz. Şöyle ki, anonim şirketlere ilişkin hükümler bir bütün olarak incelendiğinde, kanun koyucunun konuyu dağıtım yapılacak kaynaklar bakımından bir ayrıma giderek ele aldığı sonucuna varılabilir. Kanaatimizce kanun koyucu, ilgili hükümde net dönem kârının dağıtılmasının esas olduğunu, bu tutarın pay sahiplerine dağıtılması gerektiğini ortaya koymaktadır. Elbette esas sözleşme hükümleri ve TTK m.523 hükmünde belirtilen şartların varlığında genel kurul kararları ile net dönem kârının da kısmen veya

²⁰⁴ Zaten ETTK döneminde de kanunun kâr payını bir yandan müktesep hak olarak tanımlayıp genel kurul kararları ile sınırlanamaz bir konuma yükseltirken bir yandan da genel kurulun yedek akçe ayırma kararı ile sınırlandırılmasının bir çelişki olduğu haklı olarak ifade edilmiştir. Bkz. Aytaç, **Kâr Payı**, s.40 vd.

²⁰⁵ Kâr payı dağıtımını sadece net dönem kârından dağıtılmadığı için TTK m.507 hükmünde kâr payı hakkının sadece net dönem kârın ilişkili olarak kaleme alınması yönündeki haklı eleştiri için bkz. İkinci Bölüm-I-Kâr Payının Kaynakları.

tamamen dağıtılmadan yedek akçe olarak tutulması mümkündür. Ancak TTK m.507 hükmü, net dönem kârının kural olarak dağıtıma tabi olduğu sonucunu desteklemektedir. Bir diğer ifade ile net dönem kârı bakımından dağıtım esas, yedek akçe ayrılması ise istisnadır.

Halbuki, şirketin sahip olduğu yedek akçelerin dağıtılması bakımından benzer bir dağıtım zorunluluğu yoktur ve serbest nitelikte olsa dahi pay sahibi yedek akçelerin dağıtılmasını talep etme yetkisine sahip değildir²⁰⁶. Diğer bir ifade ile serbest yedek akçeler bakımından kural muhafaza etmek olup dağıtım şirkete tanınmış bir imkândır²⁰⁷. O nedenle de kural olarak, pay sahibinin şirkette birikmiş yedek akçenin dağıtılmasını talep etme hakkı bulunmamaktadır²⁰⁸.

Kârın kaynakları arasında böyle bir ayırım yapıldığı kabul edildiğinde, TTK m.507 hükmünde kâr payı hakkının konusunun net dönem kârı olarak ifade edilmesi de farklı bir anlam kazanmaktadır. İlgili hüküm bir yandan net dönem kârının dağıtılmasının kural olduğunu ortaya koyarken, bir yandan pay sahibinin net dönem kârı ve dağıtılan serbest yedek akçeye, diğer bir ifade ile dağıtılan kâra iştirak etme hakkını düzenlemektedir. Ancak TTK m.507 hükmü bu iki yetkiyi birlikte aktarmayı hedeflerken başarılı şekilde kaleme alınmadığı için, sadece net dönem kârının dağıtılabileceği yönünde hatalı bir çıkarıma kapıyı açmıştır.

Pay sahibinin şirketi kâr dağıtımına zorlama yetkisinin sınırı kanun ve esas sözleşme ile çizilmiştir. Kâr dağıtımı konusunda kanun ile getirilen sınırlamalar (TTK m.519 TTK m.520, TTK m.523) ile eğer varsa esas sözleşmede yedek akçe ayrılmasına ilişkin getirilen sınırlamalar, pay sahibinin şirketi kâr dağıtımına zorlama yetkisinin de sınırını teşkil eder. Buna göre şirketin dağıtılabılır kârının bulunmaması yahut genel kurulun TTK m.523 uyarınca hukuka uygun şekilde yedek akçe ayırma

²⁰⁶ Moroğlu, **Sermaye Artırımı**, s.213.

²⁰⁷ Bu nedenle de kâr payı hakkının şarta bağlı bir hak olarak tanımlanması ve hakkın genel kurulun dağıtım kararı ile doğacağı yönündeki ifadenin (bkz. Pulaşlı, **Şerh II**, s.1848 ve aynı yönde Bkz. Helvacı, **Yürürlüğünün 5. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu (Tebliğler ve Tartışmalar) 20 Ekim 2017**, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2018, Tartışmalar, s.135) de yanıltıcı olabileceği kanaatindeyiz. Zira kâr payı hakkı, genel kurulun dağıtım kararı alması öncesinde de vardır, hatta genel kurulu dağıtım kararı almaya zorlama yetkisini de içinde barındırır. Kanaatimizce şarta bağlı olan, genel olarak kâr payı hakkı olmayıp kâr payı alacağı olarak anlaşılmalıdır. Şarta bağlı hak tanımlanmasının bu bağlamda kullanılması bakımından bkz. Üçışık/Çelik, s.294.

²⁰⁸ Kanaatimizce genel kural bu yönde olsa da somut olayın şartların farklı bir ihtimal olabileceği de göz ardı edilemez. Anonim şirketin çok yüksek miktarda serbest yedek akçesi olmasına rağmen, şirketin yedek akçeleri kullanacağı bir iş fırsatının olmaması, diğer bir ifade ile şirket malvarlığının atıl kalması halinde, TTK m.531 uyarınca haklı sebebin doğması mümkündür. Öte yandan, böyle bir ihtimalin ancak istisnai hallerde gerçekleşebileceğini de belirtmek gerekir.

kararı alması halinde, pay sahibi kâr payının dağıtılmasına yönelik bir talep ileri süremeyecektir.

Bu noktada öğretide tartışma yaratan bir konu, şirketin kârının belirli bir kısmı bakımından mutlak bir dağıtım zorunluluğu bulunup bulunmadığıdır. Bu konu özellikle yıllık kârın %5'i tutarındaki birinci kâr payının dağıtımının zorunlu olup olmadığı konusunda gündeme gelmiş ve TTK m.519 f.2-c hükmünde yapılan değişiklik neticesinde öğretide yoğun şekilde tartışılmıştır. O nedenle aşağıda söz konusu tartışma ayrıca ele alınacaktır. Halka açık anonim ortaklıklar ile kapalı ortaklıklar bakımından normatif düzenlemelerin yarattığı farklılıklar sebebiyle, iki şirket türü bakımından konu ayrı ayrı değerlendirilecektir.

02. Birinci Kâr Payı Dağıtımının Zorunluluğu Tartışması

03.01 Kapalı Ortaklıklar Bakımından

Kâr payı hakkının içeriği belirlenirken sorulması gereken sorulardan bir tanesi, genel kurulun yedek akçe ayırma kararı yoluyla dokunamayacağı zorunlu mutlak bir tutarın bulunup bulunmadığıdır. Diğer bir ifade ile kanun ve esas sözleşme hükümleri çerçevesinde yedek akçe ayrılmasına izin verilen hallerde dahi dağıtılması gereken zorunlu bir kâr payı var mıdır? ETTK döneminde bu soruya çoğunlukla olumsuz yanıt verilmiştir. Kâr dağıtım zorunluluğu bulunmadığı gerek doktrinde²⁰⁹ gerekse yargı kararlarında²¹⁰ kabul edilmekteydi²¹¹.

Ancak TTK m.519'da yapılan bir değişiklik neticesinde, konu TTK döneminde tartışmalı bir hale gelmiştir. ETTK m.466 hükmünde birinci kâr payının “ayrılmasından” sonra diğer kimselere yapılacak ödemelerden ikinci yedek akçenin ayrılacağı düzenlenmişti. TTK m.519 ilgili hükmün içeriğini muhafaza ederken, birinci yedek akçenin “ödenmesinden” sonra ikinci yedek akçe ayırımının yapılacağı şeklinde bir değişikliğe gitmiştir. Bu değişiklik öğretide birçok yazar tarafından,

²⁰⁹ Yavuz, Mustafa, “Anonim Şirketlerde Olağanüstü Yedek Akçe Ayırmak Suretiyle Kâr Payı Alma Hakkının Sınırlandırılması”, Terazi Hukuk Dergisi, S.88, 2013, s.71. Tekinalp, **Anonim Ortaklığın Bilançosu ve Yedek Akçeleri**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Matbaası, İstanbul, 1980, s.314. Yazar söz konusu kitabın 1970 tarihli ilk basısında kâr dağıtım zorunluluğunu kabul etmişse de kitabın sonraki basısında bu konuda bir görüş değişikliğine gitmiştir.

²¹⁰ 11.HD. 10.11.1986 E.5248 K.5851 (naklen Üçışık/Çelik, s.431).

²¹¹ Öte yandan ETTK döneminde şirket esas sözleşmesine getirilecek bir hüküm ile kâr payı dağıtımının zorunlu kılınmasına bir engel olmadığı belirtilmektedir. Bkz. Tekinalp, **Yedek Akçeler**, s.318.

birinci kâr payının²¹² dağıtımının zorunlu olduğunu ve şirketin yedek akçe ayırma yetkisinin birinci kâr payı dağıtımını ortadan kaldıramayacağı sonucuna varılmıştır²¹³.

Doktrinde aksi görüşü savunan yazarlar, TTK düzenlemesi ile asgari kâr dağıtım zorunluluğu getirildiği tezini kabul etmemektedirler²¹⁴. Öncelikle, şirketin kâr dağıtım zorunluluğu konusunda kanunda açık bir hüküm bulunmamaktadır²¹⁵. Kâr dağıtımının zorunlu olduğu görüşünü benimseyen yazarlar, TTK m.519 f.2 hükmündeki ifadenin ETTK m.466'dan farklılığına dayanmaktadır. Ne var ki, TTK m.519 f.2 gerekçesi değerlendirildiğinde hükmün herhangi bir değişiklik getirmeyi hedeflemediği ifade edilmektedir²¹⁶. Üstelik, söz konusu kanun hükmü pay sahibinin kâr payı hakkını düzenleyen bir hüküm olmayıp, şirketin ayıracağı yedek akçelere ilişkin bir düzenlemedir²¹⁷. Her ne kadar kâr payı hakkı ile serbest yedek akçe yükümü ayrılması arasında yakın bir ilişki varsa da TTK düzenlemesi kâr dağıtım zorunluluğu getirmiş olsaydı, bu değişikliğin yedek akçeye ilişkin hükümlerden ziyade kâr payı hakkına ilişkin hükümler arasında olması beklenirdi. Bu görüşe göre, madde metnindeki değişiklik, mehz İsviçre hukuku ile uyumu sağlamaya yönelik bir değişiklikten ibarettir²¹⁸.

Kanaatimizce de TTK m.519 hükmünde yapılan değişikliğin kâr dağıtımını zorunlu tutma amacına yönelik olmadığı sonucuna varmak gerekir. Mülga metinde kullanılan “ayrılma” kavramı ile TTK’da yer alan “ödeme” kavramları, ilgili normda bir farklılık olduğu düşüncesine yol açsa da aslında bu değişiklik fiilen bir farklılığa neden olmaz. Unutmamak gerekir ki, anonim şirketin yedek akçe ve kâr dağıtım kararı bilançonun pasif tarafında yer alan kayıtlar üzerinden yapılan bir hesabı ifade eder. Bu durumda bir hesap kaleminin kâr dağıtımını için ayrılması ile kâr dağıtımının bu

²¹² Badak bu tutarı tanımlamak için “temel kâr payı hakkı” kavramını kullanmaktadır. Bkz. Badak, s.70.

²¹³ Bu görüşü savunan yazarlara örnek olarak bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-I**, s.623. Badak, s.70, Üçışık/Çelik, s.302, Yavuz, s.71-72, İlbasmış Hızlısoy, Özlem, **Anonim Şirketin Hakkı Sebeple Feshi**, Adalet Yayınları, Ankara, 2016, s.104. Yargıtay bir kararında genel kurulun yedek akçe ayırma yetkisini sınırlandırması anlamına gelen kâr payının müktesep hak konumunun ikinci kâr payını kapsayacak şekilde genişletemeyeceğini belirtmiştir. Bkz. 11. HD. E.1982/487, K.1982/479, 09.02.1982.

²¹⁴ Bu görüşlere örnek olarak bkz. Yanlı, Veliye, **“Yeni Ticaret Kanunu ve Anonim Şirketler Kâr Dağıtımı”**, Batider Mart 2014 C:30 S:1, s.15, Gürbüz Usluel, s.93, Turanlı/Seyman Korkmaz, s.20, Ateşagaoglu, Erdem, **Vergi Hukuku Bakımından Anonim Şirketlerde Kâr Payı Dağıtımı**, 12 Levha, İstanbul, 2012, s.91.

²¹⁵ Yanlı, **AŞ’de Kâr Dağıtımı**, s.15 ve özellikle s.20 vd.

²¹⁶ Yanlı, **AŞ’de Kâr Dağıtımı**, s.16, Gürbüz Usluel, s.93.

²¹⁷ Yanlı, **AŞ’de Kâr Dağıtımı**, s.20. Madde içinde dahi, söz konusu düzenleme ikinci ayırım yapılmasının şartlarından biri olarak kaleme alınmaktadır. Bkz. Yanlı, **AŞ’de Kâr Dağıtımı**, s.20.

²¹⁸ İsviçre hukukunda da kâr payı dağıtım zorunluluğu bulunmadığı kabul edilmektedir. Bkz. Neuhaus/Balkanyi, **Basler Komm-2012**, s.712.

kaleminden ödenmesi bakımından bir farklılık yoktur; çünkü iki durumda da gerçek anlamıyla ödeme işlemi daha sonra yönetim kurulunu alacağı bir karar ile yapılacaktır. Diğer bir ifade ile TTK m.519 f.2’de kullanılan ödeme ifadesi, gerçek anlamıyla bir ödemeyi değil, ilgili tutarda kâr dağıtımı yapılmasına ilişkin karar alınmasını ifade eder. Diğer bir ifade ile bilançonun pasif tarafındaki kayıtlar açısından ödeme ile ayrılma kavramları fiilen bir farklılık taşımaz²¹⁹. Bu durumda Gerekçe’de maddenin içeriğinde bir değişiklik yapılmadığı savı da anlamlı hale gelmektedir.

Belirtmek gerekir ki, ikincil mevzuat da şirketin kâr dağıtımının zorunlu olmadığı sonucuna yönlendirmektedir. Yönetim Kurulu Faaliyet Raporlarının Asgari İçeriğine İlişkin Yönetmelik m.12, kâr dağıtımı yapılmamasının gerekçesinin belirtilmesi zorunluluğu getirmektedir. Buradan hareketle, şirketin %5 oranında kâr dağıtımının zorunlu olmadığı yargısına varılabilir²²⁰. Bu noktada acaba bu hükmün dağıtım şartlarının bulunmaması sebebiyle %5 kâr payının dağıtılamaması haline özgü olarak getirildiği ileri sürülebilir mi? Gerçekten de eğer şirketin dağıtılabir kârı yoksa veya bu miktar kanunda belirtilen %5 oranına ulaşmamışsa, şirketin belirtilen oranda kâr dağıtması mümkün olmayacaktır. Bununla birlikte yönetmelik hükmünün bu ihtimale dikkate alınarak kaleme alındığı kanaatinde değiliz. Zira bu ihtimalde birinci kâr payı dağıtımının neden yapılmadığı finansal tablolardan kolaylıkla görülebileceğinden, yönetim kurulunun bu konuda ayrıca bilgi vermesine de ihtiyaç yoktur. Ancak şirketin dağıtılabir kârı varken yönetim kurulunun hangi nedenlerle bu kârın dağıtımından kaçınılması yönünde bir tavsiyede bulunduğu belirtmesi pay sahiplerinin bilgi alma hakkı bakımında önemlidir. O nedenle de kanaatimizce yönetmelik hükmü şirketin ilk kâr payı dağıtımını yapmak zorunda olmadığını, ancak bu durumun gerekçelendirilmesi gerektiği kabulü üzerine oturmaktadır.

Son olarak belirtmek gerekir ki, öğretide ilk kâr payı dağıtım zorunluluğunu savunan yazarlar, bu değişikliğin pay sahiplerinin kâr payı hakkının korunması bakımından getirildiğini ileri sürmektedirler. Bu görüşe göre, zorunlu kâr dağıtım yoluyla, azınlıkta kalan pay sahiplerinin kâr payı hakkı korunmaktadır²²¹.

²¹⁹ Belirtmek gerekir ki, ödeme kavramını lafzi şekilde yorumlayarak pay sahiplerine fiilen ödeme işlemi yapılmadan, ikinci yedek akçe ayırımının yapılmayacağı şeklinde bir yorum da mümkündür. Ancak bu durumda, genel kurulun kâr dağıtım kararı yönetim kurulu tarafından ifa edilmeden ikinci yedek akçe ayırımı yapılmayacaktır. Ne var ki, ne Gerekçe’de ne de öğretide böyle lafzi bir yorumu temellendirecek bir açıklama bulunmaktadır.

²²⁰ Yanlı, **AŞ’de Kâr Dağıtım**, s.27, Gürbüz Usluel, s.94.

²²¹ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-I**, s.623. Badak, s.70.

Kanaatimizce ilk kâr payının zorunlu tutulmasının pay sahiplerinin kâr payı hakkının korunması bakımından cılız bir etkisi olacaktır. %5’lik dağıtım oranı kendi başına az olduğu gibi, azınlıkta kalan pay sahiplerinin itibari değer için yapılan ödemelere oranlı olarak dağıtım katılacakları düşünüldüğünde, haklı beklentiler karşılanmayacaktır. Nitekim öğretide de net dönem kârının %10’unu oranında bir kâr payı dağıtımının azınlık pay sahiplerinin kâr payı konusunda yaşadıkları sorunu çözmek bakımından yetersiz kalacağı belirtilmektedir²²². Benzer eleştiriler, Alman hukukun da dile getirilmiştir²²³.

Belirtmek gerekir ki, şirketin %5 oranında kâr dağıtım zorunluluğunun bulunmaması, genel kurulun bu konudaki takdir yetkisinin sınırsız olduğu anlamına gelmez. Vurgulamak lazım gelir ki, kâr payı pay sahibi bakımından bir haktır ve şirketin kâr payı dağıtımını sınırlaması kanun ve esas sözleşme çerçevesinde mümkündür. Genel kurulda çoğunluk pay sahiplerinin yedek akçe ayırma kararı da yine kanun ile sınırları çizilmiş bir yetki vermektedir (TTK m.523). Somut olayın şartlarında yedek akçe ayırma yetkisi, ilk kâr payının dağıtılmamasına dahi izin verebilir. Öte yandan, yedek akçe ayırma kararının TTK m.523 hükmüne aykırı olacağı durumlarda, örneğin şirketin çok yüksek serbest yedek akçesi olmasına rağmen herhangi bir yeni yatırım fırsatının bulunmadığı durumlarda, kanuni yedek akçe ayrıldıktan sonra net dönem kârının tamamının dağıtılması gerekebilir. Nitekim şirketin kâr dağıtım yapmasının zorunlu olmadığını savunan yazarlar da şirketin ticari bir sebep bulunmaksızın kötü niyetli olarak kâr dağıtım yapmaktan kaçınamayacağını belirtmektedirler²²⁴.

03.02 Halka Açık Anonim Ortaklıklar Bakımından

Anonim şirketlerde kâr dağıtım zorunluluğu uygulaması, halka açık ortaklıklar bakımından bir dönem kullanılmış bir yöntemdir. ESPK m.15 uyarınca şirketin dağıtacağı birinci temettü miktarının esas sözleşmede gösterilmesi zorunludur. Ayrıca

²²² Aydoğan, s.127.

²²³ Arnold, *Kölner Kommentar*, Art. 254, s.787.

²²⁴ Yanlı, *AŞ’de Kâr Dağıtım*, s.17, Gürbüz Usluel, s.95, Ateşgaoğlu, s.86, Pulaşlı, Şerh II, s.1840.

Yargıtay da pay sahibinin “yeterli oranda kâr payı üzerinde müktesep” hakkı olduğunu belirterek, pay sahibinin kâr payı hakkının hukuki korumadan yararlanan kısmının %5’lik birinci temettü ile sınırlı olmadığını dolaylı olarak ortaya koymuştur. Bkz. 11.HD. E.2005/10060 K.2006/13738 21.12.2006 (legalbank).

söz konusu oranın Sermaye Piyasası Kurul'u tarafından belirlenecek orandan aşağı olamayacağı da hükümde belirtilmiştir²²⁵.

Öte yandan ESPK m.15 ile benimsenen halka açık anonim ortaklıklar bakımından getirilen dağıtım zorunluluğu, yeni kanuna alınmamıştır²²⁶. SPK m.19 f.1 uyarınca anonim şirketler önceden hazırlayacakları kâr dağıtım politikasına uygun olarak dağıtım yapacaklardır.²²⁷ Bu şekilde şirketin içinde bulunduğu şartlar dikkate alınmadan önceden hazırlanmış bir esas sözleşme yahut düzenleyici kurum iradesi ışığında kâr dağıtılması yönteminden vazgeçilmiştir²²⁸.

Öte yandan, Kâr Payı Tebliği m.7 f.1 hükmü, payları borsada işlem görmeyen halka açık şirketler bakımından özel bir düzenleme getirmiştir. Buna göre, payları borsada işlem görmeyen şirketlerin dağıtılabılır net dönem kârının en az yüzde yirmisini dağıtması gerekmektedir²²⁹. Bu durumda, halka açık olmakla birlikte, payları borsada işlem görmeyen şirketler bakımından, zorunlu bir kâr dağıtım tutarı olduğu söylenebilir.

v. Karşılaştırmalı Hukuktaki Durum

01. Yabancı Hukuk Sistemlerine Genel Bakış

Fransız hukukunda kâr payı hakkı sadece dağıtılan kâra iştirak etme yetkisi vermekte olup şirketi kâr dağıtımını yapmaya zorlama yetkisi tanımamaktadır. Fransız hukukunda yedek akçe ayırma yetkisi şirket genel kuruluna tanınmıştır (L232-12 f.1)²³⁰. Bu yetkinin kapsamına ilişkin kanunda herhangi bir sınırlama getirilmemiş, esas sözleşmede aksine bir hüküm yoksa genel kurul kural olarak ayrılacak yedek akçe

²²⁵ 6362 sayılı SPK m.19 uyarınca söz konusu sistemde bir değişikliğe gidilmiştir. Hüküm uyarınca halka açık anonim ortaklıkların kâr dağıtımını konusundaki mutlak zorunluluk kaldırılmış, kâr dağıtımının şirket genel kurulu tarafından benimsenen kâr dağıtım politikasına uygun olarak yapılması gerekmektedir.

²²⁶ SPK m.19 hükmü ile dağıtım zorunluluğunun kaldırılması, öğretide şirketin kendi finansman düzenini sağlaması bakımından esneklik sağlanmasını sağlayacağı şeklinde değerlendirilmiştir. Çetin, Nusret/Töremez, Hatice Ebru/Cantimur, Zeynep, **6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun Sistematiik Analizi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s.60.

²²⁷ Kâr dağıtım politikasına aykırı dağıtım yapılmasının sonuçları konusunda ise öğretide bir tartışma bulunmaktadır. Bir görüşe göre, kâr dağıtım politikasına aykırılık halinde pay sahiplerinin iptal davası açma yetkisi bulunmaktadır. Bkz. Karacan/Karacan Erişir, s.221, Gürbüz Usluel, s.224. Aksi yönde Conkar, s.675.

²²⁸ Manavgat, HAAO, s.500.

²²⁹ Kanunda SPK Kurulu'na asgari kâr dağıtım oranı belirleme yetkisi verilmemesine rağmen tebliğde bu yönde bir hüküm bulunduğu yönünde bkz. Manavgat, HAAO, s.500.

²³⁰ Madde hükmünün tercümesi şu şekildedir: Yıllık finansal tabloların onaylanması ve dağıtılabılır tutarın tespiti ardından, genel kurul pay sahiplerine kâr payı olarak dağıtılacak kısmı karara bağlar. (*"Après approbation des comptes annuels et constatation de l'existence de sommes distribuables, l'assemblée générale détermine la part attribuée aux associés sous forme de dividende"*)

miktarını belirlemede serbest bırakılmıştır²³¹. Şirket ilgili yılda kâr elde etmiş olsa bile, azınlık pay sahiplerinin kâr payı dağıtımını beklentileri hukuken korunmamaktadır.

Bu konuda genel kurulun serbestisinin sınırını çoğunluk gücünün kötüye kullanılması (“*abus de majorité*”) oluşturur²³². Diğer bir ifade ile çoğunluk gücünün kötüye kullanılması niteliğinde olmadığı müddetçe, şirketin yedek akçe ayırma kararının ve dolayısıyla kâr dağıtmaktan imtina etme kararının hukuka aykırılığı ileri sürülemez. O nedenle de Fransız öğretisinde pay sahibinin kâr payı hakkından değil, “*kâr üzerindeki payından haksız yere mahrum bırakılmama hakkından*” bahsedilmektedir²³³.

Fransız hukukunda çoğunluk gücünün kötüye kullanılması da esasen sınırlayıcı bir şekilde tanımlanmıştır. Fransız yargı kararlarında ve öğretisinde çoğunluk gücünün kötüye kullanılması, şirketin genel menfaatlerini ihlal eden ve azınlık pay sahiplerinin zararına olacak şekilde çoğunluk pay sahiplerine yarar sağlayan kararlar şeklinde tanımlanmıştır²³⁴. Kâr payı dağıtımını bakımından bu şartların sağlanabilmesi ise kolay değildir, zira yedek akçe ayırma kararı kural olarak şirket malvarlığını artırdığından birçok durumda yedek akçe ayrılması şirket menfaatlerine aykırı olmayacaktır²³⁵. Yedek akçe ayırmanın şirket menfaatine aykırı olabilmesi için, öncelikle ayrılan yedek akcenin şirket bakımından âtıl bir kaynak olması, başka bir deyişle bir işlevinin bulunmaması gerekir. Ancak yargı kararlarında ilgili fonların işlevsizliği tek başına çoğunluk gücünün kötüye kullanılması için yeterli kabul edilmemektedir²³⁶. Bunun dışında kararın çoğunluk pay sahiplerine menfaat sağlarken azınlık pay sahiplerine zarar vermesi de gerekir. Öğretide belirtildiği kadarıyla, bu şart ise iki ihtimalde sağlanmaktadır. Bunlardan biri çoğunluk pay sahiplerinin kâr dağıtımını dışındaki yollarla şirket kaynaklarından yararlanması halidir. İkinci ihtimal ise, yedek akçe ayırma kararının azınlık pay sahiplerini paylarını satmaya zorlama amacıyla

²³¹ Champetier de Ribes-Justeau, s.89, Velardocchio, Dominique, “**Dividendes**”, Répertoire de Droit des Sociétés, Dalloz, 1996, para.54, Germain, Michel/Magnier, Véronique, **Les Sociétés Commerciales**, LGDJ, 2017, s.656.

²³² Örnek olarak bkz. Germain/Magnier, s.656, Velardocchio, para.55.

²³³ Velardocchio, para.205, Germain/Magnier, s.429.

²³⁴ Champetier de Ribes-Justeau, s.177, Velardocchio, para.56, Germain/Magnier, s.657.

²³⁵ Germain/Magnier, s.657.

²³⁶ Champetier de Ribes-Justeau, s.93. Bu durum, uzun süreler kâr dağıtımını yapılmaması halinde de geçerlidir. Yeter ki, şirketin yedek akçe ayırması şirket bakımından bir değer artışı sağlamaya devam etsin. Bkz. Velardocchio, para.57.

alınmasıdır²³⁷. Bu hallerde alınan karar, çoğunluk gücünün kötüye kullanılması teşkil edecek ve genel kurulun kâr dağıtmama kararına karşı dava açılabilecektir²³⁸.

Kâr payını sadece dağıtımın iştirak hakkı ile sınırlayan hukuk sistemlerine Amerikan hukuku da örnek gösterilebilir. Amerikan hukuk sisteminde, kâr payı dağıtım kararı alma yetkisi yönetim kuruluna bırakılmıştır. Yönetim kurulunun kâr dağıtım kararı alması veya dağıtılacak kâr miktarını belirlemesi konularındaki takdir yetkisini sınırlayan bir pozitif hukuk kuralı da bulunmamaktadır²³⁹. Amerikan hukukunda şirketin yönetimine ilişkin kararlar bakımından, ticari karar ilkesi (“*business judgment rule*”) geçerlidir²⁴⁰. Bu ilke uyarınca, yönetim kurulu herhangi bir menfaat çatışması olmaksızın şirketin menfaatine olduğunu düşünerek ve bilgilenmiş şekilde karar aldığı takdirde, alınan kararlar mahkemeler tarafından kural olarak²⁴¹ denetime tabi tutulmamaktadır²⁴². Bu ilkenin kâr payı bakımından etkisi, yönetim kurulunun kâr dağıtım kararı alma konusunda temelde serbest olmasıdır. Sonuç olarak şirketin dağıtılabilir kârı bulursa bile, pay sahibinin yönetim kurulu kural olarak bu kârı dağıtmaya zorlanamayacağını belirtmektedir²⁴³.

Amerikan hukukunda yönetim kuruluna tanınan bu geniş yetkinin sınırı, Fransız hukukundakine benzer şekilde, kâr dağıtımını bakımından benimsenen yetkinin kötüye

²³⁷ Champetier de Ribes-Justeau, s.90.

²³⁸ Fransız hukukunda çoğunluk gücünün kötüye kullanılması hakkında kapsamlı açıklama için bkz. Champetier de Ribes-Justeau, s.177 vd.

²³⁹ Amerika’da farklı eyaletlerdeki kurallar ve içtihatlar bu yönde olsa da istisnai olarak New Jersey Eyaleti’nde mahkemelerin yaklaşımının farklı olduğu belirtilmektedir. “New Jersey doktrini” olarak ifade edilen görüşe göre şirket, kâr payında birikimsiz imtiyaza sahip paylar çıkartmışsa, bir ayrıma gidilmektedir. Eğer bu durumda şirket kâr elde edememişse, pay sahibinin herhangi bir talep hakkı bulunmamaktadır. Öte yandan şirket kâr etmiş olmasına rağmen, yönetim kurulu kâr dağıtım kararı almadığı takdirde New Jersey mahkemeleri, pay sahibinin kâr payı hakkının doğacağını ve bir sonraki yıla aktarılacağını belirtmektedir. Bu durumda, yönetim kurulu ya kâr dağıtımına karar vermek ya da fiilen ödeme yapmasa da dağıtım yapılsaydı pay sahibine ödenecek tutarı dağıtım yapılacağı zaman ödemek zorundadır. Bu durumda her ne kadar pay sahibi doğrudan dağıtım talep edemese de kâr payı alacağı doğmuş olacak ve dağıtım kararı alınana kadar birikmiş olacaktır. Bu açıklamalar için bkz. Bratton, s.496 vd.

Ancak belirttiğimiz gibi, bu yöndeki içtihatlar New Jersey eyaletine özgü olup diğer eyaletlerde ve model kanunlarda kâr dağıtımını konusunda yönetim kurulunun takdir yetkisi mutlak kabul edilmektedir. Bu açıdan söz konusu içtihatlar istisnai bir nitelik taşımaktadır. İkinci olarak, ilgili kararlar imtiyazlı paylara ilişkin bir düzenleme olduğundan, adi paylarda kâr payı hakkı bakımından yol gösterici değildir. O nedenle de Amerikan hukukundaki kâr payı hakkının sadece dağıtılan kâra katılma yetkisine ilişkin olduğu yönündeki tespitimizle çelişkili bir durum bulunmamaktadır.

²⁴⁰ Bainbridge, **Corporate Law**, s.793, Moll, s.863, Carney, s.457, Haas, s.551, Cox, James D./Hazen, Thomas, **Corporation Law**, American Bar Association, 2012, s.463.

²⁴¹ Kural, yönetim kurulu tarafından kâr dağıtılmaması yönünde kararların kötü niyetli olarak alınması yahut hileli bir işlem olması halinde, mahkemelerin bu kararı denetleyebileceği yönündedir. Bkz. Moll, s.862, Carney, s.455, Haas, s.551.

²⁴² Ticari karar ilkesinin işlevi ve gerekçesi hakkında kapsamlı bir inceleme için bkz. Bainbridge, **BJR**, s.109 vd., Moll, s.862.

²⁴³ Bainbridge, **Corporate Law**, s.793, Carney, s.197 ve sonra s.455 vd., Haas s.421.

kullanılmasıdır. Amerikan hukukunda, kâr dağıtımına ilişkin kararların azınlık pay sahiplerini baskı altına almak (“*oppression of minority*”) için kullanılması halinde, şirket tarafından alınan kâr dağıtmama kararına karşı dava açılabilceği, diğer bir ifade kâr dağıtmama kararına karşı hukuki koruma talep edilebileceği belirtilmektedir. Şirketin kâr dağıtmaması tek başına azınlık pay sahiplerinin baskı altına alınması anlamına gelmemektedir. Azınlık pay sahiplerinin baskı altına alınması bakımından kabul edilen genel ölçüt, pay sahiplerinin şirkete ortak olurken elde etmeyi umdukları makul beklentilerinin karşılanmamasıdır²⁴⁴. Kâr payı dağıtımını bakımından bu ölçütün sağlanması, diğer bir ifade ile azınlık pay sahiplerinin baskı altına alınmasına yönelik bir kararın bulunması için, pay sahibinin şirkete olan yatırımının mali sonuçlarını almasının belirsiz bir süre boyunca ertelenmesi gerekmektedir²⁴⁵.

Belirtmek gerekir ki, Amerikan hukukunda²⁴⁶ kâr dağıtımının azınlık pay sahibine karşı baskı kurma amaçlı olduğunun kabulü için çeşitli olguların birlikte bulunması aranır. Öncelikle pay sahibinin mutlak şekilde kâr payı almak yönünde bir beklentisi makul görülmemektedir. Örneğin şirketin bir yatırım veya genişleme planının bulunması gibi ticari sebeplerin varlığı halinde, kâr dağıtılmaması kararı meşru beklentilerin ihlali olarak kabul edilmemektedir²⁴⁷. Ayrıca şirketin uzun yıllar kâr dağıtmamasının da tek başına azınlık pay sahiplerine baskı niteliği taşıyıp taşımadığı tartışmalıdır²⁴⁸. Öte yandan, şirket bir yandan kâr dağıtımından kaçınırken, aynı zamanda yönetim kurulu üyesi olan bazı pay sahiplerine yönetim kurulu üyesi sıfatından ötürü yüksek maaşlar ödenmeye devam edildiği ihtimalde, kâr dağıtmamanın azınlık pay sahiplerini baskı altına alma amacına yöneldiği sonucuna varılabilir²⁴⁹.

²⁴⁴ Moll, s.853, Pinto, Arthur R., “**Protection of Close Corporation Minority Shareholders in the United States**”, Brooklyn Law School Legal Studies Research Papers No.369 2014, s.374 vd.

²⁴⁵ Moll, s.849.

²⁴⁶ Bu noktada hatırlatmak gerekir ki, Amerikan hukukunda şirketler hukuku federal seviyede değil, federe düzeyde ele alındığından, eyaletler arasında farklılıklar bulunmaktadır. Azınlık pay sahiplerinin baskı altına alınması öğretisi de eyaletler arasında farklılık gösteren alanlardan biridir. Örneğin Delaware’de kâr dağıtmama kararının azınlık pay sahibine zarar verme amaçlı olduğu kolaylıkla kabul edilmemekte ve mahkemeler azınlık pay sahiplerinin bu konuda önceden müzakere etmesi gerektiği ilkesinden hareket etmektedirler. Öte yandan Massachusetts’de kâr dağıtılmaması için meşru bir ticari menfaat bulunmasına ilaveten, bu menfaate ulaşmak için azınlık pay sahiplerine zarar veren başka bir yolun da bulunmaması gerekmektedir. Aksi halde, kararın azınlık pay sahiplerine baskı oluşturduğu kabul edilmektedir. Bkz. Conac, **Shareholders**, s.250 vd. Bu nedenle Amerikan hukukuna ilişkin açıklamaları genel ilkeler çerçevesinde ortaya koymakla yetineceğiz.

²⁴⁷ Moll, s.872.

²⁴⁸ Carney, s.716-717.

²⁴⁹ Moll, s.848. Özellikle azınlık pay sahiplerinin şirketten maaş almadığı durumlarda, kâr dağıtmama kararları azınlık pay sahipleri bakımından daha da sorunlu bir hale gelmektedir. Bkz. Moll,

Kâr dağıtmama kararının azınlık pay sahiplerine yönelik bir baskıya dönüşmesi halinde, hâkim, şirketin haklı sebeple feshine veya uygun göreceği bir başka bir çözüme karar verebilmektedir²⁵⁰. Ayrıca bu durumda çoğunluk pay sahiplerinin azınlık pay sahiplerine karşı olan sadakat yükümlülüklerinin ihlal edildiği ve azınlık pay sahiplerinin bu sebeple bir tazminat talebinde bulunabilecekleri belirtilmektedir²⁵¹. İlaveten bu durumda, gelecek yıllarda da kâr dağıtılması yönünde bir mahkeme emrinin verilebileceği de belirtilmektedir²⁵².

Sonuç olarak, Amerikan hukukunda da pay sahibinin şirketin kâr dağıtmama kararına karşı hukuki yollara başvurabilmesi için, kararın azınlık pay sahiplerini baskı altına alacak nitelikte olması gerekmektedir. Çoğunluk pay sahipleri şirket kârından bir şekilde yararlanırken, diğer pay sahiplerinin şirketteki yatırımlarından kalıcı olarak mahrum kalmaları halinde, böyle bir sonucun doğduğu kabul edilmektedir. Öte yandan kâr payı dağıtmama kararı, tek başına hukuki denetime tabi olmayıp ancak ilave koşulların da eklenmesi ile mahkeme denetimine tabi kılınmaktadır. Buradan hareketle Amerikan hukukunda da kâr payı hakkının tek başına pay sahibine şirketi kâr dağıtımına zorlama yetkisi tanımadığı sonucuna varılabilir.

İngiliz hukukunda da pay sahibinin şirket kârı üzerinde doğrudan bir hakkı olmadığı kabul edilmektedir. Şirket esas sözleşmesinde dağıtılacak kâr miktarının gösterilmesinden doğacak kâr dağıtması zorunluluğu²⁵³ bir kenara bırakılırsa, ne oranda kâr dağıtımı yapılacağı konusunda şirketin neredeyse sınırsız bir yetkisi bulunmaktadır²⁵⁴. Gerçekten de tespit edebildiğimiz kadarıyla şirket organlarının dağıtması gereken asgari kâr payına ilişkin herhangi bir mevzuat hükmü bulunmamaktadır. Bu durumda pay sahiplerinin şirketin kâr dağıtmama kararına karşı dava açması prensip olarak mümkün görünmemektedir.

s.861. Ayrıca kâr dağıtımından imtina edilmesinin azınlık pay sahiplerine baskı kurma amacı taşıdığı için kapalı şirketlerde daha kolay kabul edildiği belirtilmektedir. Cox/Hazen, s.464.

²⁵⁰ Moll, s.850.

²⁵¹ Moll, s.852, Pinto, s.371, Champrier des Ribes-Justeau, **Les Abus de Majorité, de Minorité d'Egalité**, Dalloz, 2010, s.177 vd.

²⁵² Moll, s.890.

²⁵³ Zaklama, Nicholas A.S., **"Dividends: Shareholders' Right, Directors' Privilege or Companies Curse"**, Bracton Law Journal, S.32, 2000, s.28.

²⁵⁴ Hatta pay sahiplerinin sırf bu konuları sebebiyle kârdan pay alacakları beklentilerinin bulunmaması gerektiği belirtilmektedir. Bkz. Davies, Paul, **Gower and Davies' Principles of Modern Company Law 8th Edition**, Sweet&Maxwell, 2008, s.696.

İngiliz hukukunda da yedek akçe ayırmak suretiyle kâr dağıtmama konusunda şirkete tanınan geniş yetkinin sınırını, alınan kararın sonuçlarının²⁵⁵ azınlık pay sahipleri için haksız şekilde zararlı olması (“*unfair prejudice*”) teşkil eder. Companies Act m.994 hükmü uyarınca, taraflar arasında ortaklık işlerinin nasıl yürütüleceği konusunda bir uzlaşma ihlal edilerek azınlık pay sahiplerinin meşru beklentilerine²⁵⁶ zarar veriliyorsa, bu durumda haksız şekilde zarar (“*unfair prejudice*”) davası mümkün olmaktadır²⁵⁷. Buna göre, pay sahipleri arasında şirket esas sözleşmesinde yer almasa bile, kâr dağıtım politikası konusunda bir uzlaşma varsa²⁵⁸, buna aykırı kâr dağıtmama kararlarına karşı dava açılması imkanı doğacaktır. Hemen belirtmek gerekir ki, İngiliz hukukunda da kâr dağıtımının tek başına azınlığa haksız şekilde zarar verdiği kabul edilmemektedir²⁵⁹. Bununla birlikte, bazı ilave şartların bulunması halinde, azınlık pay sahiplerinin şirketin kâr dağıtmama kararına karşı, kendilerine haksız şekilde zarar verildiği iddiası ile hukuki yollara başvurusu mümkündür. Şirketin kâr dağıtmama politikasının uzun sürmesi yahut azınlık pay sahiplerinin paylarını düşük fiyattan satmaya zorlama amacı ile kâr dağıtım yapılmaması halinde, pay sahiplerinin dava açma hakkı olduğu belirtilmektedir²⁶⁰. Ayrıca İngiltere ve Galler Yüksek Mahkemesi, şirket yöneticilerin yüksek ücretler aldığı ve diğer menfaatler elde ettikleri bir şirkette, yönetim kurulu üyelerinin kâr dağıtmama tavsiyesi üzerine kâr dağıtım yapılmamasının azınlık pay sahiplerini zarara uğraticı eylem olarak tanımlayarak, dağıtmama kararına karşı dava açılmasına olanak tanımıştır²⁶¹.

Sonuç olarak, yukarıda incelenen hukuk sistemlerinde pay sahiplerinin kâr payı hakkı, şirketi kâr dağıtımına yönlendirecek bir yetki tanımamaktadır²⁶². Buna göre,

²⁵⁵ Bu bağlamda önemli olan alınan kararların zarar verici nitelikte olması değil, kararın uygulanmasının sonuçlarının azınlık pay sahipleri bakımından zarar verici olmasıdır. Bkz. Boyle, A.J., **Minority Shareholders’ Remedies**, Cambridge University Press, 2004, s.95.

²⁵⁶ Belirtmek gerekir ki, burada korunan pay sahibinin somut bir hakkı olmayıp pay sahibinin meşru beklentisidir. O nedenle somut hak düzeyine ulaşmayan menfaatler de korumadan yararlanmaktadır. Bkz. Miller, s.404, Boyle, s.95.

²⁵⁷ Davies, s.692, Hannigan, Brenda, **Company Law**, 4th Edition, Oxford University Press, 2015, s.505.

²⁵⁸ Örneğin bir davada mahkeme, pay sahiplerinden birinin mali yıl içerisinde şirketten ihtiyaç duydukları borç alacağı, sene sonunda da azami miktarda kâr dağıtım yapılarak alınan borçlar ile takas yoluna gidileceği konusunda pay sahipleri arasında bir uzlaşma olduğu kanaatine vermiştir. Bu uzlaşmaya rağmen, şirketin kâr dağıtım yapmaması halinde, bu karar, azınlık pay sahibi bakımından haksız yere zarar verici kabul edilmiştir. Bkz. Hannigan, s.505.

²⁵⁹ Hannigan, s.504.

²⁶⁰ Ferran, Eilis, **Company Law and Corporate Finance**, Oxford University Press, 1999, s.415.

²⁶¹ İngiltere ve Galler Yüksek Mahkemesi, *Irvine v. Irvine* kararı, 2007. Aynı husus öğretide de kabul edilmektedir. Bkz. Davies, s.696, Hannigan, s.504.

²⁶² Zaklama, s.29. Yazar, bu nedenle kâr payının pay sahibi bakımından bir hak niteliğinde mi yoksa sadece bir beklenti niteliğinde mi olduğunun tartışmaya açık olduğunu belirtmektedir. *Ibid* s.28 vd. Hatta Davies daha da ileri giderek, pay sahiplerinin kâr dağıtım yapılacağına dair meşru bir

pay sahiplerinin kâr payı hakkı, sadece şirket tarafından dağıtılmasına karar verilen tutara katılma hakkından ibarettir. Pay sahiplerinin şirket tarafından kâr dağıtılmaması kararına karşı dava açma hakkı kural olarak bulunmamaktadır. Nitekim, mahkemelerin de şirketin finansal yönetimine ilişkin konuları ticari karar olarak değerlendirdiği ve şirket işleyişine müdahale etmekten imtina ettiği belirtilmektedir²⁶³. Belirli ilave şartların varlığı halinde, pay sahibinin kâr dağıtımının kendisine haksız yere zarar verdiği iddiası ile dava açılması mümkünse de bu durum, tek başına kâr dağıtmama kararının hukuksal denetime tabi olduğu anlamına gelmemektedir.

Söz konusu hukuk sistemlerinin ortak özelliği, kâr dağıtımı kararının *per se* hukuki denetime tabi olmayışıdır. Esasen genel kurul, şirket kârının ne kadarlık kısmının dağıtılabileceğine karar verebilir ve azınlık pay sahipleri, genel kurulun bu konudaki kararı ile bağlıdır. Bu bağlamda, kâr dağıtmama kararının şirket menfaatlerine uygun olup olmadığı da tek başına karara karşı hukuk yoluna gidilebileceği anlamına gelmemektedir. Nitekim ilgili sistemlerde hakimler de genel kurulun aldığı karara müdahale etmeme eğilimindedirler. Öte yandan kâr dağıtmama kararının başka olgular ile birleşmesi ile çoğunluk gücünün kötüye kullanılması ve bu şekilde azınlık pay sahiplerine zarar verilmesi yoluna başvurulması halinde, artık karara karşı hukuki yollara başvurulması mümkün olacaktır. Diğer bir anlatımla, yedek akçe ayırma kararı esasen ticari bir mesele olarak görülmekte ve mahkemelerce incelenmese de bu durum çoğunluk gücünün kötüye kullanılması seviyesine geldiği zaman, artık hukuki bir mesele haline dönüşmekte ve pay sahiplerine bir hukuki koruma imkânı tanınmaktadır.

Bu noktada Alman hukukunda farklı bir yaklaşımın belirlendiğini söylemek mümkündür. Genel kurul tarafından kâr payının nasıl kullanılacağı konusunda azınlık pay sahiplerine kararın iptaline yönelik dava açma hakkı tanınmaktadır. Konuyu düzenleyen AktG m.254 hükmüne göre, şirket sermayesinin %4'ünden daha düşük bir kâr dağıtımı yapılmasına yol açacak şekilde yedek akçe ayrılması veya kârın bir sonraki yıla aktarılması yönünde genel kurulu kararları²⁶⁴, bu madde uyarınca iptal

beklentisinin bile kendiliğinden bulunmadığını, ancak bazı ilave şartların varlığında böyle bir beklentiden bahsedilebileceğini belirtmektedir. Bkz. Davies, s.696.

²⁶³ Ferran, s.415, Hannigan, s.504. Nitekim haksız şekilde zarara dayanan davalarda da mahkemenin taraflar arasındaki uzlaşmaya riayet edilmesini sağladığı, bu nedenle de ticari değil hukuki bir denetim yaptığı belirtilmektedir. Bkz. Davies, s.697-698.

²⁶⁴ Alman hukukunda yıllık kârdan yedek akçe ayrılması kararı münhasıran genel kurala ait değildir. Şirketin yönetim organı ve gözetim organı tarafından da yedek akçe ayrılmasına izin verilmektedir. Ancak AktG m.254 hükmü bu kararların iptali bakımından başvurulabilecek bir koruma sağlamamaktadır. Bkz. Göz, **Heidelber Kommentar, AktG 254**, s.1982, Arnold, **Kölner Kommentar, AktG. m.254** para. 14, Schwab, **Schmidt/Lutter Kommentar, AktG 254**, para.2. Aynı şekilde, yedek

edilebilmektedir. Hükümün amacı, pay sahiplerinin çoğunluk tarafından alınacak kâr dağıtmama kararları sebebiyle karşılaşılabilecekleri kâr payı açılığına karşı korunmasıdır²⁶⁵.

Hüküm iptal davası açabilecek pay sahipleri bakımından bir sınırlama getirmiştir. AktG m.254 kapsamında iptal davası, şirket sermayesinin en az %5'ine sahip olan yahut sahip olduğu paylarının itibari değeri 500.000€'yu geçen pay sahipleri tarafından açılabilir.

Öte yandan, AktG m.254 pay sahibinin asgari kâr payı hakkını ihlal eden genel kurul kararlarının belirli şartlarda hukuka uygun olacağını da düzenlemektedir. Bu hükme göre, genel kurulun yedek akçe ayırma veya kârı bir sonraki yıla aktarma kararı, şirketin öngörülebilir gelecekte²⁶⁶ yaşamı ve dayanıklılığı için zorunluluk²⁶⁷ teşkil ediyorsa, bu durumda asgari kâr payı dağıtılmamış olsa bile kararın iptali mümkün olmayacaktır. Bu açıdan, iptalin söz konusu olabilmesi için kâr dağıtılmaması sonucunu doğuracak kararın objektif olarak makul bir ticari gerekçesinin bulunmaması gerekmektedir²⁶⁸. Bu konuda ispat yükünün şirkete ait olduğu belirtilmektedir²⁶⁹. Belirtmek gerekir ki, şirketin yaşamı ve dayanıklılığı ile ne anlaşılması gerektiği tartışmalıdır. Bir görüşe göre, genel kurula asgari kâr payı hakkını göz ardı etme yetkisinin tanınacağı bu haller sınırlı yorumlanmalıdır. Örneğin şirketin düzenli kâr payı dağıtımını yapabilmesi için yedek akçe ayrılması yahut şirketin kapasite artırımı ya da genişleme için yatırım yapması bu kapsamda değerlendirilmemelidir²⁷⁰. Öte yandan aksi görüşe göre, şirketin sürekli kârlılığını koruması ve bu bağlamda genişleme amacı da makul bir ticari gerekçe teşkil eder ve

akçe ayrılması esas sözleşmede öngörülmüşse yine pay sahipleri AktG m.254 ile getirilen korumadan yararlanamayacaklardır. Bkz. Göz, **Heidelber Kommentar, AktG 254**, s.1982, Reul, Adolf, **Anfechtungs- und Nichtigkeitsgründe im Aktienrecht**, (Ed: Olaf Gärtner, Michael Rose, Adolf Reul), Beck, 2014, s.411.

²⁶⁵ Arnold, **Kölner Kommentar, AktG. m.254** para. 4, Göz, **Heidelber Kommentar, AktG 254**, s.1982, Reul, s.400, Schwab, **Schmidt/Lutter Kommentar, AktG 254**, para.1.

²⁶⁶ Öngörülebilir gelecek ile beş yıllık bir zamanın anlaşılması gerektiği belirtilmektedir. Bkz. Reul, s.411, Göz, **Heidelber Kommentar, AktG 254**, s.1983, Arnold, **Kölner Kommentar, AktG. m.254** para 16.

²⁶⁷ Öğretide zorunluluk kavramına özel olarak vurgu yapılmaktadır. Buna göre yedek akçe veya kârı bir sonraki yıla aktarma kararının şirketin varlığını ve ekonomik direncini koruması için yararlı olması yeterli olmayıp bu ayırmanın bir gereklilik niteliğinde olması gerektiği belirtilmektedir. Bkz. Arnold, **Kölner Kommentar, AktG. m.254** para.17.

²⁶⁸ Conac, **Shareholders**, s.233.

²⁶⁹ Arnold, **Kölner Kommentar, AktG. m.254** para. 17.

²⁷⁰ Arnold, **Kölner Kommentar, AktG. m.254** para. 15.

bu görüşü savunanlar, bu hallerde de genel kurulun kâr dağıtmama kararının iptal edilemeyeceğini belirtmektedirler²⁷¹.

AktG m.254 hükmünü konumuz açısından değerlendirdiğimizde, Alman hukukunda kâr payı hakkının korunaklı ve korumasız olmak üzere iki kısma ayrıldığı söylenebilir. Hukuk sistemi tarafından sadece sermayenin %4'ü²⁷² oranında kâr payı dağıtımı korunup sadece bu tutarın altında dağıtıma yol açacak kararlara karşı iptal davası açma imkânı tanınmaktadır²⁷³. Öte yandan korunaklı olan asgari kâr payının üzerindeki tutar bakımından şirketin karar verme serbestisi muhafaza edilmektedir. O nedenle de korumalı kâr payının üzerinde bir tutarın dağıtılmasına yönelik olarak pay sahibinin şirketi zorlayıcı bir hukuki yola başvurması kural olarak²⁷⁴ mümkün değildir.

AktG m.254 hükmünden yola çıkarak tespit edilebilecek bir diğer husus, pay sahiplerinin şirketi dağıtıma zorlama hakkının, bireysel bir pay sahipliği hakkı²⁷⁵ niteliğinde olmadığıdır. Pay sahibinin bu madde uyarınca genel kurul kararına karşı iptal davası açabilmesi için, şirket sermayesinin en az %5'ine sahip olması yahut sahip olduğu payların itibari değerinin en az 500.000€ olması gerekmektedir. Aksi takdirde, diğer dava şartları bulunsa bile pay sahibinin iptal davası açması mümkün olmayacaktır. Bu nedenle kâr payı hakkının dağıtıma katılma yetkisi bireysel bir yetkiyken, pay sahibinin anonim şirketi kâr dağıtımına zorlama yetkisi bireysel nitelikte değildir²⁷⁶.

²⁷¹ Schwab, **Schmidt/Lutter Kommentar, AktG 254**, para.5

²⁷² Söz konusu %4 oranının nasıl hesaplanacağı konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre, söz konusu oran pay başına payın nominal değerinin %4'ü kadar kâr payı almasını gerektirmektedir. Bkz. Schwab, **Schmidt/Lutter Kommentar, AktG 254**, para.3, Göz, **Heidelber Kommentar, AktG 254**, s.1982. Diğer bir görüşe göre ise, kanunda belirtilen oran dağıtılan toplam kâr payının şirketin sermayesine oranına ilişkindir. Bkz. Arnold, **Kölner Kommentar, AktG. m.254** para 12. Bu ayrım özellikle kârda imtiyazlı payların bulunması halinde önem taşımaktadır; çünkü kârda imtiyazlı paylar sebebiyle dağıtılan toplam kâr payı şirket sermayesinin %4'ünü geçse dahi her bir pay başına bu oranı aşan kâr payı dağıtım yapılmaması olasılık dahilindedir.

²⁷³ Arnold, **Kölner Kommentar, AktG. m.254** para. 4, Schwab, **Schmidt/Lutter Kommentar, AktG 254**, para.1.

²⁷⁴ Bu noktada belirtmek gerekir ki, Alman öğretisinde AktG m.254 hükmünün genel hükümler uyarınca iptal davası açılmasını engellemediği belirtilmektedir. Buradan hareketle, kâr dağıtmama kararının azınlık pay sahiplerini paylarını düşük bedelle satmaya zorlamak amacı taşıması halinde, kararın çoğunluk pay sahiplerinin sadakat yükümlülüğüne aykırı olduğu için genel hükümler çerçevesinde iptal edilebileceği belirtilmektedir. Bkz. Arnold, **Kölner Kommentar, AktG. m.254**, s.796, Schwab, **Schmidt/Lutter Kommentar, AktG 254**, para.6, Reul, s.399.

²⁷⁵ Bireysel pay sahipliği hakkı ile kastedilen, hakkın kullanılması için tek bir paya sahip olmanın yeterli olmasıdır. Üçışık/Çelik, s.295.

²⁷⁶ Bu durum ilk bakışta çelişkili gibi görünebilir. Ancak kâr payının ekonomik analizi bölümünde de belirttiğimiz gibi, kâr payı konusu pay sahibinin malvarlıksal haklarını ilgilendirdiği kadar anonim şirketin finansal düzenini ve dolayısıyla yönetimini de ilgilendirmektedir. Bu nedenle de pay sahibinin malvarlıksal hakları ile yönetsel hakları arasındaki ayrım belirsizleşmektedir. Bkz. Birinci Bölüm-I-B-Kurumsal Yönetim Açısından. Kanaatimizce de Alman hukuku bu ayrımı göz önünde bulundurarak

Özetle Fransa, İngiltere ve Amerikan hukuk sistemlerinde pay sahibinin kâr payı tek başına korunan bir hak değildir. Bu sistemlerde, pay sahibinin kâr payı konusundaki meşru menfaatinin korunmasını talep edebilmesi için, kâr dağıtmama kararının çoğunluk gücünün kötüye kullanılması niteliğinde olması gerekmektedir. Öte yandan Alman hukukunda, kâr payı hakkı, çoğunluk gücünün kötüye kullanılmasından bağımsız olarak korunmaktadır. O nedenle çoğunluk pay sahiplerinin kararı azınlık pay sahiplerine zarar verme amacına yönelik olmasa bile, azınlık pay sahipleri kanundaki şartları karşılamak şartıyla söz konusu genel kurul kararının iptalini isteyebilecektir. Bu açıdan, Alman hukukunda kâr payı hakkının en azından bir kısmının kendiliğinden hukuki koruma altında olduğu söylenebilir.

Son olarak mehz İsviçre hukukunda konunun nasıl ele alındığına değinmek isteriz. Esasen normatif düzenlemeler bakımından Türk hukuku ile İsviçre hukuku arasında bir farklılık bulunmamaktadır. Türk hukukunda yedek akçe ayrılmasına dayanak oluşturan TTK m.521 ve TTK m.523 hükümleri sırasıyla İBK m.672 ve İBK m.674 ile aynıdır. Bu nedenle iki hukuk sisteminin konuya yaklaşımının ve vardığı sonucun aynı olması beklenebilir. Nitekim İsviçre öğretisinde de kâr payı hakkının boyutları arasında, pay sahiplerinin yıllık kâr dağıtımına da hakkına yer verilmektedir²⁷⁷. Yine Türk hukukunda olduğu gibi, esas sözleşmede yedek akçe ayrılması öngörülmemişse, şirketin sadece kanunda (İBK m.674) belirtilen şartların varlığı halinde genel kurul kararı ile yedek akçe ayırabileceği kabul edilmektedir²⁷⁸. Şirketin yedek akçe ayırması için haklı sebeplerin bulunmaması ise kararın iptaline yol açacaktır²⁷⁹. Bu açıdan İsviçre hukukunda da Türk hukukunda olduğu gibi, kâr payı hakkının şirketi kâr dağıtımına zorlama yetkisi verdiği sonucuna varılabilir.

Öte yandan İsviçre öğretisinde söz konusu normların yorumu bakımından Türk hukukundan farklı bir eğilim bulunduğunu söylemek isabetsiz olmayacaktır. İsviçre öğretisinde şirketin kâr payı hakkı üzerinde geniş bir takdir yetkisi bulunduğu özellikle

pay sahibinin kârdan pay almasını bireysel bir hak olarak tanımlarken, şirketin yönetimine müdahale etkisi doğuracak şirketi kâr dağıtımına zorlama (iptal davası açma) yetkisini belirli bir oranda pay sahibi olma şartına bağlamıştır.

²⁷⁷ Örnek olarak bkz. Chenux/Gachet, **CR**, s.571, Neuhaus/Balkanyi, **Basler Kommentar**, s.604, Egger, s.12, Eberle, **OFK**, s.1640. Ancak öğretilde aksi görüş de ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre, şirket esas sözleşmesinde belirli bir miktarda kâr dağıtılmasına yönelik bir hüküm bulunmaması halinde, pay sahibinin söz konusu kâr payı dağıtımını talep etme yetkisi bulunmamaktadır. Bkz. Knobloch, s.242.

²⁷⁸ Neuhaus/Balkanyi, **Basler Kommentar**, s.652.

²⁷⁹ Böckli, **Aktienrecht**, s.1512.

vurgulanmaktadır²⁸⁰. Yine öğretide pay sahipliği hakları dikkate alındığında, şirket menfaatlerinin bireysel olarak pay sahiplerinin kâr payı beklentisinden üstün tutulduğu görülmektedir²⁸¹. O nedenle de mahkemelerin şirketin kâr dağıtım kararına müdahale etmek konusunda çekingen davranması gerektiği ve şirketin kararına müdahalenin istisnai olması gerektiği savunulmaktadır²⁸². Bu geniş takdir yetkisi karşısında şirketin yedek akçe ayırma kararının çoğunluk gücünün kötüye kullanılması teşkil etmediği sürece, kârın şirket bünyesinde tutulması halinde kâr payı hakkının ihlal edilmediği savunulmaktadır²⁸³.

Hemen belirtmek gerekir ki, İsviçre öğretisi de şirketin yedek akçe ayırma konusundaki takdir yetkisinin ve mahkemelerin müdahaleden kaçınması gerekliliğinin sınırları olduğunu da kabul etmektedir. Öğretide bu geniş takdir yetkisinin sınırının çoğunluk gücünün kötüye kullanılması olduğu belirtilmektedir²⁸⁴. Örneğin, şirketin kâr dağıtmama kararının şirketin amacına yabancı hedefler için kullanılması halinde, pay sahiplerinin kâr payı hakkının ihlali söz konusu olacaktır²⁸⁵.

İsviçre öğretisinde, mahkemenin şirketin kararın müdahalede çekingen davranması gerektiği belirtilmekle birlikte, İsviçre Federal Mahkemesi'nin yaklaşımı farklılık göstermektedir. Federal Mahkeme'ye göre kanunda veya esas sözleşme aksine bir hüküm bulunmaması halinde, şirketin net dönem kârının dağıtılması esastır ve şirketin bu yönde bir yükümlülüğü bulunmaktadır²⁸⁶. O nedenle öğreti şirketin takdir yetkisinin genişliğine vurgu yapıyorsa da yargı kararları, şirketin kâr dağıtım zorunluluğunu tanımaktadır. Bu açıdan İsviçre öğretisindeki görüşler kâr payı

²⁸⁰ Neuhaus/Balkanyi, **Basler Kommentar**, s.604 ve tekrar s.605, Chenaux/Gachet, **CR**, s.574, Habegger, s.77, Dekker, **OFK**, s.189.

²⁸¹ Böckli, **Aktienrecht**, s.1511, Neuhaus/Balkanyi, **Basler Kommentar**, s.605. Bu yaklaşımın öğretilde yaygın görüş olduğu yönünde bkz. Locher, s.25.

²⁸² Chenaux/Gachet, **CR**, s.574, Böckli, **Aktienrecht**, s.2291-2292. Şirkete geniş yetki tanınması sebebiyle genel kurulun kanundan doğan yedek akçe ayırma yetkisinin aşıldığının nadiren kabul edildiği belirtilmektedir. Bkz. Locher, s.26.

²⁸³ Habegger, s.78, Chenaux/Gachet, **CR**, s.574, Neuhaus/Balkanyi, **Basler Kommentar**, s.605, Meier-Hayoz/Forstmoser, s.467.

²⁸⁴ Chenaux/Gachet, **CR**, s.573.

²⁸⁵ Habegger, s.77, Neuhaus/Balkanyi, **Basler Kommentar**, s.605. Şirketin amacına yabancı hedeflere örnek olarak ise azınlık pay sahiplerini temettü açlığı ile cezalandırmak veya pay değerini düşürerek payları düşük bir değerden satmaya zorlamak gibi amaçlar gösterilmektedir. Bkz. Habegger, s.77.

²⁸⁶ BGE 99 II 59 (naklen Knobloch s.243). Öte yandan İsviçre hukukunda daha eski tarihli kararlarda şirketin devamlı refahı için yedek akçe ayırmak konusunda geniş takdir yetkisinin yargı kararlarında da kabul edildiği ve mahkemelerin sadece keyfi kâr dağıtımlarına müdahale ettiği belirtilmektedir. Bkz. Meier-Hayoz/Forstmoser, s.467. Aynı yönde bkz. Böckli, **Aktienrecht**, s.1511, Locher, s.210. Federal Mahkeme'nin şirket genel kurulunun kâr dağıtım konusunda büyük oranda serbest olduğu yönünde kararları olduğu belirtilmektedir Bkz. BGE 99 II 55,59 ve BGE 91 II 298,310 (naklen Neuhaus/Balkanyi, **Basler Kommentar**, s.604).

hakkının pay sahibinin kâr dağıtımını zorlama yetkisi tanıyıp tanımadığı konusunda çelişkili görünse de yargı kararları şirkete kural olarak kârın dağıtılması yükümlülüğü yüklediğinden, Türk hukuku ile benzer bir konumda olduğu sonucuna varılabilir.

02. Türk Hukukunun Yabancı Hukuk Sistemleri Karşısındaki Durumu

Yukarıda çeşitli hukuk sistemlerinin pay sahibinin kâr payı hakkına dayanarak şirketi dağıtım zorlama yetkisini tanıyıp tanımadığına değinilmiştir. Bu konu aslında hukuk politikası bakımından önem taşır; zira ilgili düzenlemeler azınlıkta kalan pay sahibinin kâr payı hakkı ile çoğunluk pay sahiplerinin şirketin finans politikasına karar verme yetkisi arasındaki çatışmaya dair tutumu ortaya koymaktadır. Bu noktada Türk hukukunun söz konusu hukuk sistemleri arasındaki yerini de değerlendirmek yararlı olacaktır.

Bu açıdan Türk hukuku ve mehzaz İsviçre hukuku; Amerikan, İngiliz, Fransız ve Alman hukuk sistemlerinden farklılık göstermektedir. Amerikan, İngiliz ve Fransız hukuk sistemleri, temelde kâr dağıtım kararını ticari bir karar olarak görmekte ve pay sahiplerine *per se* korunabilir bir kâr payı hakkı tanımamaktadırlar. Pay sahipleri şirketin kâr dağıtım politikası ile bağlıdır ve kural olarak bu karara karşı hukuki yollara başvurma imkanları da bulunmamaktadır. Diğer bir ifade ile bu hukuk sistemlerinde pay sahibinin şirketi kâr dağıtımına zorlama yetkisi bulunmamaktadır. Kâr payı hakkı, sadece şirketin dağıtım kararı alması sonucunda, dağıtılan tutara iştirak etme yetkisi vermektedir. Öte yandan kâr dağıtmama kararına ilaveten bazı olguların da ilavesiyle çoğunluk gücünün kötüye kullanılması yahut pay sahipleri arasındaki bir anlaşmaya aykırı hareket edilmesi sebebiyle, ticari bir karar olan kâr dağıtmama kararı artık hukuki bir soruna dönüşmekte ve pay sahipleri şirketin kararına karşı çeşitli hukuki yollara başvurabilmektedirler. Pay sahiplerine tanınan hukuki yollar, her bir hukuk sistemi bakımından farklılık göstermektedir. Alman hukukunda AktG m.254 düzenlemesi ile genel kurul kararına karşı sınırlandırılmış bir iptal davası imkânı bulunmaktadır. Fransız hukukunda da yedek akçe ayrılmasına yönelik kararın çoğunluk gücünün kötüye kullanılması teşkil etmesi sebebiyle iptali mümkündür. Diğer yandan İngiliz hukukunda pay sahibinin “haksız zarar” iddiasına dayanarak dava açması halinde, mahkeme somut olayın şartlarına uygun düşen bir çözüme karar verebilmektedir. Amerikan hukukunda ise, çoğunluk gücünün kötüye kullanılması halinde, çoğunluk pay sahiplerine karşı sadakat yükünün ihlaline dayalı bir tazminat davası açılması söz konusudur.

Türk-İsviçre hukuk sisteminin burada ele alınan sistemlerinden önemli şekilde ayrıldığı ortadadır. Türk-İsviçre hukukunda, TTK m.523 (İBK m.674) hükmü genel kurulun yedek akçe ayırma kararına bir sınırlama getirmektedir. Madde hükmü, çoğunluk gücünün kötüye kullanılması teşkil etmese veya pay sahipleri arasında bir anlaşma söz konusu olmasa bile, kâr dağıtmama kararının TTK m.523'te belirtilen yedek akçe ayırma şartlarını taşımaması halinde yedek akçe ayırma kararının iptaline imkân tanımaktadır. Bu durumu tersinden de açıklamak mümkündür. Eğer çoğunluk pay sahiplerinin kâr dağıtmama kararı çoğunluk gücünün kötüye kullanılması teşkil ediyorsa, azınlık pay sahipleri TTK m.531 hükmü uyarınca haklı sebeple fesih davası açabilecektir; fakat yedek akçe ayırma kararı TTK m.531 şartlarını sağlamasa dahi, pay sahibinin TTK m.523 uyarınca kâr dağıtımını kararının iptalini istemesi mümkündür. Bu açıdan Türk hukuku, şirketin kâr dağıtmama kararının hukuki denetimine olanak tanıdığı için, İngiliz, Amerikan ve Fransız hukuk sistemlerinden ayrılmaktadır.

Pay sahibinin kâr dağıtmama kararının iptaline imkân tanınması sebebiyle, Türk hukuku ile Alman hukuku arasında kısmen bir paralellik kurulabilir. Alman hukukunda da Türk hukukunda olduğu gibi, azınlık pay sahiplerine zarar verme amacı olmasa yahut çoğunluk gücünün kötüye kullanılması teşkil etmese bile, kâr dağıtımını sınırlayan kararların iptal edilmesi mümkün olmaktadır. Bu açıdan iki hukuk sisteminde de pay sahibinin şirketin kâr dağıtmama kararına karşı hukuki yollara başvurma imkânı bulunmaktadır. Diğer bir ifade ile iki hukuk sistemi bakımından da kâr dağıtmama kararı ticari olduğu kadar hukuki de bir meseledir.

Öte yandan, Alman hukuku ile kurulan bu paralellik çeşitli noktalarda da bozulmaktadır. Öncelikle Alman hukukunda pay sahibinin şirket kararına karşı hukuki koruma talep etme yetkisi, sadece kâr payının korunaklı kısmına ilişkindir. Şirket sermayesinin %4'ü tutarını aşan kâr dağıtımını yapıldığı takdirde, pay sahibinin kâr dağıtmama kararına karşı iptal davası açma imkânı bulunmamaktadır. Buna karşın Türk hukukunda kâr payı bakımından benzer bir ayırım bulunmamaktadır²⁸⁷.

²⁸⁷ Belirtmek isteriz ki, bu konu Türk hukukunda tartışmalıdır. Türk hukukunda yalnızca birinci kâr payı dağıtımını olarak isimlendirilen %5 oranında dağıtımın zorunlu olduğu görüşü savunulmaktadır. Yukarıda iv-02- Birinci Kâr Payı Dağıtımının Zorunluluğu Tartışması. Bu görüşe iştirak etmemekle birlikte, ilk temettü dağıtımının zorunlu olduğu kabul edilirse, Türk hukukunda da kâr payının korunan ve korunmayan kısmı arasında bir ayırım doğmuş olacaktır.

Türk hukuku ile Alman hukuku arasındaki bir diğer farklılık ise, kâr dağıtmama kararına karşı başvurabilecek pay sahipleri bakımından getirilen sınırlamadır. Türk hukukunda kâr dağıtmama kararına karşı iptal davası açmak bireysel bir haktır ve dava açmak için pay sahibinin belirli miktarda paya sahip olması gerekli değildir. Halbuki, Alman hukukunda pay sahibinin genel kurulun kâr dağıtmama kararına karşı iptal davası açabilmesi için, kural olarak şirket sermayesinin en az %5'ini temsil eden yahut itibari değerlerinin toplamı en az 500.000€ miktarda paya sahip olması gerekmektedir. Diğer bir ifade ile bu hak Alman hukukunda bireysel bir hak olmayıp bir nevi azınlık hakkı olarak nitelendirilebilir.

Sonuç olarak, Türk hukukunda pay sahibi şirketin kâr dağıtım kararı ile bağlı olsa da kanun, şirketin bu konudaki yetkisini sınırlamış ve bu sınırlamaların aşılması halinde pay sahibine dava hakkı tanımıştır. Türk hukuku pay sahibinin kâr payı hakkını şirket organının kararına karşı koruma yetkisi, bu bölüme ele alınan hukuk sistemleri ile kıyaslandığında teorik olarak daha geniştir. Bu açıdan Türk hukuku, karşılaştırmalı hukuk perspektifinden ayrıksı bir noktadadır. Bu durumdan kanaatimize iki çıkarım yapmak mümkündür. Bunlardan ilki, Türk hukukundaki hükümler yorumlanırken, pay sahibinin kâr payı hakkının korunaklı konumunun bilinçli bir tercihi yansıttığının dikkate alınması gerekliliğidir. Belirttiğimiz üzere, şirketin kâr dağıtım kararı Türk hukuku bakımından bir ticari karar olduğu kadar, kanun tarafından korunan bir hakkın sınırlanması sonucunu doğurduğundan aynı zamanda da hukuki bir konudur. O nedenle de pozitif hukuktaki normların bu bakış açısı ile ele alınması da isabetli olacaktır.

Türk hukukunun karşılaştırmalı hukuktaki yerinden yapılabilecek ikinci çıkarım ise, Türk hukukundaki normlar yorumlanırken, mehz İsviçre hukuku bir kenara bırakılırsa, yabancı hukuk sistemlerine ilişkin yorumların dikkate alınmasında tedbirli şekilde yaklaşılması gerektiğidir. Zira ele alınan hukuk sistemlerinde kâr payı dağıtımını talep etme hakkı, pay sahibinin hakları arasında yer almamaktadır. Bu nedenle birçok hukuk sisteminde, kâr payı hakkı ile ifade edilen sadece şirketin verdiği dağıtım kararına katılma yetkisidir. Bu temel bakış açısı farkı, doğrudan veya dolaylı olarak öğreti ve uygulamanın da yaklaşımını etkileyecektir. O nedenle yabancı hukuk kaynaklarının Türk hukuku bakımından fikir verici etkisi göz ardı edilemez olsa da pozitif hukuktaki normların yorumlanması bakımından etkisine şüphe ile yaklaşmak gerekecektir.

b. Dağıtımdan Pay Alma Yetkisi

Pay sahibinin kâr payı hakkının verdiği yetkilerden ilki şirket tarafından dağıtımına karar verilen kâr payından, pay sahibinin sahip olduğu paylara tekabül eden tutarın ödenmesini veya malvarlığı unsurunun teslim edilmesini isteme yetkisidir²⁸⁸. Bu yetki, dar anlamda kâr payı hakkının “dağıtımdan pay alma” veya “dağıtıma iştirak” boyutunu oluşturur. Dar anlamda kâr payı hakkından doğan bu yetki TTK m.507’de açıkça düzenlenmektedir. TTK m.507 hükmü uyarınca *“her pay sahibi, kanun ve esas sözleşme hükümlerine göre pay sahiplerine dağıtılması kararlaştırılmış net dönem kârına, payı oranında katılma hakkını haizdir”*.

Dağıtımdan pay alma yetkisi, dar anlamda kâr payı hakkının edilgen boyutunu oluşturmaktadır. Dağıtılacak kâr payının belirlenmesi bakımından Türk hukuku bakımından genel kurul yetkili kılınmıştır (TTK m.408). Buna göre genel kurulun kanun ve esas sözleşme hükümlerine uygun olarak alacağı dağıtım kararı sonucunda pay sahibi, yapılacak toplam dağıtımdan kendi paylarına tekabül eden kısım üzerinde bir alacak hakkına kavuşmuş olacaktır²⁸⁹. Bu alacak hakkının doğması bakımından pay sahibinin herhangi bir eylemi veya işlemi gerekli değildir. Şirketin yetkili organının kararı ile pay sahibi bu karardan haberdar olmasa, hatta karara muhalefet etmiş olsa dahi, sahip olduğu paylara karşılık gelen dağıtım tutarı için bir alacak hakkı kazanmış olacaktır²⁹⁰.

Belirtmek gerekir ki, TTK m.507 hükmünün lafzı, kâra katılma hakkının içeriğini belirlemek bakımından isabetli değildir. Hükümde pay sahibinin “net dönem kârına” katılmasından bahsedilmektedir. Ne var ki, kâr dağıtımının yalnızca net dönem kârından yapılması zorunlu olmayıp aynı zamanda serbest yedek akçelerin de dağıtılması mümkündür²⁹¹. Bu nedenle kâr dağıtımının net dönem kârı ile sınırlı olmaması sebebiyle, pay sahibinin kâr payına iştirak hakkını belirlemek için yedek akçelerden yapılacak dağıtımı da içerecek bir ifadenin kullanılması gerektiği öğretide kanaatimizce isabetli olarak belirtilmektedir²⁹². Gerçekten de anonim şirketin dağıtmaya karar verdiği kârın kaynağı sadece net dönem kârı olmayıp pay sahibi yedek

²⁸⁸ Knobloch, s.241.

²⁸⁹ Bu nedenle genel kurul kararının değiştirici yenilik doğurucu hak niteliğinde olduğu belirtilmektedir. Bkz. Poroy/Tekinap/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-I**, s.630, Üçışık/Çelik, s.360, Badak, s.199.

²⁹⁰ Üçışık/Çelik, s.369.

²⁹¹ Kâr payının kaynakları ve dağıtılabilecek kârın belirlenmesi konusunda detaylı açıklama için bkz. İkinci Bölüm-I- Kâr Payının Kaynakları ve İkinci Bölüm-II-Dağıtılabılır Kârın Belirlenmesi.

²⁹² Yanlı, **AŞ’de Kâr Dağıtımı**, s.8. Aynı görüşte bkz. Gürbüz Usluel, s.10 dn.20.

akçelerden yapılan kâr dağıtımına da iştirak ettiğine göre, madde metninde de pay sahibinin “net dönem kârına” değil, “dağıtılan kâra” katılma hakkı olduğunun belirtilmesi daha isabetli olurdu²⁹³.

TTK m.507 hükmünde de açık şekilde belirtildiği üzere, pay sahibinin dağıtımına iştirak yetkisi, sahip olduğu payların itibari için yaptığı ödemeler ile orantılıdır. Diğer bir ifade ile bu yetki kural olarak oransallık ilkesinin küçük farklılıklarla²⁹⁴ geçerli olduğu bir yetkidir. Ancak esas sözleşmede bazı paylara kâr payında imtiyaz tanınması yoluyla, bu farklılaşmış oransallıktan tamamen sapmak da mümkündür²⁹⁵.

2. Mali Menfaat Elde Etme Hakkı ile Dar Anlamda Kâr Payının Karşılaştırılması

Bu noktada mali menfaat elde etme hakkı, yani geniş anlamda kâr payı hakkı ile dar anlamda kâr payı hakkı karşılaştırılmasında da yarar bulunmaktadır. Bu sayede hem mali menfaat elde etme hakkının kapsamının hem de dar anlamda kâr payı hakkının genel niteliklerinin ortaya konulması mümkün olacaktır.

İki kavram arasındaki farklılık, hakların zamansal boyutunda kendini göstermektedir. Mali menfaat elde etme hakkı, şirketin kuruluşundan şirketin sona ermesi anına kadar mevcut pay sahiplerinin tamamı için devam eder. Üstelik mali menfaat elde etme hakkı dönemsel nitelikte değildir. Diğer bir ifade ile pay sahibinin mali menfaat elde etme hakkı, kuruluştan şirketin sona ermesine kadar kesintisiz olarak devam etmektedir²⁹⁶. Buna karşılık dar anlamda kâr payı hakkı, dönemsel bir nitelik gösterir. Şirketin kâr dağıtım kararı bakımından temel alınan finansal tablo bilançodur. Bilanço dönemsel olarak, yani bir faaliyet yılına ilişkin olarak

²⁹³ Öte yandan maddenin bu hali kanaatimizce basit bir özensizlikten kaynaklanmamaktadır. Nitekim hüküm mehz İBK m.660 düzenlemesi de pay sahibinin bilanço kârına katılma hakkı bulunduğunu belirtmektedir. Söz konusu hükümde de yedek akçelerin kapsam dışı bırakılması basit bir ihmal kabulünü güçleştirmektedir. Görüşümüzce iki hükmün lafzında da pay sahibinin net dönem kârının dağıtılmasını bekleme hakkı bulunduğu düşüncesi bu tercihte etkili olmuştur. Aşağıda ele alacağımız üzere, pay sahibi her yıl genel kurulda prensip olarak kâr dağıtımını yapılmasını bekleme hakkına sahipse de yedek akçelerin de çözülmesi ve dağıtımına katılması yönünden böyle bir beklenti söz konusu değildir. O nedenle de madde metni, şirket tarafından dağıtımına karar verilen kâr payına katılma hakkını ortaya kaymak bakımından hatalı olsa da pay sahibinin kâr dağıtımını beklentisi konusunda bir ayırım yapmak bakımından işlevsel önem taşımaktadır.

²⁹⁴ Ortaklıklar hukukunda oransallık ilkesi, pay sahibinin sahip olduğu payların itibari değerine oranlı olarak bazı haklardan yararlanmasını ifade eder. Kâr payı hakkı bakımından ise payların itibari değeri değil, itibari değer için yapılan ödemelere oranla hak kazanılması söz konusudur. Bu açıdan kâr payı hakkındaki oransallık ilkesinin klasik oransallık ilkesinden farklılaştığı söylenebilir. Bu konudaki açıklamalar için bkz. Üçüncü Bölüm-III-B-Farklılaşmış Oransallık İlkesi.

²⁹⁵ Bu konudaki açıklamalar için bkz. Üçüncü Bölüm-III-C-Kâr Payında İmtiyaz.

²⁹⁶ Şirketin fesih kararı ile birlikte ise artık kâr payı hakkı değil, tasfiye bakiyesine katılma hakkı söz konusu olmaktadır.

hazırlanmakta olup şirketin mali durumunu faaliyet yıllarına göre göstermektedir. Bunun bir sonucu olarak da dar anlamda kâr payı hakkını belirli bir faaliyet yılı ile ilişkilendirmek mümkün olmaktadır²⁹⁷.

Mali menfaat elde etme hakkı ile dar anlamda kâr payı hakkı arasındaki bir diğer farklılık, hakkın genel kurul kararları karşısındaki durumunda kendini göstermektedir. Daha önce de belirtildiği üzere, mali menfaat elde etme hakkı, Türk hukuku bakımından vazgeçilemez ve kaldırılmaz bir haktır. Diğer bir ifade ile genel kurulun alacağı bir kararla şirketin iktisadi amaç göstermeyeceği veya elde ettiği kârı dağıtmayacağını kararlaştırması ve mali menfaat elde etme hakkını bertaraf etmesi halinde, bu karar batıl olacaktır.

Öte yandan dar anlamda kâr payı hakkı, anonim ortaklıklarda genel kural olan çoğunluk ilkesine tabidir²⁹⁸. Genel kurulda çoğunluk oluşturan pay sahiplerinin oyları ile alınacak kararlar ile dar anlamda kâr payı hakkını sınırlandırması mümkün olmaktadır. Hatta somut kâr payı hakkı olarak ifade edebileceğimiz belirli bir yılda kârın tamamının yedek akçe olarak ayrılması yoluyla hakkın o yıla özgü olarak tamamen kaldırılması da mümkündür. Bu sınırlamalar, esas sözleşmede yedek akçe ayrılmasına ilişkin hükümler ile sürekli olabileceği gibi, olağanüstü yedek akçe ayırmak suretiyle belirli bir mali yıla özgü de olabilir.

Hakkın bu iki boyutu arasındaki farklılık, Yargıtay tarafından da teyit edilmiştir. Yargıtay, mali menfaat elde etme hakkının vazgeçilmez nitelikte olduğunu belirttiği bir kararında, belirli bir yılda kâr payı dağıtmaktan dürüstlük kuralına uygun olması şartıyla kaçınılabileceğini belirtmiştir²⁹⁹. Öğretide de kâr payı hakkı incelenirken hakkın bir vazgeçilmez boyutunun, bir de genel kurul kararlarına tabi kısmının olduğu belirtilirken³⁰⁰, kast edilen mali menfaat elde etme hakkı ile dar anlamda kâr payı hakkı arasındaki ayrımdır.

²⁹⁷ Öte yandan dar anlamda kâr payının dönemselliklerinin mutlak olduğu sonucuna da varılmamalıdır. Her ne kadar bilanço dönemsellik özelliği gösterse de kâr dağıtılabilmesi için geçmiş yıl zararlarının kapatılması gerekmektedir. Ayrıca şirketin dağıtılabileceği serbest yedek akçelerin de kaynağı önceki mali yıllarda elde edilen kâr olabilir. Bu nedenle de dar anlamda kâr payı hakkı bakımından da mali yıllar arasındaki ilişki göz ardı edilemez. Dolayısıyla dar anlamda kâr payı hakkına ilişkin dönemsellik ilkesinin mutlak olduğu sonucuna varılmamalıdır.

²⁹⁸ Habegger, s.77, Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-I**, s.624, Aytaç, **Kâr Payı**, s.43, Badak, s.93, Gürbüz Usluel, s.104-105.

²⁹⁹ 11. HD. 17.03.2016 2015-6354/3021 (naklen Aydoğan, s.118.)

³⁰⁰ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-I**, s.623-624.

Mali menfaat elde etme hakkı ile dar anlamda kâr payı hakkı arasındaki ilişkinin de ortaya konmasının yararlı olacağı görüşündeyiz. Kâr payı hakkının bu iki boyutu arasında işlevsel bir ilişki bulunmaktadır. Yukarıda detaylı olarak açıklandığı üzere, mali menfaat elde etme hakkı, pay sahibinin şirkete yaptığı yatırımın karşılığında malvarlığında bir artış elde etme beklentisini ifade etmektedir. Dar anlamda kâr payı hakkı, diğer bir ifade ile şirketin elde ettiği kârı belirli dönemlerde pay sahibine dağıtması, mali menfaat elde etme hakkının konusu olan malvarlığı artışını sağlar. Bu nedenle de soyut kâr payı ile somut kâr payı hakkı arasında bir amaç-araç ilişkisi olduğunu söylemek mümkündür.

Bununla birlikte, mali menfaat elde etme hakkı ile hedeflenen amaca ulaşmanın tek yöntemi kâr dağıtımı değildir. Mali menfaat elde etme hakkı, başka yöntemlerle de kendini gösterebilmektedir. Pay sahibinin şirketin elde ettiği değer artışından pay sahibinin yararlanmasını sağlayacak işlemlere aşağıdaki örnekler verilebilir:

- Pay sahibi kendisine ait olan payları belirli bir değer karşılığında devrederek paylarını paraya çevirme imkanına sahiptir. Şirketin elde ettiği kâr, şirket değerini artırırken dolaylı olarak da şirket paylarının değerini artıracaktır. O nedenle de pay sahibi paylarını sattığında, payların iktisap değeri ile satış değeri arasındaki fark, pay sahibinin elde ettiği mali menfaat olmaktadır³⁰¹.
- Pay sahipleri, aynen pay devrinde olduğu gibi rüçhan haklarını bedel karşılığında devrederek, mali menfaat elde edebileceklerdir. Şirketin elde ettiği kâr, şirket değerini artırdığı ölçüde söz konusu rüçhan hakkının değeri de artacağından, pay sahipleri mali bir menfaat elde etmiş olacaklardır³⁰².

³⁰¹ Pay sahibinin paylarını devrederek kazanç elde etmesini pay sahibini mali hakları arasında açıklayan yazarlara örnek olarak bkz. Böckli, **Aktienrecht**, s.67. Bu etki özellikle halka açık anonim şirketlerde kolayca gözlemlenebilir. Halka açık anonim şirkette pay sahiplerinin paylarını kolayca paraya çevirme imkanı bulunduğu için, kâr dağıtımı yapılmaması halinde, pay sahibinin küçük bir miktar payını satarak kazanç elde edebileceği belirtilmektedir. Yatırımcıların bu şekilde paylardaki değer artışını likit hale getirmeleri ev yapımı kâr payı ("homemade dividend") olarak isimlendirilmektedir. Bkz. Carney, s.671, Fischel, s.703-704.

³⁰² Rüçhan hakkının devir kabiliyeti sebebiyle pay sahibi açısından mali menfaat sağlayabileceği yönünde bkz. Görmez, s.12.

- Pay sahiplerinin şirkete borçlanmasına yönelik işlemler³⁰³, şirketin kaynaklarının ortaklara aktarılması sonucunu doğurmaktadır³⁰⁴. Bu nedenle de şirketin elde ettiği kazancın pay sahiplerine aktarılması bakımından kullanılan yöntemlerden bir tanesidir.
- TTK m.509 f.3 uyarınca anonim şirketler, belirli koşullar altında cari dönem kârlarının bir kısmını pay sahiplerine kâr payı avansı olarak dağıtabilirler. Kâr dağıtımı gibi kâr payı avansı da pay sahiplerine mali menfaat sağlama yöntemlerinden biridir.
- Şirketin kendi paylarını bir bedel karşılığında iktisap etmesi halinde, şirket malvarlığı paylarını devreden pay sahibine aktarılmaktadır. Bu şekilde şirket paylarının rayiç değerinin iktisap değerinden yüksek olması halinde pay sahibi, paylarını bedel karşılığında elden çıkartarak mali menfaat elde edebilmektedir³⁰⁵.
- Şirketin pay sahipleri ile piyasa koşullarında olmayan, bu nedenle de pay sahibi lehine asimetrik özellik gösteren işlemler yapması halinde, şirket, pay sahiplerine mali menfaat sağlamış olmaktadır³⁰⁶.

³⁰³ TTK m.358 hükmü ile getirilen yasak, borçlanma konusunda açık bir tanım getirmemektedir. Bu bağlamda tüketim ödünçünün borçlanma teşkil ettiği tartışmasız olsa da kullanım ödünçlerinin, karşılıksız kazandırmaların veya karma bağışlama sözleşmelerinin de bu madde kapsamında borçlanma olarak kabul edilmesi gerektiği öğretide kabul edilmektedir. Bkz. Toraman Çolgar s.172 vd. ve özellikle s.188-194.

³⁰⁴ Bu noktada şirketin verdiği borca ilişkin bir alacak hakkı kazanması sebebiyle, malvarlığını azaltmadığı ve bu nedenle borç verilmesinin bir dağıtım teşkil etmediği ileri sürülebilir. Nitekim Alman İmparatorluk Mahkemesi, 1935 tarihli bir kararında şirketin pay sahibine borç vermesi halinde denk bir alacak hakkı kazanması sebebiyle bu işlemin bir dağıtım olarak değerlendirilmeyeceği sonucuna varmış ve söz konusu içtihat yakın zamana kadar Alman hukukunu şekillendirmiştir. Bilançosal yaklaşım olarak ifade edilen bu bakış açısı, 2003 yılında verilen November kararı ile terk edilmiştir. Aynı şekilde Türk hukuku bakımından da bilançosal yaklaşımın isabetli olmadığı ve pay sahiplerinin şirkete borçlanmasının bir dağıtım teşkil ettiği kabul edilmektedir. Söz konusu açıklamalar için bkz. Toraman Çolgar, s.26, Gürel, Murat, **Anonim Şirketin Kendi Paylarının İktisabı Amacıyla Finansal Destek Verme Yasağı**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2014, s.83.

³⁰⁵ Örnek olarak bkz. Aydın, Alihan, **Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını İktisap Etmesi**, Arıkan, İstanbul, 2008, s.49, Rickford, s.922, Cox/Hazen, s.467. Aynen ortakların şirkete borçlanması konusunda olduğu gibi, şirketin kendi paylarını iktisap etmesi halinde de şirket, ödediği bedel karşılığında şirket paylarını aldığı için bilançosal yaklaşım ile şirketin kendi paylarının bir dağıtım işlemi olmadığı iddia edilebilir. Bkz. Türk, Ahmet, **Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını Edinmesi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s.116. Ancak bu iddiaya karşı, anonim şirketin elde ettiği değer olan payın şirket tarafından her zaman çıkartılabilecek bir kaynak olduğu, ayrıca söz konusu payların şirkete karşı bir talep hakkı tanımamasından dolayı şirketin için bir malvarlığı değeri olmadığı ileri sürülmektedir. Bkz. Aydın, **Kendi Paylarını İktisap**, s.99.

³⁰⁶ Toraman Çolgar, s.84. Bu noktada söz konusu asimetrik nitelikteki işlemlerin hukuka aykırılığının denetlenmesi konusunda öğretide bir görüş ayrılığının bulunduğu da değinmek gerekmektedir. Öğretideki bir görüşe göre, TTK m.480 hükmünde yer alan “sermayenin iadesi” yasağı esasen sadece teknik anlamda sermayeyi değil, şirketin tüm malvarlığını ifade etmektedir. Bu görüşe göre, kanunda izin verilen yöntemler haricinde bir şekilde şirket malvarlığını azaltacak bir işlem, sermayeyi karşılıksız bırakmasa dahi TTK m.480’de yer alan sermayenin iadesi yasağının ihlali anlamına gelecektir. Bkz. Türk, **Kendi Paylarını Edinmesi**, s.108, Gürel, s.102, Doğan, Beşir Fatih,

Burada belirtilen işlemlerden ilk ikisinde pay sahibi, kendisine ait olan bir hakkı bir üçüncü kişiye devrederek bu devir karşılığında bir mali menfaat elde etmektedir³⁰⁷. Bu durumda şirketin elde ettiği kâr doğrudan pay sahibine aktarılmamaktadır. Ancak şirketin malvarlığında gerçekleşen artış, şirketin paylarının veya şirkette pay edinmeye imkân tanıyan rüçhan haklarının değerini artırmaktadır. Bu şekilde, pay sahibi doğrudan şirketin elde ettiği kârı almasa dahi, şirketin kâr elde etmeye yönelik faaliyetleri sonucunda dolaylı olarak malvarlığında bir artış elde etmektedir. O nedenle de pay devri veya rüçhan hakkının devrine yönelik işlemler de mali menfaat elde etmeyi sağlayan araçlar olarak değerlendirilmektedir.

Yukarıda verilen diğer örnekler ise, iktisadi sonuçları itibariyle pay devri veya rüçhan hakkının devrinden ayrılmaktadır. Söz konusu işlemlerde şirketin sahip olduğu kaynaklar, pay sahiplerine aktarılmaktadır. Burada verilen örneklerde olduğu gibi, şirket malvarlığının ortaklara aktarılması sonucunu doğuran işlemler öğretide genel bir ifade ile “dağıtım” olarak tanımlanmaktadır³⁰⁸. Dağıtım işlemlerinde, şirket malvarlığı doğrudan ortaklara aktarılmakta ve bu sayede pay sahiplerinin malvarlığında bir artış gerçekleşmektedir.

Dağıtım başlığı altında ele alınabilecek işlemlerden birinin hatta ilk akla gelen ve en tipik olanının kâr payı dağıtımı olduğu söylenebilir³⁰⁹. Ancak dağıtım niteliğindeki işlemler çeşitlilik göstermektedir. O nedenle dar anlamda kâr payı hakkının dağıtım işlemleri içerisindeki yerinin anlaşılması ve kâr dağıtımına hâkim olan ilkelerin

“**Anonim Şirketlerde Sermaye Payını Geri Ödeme Yasağı**”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.56, 2005, s.49. *Tekinalp* de Türk hukukunda hâkim görüşün bu yönde olduğunu belirtmektedir. Bkz. *Tekinalp*, “**Anonim Ortaklıkta Sermayenin Korunması İlkesi**”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s.1689. Alman hukukunda da bu görüşün kabul edildiği yönünde bkz. Aydın, **Kendi Paylarını İktisap**, s.13, Gürel, s.83-84. Öte yandan bir diğer görüşe göre, madde de belirtilen “sermaye” ifadesi teknik anlamda sermayeyi içerecek kadar dar olmamakla birlikte, tüm malvarlığını içerecek kadar da geniş değildir. Bu görüşü savunan yazarlara göre, hükmün koruduğu malvarlığı şirketin dağıtımına izin verilmeyen “bağlı malvarlığıdır”. Buna göre, söz konusu işlemler bağlı malvarlığının dağıtımını sonucunu doğurduğu takdirde TTK m.480 f.3 hükmünü ihlal edecektir. Bkz. Aydın, **Kendi Paylarını İktisap**, s.18. *Tekinalp* ise, sermayenin korunması ilkesinin kapsamına ilişkin hükümlerin nitelikleri itibariyle farklılık gösterdiğini, o nedenle bazı hükümler bakımından hükmün dar bazı hükümler bakımından ise hükmün geniş yorumlanması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. *Tekinalp*, **Sermayenin Korunması İlkesi**, s.1692.

³⁰⁷ Elbette, pay sahibinin kendi malvarlığı üzerinde tasarruf yetkisi kapsamında söz konusu devir işlemlerinin bedelsiz devredilmesi de mümkündür. Ancak bu konuda tercih pay sahibine ait olduğu için pay sahibinin mali menfaat elde etme hakkına aykırılık bulunmamaktadır.

³⁰⁸ Dağıtım kavramını öğretide kullanan yazarlara örnek olarak Türk hukukunda bkz. Toraman Çolgar, s.20 vd., Aydın, **Kendi Paylarını İktisap**, s.49. İsviçre hukukunda da dağıtım işlemlerinin birlikte ele alındığı çalışmalar bulunmaktadır. Örnek olarak Kägi, s.210 vd. Dağıtım niteliği gösterebilecek işlemlere ilişkin örnekler için bkz. Meier-Hayoz/Forstmoser, s.470-471. Amerikan hukukunda da dağıtım kavramının bir çatı kavram olarak kullanıldığı görülmektedir. Örnek olarak bkz. Carney, s.661.

³⁰⁹ Rickford, s.922.

karşılaştırmalı olarak ortaya konulabilmesi için kâr dağıtımının diğer dağıtım işlemleri karşısındaki konumuna değinilmesinde yarar bulunmaktadır. Aşağıda bahsi geçen bu dağıtım işlemleri ile kâr payı dağıtımını karşılaştırılmasına yer verilecektir.

3. Kâr Payı Dağıtımının Diğer Dağıtım Yöntemleri ile Kıyaslanması

Dağıtım kavramı, anonim şirketin finansmanı konusuna ilişkin önemli bir kavramdır. Esasen Türk hukukunda dağıtım kavramı tanımlanmadığı gibi, dağıtım niteliği gösteren işlemlerin bir arada düzenlenmesi de söz konusu değildir³¹⁰. Bunun yerine kanun koyucu en sık başvurulmuş dağıtım işlemlerini ayrı ayrı düzenlemiş ve her bir işlem için farklı kuralları sevk etmiştir. Öte yandan dağıtım işlemleri bakımından şirket ile alacaklılar ve çoğunluk ile azınlık arasındaki menfaat çatışmalarının benzerlik göstermesi sebebiyle, söz konusu işlemlerin kuramsal olarak dağıtım çatısı altında birlikte değerlendirilmeleri ve zaman zaman ise birbirleri ile karşılaştırılarak ele alınmaları, bir sistematik tesis edilmesi açısından faydalı bir yaklaşımdır.

Yukarıda da açıklandığı gibi, şirket malvarlığının ortaklara aktarılması sonucunu doğuran işlemler öğretide genel bir ifade ile “dağıtım” olarak tanımlanmaktadır³¹¹. Öte yandan ortaklara yapılan her türlü ödemenin dağıtım olarak tanımlanması da mümkün değildir. Örneğin pay sahibinin aynı zamanda şirket ile iş ilişkisinde bulunması halinde, hizmet sözleşmesi çerçevesinde yapılan ödemeler ortaklık ilişkisi ile bağlantılı olmadığı için dağıtım kavramı içinde değerlendirilemez³¹². Aynı şekilde, şirketin pay sahiplerinden piyasa koşullarında bir eşya satın alması halinde de şirket kaynaklarının pay sahibine aktarımı bir dağıtım işlemi olarak isimlendirilemez.

Ayrıca anonim şirket ortaklarına bir malvarlığı unsuru verilmiş olması, her zaman bir dağıtımın bulunduğu anlamına gelmemektedir. Örneğin şirketin iç kaynaklardan sermaye artırımına gitmesi halinde, pay sahiplerinin bedelsiz pay alması söz konusu olacaktır. İlk bakışta pay sahiplerinin malvarlığına önceden sahip olmadıkları bir

³¹⁰ Ancak dağıtım kavramı, çeşitli ülke kanunlarında ve model kanun çalışmalarında kendine yer bulmuştur. Örneğin 2006 tarihli İngiltere Şirket Kanunu (*Companies Act*) m.829 dağıtım kavramını şirket malvarlığının nakit veya başka bir şekilde pay sahiplerine aktarılmasına yol açan işlemler olarak tanımlamaktadır. MBKA m.6.40 düzenlemesi de şirketin yapacağı dağıtımlara ilişkin genel bir kural getirirken, kâr payı dağıtımını da çatı kavram olan dağıtım kavramının altında düzenlemektedir. Benzer şekilde EMCA model kanununda da şirketin finansal yeterliliğine ilişkin kuralları tüm dağıtım işlemlerine yönelik olarak getirilmektedir (EMCA m.7.02).

³¹¹ Dağıtım kavramını öğretide kullanan yazarlara örnek olarak Türk hukukunda bkz. Toraman Çolgar, s.20 vd., Aydın, **Kendi Paylarını İktisap**, s.49. İsviçre hukukunda da dağıtım işlemlerinin birlikte ele alındığı çalışmalar bulunmaktadır. Örnek olarak Kägi, s.210 vd. Dağıtım niteliği gösterebilecek işlemlere ilişkin örnekler için bkz. Meier-Hayoz/Forstmoser, s.470-471.

³¹² Bucheler, Rémy, “**Abrégé de droit comptable Articles 957 ss CO et législation sur les sociétés et autres entités**”, Droit et Entreprises (Editör: Pascal Montavon), Schulthess, 2015, s.289-290.

değerin, yeni çıkartılan payların, girmesinden dolayı bir dağıtım olduğu izlenimi oluşabilir. Ancak söz konusu paylara karşılık gelen sermaye, şirketin mevcut kaynaklarından kaynaklandığı için, bu işlemde pay sahibinden şirkete veya şirketten pay sahibine bir kaynak aktarımı söz konusu olmamaktadır. Şirketin iç kaynakları kullanılarak sermaye artırılması, şirketin malvarlığında bulunan fonların sermayeye dönüştürülmesi işlemidir. Bu açıdan bakıldığında, iç kaynaklardan sermaye artırılması veya bedelsiz pay ihracı işlemi kurumsal finans açısından bir dağıtım işlemi niteliğinde değildir³¹³. Ayrıca sermayenin alacaklı koruması bakımından bir ölçüt kabul edilmesi ve sermayenin korunması konusunda özel hükümler tesis edilmesi sebebiyle, bu kaynakların sermaye niteliği kazanması, alacaklıların menfaatlerinin korunmasına hizmet edecektir³¹⁴. O nedenle de bedelsiz pay verilmesi işlemi, dağıtım işlemlerinin aksine alacaklıların menfaatlerine zarar vermemektedir.

Nitekim sermayenin azaltılması işlemi de tek başına bir dağıtım işlemi değildir, zira sermaye azaltımı işlemi sonucunda bağlı malvarlığı serbest hale gelse de şirketten pay sahiplerine bir aktarım yapılmamaktadır. Bu nedenle bu işlem de bir dağıtım işlemi niteliğinde değildir. Fakat eklemek gerekir ki, sermaye azaltımı sonucunda serbest hale gelen malvarlığının ortaklara dağıtılması ihtimal dahilindedir. O nedenle

³¹³ Şirket finansmanı açısından aynı tespit için bkz. Carney, s.722. Öğretide iç kaynaklardan sermaye artırımının kâr payı dağıtılabilecek durumda olan, ancak likidite sıkıntısı yaşayan şirketler bakımından bir dağıtım modeli olarak kullanılabileceği belirtilmektedir. Moroğlu, **Sermaye Artırımı**, s.18-19. Aynı yönde bkz. İmregün, **Kâr Payı Hakkı**, s.434. Kanaatimizce iç kaynaklardan sermaye artırımı işlemi yoluyla pay sahiplerinin mali menfaat elde edebilmesi, ancak şirket paylarının serbestçe tedavül edebildiği ve devir engellerinin olmadığı hallerde söz konusu olabilecektir. Şöyle ki, pay sahipleri bakımından dile getirilen her iki olumlu sonuç da ancak şirket paylarının tedavül edebildiği hallerde anlamlıdır. Bu bakımdan söz konusu payların devredilmesinin önünde hukuki (örn: bağlam) veya fiili (örn: potansiyel alıcı bulunmaması veya yüksek işlem maliyeti) engeller bulunmaktaysa, pay sahibinin bu senetleri paraya çevirmesi mümkün olmayacaktır. Bu durumda da iç kaynaktan sermaye artırımı, şirket bünyesindeki fonları şirkette bağlı halde tutarken, o fonlar karşılığında elde edilmiş paylar da fiilen bağlanmış olacak ve pay sahibinin bu değerden yararlanması tamamen sınırlandırılmış olacaktır. O nedenle de öğretide iç kaynaklardan sermaye artırımı işlemine atfedilen bu amaca, bir hayli çekince ile yaklaşmak gerektiği kanaatindeyiz.

İlaveten belirtmek gerekir ki, şirketin bedelsiz pay çıkarması ve bunu ortaklara dağıtması, gerçek anlamda kâr dağıtımı niteliğinde değildir. Zira bu ihtimalde şirket, malvarlığında bulunan değerleri pay sahiplerine aktarmamakta, bazı bilanço kalemlerini sermaye kalemine ekleyerek bunlar karşılığında pay çıkartarak mevcut pay sahiplerine vermektedir. Diğer bir ifade ile şirket varlıklarında bir azalmayı değil, bilançonun pasif kalemleri arasında bir geçişi ifade ettiğinden, kâr dağıtımı olmadığı gibi, kâr payı dağıtımından beklenen ekonomik faydayı vermesi de çoğu zaman mümkün olmayacaktır. Bkz. Yüksel, Sinan, **“Kapalı Anonim Ortaklıklarda Yeni Payların Kâr Payına Hak Kazanmasında ve Kâr Payının Hesaplanmasında Zaman Unsuru”**, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2019/1, s.399 ve 409. İsviçre hukukunda aynı görüş için bkz. Forstmoser, Peter, **“Sachausschüttungen im Gesellschaftsrecht”**, Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag (Zürich 1989), s.702, Von Büren/Stoffel/Weber, s.215, Vogt, **Basler Kommentar, Art 675**, s.665, Kurer/Kurer, **Basler Komm-2012**, s.720. Alman hukuku bakımından bkz. Wiegand, Philipp, **Die Auskehrung von Sachwerten in der AG durch Sachdividende, Kapitalherabsetzung und Abspaltung**, Verlag Dr. Kovac, Hamburg, 2012, s.24-25.

³¹⁴ Moroğlu, **Sermaye Artırımı**, s.18.

de sermaye azaltımı işlemi bir dağıtım işlemi değilse de bir dağıtım işleminin öncüsü olabilir³¹⁵.

Dağıtım niteliği taşıyan işlemler sınırlı sayıda değildir. Anonim şirketin sahip olduğu malvarlığını pay sahiplerine aktarmak için sahip olduğu çeşitli yöntemler bulunmaktadır. Bu açıdan kâr payı dağıtımı, anonim şirketin oluşturduğu iktisadi değerın pay sahiplerine aktarılması için tanınan muhtelif yollardan bir tanesidir. Bu çeşitlilik sebebiyle Türk hukukunda ve yabancı hukuk sistemlerinde anonim şirketlerin kâr dağıtımını yerine başka yöntemlerle şirket kaynaklarını pay sahiplerine aktardıkları görülmektedir.

Örneğin şirketin kâr dağıtımına alternatif olarak başvurabileceği yöntemlerden biri de şirketin paylarını almak için pay sahiplerine bir teklifte bulunmasıdır³¹⁶. Bu şekilde, şirketin sahip olduğu malvarlığının bir kısmı pay bedeli olarak pay sahiplerine ödenmektedir. Hemen belirtmek gerekir ki, söz konusu yöntem kural olarak hukuka aykırı değildir. Türk hukukunda TTK m.379'daki şartlara tabi olarak şirketin kendi paylarını iktisap etmesine izin verilmiştir. TTK m.357'de düzenlenen eşitlik ilkesinin de gözetilmesi halinde, şirket kendi paylarını iktisap yoluyla malvarlığının belirli bir kısmını ortaklara aktarabilecektir. Belirtmek gerekir ki, vergi mevzuatının kâr payı dağıtımını yerine sermaye kazancını teşvik ettiği Amerika Birleşik Devletleri gibi ülkelerde, şirketlerin kendi paylarını iktisabı konusunda kurallar da esnetildiğinden, bazı şirketlerde şirketlerin kendi paylarını iktisap yoluyla pay sahiplerine kâr dağıtımını, kâr payı ödemelerinin yerini almıştır³¹⁷. Hatta pay sahipleri şirketin geleceği açısından farklı beklentilere sahip oldukları takdirde, şirketin yapacağı teklif, bazı pay sahiplerine yatırımlarını uygun bir şekilde geri alma, diğer pay sahiplerine ise şirketteki oranlarını artırma imkânı verdiğinden, tüm pay sahiplerine seçme imkânı tanınması sebebiyle tercih edilmektedir³¹⁸.

Türk hukukunda şirketin kendi paylarını geri almasına kıyasla daha sık uygulanan yöntem, pay sahiplerinin şirkete borçlanmasıdır. Türk uygulamasında “ortaklar cari hesabı” adı altında pay sahiplerine borç verilmekte ve şirket kaynakları bu şekilde pay sahiplerine aktarılmaktadır. Ortaklar cari hesabı İsviçre şirketler hukuku

³¹⁵ Türk, **Kendi Paylarını Edinmesi**, s.114.

³¹⁶ Von Büren/Stoffel/Weber, s.214.

³¹⁷ Enriques/Macey, s.1179. Yazarlar, şirket tarafından pay sahiplerine paylarının aynı oranda alınması yönünde teklifte bulunulması halinde gerek şirket bilançosu gerekse pay sahiplerinin hakları bakımından kâr dağıtımını ile aynı sonuçların doğduğunu belirtmektedirler.

³¹⁸ Enriques/Macey, s.1179.

uygulamasında da kendine önemli bir yer bulmuştur³¹⁹. Şirketlerin sahip oldukları kaynakları borç vermek suretiyle ortaklara aktarmaları, kâr payı dağıtımına, hukuken değilse de fiilen alternatif bir yöntem konumunu kazanmıştır.

Bu açıklamalarla ortaya koymak istediğimiz husus, anonim şirket açısından şirket kaynaklarının pay sahiplerine aktarılmasının tek yolunun kâr payı dağıtımı olmadığıdır. Bu açıdan kâr payı dağıtımı, diğer dağıtım yöntemleri ile rekabet halindedir; zira söz konusu dağıtım yöntemlerinin asıl hedefleri farklılık gösterse dahi, iktisadi açıdan bu yöntemler ile birbirlerine benzer sonuçlar ortaya çıkabilmektedir. Ayrıca, kanunun emredici hükümlerinin şirketin yapabileceği dağıtıma bir sınır getirmesi sebebiyle, şirketin dağıtım yollarından birine başvurması, dağıtım yapılabilecek malvarlığını azalttığı için diğer bir dağıtım yöntemine fiilen engel oluşturmaktadır. Bu nedenlerle, her ne kadar şirketin elde ettiği kârın ortaklara aktarılması için kanun koyucunun öngördüğü olağan yöntem kâr payı dağıtımı olsa da³²⁰ diğer dağıtım yöntemlerinin de zaman zaman kâr payı dağıtımının ikamesi olarak kullanıldığı gözlemlenmektedir. Bu husus hukuk politikası belirlenmesi açısından önemlidir; çünkü yukarıda da değinildiği gibi, dağıtım işlemleri aynı iktisadi sonuca ulaşmaya izin verdiğinden, bir dağıtım yönteminin hukuk sistemi tarafından daha tercihe şayan hala getirilmesi diğer yöntemlerin daha az kullanılması sonucunu doğuracaktır.

Dağıtım işlemleri arasındaki benzerlikler ve ikame ilişkisi, kâr payı hakkının diğer dağıtım yöntemleri ile kıyaslanmasını gerektirmektedir. Bu kıyaslamanın iki amacı bulunmaktadır. İlk olarak, kâr payı dağıtımının diğer dağıtım işlemleri ile karşılaştırılması, kâr payı dağıtımına ilişkin temel ilkeleri ortaya koymaya yardımcı olacaktır. İkinci olarak da farklı dağıtım işlemlerinin karşılaştırılması ile hangi dağıtım işlemlerinin teşvik edilmesi hangilerinin ise sınırlandırılması gerektiği konusunda hukuk politikasının daha isabetli bir şekilde belirlenmesi mümkün olacaktır. Bu nedenle de aşağıda kâr payının karakteristik özellikleri, diğer bir ifade ile de kâr payına hâkim olan ilkeler ele alınmıştır.

Kâr payına ilişkin özellikleri ortaya koymadan önce belirtmek gerekir ki, söz konusu özelliklerin münhasıran kâr payına ilişkin olduğu iddia edilemez. Gerçekten de aşağıda kâr payı dağıtımının özelliği olarak ortaya konulan hususlar, yukarıda

³¹⁹ Bucheler, s.290.

³²⁰ Aynı yönde bir gözlem için bkz. Aydın, **Kendi Payını İktisap**, s.49.

belirtilen dağıtım işlemlerinden bir veya birkaçı bakımından da geçerli olabilir. Bununla birlikte, münhasır olmasa bile söz konusu özelliklerin kâr payı hakkına genel karakterini verdiği ve kâr dağıtımının anonim şirketin finansal düzeni içindeki yerinin tespit edilmesi bakımından yine de yararlı olacağı düşüncesindeyiz.

a. Gerçek Anlamda Bir Dağıtım Teşkil Etmesi

Kâr payı bakımından ilk tespit edilmesi gereken husus, kâr payının anonim şirket bakımından gerçek anlamda ve mutlak şekilde bir dağıtım işlemi niteliği taşımasıdır. Gerçekten de kâr payı dağıtımında şirket malvarlığı herhangi bir karşı edim söz konusu olmaksızın pay sahiplerine aktarılmaktadır. Bu nedenle de kâr payı dağıtımı mutlak şekilde bir dağıtım işlemi niteliği göstermektedir.

Kâr payının dağıtım niteliği ilk bakışta, yukarıda alınan diğer işlemler ile ortaklık arz etmektedir. Ne var ki, kâr payının dağıtım niteliği, mutlak olması sebebiyle diğer yöntemlerden bir ölçüde ayrılmaktadır. Şöyle ki, bazı dağıtım işlemlerinde şirket malvarlığı pay sahibine aktarılırken, şirket malvarlığına, en azından kâğıt üzerinde bir değer girişi olmaktadır. Örneğin şirketin kendi paylarını iktisabında, pay bedeli şirket malvarlığından çıkarken şirket paylarının mülkiyetini kazanmaktadır. Benzer şekilde, pay sahibinin şirkete borçlanması halinde ise pay sahibine verilen borç, şirket bakımından bir alacak hakkı doğurmaktadır. Dolayısıyla şirketin malvarlığından çıkan değer ile şirketin malvarlığına giren değer eşit olması ihtimal dahilindedir. Bu nedenle de söz konusu işlemler, her zaman şirket malvarlığının azalması sonucunu doğurmayabilir³²¹.

b. Şekle Bağlı (Formel) Bir Dağıtım Şekli Olması

Dağıtım niteliği taşıyan işlemler incelendiğinde, bazı dağıtım işlemlerinin usul bakımından daha esnek olduğu gözlemlenmektedir. Örneğin ortağın şirkete borçlanması, pay sahibine doğrudan ödünç verilmesi şeklinde olabileceği gibi, pay sahibi lehine teminat verilmesi yoluyla da gerçekleştirilebilir. Öğretide belirtildiği gibi, pay sahibi ile karma nitelikte bir bağışlama sözleşmesi yapılması halinde de yine pay sahibinin şirkete borçlanması söz konusu olacaktır³²². Aynı şekilde, TTK m.380

³²¹ Nitekim şirketin kendi paylarını iktisap etmesi ve pay sahiplerinin şirkete borçlanması halinde, ilgili işlemin bilanço açısından denkliliğine rağmen şirketin malvarlığının azalmasına yol açıp açmadığı öğretide ve yargı kararlarında tartışılmıştır. Bu konudaki açıklamalar için bkz. Yukarıda 2-Mali Menfaat Elde Etme Hakkı ile Dar Anlamda Kâr Payının Karşılaştırması.

³²² TTK m.358 kapsamında borçlanma teşkil edebilecek işlemlere ilişkin detaylı inceleme için bkz. Toraman Çolgar, s.186 vd.

uyarınca finansal destek yasağına tabi işlemler bakımından sınırlı sayı ilkesi geçerli değildir³²³. Bu örnekler göstermektedir ki, pay sahibinin şirkete borçlanması birçok farklı görünümde karşımıza çıkabilecektir. Benzer durum finansal yardım yasağı bakımından da söz konusu olmaktadır. Bu nedenlerle söz konusu işlemin borçlanma yasağını veya finansal destek yasağını ihlal edip etmediğinin tespit edilmesi için ilgili işlemin şekline değil, işlemin amacına ve sonuçlarına bakılması gerekmektedir.

Halbuki, kâr payı dağıtımı bakımından bu şekilde bir esneklikten bahsetmek mümkün değildir. TTK hükümleri kâr payı dağıtım süreci hakkında açık kurallar getirerek kâr dağıtımını belirli bir usule bağlamıştır. Örneğin kâr dağıtımı bakımından sadece onaylanmış finansal tabloların esas alınması yahut kâr dağıtımı konusunda usulüne uygun şekilde genel kurulda kâr dağıtım kararı alınması gerekir. İlâveten genel kurul öncesinde yönetim kurulunun kâr dağıtım önerisi hazırlaması ve şirket bağımsız denetime tabi ise finansal tabloların ve kâr dağıtım önerisinin denetimden geçmiş olması gerekmektedir. Şirketin pay sahiplerine yapacağı bir ödemenin kâr dağıtımı olarak nitelendirilebilmesi için, söz konusu usule riayet edilmiş olması zorunludur³²⁴. Bu nedenlerle kâr payı dağıtımının şekle bağlı bir dağıtım olduğu sonucuna varmak isabetli olacaktır³²⁵.

Kâr payı dağıtımının şekle bağlı bir dağıtım yöntemi olması, alacaklıların ve şirketin azınlık pay sahiplerinin haklarının korunması açısından oldukça önemlidir; çünkü bu şekilde alacaklılar ve azınlık pay sahipleri, şirket tarafından yapılan dağıtımları ve bu dağıtımın kapsamını daha rahat tespit edebilmektedirler. Herhangi bir hukuka aykırılık halinde ise, bu kişilerin söz konusu dağıtım işlemine karşı harekete geçme imkanları olacaktır. Bu nedenle de dağıtım işlemleri arasında hukuka

³²³ Gürel, s.132 vd, Arıcı, Fatih/Veziroğlu, Cem, **Kaldıraçlı Devralma ve Anonim Şirketin Finansal Destek Yasağı**, 2. Bası, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2018 s.42. Belirtmek gerekir ki, finansal destek işleminin sınırlı sayıda olmaması sebebiyle sadece şirketin yaptığı hukuki işlemlerin değil, şirketin birleşme gibi yapısal değişikliği sonucunu doğuracak işlemlerin de finansal destek olup olmadığı sorunu ortaya çıkabilmektedir. Örneğin şirket birleşmelerinin finansal destek yasağını ihlal etme olasılığının bulunduğu belirtilmektedir. Bu konudaki detaylı inceleme için bkz. Yanlı, Veliye, **“Şirketin Kendi Paylarını Edinmesinde Finansal Destek Yasağı”**, Batider C.28 S.4, 2012, s.38 vd.

³²⁴ Bununla birlikte vergi hukukunun bu konudaki yaklaşımının farklılık gösterebileceğini belirtmekte yarar vardır. Vergi hukuku bakımından ortaklara veya ortaklar ile ilişkili kişilere piyasa şartlarında olmayan ödemeler yapılması halinde, söz konusu ödemelerin kâr payı ödemesi gibi değerlendirilip bu şekilde vergilendirilmesi gerektiği belirtilmektedir. Bkz. Bucheler, s.290. Örneğin bu durumda yapılan ödemelerin ödemeyi yapan şirketin yıllık kârına eklenmesi ve bu şekilde vergi matrahının artırılması söz konusu olacaktır. Bkz. a.g.e., s.290.

³²⁵ Kâr payı ile ilgili benzer bir değerlendirme yapan yazarlara örnek olarak bkz. Gürel, s.103-104, Aydın, **Kendi Payını İktisap**, s.21. Söz konusu dağıtım süreci aşağıda daha detaylı olarak ele alınacaktır. Bkz. İkinci Bölüm-III-B-Kâr Dağıtımına İlişkin Genel Kurul Kararı.

uygunluğunun denetlenmesi görece daha kolay olacağından, alacaklı ve azınlık pay sahiplerinin menfaatlerinin korunmasına olanak tanımaktadır.

c. Eşitlik İlkesini Gözeten Bir Dağıtım Yöntemi Olması

Bir anonim şirket kâr dağıtım kararı aldığı takdirde, söz konusu dağıtım tüm pay sahipleri bakımından sonuç doğurmaktadır. Diğer bir ifade ile bir kısım pay sahibine kâr payı ödenirken, diğer pay sahiplerine kâr payı dağıtılmaması kural olarak mümkün değildir³²⁶. İlaveten pay sahipleri, dağıtılan kârdan sahip oldukları sermaye payı oranında pay almaktadırlar. Bu hususlar dikkate alındığında, kâr payı dağıtım kararı, pay sahipleri arasındaki eşitlik ilkesine tâbi bir dağıtım şeklidir³²⁷.

Bu sonucu, diğer dağıtım yöntemleri ile yapılacak bir karşılaştırma ile daha net ortaya koymak mümkündür. Örneğin pay sahiplerinin şirkete borçlanması veya şirketin kendi paylarını iktisap etmesi gibi işlemler, işlemin tarafı olan pay sahibi bakımından sonuç doğurmaktadır. Bu nedenle de bu yöntem vasıtasıyla dağıtım, sadece işlemin tarafı olan pay sahibine yapılacaktır. O yüzden de şirketin yetkili organı olan yönetim kurulu, dilediği pay sahiplerine bu yolla dağıtım yaparken dilediği pay sahiplerini dağıtımdan uzak tutma imkanına sahiptir.

Şüphesiz ki, eşit işlem ilkesi uyarınca anonim şirketin bir dağıtım işlemi yaparken, aynı koşullardaki pay sahipleri ile de aynı işlemleri yapma fırsatı tanınması gerekmektedir. Ancak bu zorunluluk, eşit işlem ilkesinin bir sonucu olup söz konusu dağıtım işlemlerinin kural olarak sadece işlem tarafı pay sahibine dağıtım sonucu doğurduğu olgusunu değiştirmemektedir. O nedenle de pay sahipleri arasında ayırım yapılması ve eşit işlem ilkesinin ihlal edilmesi riskini de bünyesinde barındırmaya devam etmektedir.

Kâr payı dağıtımının eşit işlem ilkesine uygun bir dağıtım niteliğinde olması, azınlık pay sahiplerinin menfaatlerini koruyucu bir etkiye sahiptir. Bu etki sebebiyle dağıtım yöntemleri arasında kâr dağıtımının tercih edilmesi ve hukuk sisteminin kâr payı dağıtımını kolaylaştırması, azınlık pay sahiplerinin korunması ve çoğunluk pay sahipleri ile azınlık pay sahipleri arasındaki menfaat çatışmasının dengelenmesi

³²⁶ Bu yargının somut olay özelinde istisnaları olabileceğini de belirtmek gerekmektedir. Anonim şirket esas sözleşmesinde bazı paylara kâr payı hakkında imtiyaz tanınması sebebiyle pay sahiplerinin kâr payı hakkında farklılık ortaya çıkabilir. Ayrıca tanınan imtiyazın niteliğine göre bazı pay sahiplerinin ilgili yılda hiç kâr payı alamaması sonucu da doğabilir. Bu konuda detaylı açıklama için bkz. aşağıda Bkz Üçüncü Bölüm-III-C-Kâr Payında İmtiyaz.

³²⁷ Aydın, **Kendi Payını İktisap**, s.102.

bakımından önem taşımaktadır. Şirket içi uyuşmazlıkları engellemek ve azınlık pay sahiplerini korumak açısından eşitlik ilkesini gözeten kâr payı dağıtımını kolaylaştırmak, hukuk politikası açısından da yararlı olacaktır.

d. Bağlı Malvarlığını Koruyan Bir Dağıtım Yöntemi Olması

Tüm dağıtım işlemleri, şirketin malvarlığını azalttığı için alacaklıların menfaatlerine olumsuz etki etme riski barındırmaktadır. Bu nedenle de kanun koyucu, dağıtım işlemleri bakımından bazı sınırlamalar getirmektedir. Söz konusu sınırlamalar karar alma süreçlerine ilişkin olabileceği gibi, şirketin finansal durumuna ilişkin de olabilir. Şirketin finansal durumuna göre, dağıtım işlemlerine getirilen sınırlamaları birkaç grupta inceleyebiliriz.

İlk tür sınırlamalarda, dağıtım işleminin şirket malvarlığında azalmaya yol açıp açmadığına bakılmaksızın sadece bir azalma riskinin varlığı yeterli görülmüştür. Bu gibi hallerde, dağıtım işlemine getirilen sınırlamalar, şirketin finansal durumundan ve hatta yapılan işlemin şirkete zarar verip vermediğinden bağımsızdır. Örneğin şirketin kendi paylarının iktisabı için finansal destek yasağına aykırı bir finansman vermesi halinde bu gibi sınırlama karşımıza çıkmaktadır. Gerçekten de şirketin serbest malvarlığı bulunsa ve finansal destek işlemi şirket malvarlığında azalmaya yol açmasa bile, kanun koyucu anonim şirketin kendi paylarının iktisabı için finansal destek vermesini yasaklamıştır. Bu gibi hallerde, dağıtım işlemine getirilen sınırlama, sadece şirketin malvarlığının azalmasının engellenmesine değil, şirketin malvarlığının azalma riskinin dahi bertaraf edilmesine yöneliktir³²⁸.

Bazı dağıtım işlemleri bakımından ise şirketin tüm malvarlığını korumaya yönelik sınırlamalar getirilebilir. Türk hukukunda tartışmalı olmakla birlikte, kuvvetle savunulan bir görüşe göre, TTK m.480 f.3'te yer alan sermayenin iadesi yasağına ilişkin hüküm, şirketin tüm malvarlığını korumaktadır³²⁹. Bu görüş uyarınca, şirketin pay sahipleri ile yaptığı piyasa koşullarında olmayan ve bu sebeple şirket malvarlığının pay sahiplerine aktarılmasına yol açan işlemler kesin hükümsüz olacaktır (TTK m.447).

³²⁸ Gürel, s.82, Arıcı/Veziroğlu, s.114, Yanlı, **Finansal Destek Yasağı**, s.31.

³²⁹ Örnek olarak bkz. Türk, **Kendi Paylarını Edinmesi**, s.108, Gürel, s.102, Doğan, s.49. Bu konudaki tartışma için bkz. Yukarıda-2-Mali Menfaat Elde Etme Hakkı ile Dar Anlamda Kâr Payı Hakkının Karşılaştırması.

Dağıtım işlemleri bakımından kanun koyucunun benimsediği bir diğer sınırlama türü ise, dağıtım işlemlerinde şirketin bağlı malvarlığının korunmasıdır. Anonim şirket sahip olduğu malvarlığı üzerinde belirli bir oranda tasarruf imkanına sahip olsa da bazı dağıtım işlemleri bakımından şirket sermayesinin ve kanunen dağıtılmasına izin verilmeyen yedek akçeler kadar bir tutarın şirkette muhafaza edilmesi zorunludur. Bağlı malvarlığı olarak isimlendirilen bu tutarın muhafaza edilmesi, alacaklıların ve bazı durumlarda azınlık pay sahiplerinin korunması bakımından önem taşımaktadır. Kanun koyucu, şirketin yapacağı dağıtım işlemlerine izin verirken, söz konusu bağlı malvarlığının da korunması şartını muhafaza etmektedir. Şirketin kendi paylarını iktisabında (TTK m.379 f.3) ve pay sahiplerinin şirkete borçlanması (TTK m.358), kanun koyucu şirketin dağıtım işleminden sonra bağlı malvarlığının muhafaza edilmesi şartını getirirken, bu şekilde bir sınırlamayı benimsemiştir.

İşte anonim şirketin kâr dağıtım işlemi de bu son gruptaki sınırlamaya dahildir. Detaylı olarak aşağıda inceleneceği üzere³³⁰, kâr dağıtım işlemi, bağlı malvarlığının azaltılmasına yol açmamalıdır. Bu kuralın iki yönü bulunmaktadır. Bir yandan anonim şirket kâr dağıtımını yaparken bağlı malvarlığını korumak zorundadır. Diğer yandan ise, bağlı malvarlığı ihlal edilmediği sürece, anonim şirketin kâr dağıtımını yapmasına da kural olarak izin verilmektedir. Bu nedenle pay sahiplerinin şirkete borçlanmasına veya şirketin kendi paylarını iktisap etmesine olanak tanıyan malvarlığının bulunması halinde, şirketin kâr dağıtımını yapacak malvarlığının da bulunduğunu söylemek mümkündür³³¹.

e. Pay Sahibi Bakımından Hak Niteliğinde Olması

Kâr payının bu bölümde incelenen diğer dağıtım işlemlerinden ayrılan belki de önemli yönü, kâr payı dağıtımının pay sahibi bakımından bir hak teşkil etmesidir. Gerçekten de kâr payı pay sahibi bakımından bir hak olarak pozitif hukukta düzenlenmiştir (TTK m.507). O nedenle kanun bir yandan anonim şirketin kâr dağıtımına izin verilen halleri düzenlerken, bir yandan ise kâr dağıtımını pay sahibi bakımından bir hak, dolayısıyla da şirket bakımından bir yükümlülük olarak düzenlemiştir. Diğer bir ifade ile bazı sınırlamalara tabi olmakla birlikte, anonim şirketin kâr dağıtması zorunluluğu bulunmaktadır.

³³⁰ Bkz. İkinci Bölüm-II-Dağıtılabilir Kârın Belirlenmesi.

³³¹ Pay sahiplerinin şirkete borçlanması bakımından bkz. Toraman Çolgar, s.62.

Öte yandan diğer dağıtım işlemleri bakımından böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır. Kanun koyucu söz konusu işlemlerin hangi şartlar altında yapılabileceğini düzenlemiş olmakla birlikte, şirketin söz konusu işlemleri yapması yönünde bir zorunluluk getirmemiştir³³². Örneğin anonim şirket pay sahibine belirli koşullar altında borç verebilir veya kâr payı avansı dağıtabilir, ancak söz konusu şartlar bulunsa bile şirket bu işlemleri yapmak zorunda değildir³³³. Zira ortağın şirkete borçlanabilmesi veya kâr payı avansı alabilmesi, pay sahibi bakımından bir hak olmayıp sadece şirkete tanınmış bir imkandır.

Söz konusu ayrım önem taşımaktadır. Şöyle ki, kâr payının pay sahibi açısından bir hak olması karşısında, pozitif hukuktaki düzenlemelerin de bu duruma uygun olması gerekir. Diğer dağıtım işlemlerinde kanun koyucunun yanıtlaması gereken tek soru “şirket hangi şartlarda bu işlemi yapabilir” olarak özetlenebilir. Ancak kâr payı, pay sahibi bakımından bir hak olduğu için, kanun koyucunun sadece “anonim şirketin ne ölçüde kâr dağıtabileceğini” değil, aynı zamanda “anonim şirketin hangi hallerde kâr dağıtmaktan kaçınabileceğini” ve “haksız yere kâr dağıtımından kaçınırsa ne olacağını” da düzenlemesi gerekmektedir. O nedenle de kâr dağıtımı konusu ele alınırken, kâr dağıtımının hak boyutunun da göz önünde bulundurulması zorunludur.

C. Alacak Hakkı Olarak Kâr Payı Hakkı: Kâr Payı Alacağı

Kâr payı hakkının bir diğer boyutu ise, kâr payı alacağıdır. Genel kurulun kâr dağıtımı konusunda alacağı bir karar veya kâr dağıtımı yönünde bir mahkeme kararı üzerine³³⁴, pay sahibi sahip olduğu paylara tekabül eden miktarda bir alacak hakkı kazanır. Kâr payı alacağı veya temettü alacağı olarak ifade edilen bu hak uyarınca, pay sahibi sahip olduğu paylara tekabül eden ve dağıtılmasına karar verilmiş kâr payının kendisine ödenmesini veya dağıtım konusu nakit dışı bir değerse, bu malvarlığı değerinin kendisine devredilmesini talep etme hakkını kazanır³³⁵.

Bu alacak hakkının sahibi kural olarak pay sahibidir. Ancak paylar üzerinde intifa hakkı tesis edilmesi gibi belirli bazı hallerde, kâr payı alacağı bakımından hak sahipliği

³³² Toraman Çolgar, s.110.

³³³ Bu noktada eşit işlem ilkesinden dolayı somut olay özelinde farklı bir sonuca varılması gerekebileceğine dikkat çekmek isteriz. Ne var ki, böyle bir yükümlülük de ilgili işlemin pay sahibi bakımından bir hak olmasından değil, somut olayda şirketin söz konusu imkânı kullanarak diğer pay sahipleri lehine bu işlemleri yapmış olmasından kaynaklanmaktadır.

³³⁴ Kâr payı alacağının doğuşuna ilişkin açıklamalar için bkz. Üçüncü Bölüm-IV-A-Kâr Payı Alacağının Doğuşu.

³³⁵ Chenaux/Gachet, **CR**, s.571, Locher, s.222, Kendigelen, **İntifa Hakkı**, s.124.

ile pay sahipliği sıfatının baştan itibaren ayrılması mümkündür³³⁶. Ayrıca bazı istisnai hallerde, pay sahibinin kâr payı hakkı donduğundan, kâr dağıtım kararı verilmesine rağmen, pay sahibi bakımından kâr payı alacağı doğmaması ihtimali de bulunmaktadır³³⁷.

Kâr payı alacağının borçlusu, diğer bir ifade ile alacak hakkının ileri sürüleceği kişi ise şirket tüzel kişiliğidir. Şirket tüzel kişiliği adına kâr dağıtım kararı alma yetkisi genel kurulun devredilemez yetkisindedir (TTK m.408). Ancak kâr payı alacağı doğduktan sonra, şirket adına bu borcun ifası, şirketin diğer borçlarının ifasında olduğu gibi yönetim kurulunun yetki ve görevleri arasındadır.

Kâr payı alacağı niteliği itibarıyla bir alacak hakkı niteliğindedir. O nedenle medeni hukukta alacak hakları bakımından kabul edilen kurallar, kâr payı alacağı bakımından da geçerlidir. Örneğin alacak hakkı, hak sahibine nisbi bir hak vermekte olup söz konusu hak üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez. Ayrıca, alacak haklarında çoğunlukla olduğu gibi, hakkın ileri sürülmesi hak düşümü süresine değil, zamanaşımı süresine tabidir³³⁸.

Kâr payı alacağının doğması için, diğer bir ifade ile kâr payının bir alacak hakkına dönüşmesi için, kural olarak genel kurulun kâr dağıtım kararı alması gerekmektedir³³⁹. Kural alacak hakkının genel kurul kararı ile doğması olsa da bazı hallerde, alacak hakkının mahkeme kararı ile doğması da mümkündür. Bu gibi hallere TTK m.531 uyarınca açılan haklı sebeple fesih davasında mahkemenin alternatif bir çözüm olarak kâr dağıtımına karar vermesi yahut öğretide tartışmalı olmakla birlikte, pay sahibinin genel kurul kararı yerine geçecek bir irade beyanında bulunma davası sonucu alacak hakkının doğması gösterilebilir³⁴⁰.

Kâr payı alacağının konusu kural olarak pay sahibine belirli bir miktar paranın ödenmesidir. Ancak uygulamada istisnai olarak karşılaşılsa da kâr payı olarak nakit dışı malvarlığı unsurlarının pay sahibine devredilmesi de hukuken mümkündür. Nakit

³³⁶ Kâr payı hakkı bir alacak hakkı niteliğinde olduğundan, hakkın doğumundan sonra pay sahibi bu hak üzerinde tasarruf yetkisini kullanarak üçüncü kişilere serbestçe devredilebilecektir. Kural olarak TBK m.183 vd. düzenlenen alacağın temlik hükümlerine tabi olacaktır.

³³⁷ Pay sahibinin kâr dağıtımına katılamaması ve kâr payı alacağına hak kazanamayacağı haller bakımından detaylı açıklama için bkz. Üçüncü Bölüm-I-B-Pay Sahibinin Kâr Payı Hakkının Donması.

³³⁸ Örnek olarak Gürbüz Usluel, s.194, Canözü, s.106.

³³⁹ Pulaşlı, **Şerh II**, s.1833.

³⁴⁰ Şirketin kâr dağıtımından kaçınması halinde, pay sahibinin başvurabileceği davalar ve davaların sonuçları hakkında detaylı inceleme için bkz. Dördüncü Bölüm- Kâr Dağıtımına Zorlama Hakkı.

dışı kâr payı dağıtımlarında, şirket sahip olduğu iştirak hisselerini verebileceği gibi, sahip olduğu başka malvarlığı unsurlarını da kural olarak ortaklara devredebilir³⁴¹.

Kâr payı alacağı, pay sahibi açısından doğrudan talep edilebilir bir haktır. Bu nedenle pay sahibi, kâr payı hakkının ifasını talep edebilir ve kâr payı alacağının ifası için icra takibinde bulunabilir³⁴². Kâr payı alacağı şirket malvarlığı üzerinde bir aynı hak tesis etmediği için şirketin iflası halinde, kâr payı hakkı da diğer alacak hakları gibi muamele görecektir ve garameye girecektir³⁴³. Kâr payı alacağına icra sürecinde öncelik veya imtiyaz tanınmamıştır.

Kâr payı alacak hakkının konusu, tutarı ve muacceliyeti gibi konularda şirketin geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır. Şirket kâr payının nakit veya nakit dışı ödenebileceğini kararlaştırabilir. Genel kurulun alacağı yedek akçe ayrılması kararı veya esas sözleşme konacak bir hüküm ile kâr dağıtımını sınırlandırılabilir. Keza, öğretide genel kurulun kâr dağıtım tarihini belirlemek suretiyle alacağın muacceliyetini belirleme yetkisi olduğu da kabul edilmektedir³⁴⁴. Görüldüğü üzere, kâr payı alacağının içeriğinin belirlenmesi konusunda genel kurul kararları belirleyici olmaktadır.

Genel kurulun takdir yetkisinin ikinci sınırı ise, hakkın doğmasından sonra kendini göstermektedir. Genel kurul kararı vasıtasıyla doğacak kâr payı alacağının içeriğinin belirlenmesi konusunda şirketin geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır. Bununla birlikte, şirketin kâr payı alacağının içeriğini belirlemesi ve alacak hakkının doğmasından sonra, şirket genel kurulunun alacak hakkı üzerinde takdir ve tasarruf yetkisi tamamen sona ermektedir. Bu noktadan sonra alacak hakkı pay sahibinin malvarlığında doğmuş olacak ve genel kurulun alacağı bir karar ile bu alacak hakkı ortadan kaldırılamayacaktır³⁴⁵. Örneğin şirketin kâr dağıtmamasını haklı kılan bir sebep olsa bile genel kurul dağıtımına karar verilen kâr payını kaldıracak bir karar alamayacaktır. Hatta şirketin kâr dağıtımından sonra önemli zarara uğraması halinde

³⁴¹ Nakit dışı sermaye konusundaki açıklamalar için bkz. Üçüncü Bölüm-IV-B-2-Nakit Dışı Dağıtım.

³⁴² Kâr payı alacağının cebri icrası konusunda bkz. Üçüncü Bölüm-IV-E-Kâr Payı Alacağının Cebri İcrası.

³⁴³ Üçışık/Çelik, s.471, Locher, s.222.

³⁴⁴ Üçışık/Çelik, s.499, Badak, s.202 vd., İsviçre hukukunda örnek olarak bkz. Kurer/Kurer, **Basler Komm-2012**, s.719.

³⁴⁵ Aynı sonuç İsviçre hukukunda da kabul edilmektedir. Bkz. Egger, J. G., **Dividenbezugrecht des Aktionärs**, Springer, Berlin, 1930, s.262. Alman hukuku bakımından bkz. Reul, s.408.

dahi, dağıtımına karar verilen alacak hakkı bu durumdan etkilenmeyecektir³⁴⁶. Bu açıdan kâr payı alacağı pay sahibi açısından müktesep hak niteliği taşımaktadır.

III. Kâr Payı Hakkına İlişkin Tanımların İncelenmesi

A. Kâr Payı Hakkına Dair Tanımlar

TTK m.507 hükmü, “*Her pay sahibi, kanun ve esas sözleşme hükümlerine göre pay sahiplerine dağıtılması kararlaştırılmış net dönem kârına, payı oranında katılma hakkını haizdir*” ifadesine yer vermekle kâr payı hakkını tanımlamış gibi görünmektedir. Ne var ki, söz konusu tanımın kâr payı hakkının tüm boyutlarını tanımlamak bakımından yetersiz kaldığı da ortadadır. İlk olarak söz konusu tanım, kâr payının iktisadi ve hukuki boyutunu tam olarak aktarmamaktadır. İkincisi, pay sahiplerinin kâr payı hakkı sadece net dönem kârı ile sınırlı değildir. Anonim şirketin net dönem kârı dışında serbest yedek akçelerden de dağıtım yapabilmesi mümkündür. Ancak TTK m.507’de bu konuda bir açıklık bulunmamaktadır. Son olaraksa kâr payı hakkı tamamen şirketin tasarrufuna bırakılmış bir hak olmayıp şirkete kanun ve esas sözleşmede getirilecek düzenlemeler çerçevesinde kâr dağıtım zorunluluğu da yüklemektedir. O nedenle kanundaki ifadenin kâr payı hakkını tam olarak tanımladığını söylemek mümkün değildir³⁴⁷.

Öğretide kâr payı hakkına ilişkin birçok tanım getirildiğinden, bu tanımların her birini tek tek aktarmak mümkün olmadığı gibi, inceleme konumuz bakımından da yararlı değildir. Ancak öğretideki tanımları iki gruba ayırarak tasnif etmenin mümkün olduğu kanaatindeyiz. Birinci grupta yer alan tanımlar, kâr payı hakkını şirket tarafından yapılan kâr payı dağıtımına katılma hakkı ekseninde tanımlamaktadır. Bu bağlamda kâr payı hakkı, “*elde edilen kârın kanun, esas sözleşme ve genel kurul kararları çerçevesinde dağıtılması kararlaştırılmış kısmından ve yine bu amaçla kullanılacak yedek akçelerden pay almak hakkı*” olarak kanunda yer alan ifade

³⁴⁶ Egger, s.285. Ancak bu durumda bir ayırım yapılması gereklidir. Eğer kâr dağıtım kararı alındığı sırada, dağıtım kararı kanuna, esas sözleşmeye veya dürüstlük kuralına aykırılık taşıyorsa, genel kurul kararının iptali elbette mümkündür. Genel kurul kararının iptal edilmesi ile birlikte, karar hiç alınmamış olacağından kâr payı hakkı da doğmamış olacaktır. Öte yandan, bu şekilde bir hukuka aykırılık olmaksızın sonradan gerçekleşen olaylar veya pay sahiplerinin karar değiştirme istekleri genel kurul kararının geri alınmasına olanak vermemektedir.

³⁴⁷ Nitekim benzer bir hüküm içeren İsviçre hukuku bakımından da kanunun kâr payını tanımlamadığı ifade edilmektedir. Bkz. Visher, **OFK**, s.1610, Spörri, s.86.

geniştirilmiştir³⁴⁸. Bu gruptaki tanımlar, kâr payı hakkının sadece dar anlamını tanıma dahil etmektedirler.

İkinci grup tanımlar ise, kâr payı hakkını tanımlamadan önce, kâr payı hakkının farklı boyutları bulunduğunu belirtmekte ve bu farklı boyutları bakımından farklı tanımlar yapılması gerektiğinden hareket etmektedirler. Bazı yazarlar hakkın genel kurul kararları karşısındaki durumuna göre bir ayrıma gitmektedirler³⁴⁹. Bu yaklaşım uyarınca, dar anlamda kâr payı tanımından bağımsız olarak, farklı özellikler gösteren iki farklı kâr payı hakkı kavramından bahsetmek mümkün olmaktadır.

Nitekim İsviçre öğretisinde kâr payı hakkına ilişkin tanımlar yapılırken, hakkın farklı özellikler gösteren çeşitli boyutları olduğu belirtilmektedir. Ancak İsviçre öğretisinde hakkın boyutlar, vazgeçilebilir veya genel kurul tarafından sınırlanabilir olmalarından ziyade, hakkın konusu bakımından ayrıştırılmaktadır. İsviçre öğretisinde şirketin kâra elde etmeye ve dağıtmaya yönelmesi zorunluluğunu (“*Gewinnstrebigkeit*”), pay sahibi bakımından bir hak olarak tanımlamakta ve geniş anlamda kâr payı hakkının bir unsuru olarak ele almaktadırlar³⁵⁰. Pay sahibinin kâr beklentisi hakkına ilaveten dar anlamda kâr payı hakkı³⁵¹ birleşerek geniş anlamda kâr payını oluşturmaktadır³⁵². Dar anlamda kâr payı ise, birinci grupta yapılan tanımlarda olduğu gibi, şirket tarafından yapılan dağıtım katılma hakkı olarak tanımlanmaktadır³⁵³.

³⁴⁸ Egger, s.11, Pulaşlı, **Şerh II**, s.1834, Üçışık/Çelik, s.291, Canöz, s.24, Kendigelen, **İntifa Hakkı**, s.124. benzer yönde bir tanım getiren *Badak*’a göre de kâr payı hakkı, net dönem kârının varlığı halinde dağıtılacak birinci kısım ile kanun ve esas sözleşme hükümlerine göre dağıtılacak ikinci kâr payı tutarı üzerindeki hakkı ifade etmektedir. *Badak*, s.67. İsviçre hukukunda da bu şekilde, kâr payı hakkının sadece pay sahiplerine dağıtılan kısma ilişkin olduğu görüşü savunulduğu belirtilmektedir. Bkz. Spörri, s.87.

³⁴⁹ Örneğin *Tekinalp* kâr payı hakkını açıklarken hakkın vazgeçilmez hak cephesi ile genel kurul ve esas sözleşme hükümlerine tabi olan müktesep hak niteliği de taşımayan cephesi arasında bir ayrıma girmektedir. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-I**, s.623-624. *Pulaşlı* ise kâr payı hakkının iki boyutu olduğunu, bu boyutlardan birinin vazgeçilmez hak diğerinin ise müktesep hak niteliğinde olduğunu belirtmektedir. Pulaşlı, **Şerh II**, s.1834. Benzer şekilde *Badak* da kâr payı hakkını tanımlarken “hakkın özü” ve “hakkın uygulanması” olarak iki farklı boyutunun olduğunu ve bu iki boyutun farklı özellikler gösterdiğini belirtmektedir. *Badak*, s.69-70.

³⁵⁰ Locher, s.214 vd., Chenaux/Gochet, **CR**, s.570 vd., Neuhaus/Balkanyi, **Basler Kommentar**, s.604, Knobloch, s.240.

³⁵¹ Dar anlamda kâr payı karşılığı olarak yıllık kâr hakkı (“*recht auf jährliche dividende*”) ifadesi kullanıldığı gibi bkz. Neuhaus/Balkanyi, **Basler Kommentar**, s.604, doğrudan kâr payı hakkı (“*recht auf Dividende*”- “*droit a dividende*”) de kullanılmaktadır. Bkz. Knobloch, s.240.

³⁵² Bazı yazarlar ise, genel kurulun kâr dağıtım kararı vermesi üzerine doğan kâr payı alacağını da kâr payı hakkının bir unsuru olarak tanımlayarak, kâr payı hakkını üç boyutlu bir hak olarak ele almaktadırlar. Bkz. Locher, s.214 vd., Chenaux/Gochet, **CR**, s.570 vd.

³⁵³ Örnek olarak bkz. Knobloch, s.242.

Öğretideki tanımlarda, pay sahibinin kâr payı dağıtılmasını talep etmek konusunda bir hakkı yahut şirketin kâr dağıtma yükümlülüğü bulunup bulunmadığı sorunu konusunda ise bir açıklık yoktur. Özellikle dar anlamda kâr payı hakkına ilişkin tanımlarda, pay sahibinin kâr dağıtımına katılma yetkisinden açıkça bahsedilmişse de şirketin kâr dağıtma yükümlülüğüne ilişkin bir atıf bulunmamaktadır. Kanaatimizce tanımlardaki bu boşluk bilinçli bir tercihin sonucudur. Nitekim öğretilde kâr payına ilişkin tanımlar yapılırken, kâr payı hakkına katılımın ancak genel kurul tarafından dağıtım kararı verilmesi halinde mümkün olduğuna vurgu yapılması³⁵⁴, bu sonucu desteklemektedir.

Hemen belirtmek isteriz ki, öğretilde kâr payı hakkının tamamen genel kurulun takdirinde bir hak olmadığı ve şirketin kâr dağıtımını yapma zorunluluğunun bulunduğu da belirtilmektedir³⁵⁵. Nitekim, İsviçre Federal Mahkemesi de bu yönde karar vererek, kâr payı hakkının şirkete kural olarak kâr dağıtımını yapma yükümlülüğü getirdiği, ancak kanun ve esas sözleşme hükümleri uyarınca bu yükümlülüğün kaçınılabileceğini belirtmiştir³⁵⁶. O nedenle, her ne kadar, kâr payına ilişkin tanımlarda pay sahibinin sadece dağıtım katılma yetkisine yer verilse de kâr payı hakkının kanun ve esas sözleşmede sevk edilen hükümler çerçevesinde dağıtım yapma yükümlülüğü altına soktuğu da savunulmaktadır.

B. Öğretildeki Tanımlara İlişkin Değerlendirmemiz

Yukarıda kâr payı hakkına ilişkin olarak öğretildeki tanımları ana hatları ile aktarmaya çalıştık. Kanaatimizce, öğretilde kâr payı hakkına ilişkin yapılan tanımlar, temelde iki noktada ayrılmaktadır. Bunlardan ilki, kâr payı hakkının geniş ve dar olmak üzere iki ayrı şekilde tanımlanmasının uygun olup olmayacağı noktasındadır. Zira bazı yazarlar, kâr payı hakkını sadece tek boyutlu olarak ve dar anlamı ile ele alırken, bazı yazarlar kâr payı hakkını “geniş anlamda-dar anlamda” yahut “vazgeçilemez hak olan-olmayan” şeklinde ayrımlara tabi tutarak çok boyutlu olarak ele almaktadırlar.

Öğretilde yapılan tanımlara ilişkin ikinci tartışmalı alan ise, kâr payı hakkının pay sahibine verdiği yetkilere bakımındandır. Tespit edebildiğimiz kadarıyla, kâr payı hakkına ilişkin tanımlarda sıklıkla dar anlamda kâr payı hakkının pay sahibine şirket

³⁵⁴ Örnek olarak bkz. Neuhaus/Balkanyi, **Basler Kommentar**, s.604, Locher, s.219.

³⁵⁵ Örnek olarak bkz. Chenaux/Gachet, **CR**, s.571, Yanlı, **AŞ’de Kâr Dağıtım**, s.15, Gürbüz Usluel, s.93, Turanlı/Seyman Korkmaz, s.20.

³⁵⁶ BGE 99 II 59 (naklen Knobloch, s.243).

tarafından dağıtılmasına karar verilen tutara katılma yetkisi verdiği belirtilmekte, ancak şirketin dağıtım yükümlülüğü konusuna değinilmemektedir. Kanaatimizce bu konu, kâr payı hakkının tanımlanmasına ilişkin önemli bir konu olup kâr payı hakkının tanımı bakımından da değerlendirilmelidir.

1. Kâr Payı Hakkının Çok Boyutluluğu

İlk olarak, kâr payı hakkı tanımlanırken, hakkında sadece dar anlamda ve tek boyutlu olarak mı inceleneceği yoksa geniş anlamda kâr payı hakkı ve dar anlamda kâr payı olarak bir ayrımın yapılmasının mümkün olup olmadığı sorulmalıdır. Kanaatimizce kâr payı hakkını bu şekilde geniş ve dar anlamı ile ikiye ayırarak incelemek daha isabetli bir değerlendirme yapmaya olanak tanımaktadır.

Öncelikle, dar anlamda kâr payı hakkı sadece şirketin elde ettiği kârın dağıtım aşamasına ilişkin bir haktır. Halbuki, pay sahibinin menfaatleri dikkate alındığında, pay sahibinin hakkı sadece elde edilen kârın dağıtım aşamasına ilişkin değildir; zira şirketin kâr dağıtımını yapabilmesi için, her şeyden önce kâr elde etmesi gerekmektedir. Bu nedenle de pay sahiplerinin kâr payı hakkının gerçek bir anlam ifade edebilmesi için, şirketin faaliyetlerinin ve yapısının da kâr elde edip daha sonra bu kârı ortaklara dağıtma amacına yönelmiş olması gerekir. Diğer bir anlatımla, İsviçre hukukunda kârlılık beklentisi hakkı olarak ifade edilen hak³⁵⁷, dar anlamda kâr payı hakkının bir anlam taşıması bakımından önkoşuldur. O nedenle de kâr payı hakkına ilişkin incelemenin de aynı şekilde sadece dağıtım sürecini değil, daha geniş olarak kâr elde etme sürecini de içerecek şekilde tanımlanması, pay sahiplerinin menfaatine bütüncül olarak bakılmasına olanak tanır.

İkinci olarak, pay sahibinin şirkete yaptığı yatırım sonucunda malvarlığındaki artışın şirket tarafından kâr dağıtım ile yapılması zorunluluğu bulunmamaktadır. Anonim şirket kurgusunda, şirketin kâr amacı ile faaliyet göstermesi ve elde edilen kârın da kâr dağıtım yoluyla pay sahiplerine aktarılması esastır. Öte yandan, söz konusu kârın aktarımı konusunda alternatif yöntemler de bulunmaktadır. Özellikle şirket pay sahiplerine yönelik olarak bir pay geri alım politikası benimseyerek de elde ettiği değer artışını pay sahiplerine aktarabilir ve şirket pay sahiplerine borç verilmesi tercih edilebilir. Yahut şirketin elde ettiği kârı dağıtmadan şirket bünyesinde tutması ve sonra şirketin tasfiyesinden sonra pay sahiplerine tasfiye bakiyesi ödenmesi de

³⁵⁷ Böckli, **Aktienrecht**, s.1472, Von Büren/Stoffel/Weber, s.184, Knobloch, s.239, Kunz, **Funktionen**, s.258.

tercih edilebilir. Hatta payları borsada işlem gören şirketlerde pay sahibinin paylarını satıp yatırımını paraya çevirebilmesi sebebiyle, hiç kâr dağıtımı yapılmasa bile pay sahibinin şirketin elde ettiği kârdan dolaylı olarak yararlanması mümkün olmaktadır³⁵⁸. Özetle, kârın ortaklara aktarılması sürecinde, dar anlamda kâr payı dışında başka yöntemler de bulunmaktadır. Üstelik bu yöntemlerin hepsinde, pay sahibinin mali menfaat elde etme beklentisi karşılanmış olmaktadır. O nedenle pay sahibinin yatırımı sonucunda elde ettiği mali menfaat ile dar anlamda kâr payı dağıtımı arasında bir eşitlik kurmamak adına, kâr payı hakkının dar ve geniş anlamı ile tanımlanması isabetli olabilecektir.

Ayrıca pozitif hukuk bakımından da geniş ve dar anlamıyla kâr payı hakkı bakımından getirilen korumalar arasında ayrıma gidilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde, kâr payı hakkının özelliklerinin tutarlı ve açık şekilde ortaya konulması zorlaşmaktadır. Bu durumu pay sahibinin kâr payı hakkından vazgeçmesinin mümkün olup olmadığı sorunu üzerinden örneklendirebiliriz. Öğretide kâr payı hakkı hem vazgeçilmez bir hak hem de nisbi müktesep hak olarak tanımlanmaktadır³⁵⁹. Bilindiği üzere şirketler hukukunda müktesep haklar, pay sahibinin rızası olmaksızın kaldırılmayan haklar olarak tanımlanmaktadır³⁶⁰. Bu durumda müktesep hakların kaldırılmasının pay sahibinin rızası ile mümkün olması gerekir. Bu nedenle de bir hakkın hem vazgeçilmez nitelikte hem de pay sahibinin rızası ile kaldırılabilir (müktesep) hak olması tutarlı bir çıkarım değildir. Bu durumda bir hakkın hem müktesep hak hem de vazgeçilmez hak olarak tanımlanması bir çelişki yaratmaktadır³⁶¹. Başka çalışmalarda ise kâr payı hakkının vazgeçilmez hak olup olmadığı incelenirken, pay sahibinin kâr payı hakkından belirli bir süre için vazgeçebileceği, ancak pay sahibinin bir bütün olarak kâr payı hakkından vazgeçemeyeceği belirtilmektedir. Bu nedenle de kâr payı hakkı hem vazgeçilemez hem de vazgeçilebilir olarak tanımlanmıştır³⁶².

Kanaatimizce varılan bu sonuçlarda ilk bakışta görünen çelişkiler, kâr payı hakkının farklı görünümelerini tek kavram altında birleştirme çabasından

³⁵⁸ Aynı imkan elbette kaplı şirketler bakımından da mevcuttur, ancak potansiyel alıcı bulunmasında yaşanan zorluklar ve kapalı şirketlerde sıklıkla başvurulmuş esas sözleşmeden doğan bağlam hükümleri sebebiyle bu imkanın fiilen kullanılması nadiren mümkün olmaktadır.

³⁵⁹ Örnek olarak bkz. İmregün, **Kâr Payı Hakkı**, s.427-428, Pulaşlı, **Şerh II**, s.1833, Turanlı/Seyman Korkmaz, s.22, Ateşgaoğlu, s.26 vd.

³⁶⁰ Örnek olarak bkz. İmregün, **Kâr Payı Hakkı**, s.427, Badak, s.89, Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-I**, s.612.

³⁶¹ İmregün, **Menfaat İhtilafları**, s.122.

³⁶² Canöz, s.41 vd.

kaynaklanmaktadır. Şirketin kâr elde etme amacına yönelik faaliyet göstermesi Türk hukuku bakımından vazgeçilemez ve kaldırılamaz bir hak niteliğindedir; çünkü İsviçre hukukundan farklı olarak, şirket esas sözleşmesinde oybirliği ile olsa dahi yapılacak bir değişiklikle bu hakkın kaldırılmasına izin veren bir düzenleme Türk hukukunda yer almamaktadır. Benzer şekilde, şirketin elde ettiği kârın ortaklara aktarılması yerine, örneğin sadece bir pay sahibine verilmesi yahut şirket konusunun tamamen dışında olan sosyal amaçlı hizmetlere ayrılması pay sahiplerinin rızası ile dahi mümkün değildir. O nedenle de şirketin kâr elde etme amacına yönelme ve bu kârı ortaklara aktarma yükümlülükleri, pay sahibi bakımından vazgeçilmez bir hak teşkil eder. Öte yandan pay sahiplerinin esas sözleşme değişikliği ile yedek akçe ayırma zorunluluğu getirebileceği veya olağanüstü yedek akçe ayrılması yönünde oy kullanabileceği dikkate alındığında, bu yönde oy kullanan pay sahiplerinin vazgeçebildiğini söylemek de mümkündür. Hatta bu konuda, azınlıkta kalan pay sahipleri şirket organı kararı ile bağlı olduklarından, kâr dağıtılmaması yönündeki karar, azınlıkta kalacak pay sahiplerinin kâr payı hakkını iradeleri hilafına sınırlayabilmektedir. İşte bu basit örnek dahi göstermektedir ki, kâr payı hakkının birbirinden farklı boyutları bulunur ve bu boyutları farklı esaslara tabidir. O nedenle de kâr payı hakkı denildiği zaman, hakkın geniş ve dar olarak çeşitlilik gösterecek şekilde tanımlanması yararlı olacaktır.

2. Kâr Payı Hakkının Şirkete Dağıtım Yükümlülüğü Yükleme

Öğretide kâr payı hakkına ilişkin yapılan tanımların çoğunun eksik bıraktığı en önemli husus, hakkın pay sahibine kâr dağıtımını talep hakkı veren etken yönüdür. Yukarıda açıklandığı üzere, öğretide yapılan tanımların bir kısmında, kâr payı hakkı şirketin dağıtım yaptığı tutara katılma hakkı olarak tanımlanmıştır. Bu yönde bir tanım, pay sahibini edilgen bir konuma yerleştirmektedir; çünkü bu tanım ışığında pay sahibinin bu hakkı sadece şirketin kâr payı dağıtım kararı vermesi halinde var olacaktır. Yine bu tanımın kabulü halinde, kâr payı hakkı, pay sahibinin hakkı sadece dağıtılmasına karar verilen kâr payının ödenmesi veya teslim edilmesini talep etmekten ibaret olacaktır. Sonuç itibarıyla de kâr payı hakkı açısından pay sahibinin etkin bir rolü bulunmayacak ve sadece dağıtılmasına karar verilen tutardan pay almakla sınırlı bir yetki söz konusu olacaktır³⁶³.

³⁶³ Bu açıklamamızı bir karşılaştırma ile somutlaştırmak isteriz. Pay sahipliği haklarından biri de bedelsiz pay alma hakkıdır. TTK m.462 f.3 uyarınca iç kaynaklardan gerçekleştirilen sermaye artırımını yoluyla çıkartılan paylar, mevcut payların sermaye oranına göre pay sahiplerine verilir. Öte yandan pay

Halbuki kanaatimizce en azından Türk hukuku bakımından kâr payı hakkının bu şekilde salt edilgen bir hak olarak mütalaa edilmesi mümkün değildir. Pay sahibinin kâr payı hakkı, sadece şirketin kâr payı dağıtımına karar vermesi halinde sahip olduğu paylara düşen kâr payını almak veya şirketten bu tutarı talep etmekle sınırlı değildir. Anonim şirketin kural olarak kâr dağıtma yükümlülüğü bulunmaktadır³⁶⁴. Şirketin kanunda ve esas sözleşmede belirtilen kaçınma şartları bulunmaksızın kâr dağıtımından imtina etmesi halinde, pay sahibinin şirketin kâr dağıtmama kararına ve hatta eylemsizliğine karşı başvurabileceği hukuki yollar da bulunmaktadır. Kanaatimizce pay sahibinin belirli şartlar altında çeşitli davalar yoluyla şirketi kâr payı hakkının amacına ve özüne uygun olarak hareket etmeye zorlama yetkisi de bulunmaktadır³⁶⁵. Bu açıdan kâr payı hakkı kavramını ele alırken, hakkı sadece “dağıtımdan payına düşeni almak” şeklinde vücut bulan pasif boyutu ile değil, aynı zamanda bu hakları muhafaza etme yetkisini de içerecek şekilde aktif boyutunu da dikkate alacak şekilde değerlendirmek gerekmektedir³⁶⁶.

Tüm bu açıklamalara hemen ilave etmek gerekir ki, dar anlamda kâr payı hakkının şirkete yüklediği kâr payı dağıtım yükümlülüğü sınırsız değildir. Öncelikle kanundaki çeşitli hükümlerde şirkete yedek akçe ayırma yükümlülükleri getirilmiştir (TTK m.519, TTK m.520). İlaveten şirket esas sözleşmesinde yedek akçe ayrılması konusunda bir zorunluluk getirilebileceği gibi, genel kurula bu yönde karar alma yetkisi de tanınabilir (TTK m.521). Ayrıca şirkete belirli şartlar altında, esas sözleşmede bir hüküm bulunmasa bile, genel kurul kararı ile yedek akçe ayırma yetkisi tanınmıştır (TTK m.523). O nedenle şirketin kâr dağıtım yükümlülüğü ve buna bağlı olarak pay sahibinin şirketi kâr dağıtımına zorlama yükümlülüğü, kanun ve esas sözleşme hükümleri ile getirilen sınırlamalar ile değerlendirilmelidir. Öte yandan,

sahibinin iç kaynaklardan sermaye artırımı yapılmasını talep etmesi veya dava yoluyla sağlaması mümkün değildir. Hak sadece şirketin iç kaynaklardan sermaye artırımı yoluyla yeni pay ihraç etmesi halinde, yeni ihraç edilen paylardan iktisap etme yetkisi vermektedir. Eğer, kâr payı hakkı sadece şirket tarafından yapılan dağıtımlara katılma hakkı olarak tanımlanırsa, kâr payı hakkının da bedelsiz pay alma hakkı gibi edilgen bir konumda olduğu sonucuna varılacaktır.

³⁶⁴ Bu yükümlülüğün içeriği konusunda öğretide farklı görüşler bulunmaktadır. Bazı yazarlar, kanuni yedek akçeler ayrıldıktan sonra yıllık kârın %5’i tutarında bir dağıtım zorunluluğunu kabul ederken, bazı yazarlar %5 oranında dağıtım zorunluluğu bulunmadığını, ancak kanun ve esas sözleşmede belirtilen şartlar bulunmadığı takdirde kârın dağıtılmasını gerektiği görüşündedirler. Bu tartışma hakkında detaylı açıklama için bkz. Yukarıda B-1-a-iv-02-Birinci Kâr Payı Dağıtımının Zorunluluğu Tartışması.

³⁶⁵ Kâr payı hakkının bu şekilde davalar yoluyla korunması ve hakkın aktif yönü ile ilgili özellikle çalışmanın Dördüncü Bölümü’nde detaylı açıklama yapılacağı için tekrara düşmemek adına bu davaların neler olacağı konusuna bu bölümde değinilmemiştir. Bkz. aşağıda Dördüncü Bölüm.

³⁶⁶ Nitekim Türk hukuk öğretisinde kâr dağıtım isteme hakkının pay sahipliği hakları arasında yer aldığı görüşü de savunulmaktadır. Birsal, s.21.

kanundan veya esas sözleşmeden doğan zorunluluklar veya yetkilerin ötesinde kâr dağıtımını sınırlanıyorsa, pay sahiplerinin şirkete karşı hukuki yollara başvurma yetkisi bulunmaktadır.

C. Ara Değerlendirme: Kâr Payı Hakkına İlişkin Tanımımız

Öğretide kâr payı hakkına ilişkin yapılan tanımlar bakımından dikkate alınması gereken bazı hususları, yukarıda ortaya koymaya çalıştık. Gerçekten pay sahibinin kâr payı hakkını inceleyen bir çalışmanın öncelikle kâr payı hakkı ile ne kast ettiğini ortaya koyması gerekir. Ancak kâr payı hakkı bakımından bu makul beklentiye karşılık gelmesi kadar kolay değildir. Zira kâr payı hakkı, birçok farklı katmandan oluşmakta ve her bir katman pay sahibine farklı yetkiler vermektedir. Kâr payı hakkının farklı boyutlarının bulunması ve bu farklı boyutlardan doğan farklı yetkiler, kâr payı hakkının tanımlanmasını da zorlaştırmaktadır.

Bu savımızı somutlaştırmak için, genel kurul kâr payı hakkını kaldırabilir mi sorusuna verilecek yanıtlar yol gösterici olacaktır. Türk hukukunda, anonim şirketlerin iktisadi amaçla kurulması zorunlu olduğundan şirketin kâr elde etme amacından sapılması, oybirliği ile dahi olsa mümkün değildir. Keza, genel kurul alacağı bir kararla şirket kârının bundan böyle sadece bir pay sahibine devredileceği yönünde bir karar da alamaz. Bu durumda kâr payı hakkı genel kurul tarafından kaldırılamaz bir hak gibi görünmektedir.

Ne var ki, genel kurulun TTK m.523'te belirtilen şartların varlığı halinde uzun yıllar boyunca yedek akçe ayrılması ve hiç kâr dağıtılmaması yönünde karar alması mümkündür. Aynı şekilde, esas sözleşme değişikliği ile bir süre boyunca kârın imtiyazlı pay sahiplerine ödenmesine yönelik bir düzenleme getirilmesi de mümkündür. Bu durumda kâr payı hakkı, genel kurul tarafından kanun ve esas sözleşme hükümleri çerçevesinde sınırlanabilir bir hak haline gelmektedir.

Son olarak genel kurul bir kez kâr dağıtımını kararı aldıktan sonra, artık pay sahibinin malvarlığında bir alacak hakkı doğmuş olmaktadır. Genel kurul, şirket kârının nasıl kullanılacağı üzerinde tasarruf yetkisine sahip olsa da pay sahiplerinin malvarlığında doğmuş bir alacak hakkı üzerinde değişiklik yapma yetkisi bulunmamaktadır. Bu durumda, kâr payı hakkı yine genel kurulun yetki alanı dışına çıkmaktadır.

Görüldüğü üzere, kâr payı hakkına ilişkin bu basit soru, kâr payı hakkının incelendiği boyuta göre değişiklik arz etmektedir. O zaman kâr payı hakkının

esaslarının ortaya konulabilmesi için, hakkın farklı boyutlarının ayrı ayrı ele alınması ve hakkın tanımının da bu çok boyutluluğu yansıtacak şekilde yapılması gerekir.

Pay sahibinin anonim ortaklığa yatırım yaparken temel beklentisi, şirketin elde ettiği kâra bağlı olarak kendi malvarlığında bir artışın gerçekleşmesidir. Gerçekten de pay sahipleri anonim şirkete yatırım yaptıklarında, istisnai haller bir kenara bırakılırsa, yatırımlarının karşılığında mali bir menfaat elde etmeyi, diğer bir ifade ile bu yatırım sebebiyle kâr elde etmeyi beklemektedirler. Bu beklentinin karşılanması içinse, anonim şirketin ilk aşamada kâr elde etme amacı ile faaliyet göstermesi ve sonrasında ise elde edilen kârı ortaklara aktarması gerekir. Şirkete ve dolayısıyla şirket organlarına getirilen bu yükümlülük, pay sahipleri bakımından bir hak teşkil eder. Bu ise öğretide kâr payı hakkının mutlak boyutu olarak ifade edilen bir hakkın kabulünü zorunlu kılmaktadır. O nedenle de Türk öğretisinde kâr payı hakkının mutlak boyutu, İsviçre öğretisinde ise kâr amacına yönelme hakkı olarak ifade edilen bu hak, kâr payı hakkının geniş tanımı içinde yer almalıdır.

Öte yandan anonim şirketin iktisadi amacının bulunması zorunluluğundan türeyen bu hak, sadece kâr payı dağıtımı ile ilişkilendirilmemelidir. Anonim şirketin kâr elde etme ve bu kârı ortakların malvarlığında artışa dönüştürme amacı, kâr payı dağıtımı yoluyla gerçekleşebileceği gibi, başka yollarla da gerçekleşebilir. Örneğin şirketin kendi paylarını geri alarak yatırımcılara kaynak aktarması ve şirketin tasfiyesi sonucunda da şirket ortaklarının malvarlığında bir artış sağlanabilir. Öyle ki, pay sahibi şirket paylarını bedel karşılığında satıp devrettiği takdirde, şirket herhangi bir ilave eylemde bulunmadan dahi pay sahibinin şirket tarafından elde edilen kârdan yararlanması mümkün olmaktadır. Nitekim özellikle pay devrinin kolay olduğu borsaya kote şirketlerde, yapılan yatırım sonucunda kâr elde edilmesi bu şekilde gerçekleşmektedir. O nedenle de pay sahibi gözünden yatırım sebebiyle malvarlığında artış gerçekleşmesini bekleme hakkı, TTK m.507 vd. hükümlerinde düzenlenen dar ve teknik anlamda kâr payı hakkından daha geniş bir haktır. Bu hakkı sadece kâr payı hakkı ile bağlantılı olarak tanımlamak yerine, mali menfaat elde etme hakkı gibi daha geniş bir kavram ile tanımlamanın daha isabetli olacağı görüşündeyiz.

Kanaatimizce geniş anlamda kâr payı veya mali menfaat elde etme hakkı, anonim şirketin şirket kârının uzun vadeli ve sürdürülebilir şekilde artırılması için faaliyet göstermesi ve bu kârdan ortakların doğrudan veya dolaylı olarak yararlandırılması yükümlülüklerini ifade eder. Şirketin bu yükümlülüklerle uygun davranması halinde,

şirkete sermaye getiren yatırımcı, yatırımının karşılığı olarak şirketin kârı ile orantılı olarak malvarlığında bir artış elde edecek, diğer bir ifade ile yatırımı üzerinden bir kâr elde edecektir. Türk hukukunda bu hak, vazgeçilmez bir hak olup pay sahibinin iradesi ile dahi kaldırılması mümkün değildir.

Kâr payının bu şekilde geniş olarak tanımlanması halinde, TTK m.507 ve devamı hükümlerinde düzenlenen kâr payı hakkının da dar ve teknik anlamıyla ayrıca tanımlanması ihtiyacı doğar. Öğretide dar anlamda kâr payı hakkı tanınırken, TTK m.507'nin lafzı esas alınarak, pay sahibinin şirket tarafından dağıtılan kâr payı hakkına katılma yetkisi üzerine vurgu yapılmaktadır. Ancak kanaatimizce öğretide yapılan tanımlara bir ekleme yapılması gerekir. Şöyle ki, öğretide kâr payı hakkına ilişkin yapılan tanımlar, kâr payı konusunda şirkete mutlak bir takdir yetkisi tanındığı fikrine kapı açmakta ve kâr payı hakkının sadece şirket tarafından verilen dağıtım kararı sonrasında doğduğu fikrini desteklemektedirler. Halbuki, Türk hukuk sisteminde, genel kurulun şirket kârı üzerinde geniş bir takdir yetkisi bulursa da bu takdir yetkisi kanun ve esas sözleşme hükümleri ile sınırlandırılmakta ve belirli şartlar altında kâr dağıtma yükümlülüğüne vücut vermektedir. Pay sahibi ise şirketin bu yükümlülüğe uymaması halinde, başka genel kurul kararının iptali olmak üzere çeşitli hukuki koruma yollarına başvurarak, kâr payı dağıtımı konusundaki meşru beklentisini koruma imkanına sahiptir. O nedenle ki, dar anlamda kâr payına ilişkin yapılacak bir tanımın, bir yandan şirketin kanun ve esas sözleşme hükümleri uyarınca kâr dağıtımının sınırlanabileceği olgusunu tanıırken, bir yandan da kanun ve esas sözleşmede tanınan yedek akçe ayırma yetkisini aşan miktarda kârın dağıtılması yükümlülüğünü de içermesi gerekir.

Bu genel ilkeler ışığında, kanaatimizce dar anlamda kâr payı hakkı, kanun ve esas sözleşme düzenlemelerine tabi olmak üzere, şirkete net dönem kârının dağıtılması yükümlülüğü yükleyen ve pay sahiplerine şirket tarafından dağıtılan kâr katılma yetkisi veren hak olarak tanımlanabilir.

Söz konusu tanım, dar anlamda kâr payı hakkından doğan iki yetkiyi de ortaya koymayı hedeflemektedir. Bu sonuçlardan ilki, şirketin net dönem kârının dağıtımı konusunda karar alma ve net dönem kârını dağıtma yükümlülüğüdür. Şüphesiz ki, bu yükümlülük kanun ve esas sözleşme hükümleri ile çerçevelendirilmiştir, o nedenle de mutlak nitelik arz etmez. Ancak şirketin ortaya koymaya çalıştığımız tanımda olduğu gibi, bu konudaki takdir yetkisi kanun ve esas sözleşme hükümleri ile çerçevelenmiştir

ve bu çerçevenin dışında kalan kısım bakımından şirketin net dönem kârını dağıtma yükümlülüğü bulunmaktadır.

Dar anlamda kâr payı hakkının verdiği bir diğer yetki ise, şirketin yaptığı dağıtımlara belirli bir oranda katılma yetkisidir. Kural olarak pay sahiplerinin kâr dağıtımına katılmaları sermaye payı için şirkete yaptıkları ödemeler ile orantılı olacaktır. Ancak esas sözleşmede aksine bir düzenleme yapılabileceği gibi, imtiyazlı pay oluşturulması yoluyla da bu kuraldan sapılması mümkün olacaktır. O nedenle kâr payı hakkına ilişkin tanımın, dağıtım katılma oranına ilişkin kuralları içermemesi tercih edilmiştir.

Bu noktada dar anlamda kâr payı hakkından doğan şirketin net dönem kârını dağıtma yükümlülüğü ve pay sahibinin dağıtım katılma yetkisi arasındaki bir farka da dikkat çekmek gerekir. Şirketin dağıtım yükümlülüğünün konusu net dönem kârıdır ve şirketin yedek akçeleri, serbest dahi olsa, bu kapsamda değildir. Öte yandan dağıtım katılma yetkisinin konusu, dağıtılan kârdır. Bu tutar net dönem kârından az olabileceği gibi, dağıtımın serbest yedek akçelerden yapılması halinde ise daha yüksek de olabilecektir.

Pay sahibinin sahip olduğu paylar neticesi ile dağıtılan kârdan hak kazandığı tutar ise, kâr payı alacağını teşkil eder. Buna göre kâr payı alacağı, kâr dağıtım kararı sonucunda doğan ve pay sahibine şirkete karşı kâr payı bedelinin ödenmesini, teslim edilmesini yahut devredilmesini talep etme yetkisi veren alacak hakkı olarak tanımlamak mümkündür.

Kâr payı hakkının barındırdığı bu çeşitlilik, konunun sınırlandırılması zorunluluğunu da beraberinde getirmektedir. Bu bağlamda tezin odak noktası olarak dar anlamda kâr payı hakkı ve kâr payı alacağının ele alınması tercih edilmiştir. Bu tercihin altında yatan temel sebep, Türk hukuk uygulamasında karşılaşılan sorunlardır. Gerçekten de Türk hukukunda kapalı şirketlerin çoğunlukta olması ve aile şirketlerinde azınlık pay sahiplerinin kâr payı hakkını güvenceye alacak sözleşme yapmalarının yaygın olmaması sebebiyle çoğunluk pay sahiplerinin kâr dağıtımından imtina ederek azınlık pay sahiplerinin menfaatlerini ihlal etmeleri oldukça yaygın bir sorundur. Bu sorun ise ancak pay sahiplerinin dar anlamda kâr payı hakkının ve kâr payı alacağının merkeze yerleştirilmesi ile çözülebilir.

Belirtmek gerekir ki, bu durum geniş anlamda kâr payı hakkının yahut diğer bir ifade ile mali menfaat elde etme hakkının önemsiz olduğu anlamına gelmemektedir. Hatta tam tersine mali menfaat elde etme hakkı, uluslararası öğretilerde güncel şirketler hukukunun en önemli tartışma konularından biri olabilir. Kapitalist sistemde şirketlerin ekonomik düzende edindiği merkezi konum, neoliberal ekonomi politikalarının yarattığı gelir adaletsizliği ve şirketlerin üst düzey yöneticilerinin gelirlerinin artmasına rağmen, tedarikçileri ve çalışanları için artı değer yaratmakta başarısız olması, anonim şirketlerin amacına ilişkin sorgulamaları da yoğunlaştırmıştır.

Ancak bu çalışmanın mali menfaat elde etme hakkının kapsamı ve ideal hukuktaki yeri konusundaki tartışmaların çözüme kavuşturulması gibi bir hedefi bulunmamaktadır. Bu tercihin birkaç sebebi vardır. Öncelikle, söz konusu tartışmayı hak ettiği derinlikte aktarabilmek, tek başına bir çalışma oluşturacak genişlikte bir incelemeyi de beraberinde getirecektir. Zira söz konusu tartışmanın sadece hukuk alanında değil, iktisat ve hatta siyaset alanında sebepleri ve sonuçları vardır. Bu nedenle doktora tezinin makul bir çerçevede tutulması için mali menfaat hakkının tanımı ve unsurları ile yetinilmiş, konu tüm boyutları ile tartışılmamıştır.

İkinci olarak söz konusu tartışmanın, Türk hukuku bakımından fiili önemi sınırlıdır. Konunun detaylı incelendiği Amerikan hukukunda payların çok sayıda küçük pay sahibi arasında dağılmış (atomize olmuş) olması ve şirketlerin halka açıklık oranının yüksek olması, pay sahiplerinin şirket yönetimi üzerindeki fiili etkisini sınırlandırmaktadır. Bunun dışında başta aktif yatırım fonları ve diğer finans kurumlarının artan gücü olmak üzere, piyasa koşullarının pay sahipliği haklarının kullanılmasında kısa vadeli kârlılığı önplana çıkartmaktadır. Yatırım fonlarının şirket yönetimine aktif müdahaleleri ve yönetimi üzerindeki baskıları, hukuk alanındaki tartışmayı alevlendiren iktisadi sebeplerdir. Buna karşın, Türk hukukunda söz konusu yatırım fonlarının etkisi görece daha sınırlıdır. İlaveten yoğunlaşmış pay sahipliği yapısı sebebiyle, azınlık pay sahiplerinin şirket yöneticilerini kısa vadeli kârlılığı önemsemeye zorlama imkanları da sınırlıdır. Son olarak, ne kadar bilinçli bir tercih olduğu sorgulamaya açık olmakla birlikte, Türk hukukunun Avrupa hukuk sistemini iktisap etmesi, dolaylı olarak menfaat sahipleri kuramını da beraberinde benimsemesi sonucunu doğurmuş görünmektedir. Özetle ne iktisadi olgular ne de kuramsal yaklaşım, Türk hukuku bakımından mali menfaat elde etme hakkının kapsamına

ilişkin bir tartışmayı öncelikli hale getirmektedir. O nedenle de bu çalışmada dar anlamda kâr payı hakkı ve alacak hakkı merkeze oturtulmuştur.

Bu tercihin bir sonucu olarak da çalışmada bundan sonra aksi belirtilmediği takdirde, “kâr payı hakkı”, pay sahibinin şirket tarafından dağıtımına karar verilen tutara katılma ve bu dağıtımın yapılmasını sağlama hakkını içeren dar anlamda kâr payı hakkını ifade etmek için kullanılacaktır. Kâr payı alacağı ise, şirket tarafından dağıtımına karar verilmesi veya bu sonucu doğuran bir mahkeme kararı sonucunda doğan alacak hakkını ifade edecek şekilde kullanılacaktır.



İkinci Bölüm: Kâr Payı Dağıtım Süreci

I. Kâr Payının Kaynakları

Anonim şirketin sahip olduğu malvarlığının tamamının pay sahiplerine kâr payı olarak dağıtılması mümkün değildir. Kanun koyucu bir yandan sınırlı sorumluluk ilkesinin alacaklılar için ve daha geniş açıdan sosyal olarak yaratacağı sakıncaları dengelemek için belirli bir miktarda malvarlığının şirket bünyesinde muhafaza edilmesini zorunlu tutmuştur³⁶⁷. Diğer yandan ise, şirketin pay sahiplerinin sermayeye katılmalarının altındaki temel beklenti olan şirket kârından pay alma hakkının karşılanması gerekmektedir³⁶⁸. Bunun sonucu olarak şirketin dağıtabileceği azami ve dağıtması gereken asgari kâr payının belirlenmesine yönelik çeşitli kurallar getirilmesi zorunluluğu doğar.

Hukuk kuralı yoluyla, tüm şirketler için geçerli olacak sabit azami veya asgari kâr dağıtım tutarlarının belirlenmesi işlevsel değildir. Zira bu şekilde getirilecek genel geçer sabit bir tutar, bir şirkette azınlık pay sahiplerini kâr payı dağıtımından mahrum bırakırken, başka bir şirkette alacaklıları korumada yetersiz kalabilecektir. Bu durum ise kâr payı dağıtımına ilişkin normların sevk edilme amacına hizmet etmesine engel olacaktır. O nedenle yapılacak düzenlemelerin her bir şirketin finansal durumuna bağlı olarak değişiklik gösterecek şekilde kurgulanması zorunludur. Türk hukuku da dahil olmak üzere birçok hukuk sisteminde, şirketin kâr payı dağıtımına ve yedek akçe ayırmasına ilişkin kurallar, şirketin finansal tabloları ve özellikle de bilanço kayıtları ile bağlantılı olarak düzenlenmiştir.

Belirtmek isteriz ki, Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde köklenmiş ve Türk hukuku bakımından da doğal kabul edilen bu yaklaşım ciddi şekilde sorgulanmaktadır ve bazı ülkelerde bu konuda değişim hareketleri görülmektedir. Bazı hukuk sistemlerinde şirketin kâr dağıtımı, bilanço üzerinden değil, şirketin likit kaynak akışına bağlı olarak sınırlandırılmaktadır. Bu yöntemi tercih eden hukuk sistemlerinde, şirketin bilançosundan yer alan sermaye, yedek akçe veya borç kalemleri arasındaki ilişki

³⁶⁷ Şirket tarafından dağıtılacak azami kâr payı tutarına ilişkin kapsamlı açıklamalar için bkz. Aşağıda II-Dağıtılabilir Kârın Belirlenmesi.

³⁶⁸ Pay sahiplerinin mali menfaat elde etme hakkındaki açıklamalar için bkz. Birinci Bölüm-II-A-Geniş Anlamda Kâr Payı Hakkı: Mali Menfaat Elde Etme Hakkı.

değil, şirketin borçlarını vadesinde ödeyip ödeyemeyeceğine ilişkin bir değerlendirme yapılmaktadır. Bu yaklaşım sonucunda hukuk öğretisinde ödeme gücü testi (“*solvency test*”- “*solvenztest*”- “*test de liquidité*”) olarak ifade edilen yöntem belirlenmiştir³⁶⁹.

Türk hukukunda kabul edilen sistem bilanço temelli kâr dağıtım sınırlamaları getirmektedir. Bu şekilde bilanço odaklı değerlendirme öngören hukuk sistemleri, bir anonim şirketin dağıtabileceği kâr payına ilişkin düzenlemeleri getirirken, bilançodaki bazı pasif kalemleri ölçüt olarak almıştır. İşte şirketin dağıtabileceği kâr payı tutarının tespit edilebilmesi için kullanılan söz konusu ölçütlere, öğretilerde kâr payının kaynakları denilmektedir³⁷⁰.

Hemen belirtmek isteriz ki, burada kaynak ile kast edilen kâr olarak dağıtılacak malvarlığını ifade etmez. Esasen bilançoda yer alan pasif kalemler, fiktif kayıtlardan ibarettir ve kâr, şirket bilançosundaki aktiflerden, diğer bir ifade ile şirket malvarlığından dağıtılacaktır. Ancak aktif tutardan yapılabilecek veya yapılması gereken kâr payı dağıtımına ilişkin kurallar, aktif tarafta değil, pasif tarafta yer alan bilanço kalemleri ölçüt alınarak sevk edilmiştir. Kâr payının kaynakları ifadesi ile kast edilen de işte bu şekilde dağıtıma ve yedek akçe ayırmaya esas alınan ölçütlerdir.

TTK m.509 f.2 uyarınca, kâr payı ancak net dönem kârından ve serbest yedek akçelerden dağıtılabilir. Bu nedenle de net dönem kârı ve serbest yedek akçeler bakımından kâr payının kaynakları ifadesi kullanılmaktadır³⁷¹. O yüzden kâr payı hakkına ilişkin kurallar incelenirken, öncelikle kâr ve serbest yedek akçelere değinmek gerekmektedir. Aşağıdaki bölümde, bu iki kavramı ilişkili ve benzer kavramlar ile kıyaslayarak açıklamaya çalışacağız.

A. Kâr Kavramı ve Kârın Farklı Anlamları

Günlük dilde kâr, “*maliyet fiyatıyla satış fiyatı arasındaki fark*” olarak tanımlanmaktadır³⁷². Kanaatimizce bu tanım, en azından çalışma konumuz olan ortaklıklar hukuku bağlamında yeterli bir tanım değildir. Şöyle ki, kâr sadece sunulan

³⁶⁹ Ödeme gücü testi olarak ifade edilen bu yönteme ilişkin daha detaylı bilgiler ve bu sistemin bilanço esaslı dağıtım sınırlamaları ile olan karşılaştırması için bkz. Aşağıda II-3-Dağıtılabilir Kârın Sınırlanmasına İlişkin Sistemin Değerlendirilmesi.

³⁷⁰ Örnek olarak bkz. Yanlı, **AŞ’de Kâr Dağıtımı**, s.6, Gürbüz Usluel, s.11.

³⁷¹ Kâr payının kaynakları ifadesini kullanan yazarlara örnek olarak bkz. Yanlı, **AŞ’de Kâr Dağıtımı**, s.7, Gürbüz Usluel, s.11.

³⁷² TDK Çevrimiçi Sözlük sozluk.gov.tr, Erişim tarihi 21.06.2020. Buradan hareketle, hukuk öğretisinde de kâr kavramı, “*belli bir dönemde satış hasılatı ile bu satışlara ilişkin maliyetler arasındaki olumlu fark*” olarak tanımlanmaktadır. Bkz. Karyağdı, Nazmi, **Tüm Yönleriyle Kâr Dağıtımı**, Maliye Hesap Uzmanları Derneği, İstanbul, 2014, s.4 ve benzer yönde tekrar s.28, Toroslu, s.194.

mal ve hizmetlerden (işletme konusunun gerçekleştirilmesinden) elde edilen hasılat yoluyla elde edilmez. Mal ve hizmet karşılığı elde edilen hasılat dışında, kişinin (ortaklığın) malvarlığındaki unsurların değerinin artması yoluyla da kâr elde edilmesi mümkündür³⁷³. Buna ilaveten, payların itibari değeri üzerinde bir bedelle ihraç edilmesi yahut tam ödenmeyen pay bedeli için pay sahibinin ıskatı halinde yapılmış ödemelerin şirket malvarlığında kalması gibi, ortaklıklar hukukundan kaynaklanan nedenlerle de kâr doğabilir. O nedenle de kanaatimizce kâr kavramını, şirket malvarlığında dış kaynak ve sermaye artışının ötesindeki artış olarak tanımlamak mümkündür³⁷⁴.

Tanımdan da anlaşılabileceği gibi kâr, şirketin nakit durumundan veya muaccel borçlarını ödeme gücünden farklı bir kavramdır. Şirketin elde ettiği kâr, nakit girişi şeklinde olabileceği gibi, masrafı azaltan veya nakit dışı bir malvarlığı kazancı sağlayan bir işlemde, örneğin bir ayından yararlanma imkânı sağlanmasından da kaynaklanabilir³⁷⁵. O nedenle kâr, her zaman şirkette nakit veya nakit gibi kolay paraya çevrilebilen varlıkların artışı sonucunu doğurmaz. Özellikle mal veya hizmet arzından ziyade, belirli malvarlığı unsurlarının değer artışına yatırım yapılan ticari faaliyetlerde, kârlılık durumu ile likidite durumu arasında önemli farklılıklar doğabilir. Benzer şekilde, şirketin kâr elde etmesi ile muaccel borçları ödeme gücü arasında da mutlak bir bağlantı kurulamaz. Örneğin bir enerji dağıtım şirketi, yatırım yapmak için büyük bir kredi kullandığında şirket borçları artacağı için, şirketin kâr elde etmediği sonucuna varılacaktır. Ancak kredinin geri ödeme tarihine kadar şirket açısından bir ödeme güçlüğünden bahsetmek de mümkün değildir. Elbette bunun tam tersi de mümkündür. Şirketin elde ettiği gelirleri tahsil etmek için harcadığı zamanda, şirket bilançosunda kâr bulunsa bile şirketin borçlarını vadesinde ödeme gücü zarar görebilecektir.

Kâr, ortaklıklar hukuku dışında bilanço hukuku bakımından da temel bir kavramdır. Kâr, ortaklık bilançosunun pasif tarafında yer alan kalemlerden biridir. İlk bakışta kârın pasifte yer alması çelişkili bir durum gibi görünebilir. Ancak bilanço hukukundaki aktif-pasif ayrımı, özel hukuktaki aktif malvarlığı unsuru-pasif

³⁷³ Belirtmek gerekir ki, bir malvarlığındaki değer artışı şirket bakımından kâr teşkil etse de bu kârın bilançoya yansıtılması veya ortaklara dağıtılması konusunda başka kurallar getirilebilir. Bu durumda kâr varlığı ile dağıtım konusu birbirinden ayrılmaktadır.

³⁷⁴ Söz konusu tanım, TMS'nin kârın tespitine ilişkin kurallarında yer alan tanımlara dayanmaktadır. Bkz. TMS Finansal Raporlamaya İlişkin Kavramsal Çerçeve 8.1 vd. TMS kârın tespiti için muhtelif yöntemler gösterse de kanaatimizce kâr kavramını çalışma konumuz olan kâr payı hakkı bağlamında en geniş olarak bu şekilde tanımlamak mümkündür.

³⁷⁵ Birsal, s.19.

malvarlığı unsuru ayrımı ile örtüşmemektedir. Bilanço hukukunda pasif taraf, şirketin kaynaklarını gösterirken, bilançonun aktifi bu kaynaklar kullanılarak elde edilen şirket varlıklarının durumunu gösterir³⁷⁶. Şirketin faaliyetleri sonucu elde ettiği kâr, şirketin iktisapları bakımından bir kaynak teşkil ettiği için bilançonun pasif tarafında yer alması gerekir³⁷⁷. Bu konuda şöyle bir örnek verilebilir: Şirketin satışları sonucunda elde ettiği cironun 18 Milyon TL olduğunu ve masraflarının da 8 Milyon TL olduğunu varsayalım. Masrafların tamamının banka hesabı yoluyla yapıldığını, cironun ise 9 Milyon TL tutarındaki kısmının banka havalesi yoluyla, kalan kısmının ise daha sonra ifa edileceği için alacak hakkı olduğunu kabul edelim. Bu durumda sene sonunda şirketin 10 Milyon TL kâr (olayımızda ciro-masraf) elde etmiş olacaktır. Söz konusu 10 Milyon TL tutarında kâr şirketin malvarlığındaki karşılığı ise banka hesabında 1 Milyon TL tutarında artış ve alacak hesabında 9 Milyon TL tutarında bir artışa yol açacaktır. Özetle elde edilen kâr, bilançonun aktif tarafında gerçekleşen artışın yahut aktif tarafa giren yeni kalemlerin kaynağını oluşturmaktadır. Bu nedenle de bilançonun pasif (kaynaklar) tarafında yer alması gerekir.

Her ne kadar kâr kavramını genel olarak tanımlamak mümkünse de kâr payı hakkına ilişkin düzenlemeler bakımından kârın farklı türlerinin bulunduğunu belirtmek gerekir. TTK hükümleri yıllık kâr, net dönem kârı ve bilanço kârı gibi kavramlara yer vermiştir. Bunun dışında anonim şirket kârının vergi hukukundaki sonuçları sebebiyle, ticari kâr-mali kâr ve net kâr-brüt kâr gibi ayrımlar da ortaya çıkmaktadır. Kâr kavramının ortaklıklar ve vergi hukuku alanlarındaki bu çeşitli görünümünün ele alınması, kâr payı hakkının kapsamının belirlenmesi bakımından önem taşımaktadır. Aşağıda farklı tasnif ölçütlerine göre, kârın çeşitli türleri ele alınacaktır.

1. Ticari Kâr-Mali Kâr

Kâr kavramı, ticaret ve özellikle ortaklıklar hukukuna ilişkin bir kavram olduğu kadar, mali hukuku (vergi hukukunu) da yakından ilgilendirmektedir. Kurumlar vergisi mükellefi olan anonim şirketlerin vergi yükümlülükleri, elde ettikleri kâr ile

³⁷⁶ Weber, Manfred /Paa, Kai Uwe, **Bilanzen**, Haute Verlag, 2016, s.15. Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin, **Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku**, Arıkan Yayınevi, İstanbul, 2005, s.785.

³⁷⁷ Aynı durum şirketin ayırdığı yedek akçeler bakımından da söz konusudur. Yedek akçeler açısından benzer bir açıklama için bkz. Senarclens, Jean, **Les Réserves des Sociétés Anonymes**, Université de Geneve- Faculté de Droit-Librairie de Droit, Lozan, 1943, s.25.

bağlantılıdır (Kurumlar Vergisi Kanunu³⁷⁸ (“KVK”) m.6 ve m.9). O nedenle de şirketin kârı kavramı, mali hukuk açısından da sistemin temelinde yer alır.

Öte yandan, ortaklıklar veya daha geniş ifade ile ticaret hukukunun kâr kavramına bakış açısı ile mali hukukun kâr kavramına bakış açısı birbirinden oldukça farklıdır. Ticaret hukukuna ilişkin kurallar, şirketin gerçek durumunun tespit edilmesini³⁷⁹, yöneticilerin performansının değerlendirilmesini ve buna bağlı olarak ise pay sahiplerinin ve alacaklıların korunmasını hedefler. Mali hukuka ilişkin kurallar ise, şirketin vergi yükümlülüğünün belirlenmesi amacı dikkate alınarak sevk edilmiştir³⁸⁰. Vergi hukuku aynı zamanda dolaylı olarak devlet erkinin ekonomi üzerindeki etkisini de sağlamaktadır. Devlet teşvik etmek ve ödüllendirmek istediği faaliyetler üzerindeki vergi yükünü azaltıp caydırmak istediği faaliyetler bakımından vergi yükünü artırmakta ve bu şekilde ekonomi üzerinde dolaylı bir etki kurmaktadır. Doğaldır ki, kurallar arasındaki bu amaç farklılığı nedeniyle, anonim şirketin ticaret hukuku kurallarına göre tespit edilen kârı ile mali hukuka göre belirlenen kârı farklılık gösterecektir. Bu farklılık ise, ticari kâr-mali kâr ayrımı olarak ifade edilen ayrımın ortaya çıkmasına yol açmaktadır. Bu açıklamalar ışığında, ticari kâr, ticaret hukuku kurallarına göre tespit edilen kârı, mali kâr ise vergi mevzuatı hükümlerine göre tespit edilen kârı ifade eder³⁸¹.

Bir anonim şirkette ticari kâr ile mali kâr arasındaki farklılığa etki eden iki temel konu bulunmaktadır. Bunlardan ilki, ticaret hukukunun benimsediği muhasebe standartları ile vergi hukukunun kabul ettiği muhasebe standartları arasındaki farklılıktır³⁸². Özellikle muhasebe standartlarında benimsenen aktifleştirmeye ilişkin kurallar ile değerlendirme ölçütleri arasındaki farklılıklar bu açıdan büyük önem taşır. Örneğin eğer şirkete ait bir taşınmaz bakımından bir muhasebe standardı tarihi değeri

³⁷⁸ Kanun Numarası: 5520 Kabul Tarihi: 13/6/2006 Yayımlandığı R.Gazete : Tarih : 21/6/2006 R. Gazete No: 26205

³⁷⁹ Öte yandan ticari kârın şirketin gerçek durumunu aktardığı savının isabetliliği de sorgulanmaya açıktır. Zira değerlendirme işlemi başlı başına subjektif değerlendirmeleri, tahminleri ve varsayımları zorunlu kılar. Bundan ötürü ne ölçüde özenli yapılsın yapılsın, değerlendirme işleminin gerçek durumu ortaya koyamama ihtimali bulunmaktadır. Bu nedenle de ticari kârın da gerçek kârı yansıtmadığı durumlarla karşılaşılabilir. Ayrıca bilanço hukukuna hâkim olan ihtiyat ilkesi sebebiyle, bilançoda yer alan ticari kârın tam olarak gerçek durumu yansıtmaması da olağan kabul edilmelidir. O nedenle, ticari kâr gerçek duruma mümkün olduğunca yaklaşmayı hedeflese de her zaman bu hedefine ulaştığı söylenemez. Bkz. Ruedin, Roland, **Droit des sociétés**, Staempfli Editions, Bern, 1999, s.288-289. Yazar bu nedenle, gerçek kâr ile hesap kârı arasında da bir ayrım yapmaktadır. Bkz. a.g.e, s.290.

³⁸⁰ Ulusoy, Yılmaz, **Anonim ve Limited Şirketlerde Kâr Dağıtımı ve Vergilendirme**, Olgaç Yayınevi, Ankara, 1987, s.60, Ateşgaoğlu, s.9.

³⁸¹ Örnek olarak bkz. Canözü, s.50-51.

³⁸² Canözü, s.57.

diğer bir muhasebe standardı ise gerçek değeri kabul ederek finansal tablolara geçirilmesini gerektiriyorsa, zaman içerisinde taşınmazın değeri arttıkça gerçek değer artacak, ancak taşınmazın defter değeri sabit kalacaktır. Bu durumda da farklı değerlendirme kuralları içeren farklı muhasebe standartlarının uygulanmasından dolayı kâr miktarı farklılık gösterecektir.

Mali kâr ile ticari kârın tespiti için uygulanacak muhasebe standartlarında farklı ilkelerin esas alınması halinde, mali kâr ve ticari kâr baştan itibaren farklılık gösterecektir. Öte yandan, ticari kâr ve mali kârın aynı muhasebe standartları ışığında hazırlanması halinde, kârın iki türü birbirine görece daha yakın hale gelmektedir.

Ticari kâr-mali kâr ayrımında farklı muhasebe standartlarının uygulanmasının etkisi belirleyici olsa dahi, söz konusu ayrımın tek nedeni bu değildir³⁸³. Ticari kârın mali kârdan farklılaşmasına etki eden ikinci husus, hukuk sistemlerinin kabul ettiği ve etmediği giderlerdir³⁸⁴. Ticari kâr kavramı ile şirketin finansal durumu hakkında gerçeğe yakın bilgi verilmesi ve alacaklılar ile pay sahiplerinin korunması hedeflendiğinden, şirket tarafından yapılan giderlerin kârı azaltması gerekir. Ancak mali hukuk, mali yükümlülükleri tespit etmek ve bunları korumak amacına hizmet eder. Bu nedenle bazı giderlerin şirketin kârını ve dolayısıyla vergi alacağını azaltmasına izin vermez. Örneğin vergi cezaları, vergi hukuku bakımından kabul edilen giderlerden olmadığı için, vergi matrahına esas olacak kârdan indirilmez. Halbuki, bu giderlerin ticaret hukuku bakımından şirket açısından bir gider teşkil ettiği ve kârı azaltacağı şüphesizdir³⁸⁵. Sonuç olarak ticari ve mali kâr aynı muhasebe standartlarına tabi finansal tablolar yoluyla tespit edilse bile, düzeltme işlemleri sebebiyle ticari kâr ve mali kâr ayrımının devam edeceği söylenebilir³⁸⁶.

³⁸³ Nitekim, ETTK döneminde MSGUT uyarınca TDHP çerçevesinde finansal tabloların hazırlanacağı düzenlenmiş olmakla birlikte, bu durum mali hedeflerle hazırlanan bilanço ile ticari amaçlarla hazırlanan bilanço ayrımını gidermemiştir. TDHP kurallarının vergi mevzuat ile uyumlu olmadığı ve vergi yükümlülüğünün tespiti için TDHP üzerinden tespit edilen kârda düzeltmeler yapılması gerektiği belirtilmekteydi. Bkz. Ateşagaoglu, s.50, Karyağdı, s.48. O nedenle ticari kâr ve mali kâr ayrımının tek muhasebe standardının uygulandığı dönemde de söz konusu olduğu belirtilmekteydi. Ulusoy, s.61.

³⁸⁴ Ulusoy, s.145, Canöz, s.52.

³⁸⁵ Örnek için bkz. Karyağdı, s.32. Benzer şekilde trafik cezaları veya vergi mevzuatı uyarınca belirtilen şartları taşımayan bağışlar da bu bağlamda örnek gösterilebilir. Bkz. Canöz, s.57. Bu konuda bir diğer örnek olarak holding şirketlerin temettü gelirleri gösterilmektedir. Holding şirketin bağlı şirketleri tarafından dağıtılan kâr payları Kurumlar Vergisi Kanunu uyarınca gelir sayılmadığından mali kâra dahil edilmezken, TTK uyarınca gelir sayılacağı ve ticari bilançooya dahil edileceği açıktır. Örnek için bkz. Badak, s.59-60.

³⁸⁶ Örneğin İsviçre hukukunda mali kârın ticari kâr esas alınarak, gerekli düzeltme işlemleri yapılarak tespit edileceği belirtilmektedir. Bkz. Zweifel, Martin/Beusch, Michael, “**Ausgewählte Fragen zur Bedeutung der Handelsbilanz für die steuerliche Gewinnermittlung**”, Festschrift für

Söz konusu iki etmene, muhasebe standartlarının benzerliğine ve gider sayılmasına izin verilen kalemlerin ortaklığına bağlı olarak mali kâr ve ticari kâr birbirine yaklaşacak veya birbirinden farklılaşacaktır. Söz konusu ayırımın azaltılması, kural olarak şirketin finansal tablo hazırlama süreçlerini kolaylaştırıcı olacaktır³⁸⁷. Ancak kanaatimizce bu ayırımın tamamen bertaraf edilmesi mümkün olmadığı gibi, ortaklıklar hukuku ile vergi hukukunun amaçlarındaki farklılık dikkate alındığında isabetli de olmayacaktır³⁸⁸.

2. Net Kâr-Brüt Kâr Ayırımı

a. Genel Açıklamalar

Anonim şirketler vergi mükellefi olarak elde ettikleri gelirlerden dolayı vergilendirilirler. Oldukça basit bir anlatımla, vergi mevzuatı uyarınca anonim şirket, elde ettiği kâr ile orantılı olarak bu mali yükümlülükleri ödeyecektir. Bu ise anonim şirketin vergiler düşülmeden önceki kârı ile vergiler düşüldükten sonraki kârı arasında bir farklılık ortaya çıkartmaktadır. Net kâr-brüt kâr ayırımı da şirketin elde ettiği kârdan mali yükümlülüklerin düşülüp düşülmemesine dayanmaktadır. Net kâr kavramı şirketin mali yükümlülüklerinin düşüldüğünü ifade ederken, brüt kâr ise mali yükümlülükler düşülmemiş kâr anlamına gelir. Diğer bir ifade ile brüt kâr vergi öncesi kârı, net kâr ise vergi sonrası kârı ifade eder³⁸⁹.

Bu noktada net kâr kavramının TTK m.507 ve TTK m.509’da yer alan net dönem kârı ile aynı olmadığına da dikkat çekmek isteriz. Net kâr kavramı, elde edilen kârdan mali yükümlülüklerin düşülmesini ifade etmektedir. TTK m.507 ve m.509’da kullanılan net dönem kârının “netliği” ise mali yükümlülüklerin düşülmesinden değil, geçmiş yıl zararlarının ilgili yılın kârından düşülmesinden kaynaklanmaktadır. Diğer

Peter Böckli zum 70. Geburtstag, Schulthess, 2006, s.62 vd. Bu durum, aynı muhasebe standartları uygulansa bile, ticari kâr-mali kâr ayırımının devam ettiğini ortaya koymaktadır.

³⁸⁷ Bu nedenledir ki, KGK da 13.12.2018 tarihinde yayınladığı “Finansal Raporlama Standartlarına Uygun Hesap Planı” taslağı ile ticari kâr ve mali kâr için kullanılan farklı muhasebe standartları arasındaki geçişi kolaylaştırmayı hedeflemiştir.

³⁸⁸ Nitekim ticari kâr ile mali kâr arasındaki farklılık ve bu iki kavram arasındaki ilişki, diğer hukuk sistemlerinin de karşılaştığı bir sorundur. İsviçre hukukunda ticari kâr ile mali kâr arasındaki ilişki bakımından bkz. Zweifel/Beusch, s.61 vd., Weber, Arnold, **Das Verhältnis von Handelsbilanz und Steuerbilanz**, Cosmos Verlag, Bern, 1979, s.54 vd. Alman hukukunda konu hakkında tartışmalar için bkz. Scheffer, Wolfram, **“Das Maßgeblichkeitsprinzip nach dem Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz”**, Das Institut Finanzen und Steuern Schrift Nr. 474, s. 7 vd.

³⁸⁹ Gürbüz Usluel, s.13.

bir ifade ile, net kâr ilgili kârdan mali yükümlülüklerin düşüldüğünü ifade ederken, net dönem kârı geçmiş yıl zararlarının düşüldüğünü göstermektedir³⁹⁰.

Muhasebe standartları şirketlerin mali yükümlülüklerinin tespit edilebilmesi için hem net kârın hem de brüt kârın tespit edilmesine olanak tanıyacak şekilde oluşturulmuştur. Örneğin TDHP uyarınca şirketin öncelikle brüt kâr niteliğinde olan dönem kârı tespit edildikten sonra, vergilerin düşülmesi ile dönem net kârı tespit edilerek ilgili hesaba işlenecektir³⁹¹. Aynı şekilde, BOBİ FRS dönem kârından vergi giderlerinin düşülmesi sonucunda dönem net kârının bulunacağını öngörmektedir³⁹². Bu şekilde finansal raporlama sistemlerinin işleyişi ile net kâr ve brüt kâr tespit edilebilecektir.

b. TTK Hükümleri Bakımından Ayrımın Önemi

Bu noktada ele alınması gereken bir diğer sorun, kâr payı hakkı (TTK m.509) ve kanuni yedek akçeler bakımından ölçüt alınan kâr kavramlarının (TTK m.519), daha açık bir ifade ile net dönem kârı ve yıllık kâr kavramlarının, net kâr mı yoksa brüt kâr niteliğinde mi olduğudur. TTK'nın yıllık kâr ve net dönem kârına atıf yapan hükümlerinde, söz konusu kârlar tespit edilirken ilgili döneme ilişkin mali yükümlülüklerin düşülüp düşülmeyeceği sorusuna yanıt verilmemiştir. O nedenle de bu konu öğretide karşıt görüşlerin ortaya çıkmasına yol açmıştır³⁹³.

ETTK döneminde doktrinde bir görüşe göre, şirketin bilançosunda görünen kârdan bir önceki yılki faaliyetler sebebiyle doğan mali yükümlülüklerin indirilmesi suretiyle

³⁹⁰ Tartışmalı olmakla birlikte, kanaatimizce net dönem kârı da mali yükümlülüklerin düşülmesini gerektirdiğinden, mali yükümlülüklerin kâra etkisi bakımından da net kâr özelliğini göstermektedir. Öte yandan net dönem kârı, ayrıca geçmiş yıl zararlarının düşülmesini de gerektirdiği için kanaatimizce yine net kâr niteliğinde olan yıllık kârdan ayrılmaktadır. Yıllık kâr ve net dönem kârı bakımından bkz. 3-Yıllık Kâr ve 4-Net Dönem Kârı.

³⁹¹ TDHP 690 ve TDHP 692.

³⁹² BOBİ FRS Örnek Tablo s.202. Tespit edebildiğimiz kadarıyla TFRS düzenlemesi bu açıdan farklılık göstermektedir. TFRS uyarınca şirketin elde ettiği kârın vergi öncesi veya vergi sonrası kâr olarak gösterilebileceği belirtilmiştir. Bu nedenle TFRS uyarınca belirlenecek kâr net kâr olabileceği gibi brüt kâr da olabilir.

³⁹³ Belirtmek isteriz ki, öğretide bu konu özellikle net dönem kârının tespit edilmesi bağlamında tartışılmıştır. Örnek olarak bkz. Gürbüz Usluel, s.13, Canözü, s.58, Badak, s.61. Gerçekten de TTK m.509'ungereğesinde yer alan "*net kârın vergi öncesi veya vergi sonrası kârı ifade etmesi bir şirketler hukuku sorunu değildir*" ifadesi konuya ilişkin tartışmaların net dönem kârı ekseninde ilerlemesine dayanak oluşturmuştur.

Ancak kanaatimizce burada ele alınan sorun, sadece net dönem kârının değil, yıllık kârın tespiti bakımından da önem taşımaktadır; çünkü eğer vergi yükümlülükleri ticaret hukuku bakımından şirket için bir gider olarak kabul edilirse, bu durumda şirketin sadece net dönem kârının değil, yıllık kârının da azaldığının kabul edilmesi gerekecektir. O nedenle de kanaatimizce vergi yükümlülüklerinin kâra dahil olup olmadığı sorununun sadece net dönem kârı bakımından değil, TTK hükümlerinde atıf yapılan tüm kâr türleri bakımından yapmak daha tutarlı olacaktır.

safi kârın tespit edilmesi gerekmektedir³⁹⁴. Halka açık şirketler bakımından da bu yaklaşım uygulamada kabul görmüştür. Sermaye Piyasası Kurulu'nun 11.01.1999 tarihli 4/34 sayılı toplantısında alınan karar uyarınca, "safi kâr" olarak yıllık kârdan mali yükümlülükler düşüldükten sonra kalan kısım kabul edilmiştir³⁹⁵.

Diğer bir görüşe göre ise, kanunda safi kârın tespiti bakımından mali yükümlülüklerin indirilmesine ilişkin bir zorunluluk bulunmadığı belirtilmekte ve bu nedenle de şirketin bu konuda bir takdir yetkisi bulunduğu görüşü ileri sürülmektedir³⁹⁶. Nitekim Maliye Bakanlığı tarafından 11.05.1982 tarihinde verilen bir muktezada, safi kârdan ayrılacak yedek akçeler hesaplanırken mali yükümlülüklerin indirilmeyeceği belirtilmiştir³⁹⁷. Diğer yandan Danıştay 13.D. 1974 yılında verdiği kararda, safi kârın kurumlar vergisi düşülmeden önceki tutar olduğu yönünde karar vermiş ve safi kârın belirlenmesinde mali yükümlülüklerin düşülmeyeceğine hükmetmiştir³⁹⁸.

Söz konusu tartışma ne yazık ki TTK düzenlemeleri ile açıklığa kavuşturulamamıştır. TTK'da net dönem kârı veya yıllık kârın vergi öncesi kâr mı yoksa vergi sonrası kâr mı olduğu konusunda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Net dönem kârına ilişkin olarak TTK m.509 madde gerekçesinde "[n]et kârın vergi öncesi veya vergi sonrası kârı ifade etmesi ise bir şirketler hukuku sorunu değildir" ifadesine yer verilmiş, söz konusu tartışma bakımından bir çözüm getirilmediği açıkça ortaya konulmuştur.

³⁹⁴ Karayalçın, Yaşar, "Kanuni Yedek Akçenin İlk Ayrımı Bakımından Safi Kâr Kavramı ve Dönem Vergi Borçları", Batider, C.15 S.3 1990, s.138, Tekinalp, Yedek Akçeler, s.294 dn.5, Kayıhan/Çetiner, s.9. Nitekim Karayalçın, şirketin mali yükümlülüklerinin de özel hukuk borçlarından farkının bulunmadığını, bu borçların şirketin bilançosunun pasif kalemlerinde yer alması gerektiğini benimsemektedir; bkz. Karayalçın, Safi Kâr Kavramı, s.138-139. Nitekim TDHP'de ilgili yıl mali yükümlülükleri hem kâr zarar tablosunda (TDHP 691) hem de bilançoda ayrı bir kalem olarak gösterilmektedir (THDP 360).TMS bakımından da aynı yaklaşım benimsenmiş olup cari dönem vergisinin ödenmeyen kısmının şirket borcu olarak muhasebeleştirileceği düzenlenmiştir (TMS-12 Paragraf 12). Benzer şekilde BOBİ FRS'de de ödenmemiş dönem vergisinin finansal durum tablosunda ayrı bir kalem olarak gösterilmesi öngörülmüştür (BOBİ FRS 23.8).

³⁹⁵ 11.1.1999 tarihli SPK kararı (Erişim: <https://www.kanunum.com/files/1999-2..pdf>, Erişim tarihi: 05.05.2020).

³⁹⁶ Kayağdı, s.171.

³⁹⁷ Karayalçın, Safi Kâr Kavramı, s.142. Öte yandan Karayalçın, bu konuda Maliye Bakanlığı tarafından bir düzenleme getirilmesinin yerinde olmadığını, şirketin ne kadar yedek akçe ayıracağına ilişkin şirketin iç işleyişine dair bir husus olduğunu, üstelik vergi yükü bakımından da bir önemi bulunmadığını belirtmektedir. Karayalçın, Safi Kâr Kavramı, s.145.

³⁹⁸ Danıştay 13. D. 26.09.1974 E.1973/4230 (naklen Kayağdı, s.170). Öte yandan Danıştay kararının vergi hukukuna ilişkin olduğu, vergi hukukunda safi kâr yerine safi kurum kazancının esas alındığı, üstelik TDHP uyarınca safi kârın da vergi sonrası kısım olarak değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir. Bkz. Kayıhan/Çetiner, s.10.

Sorunun çözümüne ilişkin görüşlere geçmeden önce, kanun koyucunun bu konudaki yaklaşımına ilişkin birkaç değerlendirme yapmak isteriz. Kanaatimizce, kanun koyucunun ETTK döneminde öğreti ve uygulama tarafından ortaya konulan bu sorunu çözüme kavuşturmaktan kaçınması, biri pratik biri kuramsal olmak üzere iki sakınca içermektedir. Kanun koyucunun tercihinin pratik sakıncası, uygulama bakımından önemli olan bu sorunun kesin bir çözüme bağlanmamış olmasıdır. Anonim şirketin net kârı ile brüt kâr arasındaki farklılık hiç azımsanmayacak bir tutardır. Bu nedenle TTK tarafından yanıtı bırakılan sorunun cevabı, şirketin ayıracağı yedek akçe ve dağıtacağı kâr payı tutarı bakımından kayda değer farklılıklar doğuracak niteliktedir. O nedenle konunun yanıtı bırakılması, uygulama açısından önemlidir³⁹⁹.

TTK'nın mali yükümlülüklerin net dönem ve yıllık kâra etkisi konusunda bir tercihte bulunmamasının ikinci sakıncası ise daha ziyade kuramsaldır. Şöyle ki, yıllık kâr şirketin ayırması gereken zorunlu yedek akçenin tespiti bakımından hareket noktasıdır (TTK m.519). Yıllık kârdan mali yükümlülüklerin düşülmesi halinde yıllık kâr azalacağı için, ayrılması gereken zorunlu yedek akçe tutarı da azalacaktır. Eşzamanlı olarak net dönem kârından da mali yükümlülükler düşülmezse, diğer bir ifade ile mali yükümlülük sadece yıllık kârdan düşülüp net dönem kârından düşülmezse, şirketin dağıtabileceği kâr tutarı artacaktır. Böyle bir yorum kâr payı beklentisi içindeki pay sahipleri lehine bir sonuç doğurur. Halbuki, mali yükümlülüklerin sadece net dönem kârından düşülürse, bu durumda şirketin ayıracağı yedek akçe miktarı vergi öncesi tutara göre belirlenirken, dağıtabileceği tutardan mali yükümlülükler düşüleceği için dağıtılabilecek tutar azalacaktır. Böyle bir yorum alacaklı menfaatlerini önceliklendirecektir. İşte kanun koyucunun alacaklılar ile pay sahiplerinin kâr payı hakkı arasındaki menfaat çatışması bakımından nasıl bir tutum izlediğini göstermesi bakımından hüküm, pratik sonuçlarının büyüklüğünden bağımsız olarak, kuramsal olarak önem taşımaktadır. Üstelik Gerekçe'de ifade edilenin aksine, söz konusu önceliklendirme, şirketler hukukunun ele alması gereken sorunların tam ortasında yer almaktadır. Bu açıdan da net dönem kârının içeriğine ilişkin her türlü değerlendirme, pay sahibinin kâr payı hakkı ve şirketin finansal düzenine etki etmekte olup doğası gereği bir şirketler hukuku konusudur⁴⁰⁰. O nedenle

³⁹⁹ Aynı yönde bkz. Badak, s.61.

⁴⁰⁰ Hatta *Karayalçın*'ın belirttiği gibi, şirketin ne kadar yedek akçe ayıracağı ve ne kadar kâr payı dağıtacağı konusu esasen vergi hukukunu değil, ticaret hukukunu ilgilendirmektedir. *Karayalçın*, **Safi Kâr Kavramı**, s.145.

TTK'nın yıllık kâr ve net dönem kârı bakımından mali yükümlülüklerin durumu konusunda bir tutum almaması kanaatimizce isabetli olmamıştır.

Kanun koyucunun tercihi neticesinde, mali yükümlülüklerin dönem kârı ile ilişkisi bakımından ETTK döneminde ileri sürülen iki farklı yaklaşım, TTK döneminde de devam etmiştir. Bir görüşe göre, net dönem kârı bakımından bilançoda yazan tutar esas alınmalı ve net dönem kârı belirlenirken şirketin söz konusu kâr üzerinden ödemesi gereken mali yükümlülükler indirilmemelidir⁴⁰¹. Bu görüşü savunan yazarlar, vergi öncesi miktarın esas alınması halinde şirketin ayıracağı yedek akçe miktarının da artacağını, bu sayede şirketin finansal yapısının daha güçlü olacağını belirtmektedirler⁴⁰². Ayrıca, bu konuda kesin bir kural getirilmeyerek şirkete bir takdir imkânı sağlanmasının, dileyen şirketlerin mali yükümlülükleri düşerek, dileyen şirketlerin ise mali yükümlülükleri düşmeden net dönem kârını belirlemelerinin şirketlere esneklik sağlanması bakımından yerinde olacağı da ileri sürülmüştür⁴⁰³.

Öte yandan doktrinde çoğunlukla kabul edilen diğer bir görüşe göre, şirketin ödemekle yükümlü olduğu vergilerin de dönem kârından düşülmesi gerekmektedir⁴⁰⁴.

Kanaatimizce vergi yükü de diğer borçlar gibi şirketin yıllık kârını azaltan kalemlerden biridir. Bu nedenle de yıllık kâr ve net dönem kârı tespit edilirken şirketin vergi yükümlülüklerini de indirerek kâr payı tutarını bu şekilde tespit etmesi daha uygun olacaktır. Esasen vergi öncesi kâr, mali yükümlülüklerin tespiti için zorunlu bir kurgudan ibaret olup maddi gerçeklik ile örtüşmemektedir. Zira vergi de diğer giderler gibi şirket malvarlığında azalmaya yol açan bir kalemdir ve kanun koyucunun söz konusu gideri yok sayarak TTK hükümlerinde düzenlenen yedek akçe ayırma veya kâr dağıtma konularının mantığına uygun düşmez. Ticari açıdan kârın şirketin malvarlığına giren, şirket tarafından üzerinde tasarruf edilebilecek kâr olması gerekmektedir⁴⁰⁵.

Kanaatimizce bu konuda uygulama bakımından farklılıklara imkân vererek şirketlere esneklik sağlamak da uygun bir çözüm değildir. Zira şirketlerin yedek akçe miktarını artırmak için ellerinde çeşitli imkânlar vardır. Şirket kanundaki şartlar ışığında olağanüstü yedek akçe ayırabileceği gibi, esas sözleşmede yedek akçe

⁴⁰¹ Kayağdı, s.171.

⁴⁰² Kayağdı, s.173.

⁴⁰³ Kayağdı, s.171.

⁴⁰⁴ Örnek olarak bkz. Gürbüz Usluel, s.13, Toroslu, s.192, Üçışık/Çelik, s.209.

⁴⁰⁵ Üçışık/Çelik, s.209.

ayrılmasına ilişkin düzenlemelerin getirilmesi de mümkündür. Bu durumda şirketin finansal durumunu güçlendirmek için uygun ve yeterli hukuki yollar bulunmaktadır. Özetle çoğunluk görüşünün de isabetle ortaya koyduğu üzere, TTK hükümlerinde atıf yapılan net dönem kârı ve yıllık kâr kavramlarının vergi sonrası, diğer bir ifade ile net kâr olduğunun kabul edilmesi, TTK'nın ruhuna daha uygun düşecektir.

3. Yıllık Kâr

a. Kavram ve Tanım

Anonim şirket, faaliyete başladığı andan faaliyetlerini sona erdirip tasfiye edilene kadarki süreçte kâr elde etme amacıyla iktisadi faaliyetlerini sürdürür ve ideal şartlarda bu durum şirketin malvarlığında bir artışa yol açar. Şirketin varlık süreci boyunca oluşturduğu ve muhafaza ettiği bu değer artışı da şirketin kârı olarak tanımlanabilir. Esasen pay sahibinin malvarlığındaki değer artışına yol açan ve yatırımın kârlılığını ortaya koyan temel ölçüt de şirketin tüm dönemleri kapsayan birikmiş kârıdır⁴⁰⁶.

Öte yandan Türk hukuku da dahil birçok hukuk sistemi, kâr payı hakkı bakımından şirketin mali durumunu dönemsel olarak ele almış ve şirketin belirli bir dönemde elde ettiği kârı ölçüt alan düzenlemeler getirmiştir. Bu nedenle şirketin ilgili mali yılda elde ettiği kârın ayrıca tanımlanması ihtiyacı doğmuştur.

Hemen belirtmek isteriz ki, şirketin ilgili mali yılda elde ettiği kârı tanımlamak bakımından hukuk ve muhasebe alanında terim birliği bulunmamaktadır. Öğretide şirketin bir faaliyet yılı (dönemi) içerisinde elde ettiği kârı yıllık kâr olarak tanımlanmaktadır. Nitekim TTK da muhtelif hükümlerde yıllık kâr ifadesine yer vermektedir⁴⁰⁷. Öte yandan muhasebe standartlarında farklı bir terminoloji kullanılmıştır. Örneğin TDHP ve BOBİ FRS de dönem kârı ifadesine yer verilirken, TMS'de ise “döneme ait kâr” kavramı kullanılmaktadır. Hukuk öğretisinde de yine yıllık kâr yerine, dönem kârı ifadesine yer verildiği görülmektedir⁴⁰⁸.

Terimler arasındaki bu çelişki, beraberinde bir sorun getirmektedir. TTK anlamında dönem kârı ile muhasebe standartları tarafından kullanılan dönem kârı

⁴⁰⁶ Şirketin belirli bir dönemle sınırlandırılmamış, kuruluşundan itibaren elde ettiği tüm kâr, özellikle şirketin tasfiyesi sonucunda ortaklara dağıtılacak tasfiye bakiyesi bakımından önem taşır. Ayrıca pay sahibinin malvarlığında bulunan payların değeri bakımından da şirketin kârı ne zaman elde ettiğinin bir önemi bulunmamaktadır. Bu açıdan bir ticari girişimin genel başarısını göstermesi bakımından önem taşıyan da bu birikmiş kâr olacaktır.

⁴⁰⁷ Örnek olarak bkz. TTK m.408, m.508 ve m.519.

⁴⁰⁸ Bkz. Gürbüz Usluel, s.13, Badak, s. 53.

kavramlarının karışması ihtimali doğmaktadır. Belirtildiği üzere, TDHP ve BOBİ FRS de “dönem kârı”, TMS’de ise “döneme ait kâr” kavramları kullanılmaktadır. Ancak muhasebe standartları tarafından kullanılan kavramlar, vergi öncesi kâr (brüt kâr) niteliğinde olup daha sonra bu tutarlardan mali yükümlülüklerin düşülmesi gerekmektedir. Diğer bir ifade ile muhasebe standartlarında benimsenen dönem kârı, brüt kârı ifade etmektedir. Bu nedenle hukuk normları uyarınca yıllık-dönemsel kârın net kâr mı yoksa brüt kâr mı olduğu konusundaki tartışma ile terminoloji sorunu arasında bir bağlantı kurulması sorunu doğabilecektir. O nedenle çalışmamızda dönem kârı yerine, yıllık kâr ifadesi tercih edilmiştir. Bu tercihin iki sebebi bulunmaktadır. İlk olarak, yıllık kâr ifadesi kanunda kullanılan kavramdır. İkinci olarak, kanaatimizce TTK hükümleri uyarınca yıllık kâr ve net dönem kârı kavramları vergi sonrası kâr anlamına geldiğinden, muhasebe standartlarında vergi öncesi kârı ifade eden dönem kârı kavramından uzaklaşılması yerinde olacaktır.

Yıllık kâr, şirketin hesap dönemi içinde elde ettiği tüm kazançlar ile tüm kayıplar arasındaki fark olarak tanımlanabilir⁴⁰⁹. Başka bir anlatımla, şirketin bir faaliyet döneminde elde ettiği ve bu faaliyet dönemine ilişkin finansal tablolarda gösterilen⁴¹⁰ kâra yıllık kâr denilmektedir.

b. Faaliyet Dönemi ve Hesap Dönemi Kavramları

Yıllık kâr kavramı, hesap döneminin bağımsızlığı ilkesi ile yakından bağlantılıdır. Zira bilanço hukukunda, finansal tablolar her faaliyet yılı ayrı bir dönem olacak şekilde, dönemsel olarak hazırlanmaktadır (TTK m.68). Bu sayede ilgili finansal tabloyu inceleyen kişiler, şirketin ilgili dönemdeki performansını daha isabetli olarak değerlendirebilme ve şirketin durumunu geçmiş yıllar ile karşılaştırma imkanına erişeceklerdir. Hesap döneminin bağımsızlığı ilkesi, ilgili hesap döneminin gerçek sonucunun tespit edilebilmesi açısından önem taşımaktadır⁴¹¹.

⁴⁰⁹ Kayağdı, s.7.

⁴¹⁰ Burada ilgili muhasebe standartlarına ilişkin kurallar sebebiyle kârın elde edilmesi ile muhasebeleştirilmesi arasında bir zaman farkı olabileceği ihtimali göz ardı edilmemelidir. Eğer muhasebe standartları izin veriyorsa, kâra yol açan bazı unsurlar sonraki yıl finansal tablolarına aktarıldığı takdirde, ilgili yılda kâr edilmiş olmakla birlikte finansal tablolara yansımamış olacaktır. Bu durumda ise yıllık gerçek kâr ile finansal tablolara yansıyan yıllık kâr farklılık gösterebilir.

⁴¹¹ Karayalçın, Yaşar, **Bilanço Hukuku**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1979, s.22.

ETTK m.72 f.3 hükmü iş yılının⁴¹² altı aydan kısa, on iki aydan uzun olamayacağını belirtmekteydi. Bu nedenle de kuramsal olarak faaliyet yılının altı aya indirilmesi ve bir takvim yılı içine iki faaliyet döneminin sığdırılması mümkün olmaktadır⁴¹³. Öte yandan bu yönde bir uygulamanın son derece istisnai olduğu ve iş yılının genellikle on iki ay olarak belirlendiği, bu sürenin de takvim yılı (1 Ocak-31 Aralık) ile örtüşecek şekilde tesis edildiği belirtilmekteydi⁴¹⁴.

TTK m.66 f.2 hükmü, “*tacir açılıştan sonra her faaliyet döneminin sonunda da böyle bir envanter düzenler. Faaliyet dönemi veya başka bir kanuni terimle hesap yılı oniki ayı geçemez*” şeklindedir. Madde metninde faaliyet döneminin on iki ayı geçemeyeceği açık şekilde belirtilmişse de on iki aydan kısa faaliyet döneminin mümkün olup olmadığı konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Ne var ki, madde gerekçesi, “[i]lk faaliyet yılı, işletmenin açılışı ile başlayıp hesap döneminin son günü biteceğine göre, oniki aydan az olabilir; daha doğrusu çoğu kez oniki aydan az olur. Ancak bu istisna dışında oniki aydan kısa faaliyete ve dolayısıyla faaliyet dönemine bağlı envanter dönemi olamaz. Bu oniki ayın başlangıcı ve sonu işletmenin konusunun özelliği sebebiyle değişebilir” şeklindedir. Bu ifadeden TTK ile getirilen değişiklikler, yeni kurulan şirketler müstesna olmak üzere, bir şirket için faaliyet yılının on iki ay olması gerektiği, şirketin daha kısa bir faaliyet dönemi belirleyemeyeceği sonucuna varılabilir⁴¹⁵. Ne var ki, işletme konusuna bağlı olarak faaliyet yılının başlangıç tarihinin değişiklik gösterebileceği sonucuna varılabilir.

Vergi mevzuatından hareketle 1 Ocak-31 Aralık arasındaki on iki aylık hesap dönemine normal hesap dönemi denilmektedir⁴¹⁶. Yine on iki aylık bir süreye yayılmakla birlikte, başlangıç ve bitiş takvim yılından farklılık arz eden bir faaliyet dönemi ise özel hesap dönemi olarak tanımlanmaktadır⁴¹⁷. Diğer yandan on iki aydan kısa hesap dönemlerine ise “*kıst hesap dönemi*” denilmektedir⁴¹⁸. TTK sisteminde kıst

⁴¹² ETTK m.72 f.3 hükmü “iş yılından” bahsetmiş olsa da iş yılı on iki aydan kısa olabileceği için “faaliyet dönemi” ifadesi daha isabetlidir. Nitekim ETTK m.72 f.3 hükmünün karşılığı olan TTK m.66 f.2 düzenlemesi ile iş yılı ifadesi, faaliyet yılı olarak değiştirilmiştir.

⁴¹³ Bu durumda anonim şirketin bir takvim yılında iki kere genel kurul toplantısı yapması ve iki kere bilanço hazırlaması gerektiği; bunun sonucunda da yılda iki kere kâr dağıtılacağı belirtilmekteydi. Bkz. Karayalçın, **Bilanço Hukuku**, s.20.

⁴¹⁴ Karayalçın, **Bilanço Hukuku**, s.20.

⁴¹⁵ Canöz, s.54.

⁴¹⁶ Toroslu, s.115.

⁴¹⁷ Toroslu, s.115. Özel hesap döneminin söz konusu olması için Maliye Bakanlığı’nın izni gerektiği yönünde bkz. Toroslu, s.115.

⁴¹⁸ Toroslu, s.115.

hesap dönemi, yalnızca şirketin faaliyetlerine başladığı ve şirketin sona erdiği tarihlerde söz konusu olacaktır.

Görüldüğü üzere, bazı istisnai durumlar haricinde anonim şirketin faaliyet dönemi on iki aylık bir sistem üzerinden, diğer bir ifade ile yıllık olarak hesaplanmaktadır. Anonim şirketin hesap dönemleri de bu faaliyet dönemlerine göre belirlenmekte ve her bir faaliyet dönemi aynı zamanda ayrı bir hesap dönemi oluşturmaktadır. Bu şekilde, anonim şirketin varlığı süresince gösterdiği performans küçük parçalara bölünmektedir. İşte söz konusu hesap dönemlerinde elde edilen kâr da yıllık kârın ortaya çıkmasına yol açmaktadır. Nitekim TTK m.508 f.2 uyarınca yıllık kâr, yıllık bilançoya göre belirlenecektir. Bu hüküm uyarınca yıllık kâr, şirketin yıllık bilançosuna, diğer bir ifade ile faaliyet dönemine ilişkin bilançosuna göre belirlenecektir.

c. Yıllık Kârın Tespit Edilme Şekli

Yıllık kârın nasıl belirleneceği konusunda TTK'da açık bir düzenleme yoktur. Kanun yıllık kârın bilançoda gösterileceğini düzenlemişse de (TTK m.508/2) yıllık kârın hesaplanma yöntemi bakımından bir düzenleme getirmemiştir. Bu nedenle yıllık kârın nasıl tespit edileceği sorusu ortaya çıkmaktadır.

Kurumlar Vergisi Kanunu, bir şirketin kazancının belirlenmesi bakımından Gelir Vergisi Kanunu'na atıf yapmaktadır (KVK m.3 ve m.6). Gelir Vergisi Kanunu m.38 ise anonim şirketlerin de dahil olduğu birinci sınıf tacirler açısından “[b]ilanço esasına göre ticari kazanç, teşebbüsteki öz sermayenin hesap dönemi sonunda ve başındaki değerleri arasındaki müspet farktır” hükmünü içermektedir. GVK m.38 ayrıca işletmeye ilave olunan değerlerin indirilmesini ve işletmeden çekilen değerlerin de ticari kazançta ilave edilmesini öngörmektedir. Bu nedenle vergi hukuku alanında bir şirketin bir dönemde elde ettiği kârın, şirketin özvarlığının yıl sonundaki özkaynak ile karşılaştırılması yoluyla bulunabileceği belirtilmektedir⁴¹⁹.

Özsermaye karşılaştırması yöntemi⁴²⁰ olarak tanımlanan bu yöntemin uygulanması için, bir hesap döneminin sonundaki özkaynağın hesap dönemi başındaki özkaynak miktarından çıkartılması gerekmekte, ardından da işletmeye ilgili dönemde dahil

⁴¹⁹ Ulusoy, s.139.

⁴²⁰ Kayağıdı, s.28 vd. Söz konusu yöntem bilanço yaklaşımı olarak da ifade edilmektedir. Bkz. Toroslu, s.193.

edilen değerlerin çıkartılması, işletmeden çekilen değerlerin ise eklenmesi gerekmektedir⁴²¹.

Özkaynak karşılaştırması yönteminin kârın belirlenmesi bakımından bazı sorunlar içerdiği ileri sürülmektedir. Öncelikle, bu yöntemle tespit edilen kârın kaynağının ne olduğunun belirlenmesi mümkün değildir. Zira bilançoda, kârın hangi kalemlerden oluştuğu ayrı ayrı gösterilmez. Bu bakımdan bilançodaki kâr, nasıl oluştuğu ayrıca belirtilmeyen, toplu olarak gösterilen bir neticedir⁴²². Esasen kâr dağıtımı bakımından kârın kaynağı önem taşımadığından, bu durum önemli bir eksiklik gibi görülmeyebilir. Ne var ki, pay sahiplerinin şirket işleri açısından tam ve doğru bir bilgi alabilmesi ve kâr dağıtımı konusunda sağlıklı bir karar alabilmesi için, kârın hangi kaynaktan doğduğunu görebilmeleri önemlidir. Kârın hangi işlemler sonucunda oluştuğu ise ancak gelir tablosu⁴²³ incelenerek tespit edilebilecektir⁴²⁴. İkinci olarak, bilanço üzerinden özkaynak karşılaştırması yoluyla kârın tespit edilmesinin daha zorlu bir yöntem olduğu ve hataya elverişli olduğu ileri sürülmektedir⁴²⁵. Özellikle bilançonun çok fazla kalem içermesi halinde, söz konusu yöntemin doğru bir şekilde uygulanmasının zorluk arz ettiği belirtilmektedir⁴²⁶.

Yukarıdaki gerekçelerle, özkaynak karşılaştırması yoluyla kârın tespiti yerine, doktrinde yıllık kârın gelirler ve giderlerin karşılıklı olarak yazıldığı gelir tablosuna göre belirlenmesi ve ortaya çıkan sonucun bilançoya geçirilmesi gerektiği savunulmaktadır⁴²⁷. Yıllık kârın tespiti bakımından özkaynak karşılaştırmasından

⁴²¹ Karyağdı, s.36, Ateşagaoglu, s.12. İşletmeye eklenen ve işletmeden çıkartılan değerlerin neler olduğu konusundaki açıklamalar için bkz. Karyağdı, s.36 vd.

⁴²² Birsell, s.30.

⁴²³ Söz konusu tablonun isimlendirilmesi konusunda muhasebe standartları arasında bir birlik bulunmadığını belirtmek gerekir. TDHP ve TMS uyarınca tablo gelir tablosu olarak isimlendirilmektedir. Öte yandan, BOBİ FRS uyarınca ise kâr veya zarar tablosu olarak isimlendirilmektedir. Öğretide de bu tabloyu ifade etmek için “kâr ve zarar hesabı” ifadesi kullanılmaktadır. Bkz. Birsell, s.30 vd., Karayalçın, **Bilanço Hukuku**, s.37. Gerçekten de gelir tablosunda sadece gelirler yer almadığı ve bu tablo sonunda kâr ve zarar hesabı yapıldığı için tabloyu “kâr ve zarar hesabı” olarak ifade etmekte bir isabetsizlik bulunmamaktadır. Ancak TTK m.68 f.2’de gelir tablosu ifadesi kullanıldığı için, çalışmamızda da gelir tablosu ifadesi tercih edilmiştir.

⁴²⁴ Birsell, s.30. Bu nedenle yöneticilerin başarısını göstermesi bakımından bilançonun değil, gelir tablosunun daha açıklayıcı olduğu belirtilmektedir. Bkz. Karayalçın, **Bilanço Hukuku**, s.48.

⁴²⁵ Karayalçın, **Bilanço Hukuku**, s.37, Ulusoy, s.62.

⁴²⁶ Ulusoy, s.147.

⁴²⁷ Gürbüz Usluel, s.14, Ulusoy, s.139 ve s.147, Bauen, Marc/Bernet, Robert/Rouiller, Nicholas, **La Société Anonyme Suisse**, Bruylant- Schulthess, 2007, s.131, Neuhaus/Balkanyi, **Basler Komm-2012**, s.696. Ticari amaçla hazırlanan finansal tablolar bakımından gelir ve gider arasındaki farkın hesaplanması yeterli olmakla birlikte, mali amaçlı finansal tablolarda ayrıca gelir ve giderlerin yazılması bakımından vergi hukukunun kuralları da dikkate alınmalıdır. Vergi hukuku bakımından indirimi kabul edilen ve edilmeyen giderler hakkında açıklama için bkz. Karyağdı, s.39 vd.

ziyade “gelir yaklaşımı” olarak isimlendirilen⁴²⁸ bu yöntemin uygulandığı belirtilmektedir⁴²⁹. Gelir yaklaşımında, kârın belirlenmesi için temel mali tablo gelir tablosu iken, özkaynak karşılaştırması yönteminde temel mali tablo bilanço olmaktadır⁴³⁰.

Bu noktada, gelir tablosu üzerinden kârın belirlenmesinin, kârın bilançoya göre belirleneceğini öngören TTK m.508 f.2 hükmüne aykırılık teşkil edip etmeyeceği sorusu akla gelebilir. Doktrinde, gelir tablosundaki sonucun yıllık bilançoya geçirilmesi sebebiyle, kârın yıllık bilançoya göre belirleneceği kuralının ihlal edilmediği savunulmaktadır⁴³¹. Kanaatimizce de TTK m.508 f.2 düzenlemesi iki hususu ortaya koyar. Hükümden ilk olarak, yıllık kârın bilançonun yansıttığı faaliyet döneminde elde edilen kâr olması gerektiği belirtilmektedir. İkinci olarak, bilançoda gösterilen kârın yıllık kâr olması gerektiği ortaya konulmaktadır. Yoksa hüküm yıllık kârın hangi yöntemle tespit edileceğini ve hesapların nasıl işleyeceğini düzenlememektedir. Bu sorun uygulanacak muhasebe standartlarına ilişkin bir konudur. Sonuç olarak yıllık kârın gelir tablosu uyarınca tespit edilmesi ve bu tutarın bilançoya aktarılması halinde, TTK m.508 f.2 hükmüne aykırılık söz konusu olmayacaktır.

4. Net Dönem Kârı

a. Kavramın İçeriği

Pay sahiplerinin kâr payı hakkı bakımından şirketin yıllık kârı önemli bir yer tutsa da şirketin belirli bir dönemdeki kârını geçmiş yıllardan tamamen bağımsız olarak değerlendirmek mümkün değildir. Zira şirketin geçmiş yıllarda zarar etmiş olması halinde, son faaliyet yılında elde edilen dönemsel kâr bu zararı karşılamıyor olabilir. Bu durumda gerçek anlamda bir kâr bulunmamaktadır ve son yıldaki kâr esasen daha önceki yıllardaki zararın tamamen veya kısmen telafisinden ibarettir⁴³². Bu ihtimalde

⁴²⁸ Toroslu, s.194.

⁴²⁹ Karyağdı, s.48. Nitekim finansal raporlama sistemlerine ilişkin açıklamalarda bu yöntemin belirlendiği görülmektedir. TDHP, BOBİ FRS ve TMS'nin hesap işleyişine ilişkin açıklamalarda, yıllık kârın gelir tablosuna göre belirleneceği ve gelir tablosu vasıtasıyla tespit edilen yıllık kâr tutarının daha sonra bilançoya aktarılacağı belirtilmektedir.

Öte yandan belirtmek gerekir ki, gelir tablosu yöntemi ile özkaynak karşılaştırma yöntemi arasındaki farklılık kuramsal bir farklılıktır. Zira iki yöntemin de isabetli olarak uygulanması durumunda, bilançodaki kârın gelir tablosunda tespit edilen kâr ile aynı olması gerektiği savunulmaktadır. Karayalçın, **Bilanço Hukuku**, s.37, Karyağdı, s.5 ve s.7, Bauen/Bernet/Rouiller, s.131, Von Büren/Stoffel/Weber, s.261.

⁴³⁰ Karyağdı, s.48.

⁴³¹ Gürbüz Usluel, s.14.

⁴³² Ruedin, s.288.

şirketin gerçekten kâr elde ettiği kabulü ile hareket etmek, şirketin gerçek finansal performansını yadsımak anlamına gelecektir.

ETTK, şirketin kârının dağıtımı veya yedek akçe olarak dağıtılması bakımından “safî kâr” kavramına yer vermektedir⁴³³ (Kâr payı dağıtımı bakımından ETTK m.470, yedek akçe ayrılması bakımından ETTK m.466). Öte yandan, şirket finansmanı bakımından temel bir kavram olan safî kâr, ETTK’da tanımlanmamıştır⁴³⁴. Ancak öğretilde, safî kârın şirketin geçmiş yıllardaki zararlarının şirketin ilgili faaliyet yılındaki kârından indirilmesi suretiyle bulunacağı kabul edilmektedir⁴³⁵.

TTK m.509, içeriği tartışmalı olan safî kâr kavramını terk ederek, uluslararası metinlerde de yer bulan “*net dönem kârı*” ifadesine yer vermektedir⁴³⁶. TTK düzenlemesi ile kavram değişikliğine gidilmişse de safî kâr kavramını ikame eden net dönem kârı kavramı da tanımlanmamıştır⁴³⁷. Bu açıdan bakıldığında, ETTK döneminde safî kâr bakımından olduğu gibi, TTK bakımından da net dönem kârının anlamında yoruma ihtiyaç bulunmaktadır.

Öncelikle, net dönem kârı bakımından, safî kâr için olduğu gibi, geçmiş yıl zararlarının bilançoda görünen yıllık kârdan indirilmesi gerekmektedir. Bu husus, TTK m.509’un Madde Gerekçesi’nde “*tasarıdaki “net dönem kârı” ibaresiyle her şeyden önce bilânço zararı düşüldükten sonra kalan kâr kastedilmiştir. Anonim şirkette, bilânçoda geçmiş yıl zararı/zararları varken, yıllık kâr dağıtılamaz. Bu yasak sermayenin korunması ilkesi gereğidir ve anonim şirketlere ilişkin evrensel bir kuraldır*” şeklinde ifade edilmiştir. Bu bakımdan, safî kâr bakımından doktrinde kabul

⁴³³ İsviçre hukukunda da 1991 öncesinde “*Reingewinn*” kavramının kullanıldığı, daha sonra ise bu kavramın “*Bilanzgewinn*” ifadesi değiştirildiği belirtilmektedir. Ne var ki, bu değişikliğin bir içerik değişikliği değil, salt bir terminoloji değişikliği olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Kurer/Kurer, **Basler Komm-2012**, s.716.

Öte yandan belirtmek isteriz ki, 2013 yılında yürürlüğe giren kanun ile bilançonun asgari içeriğini düzenleyen İBK m.959a hükmünde “*Bilanzgewinn*” kalemine yer verilmemiştir. Bu açıdan söz konusu kavram İsviçre hukukunda hala kâr dağıtımı bakımından bir ölçüt olmakla birlikte, ayrı bir bilanço kalemi değildir. Böckli, **OR-Rechnungslegung**, s.127, Vogt, **Basler Kommentar**, s.661, Visser, **OFK**, s.1610, Glanzmann, Lukas, “*Die Bilanzierung des Eigenkapitals im Einzelabschluss von Kapitalgesellschaften*”, *Revue suisse de droit des affaires et du marché financier*, SZW 2017, s.284.

⁴³⁴ Karyağdı, s.169, Tekinalp, **Yedek Akçeler**, s.293. Bunun bir eksiklik olduğu ve kavramın tanımlanması gerektiği yönünde bkz. Kayıhan/Çetiner, s.11.

⁴³⁵ Tekinalp, **Yedek Akçeler**, s.299. *Karayaçm*’a göre ise safî kâr şirketin dönem karından amortisman, karşılıklar ve mali yükümlülükler indirildikten sonra bulunan kârdır. Yazar, geçmiş yıl zararlarının indirilmesi sonucunda bulunacak kârı “dağıtılabılır safî kâr” olarak tanımlamaktadır. Karayaçm, **Bilanço Hukuku**, s.62.

⁴³⁶ Madde Gerekçesi m.509.

⁴³⁷ Gürbüz Usluel, s.12.

edilen çözümün, TTK’da net dönem kârı bakımından da geçerli olduğunu söylemek mümkündür⁴³⁸.

Bu noktada sorulabilecek diğer bir soru, şirketin geçmiş yıldan gelen zararı yerine, geçmiş yıldan gelen kârı bulunması halinde, bu kârın net dönem kârına eklenip eklenmeyeceğidir. Bu sorun pratik açıdan önem taşımaktadır. Şöyle ki, kanunda ve esas sözleşmede zorunlu tutulan yedek akçeler ayrıldıktan sonra, net dönem kârının kalan kısmının tamamı kâr payı olarak dağıtılabilmektedir. Diğer yandan şirketin yedek akçelerinden dağıtım yapılabilmesi için, bu yedek akçelerin serbest nitelikte olması gerekmektedir. TTK m.519 f.3 uyarınca, genel kanuni yedek akçe şirket sermayesinin yarısını aşmadığı sürece ortaklara dağıtım amacıyla kullanılamaz. Bu durumda ayrılan yedek akçenin ortaklara dağıtılabilmesi için, belirli bir tutarın aşılması gereklidir. Görüldüğü üzere kanun yedek akçelerden yapılabilecek dağıtım ile net dönem kârından yapılabilecek dağıtım bakımından farklı kurallar getirilmiştir. Bu durumda geçmiş yıllardan aktarılan kârın net dönem kârına dahil olup olmadığının belirlenmesi, bu tutarın dağıtımının hangi kurallara tabi olacağının tespiti bakımından da belirleyici olacaktır.

Öğretide, net dönem kârının geçmiş yıllardan gelen kârı⁴³⁹ içermediği belirtilmektedir⁴⁴⁰. Bu görüş uyarınca, geçmiş yıllardan aktarılan kâr net dönem kârına dahil edilmeyecektir. Bunun sonucunda ise geçmiş yıllardan aktarılan kâr, net dönem kârına ilişkin kurallar uyarınca değil, yedek akçelerden dağıtım kurallarına tabi olacaktır.

Bu açıklamalar ışığında doktrinde net dönem kârını “bilançoda yer alan yıllık kârdan geçmiş yıllara ilişkin zararların düşülmesinden sonra kalan kâr” şeklinde tanımlamak mümkündür⁴⁴¹. Kavrama ilişkin açıklamalardan da anlaşılabileceği üzere, net

⁴³⁸ Aynı sonuç öğretide de kabul edilmiştir. Örnek olarak bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku**, s.625, Badak, s.60, Gürbüz Usluel s.13, Ateşagaoglu, s.13. İsviçre hukukunda da aynı sonuç bakımından bkz. Von Büren/Stoffel/Weber, s.213, Vogt, **Basler Kommentar**, s.661, Spörri, s.65.

⁴³⁹ Geçmiş yıl kârının hukuki niteliği ve kâr payına etkisi konusunda bkz. Aşağıda C-2-Aktarılan Kâr.

⁴⁴⁰ Yanlı, **AŞ’de Kâr Dağıtım**, s.7, Üçışık/Çelik, s.210. Hemen belirtmek isteriz ki, bu sonuç İsviçre hukukuna kıyasla farklılık göstermektedir. ETTK bakımından aynı yönde bkz. Tekinalp, **Yedek Akçeler**, s.296. İsviçre hukukunda, net dönem kârı kavramının karşılığında kullanılan “*Bilanzgewinn-bénéfice résultant de bilan*” kavramlarının dönemsel kâra ilaveten aktarılan kârı da içerdiği belirtilmektedir. Bkz. Torrión/Banokat-CR, s.590, Vogt, **Basler Kommentar**, s.661, Visser, **OFK**, s.1661, Glanzmann, s.284, Spörri, s.65. Bunun sonucu olaraksa genel kurulun bu tutarı aşan miktarda dağıtım yapılmasına karar veremeyeceği belirtilmektedir. Bkz. Handschin, **Rechnungslegung**, s.409.

⁴⁴¹ Aynı yöndeki tanım için bkz. Gürbüz Usluel, s.13.

dönem kârı tespit edilirken, öncelikle yıllık kârın belirlenmesi gerekmektedir. Savunduğumuz görüşe göre, yıllık kârdan zaten şirketin ilgili yıldaki mali yükümlülüklerinin düşülmesi gerektiğinden⁴⁴², net dönem kârının tespit edilmesi için sadece geçmiş yıl zararlarının indirilmesi yeterli olacaktır.

Net dönem kârı, şirketin pay sahiplerine yapacakları dağıtımlar bakımından temel bir ölçüttür. Pay sahiplerinin kâr payı hakkını düzenleyen TTK m.507 ve şirketin dağıtabileceği kâr payını sınırlayan TTK m.509 hükümleri, net dönem kârını ölçüt almış ve bu kavram ekseninde düzenleme getirmişlerdir⁴⁴³.

b. Bilanço Kârı Kavramı ile Karşılaştırılması

Bu noktada net dönem kârı kavramını, öğretide kullanılan ve TTK m.523'te de yer bulan bilanço kârı kavramı ile karşılaştırmanın yararlı olacağı görüşündeyiz. Öğretide bilanço kârı, aktifler toplamının sermaye yedek akçe ve borçları aşan kısmı olarak ifade edilmektedir⁴⁴⁴. Buna göre bilanço kârının, yıllık kâr, aktarılan kâr ve çözölen yedeklerin toplamından oluştuğu belirtilmektedir⁴⁴⁵. Göröldüğü üzere, bu açıdan kavram net dönem kârından daha geniş bir kavramdır. Zira yıllık kâra eğer varsa geçmiş yıl kârları eklendiği gibi, net dönem kârı ve dönemsel kâr kavramları içinde yer almayan çözölmüş yedek akçeler de eklenmektedir.

Bununla birlikte, bilanço kârının pozitif hukuktaki yeri ve işlevinin ne olduğu şüphelidir. TTK hükümleri arasında kâr payına ilişkin olarak bilanço kârı kavramına sadece TTK m.523 f.3 hükmünde yer verilmiştir. Ancak kavramın bilinçli bir tercihi yansıttığı konusunda tereddüt bulunmaktadır. Şöyle ki, madde gerekçesinde TTK m.523 hükmünün ETTK m.469 hükmünden alındığı belirtilmiştir. ETTK m.469 düzenlemesi ise, safi kâr kavramına yer vermektedir ki, bu kavram TTK

⁴⁴² Bu konudaki değerlendirmeler için bkz. Yukarıda 2- Net Kâr-Brüt Kâr Ayrımı.

⁴⁴³ Kâr dağıtımına ilişkin hukuk normlarında yıllık kâr değil, net dönem kârı dikkate alınmasına rağmen, şirketin kâr dağıtım politikası belirlenirken yıllık kârın önemli bir etmen olacağı açıktır. Von Büren/Stoffel/Weber, s.214.

⁴⁴⁴ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku**, s.785, Üçışık/Çelik, s.217. Belirtmek isteriz ki, yazar, sermaye, yedek akçe ve borçları ifade etmek üzere "pasifler" ifadesini kullanmıştır. Bu durumda bilanço kârı "aktiflerin pasifleri aşan kısmı" olarak tanımlanmıştır. Nitekim öğretide de daha sonra kavram aynı şekilde tanımlanmıştır. Bkz. Üçışık/Çelik, s.217, Gürbüz Usluel, s.13. Kanaatimizce sermaye, yedek akçe ve borçların tamamını karşılamak üzere pasifler ifadesini kullanmak isabetli olmayacaktır. Öncelikle, kârın kendisi de pasifler arasında yer alan bir kalemdir. O nedenle de "aktiflerin pasifleri aşan kısmı" şeklindeki bir tanım, pasif kalemler içinde kâr da yer aldığı için anlamlı bir sonuç vermeyecektir. İkinci olaraksa, bilançonun dengesi ilkesi gereği, aktifler ile pasiflerin dengede olması zorunludur. O nedenle de tüm aktiflerin toplamı, ancak tüm pasiflerin değil de bazı pasif kalemlerinin toplamını aşan bir değerde olabilir. Bundan ötürü tanımın aktiflerin pasifleri aşan kısmı şeklinde kısaltılması kanaatimizce isabetli değildir.

⁴⁴⁵ Gürbüz Usluel, s.13.

düzenlemelerine net dönem kârı olarak geçirilmiştir. TTK m.523'ün madde gerekçesinde, safî kâr ifadesinin neden diğer hükümlerden farklı olarak net dönem kârı olarak değil de bilanço kârı olarak değiştirildiğine ilişkin herhangi bir açıklama bulunmaması, kavramın bilinçli olarak tercih edildiği konusunda şüpheyi uyandırmaktadır.

İkinci olarak, mehzaz hükümler ile yapılan karşılaştırma da bu konudaki şüpheyi güçlendirmektedir. TTK m.523 hükmünün mehzazı olan İBK m.674 hükmünde “*Bilanzgewinn- bénéfice resultant du bilan*” kavramlarına yer verilmiştir. Bu kavramlar İBK m.660 ve İBK m.675 hükümlerinde de yer bulmuştur. Söz konusu maddeler Türk hukukuna aktarılırken TTK m.507 ve TTK m.509 maddelerinde kavramın karşılığı olarak net dönem kârı kavramı tercih edilmiştir. Aynı kavramın kullanıldığı İBK m.674 hükmünün karşılığı olan TTK m.523 hükmünde bilanço kârı ifadesine yer verilmesini gerektiren bir sebep tespit edilemediği gibi, Gerekçe’de de bu yönde bir açıklama yer almamaktadır.

Bu nedenlerledir ki, kanaatimizce TTK m.523 hükmünde geçen bilanço kârı ifadesinden, öğretide aktiflerin sermaye, yedek akçe ve borçları aşan kısmı olarak tanımlanan bilanço kârı anlaşılmamalıdır. Bunun yerine bu ifadeden, ETTK ve mehzaz İBK düzenlemeleri ile uyumlu olarak net dönem kârının anlaşılması gerektiği görüşündeyiz.

5. Dağıtılabilir Kâr

a. Genel Olarak

Alacaklıları koruyucu etkisi sebebiyle şirketi malvarlığının bir kısmının tasfiye süreci tamamlanana kadar ortaklara dağıtılması yasaklanmıştır. Bağlı malvarlığı olarak isimlendirilen⁴⁴⁶ malvarlığının muhafaza edilmesi şartıyla, bağlı malvarlığını aşan şirket malvarlığının ortaklara dağıtılmasına ise izin verilmiştir. İşte anonim şirketin dağıtabileceği azami tutarı gösteren kâr, dağıtılabilir kâr olarak ifade edilmektedir. Dağıtılabilir kâr kavramı, şirketin ortaklarına dağıtma yönünde tasarrufta bulunma yetkisinin bulunduğu azami tutardaki malvarlığını ifade eder.

⁴⁴⁶ Bağlı malvarlığı kavramı hakkında açıklama için bkz. Birinci Bölüm-II-B-3-d- Bağlı Malvarlığını Koruyan Bir Dağıtım Yöntemi Olması.

Dağıtılabilir kâr kavramı, kanun tarafından kullanılmamıştır. Ancak TTK m.509 f.2 hükmü, kâr payının net dönem kârı ve serbest yedek akçelerden belirtileceğini düzenleyerek dağıtılabilir kârın hangi kalemlerden oluştuğunu belirlemiştir⁴⁴⁷.

Dağıtılabilir kâr bulunması, hukuka uygun kâr payı dağıtımı için bir önkoşuldur. Dağıtılabilir kâr bulunmadığı halde kâr dağıtılması sonucunu doğuracak bir genel kurul kararı, sermayenin korunması ilkesine aykırılıktan ötürü kesin hükümsüz olacaktır (TTK m.447 f.1.c)⁴⁴⁸. Ayrıca dağıtılabilir kârı aşan miktarda kâr dağıtımı yapılmasına yol açacak esas sözleşme hükmü getirilmesi de mümkün değildir⁴⁴⁹.

b. Dağıtılabilir Kârın Mali Kâr ile Sınırlandırılması Tartışması

Dağıtılabilir kâr bakımından uygulamada ortaya çıkan önemli sorunlardan bir tanesi de mali kâr uyarınca dağıtılabilecek kârın ticari kâr bakımından dağıtılabilir kâra etki edip etmeyeceği noktasındadır. Daha önce belirtildiği üzere, TTK'nın kâr dağıtımına ilişkin hükümlerinde yer alan yıllık kâr ve net dönem kârı kavramları, ticari kâr üzerinden hesaplanmaktadır⁴⁵⁰. Ancak mali kâr üzerinden yapılacak hesaplamalar sonucunda, dağıtılabilir kârın farklı bir tutar olarak tespit edilmesi mümkündür. Bu nedenle de ticari olarak dağıtılabilir kâr ile mali olarak dağıtılabilir kâr arasında bir farklılık ortaya çıkmaktadır. Bu farklılığın dağıtılabilir kâra nasıl etki edeceği sorusu cevaplanmalıdır.

Esasen tespit edebildiğimiz kadarıyla, öğretideki çalışmalarda büyük oranda görüş birliği ile ticari kârın esas alınması gerektiği savunulmaktadır⁴⁵¹. Nitekim bu görüş, TTK gerekçesi ile de uyumludur. TTK m.64 gerekçesinde kanun koyucunun temel yaklaşımı, “[m]uhasebe Vergi Usul Kanununa ve vergi mevzuatına göre tutulamaz. Muhasebe vergi için tutulmaz. Vergi verilerini ve sonuçlarını bu suretle tutulan muhasebeye dayandırır. Birinci fıkranın birinci cümlesi defter tutmanın kanunî amacını kesin bir tarzda, açıklık öğretisine ve bu öğretiyi yansıtan dogmasına uygun

⁴⁴⁷ Öğretide dağıtılabilir kâr kavramının net dönem kârı ve serbest yedek akçeler dışında varsa aktarılan kârı ve diğer fonları da içerdiği belirtilmektedir. Bkz. Badak, s.62. Aktarılan kâr ve diğer fonların da yedek akçe niteliğinde olması sebebiyle tanımın fiilen bir farklılık yaratmayacağı görüşündeyiz.

⁴⁴⁸ Örnek olarak bkz. Üçışık/Çelik, s.313, Kırca, **Genel Kurul**, s.49, Gürbüz Usluel, s.72-73.

⁴⁴⁹ Windbichler, Christine, **Gesellschaftrecht**, 23. Bası, CH. Beck, Münih, 2013, s.413.

⁴⁵⁰ Bu konuda bkz. Yukarıda 2. Net Kâr-Brüt Kâr Ayrımı.

⁴⁵¹ Örnek olarak bkz. Üçışık/Çelik, s.19, Canözü, s.51. Hatta Badak'a göre, TMS uyarınca finansal tablo hazırlama zorunluluğu getirilmeyen şirket bakımından bile, kâr payı dağıtımlarının TMS uyarınca hazırlanacak finansal tablolar uyarınca yapılması gerekmektedir. Bkz. Badak, s.165. İsviçre hukuku bakımından mali kârın değil, ticari kârın esas alınacağı yönünde bkz. Handschin, **Rechnungslegung**, s.408. Aksi görüş için bkz. Gürbüz Usluel, s.43.

bir şekilde koymaktadır” şeklinde ifade edilmiştir⁴⁵². Buradan hareketle, TTK hükümleri uyarınca finansal tabloların amacının ticari kâra ulaşmak olduğu ve kâr dağıtımını bakımından da ticari kârın esas alınması gerektiği sonucuna varılabilir. Sonuç olarak ticari kârın tespitine ilişkin kurallar ışığında tespit edilecek dağıtılabilecek kâr, mali kârdan hesaplanan dağıtılabilecek kâr tutarından bağımsız olarak, TTK hükümlerine uymak suretiyle dağıtılabilecektir.

Öğretide bu konuda büyük oranda görüş birliği bulunmakla birlikte, uygulamada ciddi tereddütler bulunduğunu da belirtmek gerekmektedir. Ticaret Bakanlığı’nın bu konuda yöneltilen sorulara ilişkin verdikleri yanıtlarda, ticari dağıtılabılır kâr ile mali dağıtılabılır kârdan hangisi daha düşük ise o tutara kadar dağıtım yapılabileceği belirtilmektedir⁴⁵³. Buna karşılık KGK, 09.02.2018 tarihinde yayınladığı bir duyuru ile kâr dağıtım kararları bakımından BOBİ FRS veya TMS uyarınca hazırlanan finansal tablolarda görünen kârın diğer bir ifade ile ticari dağıtılabılır kârın esas alınması gerektiğini belirtmiştir⁴⁵⁴. Bu açıdan kapalı anonim şirketler bakımından iki farklı kamu kurumundan farklı yönde görüş verilmiştir.

Halka açık anonim şirketler bakımından ise görece belirlilik sağlanmıştır. SPK Kurulu tarafından alınan 27.01.2014 tarih ve 2/39 sayılı karar ile çıkartılan “Kâr Payı Dağıtım Rehberi” de söz konusu ayrılığı dikkate alarak hazırlanmıştır. İlgili Kâr Payı Dağıtım Rehberi’nde TMS’ye göre yapılacak raporlarının sonuçları “SPK’ya Göre” başlıklı sütuna yazılırken, vergi mevzuatı uyarınca ulaşılan sonuçlar “Yasal Kayıtlara (YK) Göre” başlığı altında gösterilecektir. Kâr Payı Rehberi “[b]irinci kâr payı tutarının tamamı, yasal kayıtlarda yer alan net dağıtılabılır dönem kârından (8 nolu yasal kayıt bölümü) karşılanabildiği sürece; Sermaye Piyasası Mevzuatı uyarınca hazırlanan finansal tablolara göre bulunan bağışlar eklenmiş net dağıtılabılır dönem kârı üzerinden birinci kâr payı dağıtılır. Ancak genel kurul tarafından, yasal kayıtlarda yer alan net dağıtılabılır dönem karından daha fazla kâr payı dağıtılmasına

⁴⁵² Madde Gerekçesi Madde 64 Birinci Fıkra.

⁴⁵³ Söz konusu yazılar muhataplarına özel olduğundan bunlara ulaşamamıştır. Ancak Ticaret Bakanlığı’nın bu yönde yazılar yazdığı TÜSİAD tarafından yapılan bir toplantıda çeşitli katılımcılar tarafından sözlü olarak paylaşılmış, Gelir İdaresi Başkanlığı görevlileri tarafından da sözlü olarak teyit edilmiştir. Bkz. “Türk Ticaret Kanunu (TTK) ve Vergi Usul Kanunu (VUK) Hükümleri Kapsamında İki Ayrı Finansal Raporlama Yapmanın Yol Açtığı Belirsizlikler ve Çözüm Önerileri Çalıştayı Değerlendirme Raporu”, TÜSİAD, 13 Mayıs 2015, Yayın no: tüsiad – t / 2015-11 / t/ 569, s.16 vd. ardından s.35 vd.

⁴⁵⁴ Karar için bkz. <https://kgk.gov.tr/DynamicContentDetail/6668/S%CC%A7irketlerin-genel-kurullar%C4%B1nda-alacaklar%C4%B1-ka%CC%82r-dag%CC%86%C4%B1t%C4%B1m%C4%B1-kararlar%C4%B1nda-hangi-finansal-tablolar-esas-al%C4%B1nmal%C4%B1d%C4%B1r?> Erişim tarihi: 05.05.2020.

karar verilmesi halinde; olağanüstü yedek akçeler, geçmiş yıl kârları gibi yasal kayıtlarda yer alan ve kâr dağıtımına konu edilebilecek diğer kaynakların da kâr dağıtımında kullanılmasına karar verilmesi gerekir. Burada, dağıtımına karar verilecek tutarın, ortaklıkların yasal kayıtlarında bulunan geçmiş yıl zararlarının düşülmesinden sonra kalan dönem kârı ve kâr dağıtımına konu edilebilecek diğer kaynakların toplam tutarı ile karşılanabilir olmasına dikkat edilmelidir” ifadelerine yer vermektedir. Bu düzenlemeden, Ticaret Bakanlığı’nın ticari dağıtılabılır kâr ve mali dağıtılabılır kârdan daha düşük olanına göre dağıtım yapılması gerektiği yönündeki görüşünün, Kâr Payı Dağıtım Rehberi’nde de benimsendiği görülmektedir.

SPKuru’na kanun tarafından verilen ikincil düzenleme yetkisi sebebiyle, konunun kapalı anonim şirketler ve halka açık anonim şirketler bakımından ayrı ayrı ele alınması gerektiği görüşündeyiz. Kapalı anonim şirketler bakımından ilk olarak ortaya konulması gereken husus, konuya ilişkin görüş bildiren iki kurumun da söz konusu hukuki sorun hakkında norm tesis etme yetkisi bulunmadığıdır. Anonim şirketin dağıtabileceği kâr ve dolayısıyla da pay sahiplerinin kâr payı hakkı, kanunla düzenlenmiştir. İlgili kamu kurumlarına pay sahiplerinin kâr payı hakkının sınırlandırılmasına ilişkin bir yetki kanun tarafından verilmediği sürece, kurumların görüşlerinin hukuki bağlayıcılık taşımadığını ve sadece uygulama açısından yol gösterici olacağını dikkate almak gerekir.

Hukuki sorunun içeriği bakımından ise, mali dağıtılabılır kârın ticari dağıtılabılır kârı sınırlaması fikri, kanaatimizce TTK’nın ruhuna uygun düşmeyecektir. Kâr payı esasen ortaklıklar hukukuna ilişkin bir sorundur ve o nedenle de dağıtılabılır kârın, ticari kâr ilkeleri uyarınca tespit edilmesi gerekmektedir. Nitekim TTK, muhtelif hükümlerinde defaatle TMS hükümlerine atıf yaparak, ticari kârın öncelikli olduğunu vurgulamaktadır. İlaveten TTK m.69 madde gerekçesinde “[b]irinci bent, vergi menfaatini gözetmeye ve korumaya yönelik vergi ilkelerini kesin olarak kapsam dışında bıraktığı gibi...” demek suretiyle, TTK hükümlerinin mali kârı dışarıda bıraktığı ortaya konulmuştur⁴⁵⁵.

TTK’daki bu açıklığa rağmen, ticari kârın dağıtımının vergi mevzuatı ile uyumlu olmadığından ve dağıtılan kârın mali tablolara işlenmesinde sorun yaşanacağından hareketle ticari dağıtılabılır kârın sınırlandırılması, söz konusu düzenlemeler ile

⁴⁵⁵ Nitekim Ticaret Bakanlığı tarafından verilen yazılı görüşlerin hukuki dayanağı konusunda bir açıklık olmadığı, bu görüşte SPKuru tarafından yapılan düzenlemeler ile eşgüdüm sağlanmasının gözetildiği anlaşılmaktadır. Bkz. TUSİAD Raporu, s.35.

uyumlu olmayacaktır. Diğer bir ifade ile mali yükümlülüklerin ticari ilişkiyi takip etmesi ve ticari ilişkiden doğan sonuçlara göre vergi tesis edilmesi ve bu verginin kayıt altına geçirilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde, vergilendirmenin pay sahibinin maddi hukuk bakımından kazandığı kâr payı hakkını sınırlandırmasına izin verilmiş olacaktır ki, kanaatimizce vergi mevzuatının amacı ve işlevi bu olmamalıdır. O nedenle de her ne kadar hukuken bağlayıcılığı olmasa da KGK tarafından verilen görüşün pozitif hukuktaki durumu isabetli olarak yansıttığı görüşünderiz.

Halka açık anonim ortaklıklar bakımından ise pozitif hukuk yönünden farklı bir sonuca varmak gerekmektedir. SPK m.19 f.1 hükmü, SPKuru'na kâr dağıtım politikalarına ilişkin düzenleme yapma yetkisi tanımaktadır. Nitekim Kâr Payı Dağıtım Rehberi de bu kapsamda hazırlanmıştır. O nedenle SPKuru'nun halka açık anonim şirketlerin kâr dağıtım kapasitelerine ilişkin düzenleme yapma yetkisi olduğu kabul edilecektir. Buna bağlı olarak Kâr Payı Dağıtım Rehberi hükmünün pozitif hukukun bir parçası olduğu ve mali dağıtılabılır kârın ticari dağıtılabılır kârı sınırlayıcı bir etkisi bulunduğu sonucuna varılabilir.

Hemen belirtmek isteriz ki, halka açık anonim ortaklıklar bakımından pozitif hukuktaki durum bu olsa da kapalı şirketler bakımından yaptığımız değerlendirmenin halka açık anonim ortaklıklar bakımından da *de lege feranda* uygun olduğu görüşünderiz. Nitekim öğretide de kâr payında mali dağıtılabılır kâr sınırlayıcı etkisi tanınmanın gerek SPK m.14'e gerekse Sermaye Piyasasında Finansal Raporlamaya İlişkin Esaslar Tebliği'ne aykırılık oluşturduğu savunulmakta ve bu doğrultuda kâr payı dağıtımında TMS uyarınca tutulan bilançonun esas alınması ve Kâr Payı Rehberi'nde bu yönde değişiklik yapılması gerekmektedir⁴⁵⁶.

c. Dağıtılabılır Kâr-Net Dönem Kârı İlişkisi

Yukarıda da değindiğimiz üzere, anonim ortaklıklarda kâr payı hakkı bakımından temel kavram, net dönem kârıdır. Ancak kanun TTK m.509 hükmü uyarınca serbest yedek akçeleri de dağıtılabılır kârâ dahil etmiştir. Bunun sonucunda ise, net dönem kârı ile şirketin dağıtılabileceği kâr miktarı birbirinden farklılık göstermektedir. Bu nedenle kısaca dağıtılabılır kâr ile net dönem kârı arasındaki ilişkiye değinmek gerekmektedir.

⁴⁵⁶ Gürbüz Usluel, s.46.

Dağıtılabilir kâr ile net dönem kârı arasındaki ilişki, şirketin sermaye/yedek akçe oranına göre değişiklik göstermektedir. Hukuk sistemi, bir anonim şirketin finansal yapısının korunması ve güçlendirilmesi hedefiyle, şirketin yedek akçe ayırması zorunluluğu getirmektedir. TTK m.519 uyarınca şirket yıllık kârı veya dağıttığı kâr payı ile orantılı olarak yedek akçe ayrılması zorunlulukları bulunmaktadır. Söz konusu zorunluluklar, şirketin ayırdığı yedek akçe tutarı ödenmiş veya çıkarılmış sermayenin yarısını aşana kadar devam etmektedir. İlaveten TTK m.521 uyarınca şirket esas sözleşmesi uyarınca, ilave yedek akçe ayrılması zorunluluğu da getirilebilir. Bundan ötürü kanun veya esas sözleşme uyarınca net dönem kârından yedek akçe ayrılması gerektiği ölçüde, dağıtılabilir kâr net dönem kârından az olacaktır.

Diğer yandan, kanun veya esas sözleşme uyarınca ayrılması gereken yedek akçe tutarını aşan yedek akçelerin genel kurul kararı ile kâr payı olarak dağıtılması mümkündür. Bu durumda dağıtılabilir kâr net dönem kârına ilaveten serbest yedek akçeleri de içereceği için, dağıtılabilir kâr net dönem kârını aşacaktır. Hatta ilgili dönemde şirket kâr elde etmemiş, hatta zarar etmiş olsa dahi kâr dağıtımını yapması mümkündür⁴⁵⁷.

Yukarıdaki açıklamalarda da görüleceği üzere, dağıtılabilecek kârın belirlenmesi bakımından net dönem kârı ile birlikte önem taşıyan bir diğer konu yedek akçelerdir. Yedek akçelerin ayrılması dağıtılabilir kârı azaltırken, yedek akçelerin serbest hale gelmesi dağıtılabilir kârı artırmaktadır. Dağıtılabilir kâr kavramının daha detaylı olarak incelenebilmesi için, kâr kavramına ilaveten yedek akçe kavramının da değerlendirilmesi gerekmektedir. Aşağıdaki bölümde bazı hallerde kâr payını sınırlayıcı etki gösteren bazı durumlarda ise kâr payının kaynağı olan yedek akçeler konusu detaylı olarak ele alınacaktır.

B. Yedek Akçeler

1. Yedek Akçeler Hakkında Genel Açıklamalar

a. Yedek Akçenin Tanımı ve Niteliği

Yedek akçe kavramı ne ETTK'da ne de TTK'da açıkça tanımlanmıştır. Normatif düzenlemeler yalnızca yedek akçelerin ayrılması ve kullanılması konusunda kurallar

⁴⁵⁷ Bkz. Yanlı, **AŞ'de Kâr Dağıtımı**, s.8. ETTK döneminde aynı görüş için bkz. Tekinalp, **Yedek Akçeler**, s.248. İsviçre hukukunda aynı görüş için bkz. Von Büren/Stoffel/Weber, s.213.

getirmektedir⁴⁵⁸. Üstelik ETTK döneminde yedek akçeye ilişkin kuralları bakımından da bir terim birliği sağlanamamıştı. Örneğin ETTK m.465 hükmünde şirketin kefalet ve garanti taahhütleri için de yedek akçe ayrılacağını belirtmişse de bu madde kapsamındaki ayrılacak olan, gerçek anlamda bir yedek akçe olmayıp bir başka bilanço kalemi olan karşılık niteliğindeydi⁴⁵⁹. Kanunda bir tanıma yer verilmemesi ve kavramın yeknesak kullanılmaması karşısında, öncelikle yedek akçe kavramı ile ne anlaşılması gerektiğine değinilmesinde yarar bulunmaktadır.

Doktrinde yedek akçeler tanımlanırken farklı hareket noktaları benimsenmekte ve buna binaen de farklı tanımlar yapılmaktadır⁴⁶⁰. İlk tür tanımlar, bilanço düzenini esas almakta ve yedek akçeleri bilanço kalemleri arasındaki ilişki uyarınca tanımlamaktadır. Bu tür tanım uyarınca, yedek akçe şirket özvarlığının esas sermayeyi aşan kısmıdır⁴⁶¹. Yedek akçelerin bu tanımı, yedek akçeleri bilanço kalemleri arasındaki ilişki üzerinden tanımlamaktadır ve yedek akçe tutarının tespit edilmesini sağlayacak bir işlevi de haizdir.

Yedek akçeye ilişkin bir diğer tanım ise, yedek akçeyi şirket bünyesinde tutulan kazançlar olarak tanımlamaktadır⁴⁶². Bu tanım, bilanço kalemleri arasındaki ilişkiden ziyade, yedek akçelerin şirket bünyesinde muhafaza edilen fonlar olması olgusundan hareket etmektedir.

Yedek akçeler bakımından getirilen bir diğer tanım ise, yedek akçelerin işlevlerinden yola çıkmaktadır. Bu tanıma göre yedek akçeler “*beklenen veya beklenmeyen zarar ve masrafları karşılamak, işletmenin idame ve gelişimini*

⁴⁵⁸ Birscl, s.41. İsviçre hukuku için bkz. Von Büren/Stoffel/Weber, s.268, Torrione/Barakat, **CR, Art 671**, para.3.

⁴⁵⁹ Karayalçın, **Bilanço Hukuku**, s.55. Karşılık kavramı ve karşılıkların yedek akçeden farkı konusunda açıklama için bkz. Aşağıda C-3-Karşılıkların Durumu.

⁴⁶⁰ Öğretideki yedek akçe tanımlarına ilişkin geniş bir tarama için bkz. Üçışık/Çelik, s.184-185.

⁴⁶¹ Staehlin jun., Max, **Die Reserven der Aktiengesellschaft**, Helging&Lichtenhal, Basel, 1939, s.119, Tekinalp, **Yedek Akçeler**, s.248, Gürbüz Usluel, s.17, Kayıhan/Çetiner, s.4, Üçışık/Çelik, s.183. Birscl de benzer şekilde yedek akçeyi “*esas sermayede bir değişiklik yapmadan ana sermayenin her türlü artışı şeklinde*” tanımlarken, yedek akçelerin bilançodaki etkisini dikkate almıştır. Bkz. Birscl, s.41. Senarclles de benzer bir tanım getirmekle beraber, ilgili yıla ait net dönem kârının da şirket özvarlığından düşülmesi gerektiğini ekleyerek bu tanımı geliştirmektedir. Bkz. Senarclles, s.27.

⁴⁶² Karayalçın, **Bilanço Hukuku**, s.61. Von Büren/Stoffel/Weber, s.267. Yazarlar aslında “*gewinn*” kavramını kullanmışlardır. Bu kavramı ise “*kâr*” olarak çevirmek mümkündür. Öte yandan, yedek akçelerin sadece kârdan ayrılmadığı dikkate alındığında, bu tanım bakımından kavramı kâra göre daha geniş bir anlam içeren kazanç olarak çevirmenin isabetli olacağı kanaatindeyiz. Nitekim Von Büren/Stoffel/Weber de daha sonra yedeklerin kârdan veya sermaye ödemelerinden ayrılabilceğini belirterek, yedek akçelerin kaynağının sadece dağıtılmayan kâr olmadığını belirtmektedirler. Bkz. Von Büren/Stoffel/Weber, s.269. Yedek akçenin temel kaynağı kâr olmakla birlikte, yıllık kâr dışındaki kaynaklardan da yedek akçelerin oluşması mümkün olduğu yönünde örnek olarak bkz. Tekinalp, **Yedek Akçeler**, s.286, Gürbüz Usluel, s.17.

sağlamak, istikrarlı pay dağıtılmasını temin etmek için, şirket kârından alıkonmak suretiyle açık ya da gizli olarak ayrılan değerleri” ifade eder⁴⁶³.

Hemen belirtmek gerekir ki, öğretide yedek akçeye ilişkin farklı bakış açılarından yola çıkan tanımları bir araya getirip birleştiren tanımlar da yapılmıştır. Bu şekilde birleştirici bir yaklaşımla yedek akçe “*ortaklığın hesap dönemi sonunda elde ettiği safi kârın şirketin özkaynaklar bünyesini sağlam tutmak, işletmenin devamlılığı ve gelişmesini, ortaklar ile alacaklıların haklarının korunmasını sağlamak ve özkaynaklardan faaliyet sonunda doğabilecek zararları karşılamak amacıyla pay sahipleri ve diğer ilgililere dağıtılmadan kanun, esas sözleşme veya genel kurul kararına dayanarak, kanunun öngördüğü şekilde ayrılmış olan ve esas sermayeyi aşan net malvarlığı*” olarak tanımlanmaktadır⁴⁶⁴.

Aktarılan bu son tanım, yedek akçenin hem işlevini hem bilanço kalemleri arasındaki yerini hem de şirket bünyesinde muhafaza edilmiş olması olgusunu içerdiği için oldukça kapsayıcıdır. Bununla birlikte kanaatimizce yapılan tanımlar arasında, bilanço kalemleri arasındaki ilişkiyi esas alan ve yedek akçeyi şirket özvarlığının sermayeyi ve cari kârı⁴⁶⁵ aşan kısmı olarak tanımlayan yaklaşım hem en sade tanımları vermekte hem de çalışmamız açısından isabetli şekilde kavramın çerçevesini çizmektedir. Şöyle ki, yedek akçeleri işlevine göre tanımlayan görüşün eksiksiz bir tanım vermesi doğası gereği mümkün değildir; zira şirketin esas sözleşme hükümleri yahut genel kurul kararları vasıtasıyla uygun gördüğü amaçlar için yedek akçe ayırabilme imkanına sahiptir. O nedenle işlevsel olarak yedek akçelerin amaçlarını sınırlı sayıda belirtmek mümkün değildir⁴⁶⁶. Diğer bir tanım, yedek akçelerin şirket bünyesinde tutulması olgusuna dayanmaktadır. Yedek akçelerin pay sahiplerine

⁴⁶³ Birsal, s.41, Üçışık/Çelik, s.186-187. Yine amaçsal bir yorumla, yedek akçeleri şirketin finansal varlığının sürdürülebilmesi, faaliyetlerinin devamlılığının sağlanması ve sermayenin korunmasında garanti görevi görmesi için ayrılan fonlar olarak tanımlanmaktadır. Bkz. Badak, s.98. *Senarcles* de amaçsal bir tanım ile yedek akçeyi, şirketin kayıpları ve gelecekteki ihtiyaçlarını karşılamak için biriktirdiği kaynak olarak tanımlamaktadır. *Senarcles*, s.11. Yazar asıl metinde “*capital*” ifadesine yer vermiş olsa da bu ifadenin teknik anlamda sermaye ile karışmaması için kaynak olarak çevrilmesinin daha uygun olacağı görüşündeyiz.

⁴⁶⁴ Üçışık/Çelik, s.183-184. Benzer tanımlar için bkz. Moroğlu, **Sermaye Artırımı**, s.213, Folliet, s.297-298.

⁴⁶⁵ Esasen bilanço kalemleri arasındaki ilişkiyi dikkate alan tanımlar, çoğunlukla cari kârdan bahsetmemektedirler. Ancak kanaatimizce özkaynak kalemleri arasında yer almakla birlikte sermaye bakımından olduğu gibi yedek akçe niteliğinde olmadığı için yedek akçelerin cari kârı da dışarıda bırakarak belirlenmesi gerektiği belirtilmelidir. Bkz. *Senarcles*, s.27.

Bununla birlikte, şirket bilançosunda yer alan yeniden değerlendirme fonu gibi fonlar, farklı isimlendirmelere tabi olmakla birlikte esasen yedek akçe niteliğinde olduklarından tanımda ayrıca belirtilmelerine gerek bulunmamaktadır.

⁴⁶⁶ Aynı yönde bkz. Folliet, s.302.

dağıtılmayarak şirket bünyesinde tutulan kaynaklardan olduğu şüphesizdir. Ancak bu husus yedek akçelere özgü değildir. Örneğin yedek akçe niteliği taşımayan sermaye ve karşılıklar da şirket bünyesinde muhafaza edilen bilanço kalemleridir⁴⁶⁷. Ayrıca yedek akçelerin kâr payı olarak ortaklara dağıtılması da belirli şartlarda mümkün olduğundan, şirket bünyesinde tutulma yedek akçeler için geçici bir nitelik olabilmektedir. Kanaatimizce tüm bu açıklamalar ışığında, yedek akçeleri özvarlığın sermaye ve cari kârın toplamını aşan kısmı olarak tanımlamak yerinde olacaktır.

Yedek akçe bu şekilde tanımlandıktan sonra yedek akçenin niteliği konusunda da bazı açıklamalar yapılması gereklidir. Niteliği itibarıyla yedek akçe, bilançonun pasif tarafında yer alan bir hesap kalemidir. Diğer bir ifade ile yedek akçe şirket tarafından malvarlığında muhafaza edilmesi gereken bir miktar nakit parayı yahut bloke bir banka hesabındaki malvarlığını ifade etmez⁴⁶⁸. Şirketin finansal tablolarında yer alan yedek akçe tutarında şirketin malvarlığında karşı değer bulunur⁴⁶⁹. Ancak söz konusu karşı değer belirlenmiş bir malvarlığı (bir miktar para, bir taşınmaz veya iştirak hisseleri) olması gerekmez. Önemli olan yedek akçelerin toplam miktarına denk değerde aktifin şirket malvarlığında bulunmasıdır⁴⁷⁰.

b. Yedek Akçelerin Amaçları

Yedek akçe kavramını daha iyi anlayabilmek ve çalışma konumuz olan kâr payı hakkı ile olan ilişkisini isabetli şekilde ortaya koyabilmek için, yedek akçenin hizmet ettiği amaçları anlamak gerekmektedir. O nedenle de bu bölümde, yedek akçelerin ayrılma amaçlarına ve yedek akçelerin işlevine değinilecektir. Yedek akçelerin amaçlarını ortaya koyabilmek için, anonim şirket ile ilişkili kişiler bakımından ayrı ayrı değerlendirmeler yapılması yararlı olacaktır. Bu bölümde yedek akçelerin şirket tüzel kişiliği, alacaklılar, pay sahipleri ve genel olarak menfaat sahipleri bakımından hangi faydaları sağladığı ortaya konulacaktır⁴⁷¹.

⁴⁶⁷ Sermaye örneği bakımından bkz. Üçışık/Çelik, s.184.

⁴⁶⁸ Staehlin, s.124-125, Senarclès, s.19-20, Windbichler, s.427, Folliet, s.298. Bu nedenle yedek akçe kavramının isabeti de sorgulanmaya açıktır. İsviçre öğretisinde eski tarihli çalışmalarda kullanılan “*reservefonds*” ifadesinin yanıltıcı olduğu, yedek akçenin belirli bir aktif malvarlığı unsuru veya bir para teşkil etmediği belirtilmekte ve yedeklerin bir “fon” olarak tanımlanmasının isabetli olmadığı savunulmaktadır. Egger, s.185-186, Torrión/Barakat, **CR, Art 671**, para.8, Neuhaus/Balkanyi, **Basler Kommentar, Art 671**, para.3, s.696.

⁴⁶⁹ Staehlin, s.125, Senarclès, s.24, Handschin, **Rechnungslegung**, s.373, Torrión/Barakat, **CR, Art 671**, para.4.

⁴⁷⁰ Moroğlu, **Sermaye Artırımı**, s.216 dn.301.

⁴⁷¹ Tekinalp, Ünal, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2015, s.503, Senarclès, s.51.

i. Şirket Tüzel Kişiliği Bakımından

Yedek akçelerin amaçlarının ilki şirket tüzel kişiliğinin menfaatlerinin korunmasıdır. Öğretide yedek akçe ayrılmasının amaçları arasında belirtilen en önemli sebep, şirketin sürekli gelişimini sağlayacak tedbirlerin alınmasıdır⁴⁷². Sürekli gelişim ile kast edilen şirketin mevcut durumunun korunması olduğu kadar, şirketin mali durumunun güçlendirilmesi ve şirketin gelişmesine ilişkin tedbirlerin de alınmasıdır⁴⁷³.

Esasen şirketin sürekli gelişiminin sağlanmasına yönelik tedbirler ile kast edilen, şirket tarafından otofinansmanın sağlanmasıdır⁴⁷⁴. Otofinansman, dış kaynak finansmanı veya özkaynak finansmanı gibi yöntemlere kıyaslanınca daha az maliyet taşımaktadır. İlaveten özellikle dış kaynak finansmanı, bir süre sonra geri ödeneceğinden, çoğu durumda daha kısa süreli bir finansman imkânı sağlamaktadır. Halbuki, yedek akçelerin ortaklara dağıtılması gibi bir yükümlülük bulunmadığından, şirket tasfiye edilene kadar yedek akçeler bir finansman kaynağı sağlamaktadır⁴⁷⁵. Bu açıdan yedek akçe ayrılması, şirketin otofinansman becerisini doğrudan artırması bakımından şirket menfaatlerine hizmet etmektedir.

Yedek akçelerin şirket açısından ikinci işlevi, şirketin finansal açısından istikrarının sağlanmasıdır. Yedek akçelerin otofinansmana kaynak oluşturmak dışındaki bir diğer iktisadi işlevi, şirketin başarılı dönemlerinde elde ettiği kaynakları şirket bünyesinde tutarak görece başarısız dönemler için hazırlık yapılmasıdır⁴⁷⁶. Zira şirket gelecek dönemde aynı derecede kâr elde edemeyebileceği gibi zarar da edebilir. Bu durumda, şirketin yedek akçelerinin bulunması, pay sahiplerine ve alacaklılara yönelik taahhütlerin istikrarlı şekilde karşılanmasını da sağlayacaktır. Bu bağlamda yedek akçeler şirketin kendisi tarafından oluşturulan, bir risk sermayesi, yani şirketin uğrayacağı zararlara için bir karşılık olarak da görülmektedir⁴⁷⁷. Şirketin zarar etmesine rağmen borçlarını ödeyecek malvarlığının bulunması, şirketin alacaklılar nezdindeki güvenilirliği de artmaktadır⁴⁷⁸. Benzer şekilde, şirketin kârlılığının azaldığı

⁴⁷² Üçışık/Çelik, s.188.

⁴⁷³ Üçışık/Çelik, s.188.

⁴⁷⁴ Birsal, s.68, Senarçles, s.19. Otofinansman kavramı ve otofinansmanın şirketin finansal düzeni içindeki yeri hakkında açıklama için bkz. Birinci Bölüm-I-A-1-Otofinansman-Dış Kaynak Finansmanı-Özvarlık Finansmanı.

⁴⁷⁵ Lörsch, Florian, *Kompetenzfragen der Mezzanine-Finanzierung*, Nomos, 2013 s.25.

⁴⁷⁶ Folliet, s.298.

⁴⁷⁷ Von Büren/Stoffel/Weber, s.268.

⁴⁷⁸ Senarçles, s.44.

dönemlerde bile istikrarlı kâr dağıtımı yapabilmesi halinde, şirket payları daha cazip bir yatırım aracı haline gelecektir⁴⁷⁹. Bu ise şirketin özkaynak yatırımı çekme kapasitesinin de artmasına yol açacaktır⁴⁸⁰.

Belirtmek gerekir ki, aslında şirketin sermayesi de burada belirtilen otofinansman sağlama ve şirketin kârının azaldığı dönemlerde eksiği kapatma amaçlarına hizmet etmektedir. Ne var ki, kanun sermayenin kullanılması veya dağıtılması konusunda çok daha katı kuralları getirmektedir. Halbuki yedek akçeler ile ilgili düzenlemeler, sermaye hükümlerine kıyasla daha esnektir. Örneğin şirketin yedek akçelerinin bir kısmının zararlar sebebiyle erimesi halinde, bu durum finansal tablolara yansıtılması yeterlidir. Ancak şirket sermayesinin erimesinin ağır hukuki sonuçları olacaktır. Benzer şekilde, ihtiyaç duyulmayan yedek akçelerin çözülerek ortaklara dağıtılması, sermaye azaltımına göre çok daha basit bir usule tabi kılınmıştır. Şirketin finansal düzeni içerisinde daha kolay bir şekilde ayırabileceği ve gerekirse daha kolay bir şekilde kullanabileceği bir kaynağın bulunması, şirkete finansal açıdan esneklik kazanması bakımından faydalıdır⁴⁸¹. Yedek akçeler, sermaye ile benzer bir işlev üstlenmekle birlikte, daha esnek kurallara tabi olmalarından ötürü sermayeden ayrılmaktadırlar⁴⁸².

ii. Alacaklılar Bakımından

Yedek akçenin bir diğer işlevi, şirket alacaklılarının korunmasıdır. Şirketin elde ettiği kaynakları şirket bünyesinde tutması, alacaklıların şirket malvarlığından alacaklarını tahsil kabiliyetini artırmaktadır. Yedek akçeler bu açıdan, pay sahiplerinin şirket borçlarından dolayı sorumlu olmaması kuralının alacaklılar bakımından getirdiği sakıncaları telafi edici bir etkiye de sahiptir⁴⁸³.

Esasen aynı işlev şirket sermayesi tarafından da karşılanmaktadır. Ancak şirket malvarlığında sermayenin ötesinden bir miktarın muhafaza edilmesi zorunluluğu, sermayenin korunması bakımından bir tampon görevi görmektedir⁴⁸⁴.

Öte yandan yedek akçelerin alacaklıları koruma amacını yerine getirmeden etkisinin sınırlı olduğu göz ardı edilmemelidir. İlk olarak yedek akçeleri karşılayan

⁴⁷⁹ Yatırımcıların kâr dağıtımında istikrar beklentisi konusundaki açıklamalar için bkz. Birinci Bölüm-I-A-1- Otofinsman-Dış Kaynak Finansmanı- Özvarlık Finansmanı.

⁴⁸⁰ Üçışık/Çelik, s.188.

⁴⁸¹ Senarçles, s.12.

⁴⁸² Kayıhan/Çetiner, s.4.

⁴⁸³ Senarçles, s.13, Kayıhan/Çetiner, s.5.

⁴⁸⁴ Senarçles, s.128.

malvarlığı unsurlarının (karşı değerin) likit, yani kolayca paraya çevrilebilir nitelikte olması yönünde bir zorunluluk bulunmadığından, yüksek miktarda yedek akçe bulunmasının şirketin borçlarını vadesinde kolaylıkla ödeyebileceği anlamına gelmemektedir. Bu nedenle de şirketin yedek akçe ayırması zorunluluğu ile şirketin ödeme düzenini sağlayacak likidite temini birbirinden farklı kavramlardır⁴⁸⁵. Kıta Avrupası sisteminin bir parçası olan Türk hukukundaki temel fikir, alacaklının menfaatini koruyacak olanın malvarlığının niceliği olduğudur. Yedek akçeler de malvarlığının niceliğini gösteren bir ölçüt görevi görmektedir. Öte yandan, alacaklı menfaatlerinin korunması bakımından şirket malvarlığının niteliğinin de önem kazandığı durumlarda, yedek akçeler alacaklıların ne ölçüde korunacağını göstermek bakımından yetersiz kalacaktır.

İkinci olarak, kanuni yedek akçeler dışındaki yedek akçeler, diğer bir ifade ile iradi yedek akçeler, şirket tarafından ayrılırken yine şirket tarafından çözülebilmektedir. Şirket genel kurul kararı ile ayırdığı ve serbest nitelik kazanmış yedek akçeleri yine bir genel kurul kararı ile dağıtabilecektir. Esas sözleşmede yedek akçe ayrılmasına ilişkin bir hüküm olması halinde, böyle bir dağıtım esas sözleşme değişikliğini gerektireceği için görece daha fazla güvence sağlasa da bu koruma da mutlak değildir. O nedenle ilgili yedek akçelerin gelecekte de muhafaza edileceğinin bir garantisi bulunmamaktadır.

Tüm bu eksikliklerine rağmen yine de kanun gereği zorunlu olarak yahut şirket iradesi ile yedek akçe ayrılması, belirli bir ölçüde alacaklılar için başvurabilecekleri bir malvarlığının korunması zorunluluğu getirdiği için kısmen dahi olsa alacaklıların korunmasına hizmet etmektedir.

iii. Pay Sahipleri Bakımından

Şirketin kârlılığının dalgalanması ve yeni gelişmeler sebebiyle olumsuz etkilenmesi olağan bir durumdur. Şirketin finansal performansındaki dalgalanmaları dengeleyerek düzenli kâr dağıtım yapabilmesi tercih edilecektir. İşte yedek akçe ayrılmasının hizmet ettiği bir diğer amaç ise, şirketin düzenli kâr dağıtımını yapabilmesidir⁴⁸⁶.

⁴⁸⁵ Senarclès, s.38.

⁴⁸⁶ Schreiber, Christian, *Zweckbildung bei der Aktiengesellschaft*, Juris Druck Verlag, Zurich, 1974, s.36, Badak, s.99.

Yedek akçeler bu amaca iki şekilde hizmet eder. Bu yollardan ilki, yedek akçelerin şirketin zarar ettiği yıllarda zararın kapatılması için kullanılmasıdır. Sermayenin korunması amacıyla, şirketin geçmiş yıllardan aktarılan zararının bulunması halinde, kâr dağıtması mümkün değildir⁴⁸⁷. Eğer şirketin bu şekilde bir zararı söz konusu olursa, şirket elde ettiği kâr ile bu zararı kapatmadan pay sahiplerine dağıtım yapamayacaktır. Ancak şirket zararının mevcut yedek akçeler çözülerek kapatıldığı takdirde, şirket gelecek yıllarda elde edeceği kârı yine kural olarak pay sahiplerine dağıtmak için kullanabilecektir⁴⁸⁸. Bu ise belirli dönemlerde zarar edilmesine rağmen yine de istikrarlı kâr dağıtım politikası izlenmesi olanağını şirkete tanıyacaktır.

Yedek akçelerin düzenli kâr dağıtımına hizmet ettiği bir diğer yol ise, yedek akçelerin dağıtım amaçlı kullanılmasıdır. Yedek akçeler kural olarak ortaklara dağıtılmaz ve şirket bünyesinde muhafaza edilir⁴⁸⁹. Ancak bu kural mutlak değildir. Kanun yedek akçelerin serbest kalan kısmının kâr dağıtımını, ortaklara borç verilmesi veya şirketin kendi paylarının iktisabı için kullanılmasına imkân tanımaktadır. Ayrıca şirket iradesi ile ayrılan yedek akçelerin düzenli kâr dağıtımının sağlanması için ayrılması veya daha sonradan amaç değişikliğine gidilerek bu amaca tahsis edilmesi mümkündür. Sonuç olarak yedek akçelerin ortaklara dağıtılamayacağı kuralı mutlak nitelik göstermez ve belirli şartlarda ortaklara dağıtım mümkündür. Bu şekilde, şirket cari yıl kârı geçmiş yılların altında kaldığında, dağıtımına izin verilen yedek akçeleri çözerek istikrarlı kâr dağıtımının sağlanması mümkün olmaktadır.

iv. Menfaat Sahipleri Bakımından

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılabacağı gibi, yedek akçeler ticari açıdan sıkıntılı zamanlardaki dalgalanmalara karşı şirketin istikrarını korumasını sağlamaktadır. Ancak şirketin finansal koşulları daha da ağırlaştığı takdirde, yedek akçelerin bir diğer işlevi ortaya çıkmaktadır. TTK hükümleri, yedek akçelere ilişkin hükümleri getirirken, şirketin devamlılığını korumayı da göz önünde bulundurmaktadır. Şirketin devamlılığının bizzat şirket tüzel kişiliğinin yararına olduğu açıktır. İlaveten şirketin devamlılığı, şirket çalışanlarının işlerini muhafaza etmesini sağlayarak bir toplumsal yarar sağlamaktadır. Nitekim bu durum normatif düzenlemeye de açık şekilde

⁴⁸⁷ Gerekçe Madde 509.

⁴⁸⁸ Badak, s.100.

⁴⁸⁹ Von Büren/Stoffel/Weber, s.268.

yansımıştır. TTK m.519 f.3 hükmü uyarınca, genel kanuni yedek akçe şirket sermayesinin yarısına ulaşana kadar sadece işsizliğin önlenmesine harcanabilecektir.

Ayrıca yedek akçenin varlığı anonim şirketlerin dönemsel ekonomik kayıplara rağmen varlıklarını sürdürebilmeleri bakımından önemlidir. Bu şekilde yeterli yedek akçe ayıran şirketler faaliyetlerine devam edebileceklerinden dolayı ekonomiye katkı vermeye devam edeceklerdir. Bu şekilde sadece ilgili şirkette çalışanlar bakımından değil, ürünün tedarik zincirinde yer alan tüm basamaklarda işsizliğin önlenmesi bakımından da yedek akçeler önem taşımaktadır O nedenle de yedek akçe ayrılmasında genel olarak tüm toplumun menfaati olduğunu söylemek mümkündür⁴⁹⁰.

c. Yedek Akçelerin Oluşması (Teşekkülü)

i. Oluşma Kavramı

Yedek akçeler konusunda incelenmesi gereken bir diğer mesele ise yedek akçelerin nasıl oluştuğudur. Yedek akçeler birçok durumda bir şirket organının⁴⁹¹ iradesi sonucunda ortaya çıkarlar⁴⁹². Yedek akçe “ayrılması” ile kast edilen bu şekilde bir irade sonucunda yedek akçe oluşmasıdır. Genel kurul kararı sonucunda ortaya çıkan yedek akçeler, yedek akçe ayrılmasının en tipik örneğidir. Şirket genel kurulu açık şekilde ilgili kaynakların yedek akçe olarak ayrılmasına karar verebileceği gibi net dönem kârını dağıtmama kararı olarak da yedek akçe ayırabilecektir⁴⁹³. Yedek akçenin şirket iradesi ile oluşması halinde, ayrılacak yedek akçenin miktarı ve amacı gibi hususlar da yine şirket tarafından belirlenir⁴⁹⁴. Öğretide yedek akçeler, ayrılış amacı bakımından “i) amaç hükmüne sahip olmayanlar, ii) genel amaç hükmüne sahip olanlar ve iii) özel amaç hükmüne sahip olan” şeklinde üçlü bir ayrıma tabi tutulmaktadır⁴⁹⁵.

⁴⁹⁰ Badak, s.100.

⁴⁹¹ Kural olarak yedek akçe ayrılmasına karar verecek organ, genel kuruldur (TTK m.408). Ancak finansal tablolar şirket yönetim kurulu tarafından hazırlandığı için, fiilen yönetim kurulunun gizli yedek akçe ayırması olasılığı da göz ardı edilemez. Gizli yedek akçelerin hukuka uygunluğu konusundaki açıklamalar için bkz. Aşağıda 2-D-ii- Gizli Yedek Akçelerin Hukuka Uygunluğu.

⁴⁹² Tekinalp, Ünal, **Yedek Akçeler**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Matbaası, İstanbul, 1980, s.248.

⁴⁹³ Karayalçın, **Bilanço Hukuku**, s.74.

⁴⁹⁴ Neuhaus/Balkanyi, **Basler Komm-2012**, s.708.

⁴⁹⁵ Tekinalp, **Yedek Akçeler**, s.281. Ancak kanaatimizce üçlü ayrımın özel bir pratik faydası olmadığı için ayrımı basitleştirmek mümkündür.

Öte yandan bazı hallerde, yedek akçe bir iradeye binaen değil, maddi olgular sonucunda kendiliğinden oluşur⁴⁹⁶. Bu ihtimalde “yedek akçenin oluşmasından” bahsetmek mümkündür. Örneğin şirketin ayırdığı karşılıkların çözülmesi söz konusu karşılıkların kendiliğinden yedek akçeye dönüşeceği kabul edilmektedir⁴⁹⁷. Benzer şekilde, şirket malvarlığında bulunan bir taşınmazın değerinin finansal tablolarda gösterilen değeri aşması halinde, şirket finansal tablolarında görünmeyen bir yedek akçe kendiliğinden oluşmuş olacaktır⁴⁹⁸. O nedenle gerek iradi gerek olgusal nitelikteki yedek akçeleri kapsayacak şekilde, yedek akçelerin oluşmasından (teşekkülünden) de bahsetmek mümkün görünmektedir.

ii. Yedek Akçe Oluşmasının Sonuçları

TTK m.523 ve İBK m.674 yedek akçeler ile kâr payı ilişkisi başlığını taşımaktadır. Ancak ilgili hüküm daha ziyade şirketin genel kurul kararı ile yedek akçe (olağanüstü yedek akçe) ayırma yetkisinin sınırlarını düzenlemektedir⁴⁹⁹.

Kâr payı ile yedek akçe arasındaki ilişki çift yönlü bir ilişkidir. Yedek akçe esasen kâr payı hakkını sınırlayan bir hal olarak incelenmektedir⁵⁰⁰. Gerçekten de şirketin yedek akçe ayırması yükümü, bu yükümlülük diler kanundan diler şirket organlarının iradesinden kaynaklansın, pay sahibinin kâr payı hakkını sınırlandırmaktadır⁵⁰¹. Başka bir ifade ile pay sahibinin kâr payı hakkı, şirketin yedek akçe ayırma zorunluluğundan sonra gelmektedir⁵⁰². Bu nedenle hiç şüphesiz yedek akçe kâr payını sınırlayan bir değer olarak karşımıza çıkmaktadır.

Yedek akçeler, ayrıca dağıtılmasına karar verilmediği takdirde şirket bünyesinde muhafaza edilir ve şirket sona erdiğinde tasfiye bakiyesine katılır. Diğer bir ifade ile pay sahibi bu miktardan kâr payı olarak değil, tasfiye bakiyesi olarak yararlanır⁵⁰³.

⁴⁹⁶ Yedek akçelerin her bazen kendiliğinden teşekkül edeceği konusunda bkz. Tekinalp, **Yedek Akçeler**, s.248.

⁴⁹⁷ Tekinalp, **Yedek Akçeler**, s.257

⁴⁹⁸ Bu gibi kendiliğinden oluşan yedek akçelerin yeniden değerlendirme yoluyla bilançoya yeniden değerlendirme fonu olarak aktarılması mümkündür. Bu konuda bkz. Aşağıda-C-1-Yeniden Değerleme Fonu.

⁴⁹⁹ Neuhuas/Balkanyi, **Basler Komm-2012**, s.711.

⁵⁰⁰ Birsal, s.43, Üçışık/Çelik, s.187.

⁵⁰¹ Üçışık/Çelik, s.435.

⁵⁰² Neuhuas/Balkanyi, **Basler Komm-2012**, s.711.

⁵⁰³ Birsal, s.42. Gizli yedek akçeler bakımından aynı yönde bkz. Türk, Ahmet, “**Anonim Ortaklıkta Gizli Yedek Akçeler**”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 2, 2002, s.173-175 dn.15.

Kâr payını azaltıcı etki, esasen tüm yedek akçeler bakımından geçerlidir. Ne var ki, pay sahiplerinin kâr payı hakkı bakımından olağanüstü yedek akçelerin özel bir etkisi bulunmaktadır. Öncelikle olağanüstü yedek akçeler genel kurul tarafından ayrıldığı için, söz konusu ayırımın yapılıp yapılmayacağının önceden öngörülmesi mümkün değildir⁵⁰⁴. İkinci olarak, olağanüstü yedek akçe ayırımı bakımından azınlık pay sahiplerinin menfaatlerinin aleyhine olacak şekilde ayrılması olasılığı daha yüksektir. Zira kanuni yedek akçelerin ayrılması kanun koyucunun iradesine dayanmakta olup şirketin tercihi ve çoğunluk pay sahiplerinin bu konudaki iradesi söz konusu değildir. Esas sözleşmeye dayanan yedek akçeler ise, her ne kadar çoğunluk iradesine bağlı olsa da esas sözleşme değişiklikleri için getirilen yüksek nisap şartı sebebiyle azınlık pay sahiplerine zarar verme amacıyla kullanılması fiilen daha zordur. Üstelik yedek akçe ayrılmasına ilişkin bir esas sözleşme hükmünün sonuçları en azından öngörülebilirdir. O nedenle de olağanüstü yedek akçeler, pay sahiplerinin kâr payı hakkının sınırlandırılması bakımından özel bir önemi haizdir⁵⁰⁵.

d. Yedek Akçelerin Kullanılması

i. Kullanma Kavramı ve Yetkili Organ

Yedek akçelerin şirketin finansal düzeni üzerindeki etkisinin anlaşılabilmesi için, öncelikle yedek akçenin kullanılması ile ne kast edildiğine değinmek gerekmektedir. Yukarıda da değinildiği gibi, yedek akçeler aktif bir malvarlığı unsuru olmadığından, yönetim kurulunun şirket varlıklarından herhangi biri üzerinde tasarrufta bulunması, yedek akçelerin kullanımı anlamına gelmez.

Yedek akçenin kullanılmasından bilançodaki yedek akçe kaleminin indirilmesinin anlaşılması gerekir⁵⁰⁶. Örneğin şirket mali yılın sonunda zarar⁵⁰⁷ ettiği ve şirketin

⁵⁰⁴ Üçışık/Çelik, s.435.

⁵⁰⁵ Üçışık/Çelik, s.435, Badak, s.98.

⁵⁰⁶ Senarcles, s.59, Marsh Jr., Harold/Finkle, Roy R., **Marsh's California Corporation Law Volume-2**, Prentice Hall Law and Business, New Jersey, 1992, s.1118.

⁵⁰⁷ Burada kapatılacak zarar, şirketin faaliyet dönemi boyunca yaptığı faaliyetler sebebiyle uğradığı bilanço zararı olduğu belirtilmektedir. Bkz. Üçışık/Çelik, s.277, Senarcles, s.184. Nitekim yazar İBK'na ilişkin taslak çalışmalarda madde metninde kapatılacak zararı ifade etmek için bilanço zararı ifadesine yer verildiğini belirtmektedir bkz. Senarcles, s.184. Gerçekten de şirket faaliyet dönemi içinde belirli bir faaliyeti sonucunda zarar etmiş olmasına rağmen, diğer faaliyetleri sonucunda kâr elde etmiş ise söz konusu kâr zaten kendiliğinden zararı karşılayacaktır. Yedek akçelerin kullanılması bakımından zarar, başka gelirler ile kapatılamayan ve bu nedenle dönem sonunda bilançoda görünen zarar olarak anlaşılmalı ve bilanço zararına dönüşmeyen zararların genel yedek akçeler ile karşılanması mümkün olmamalıdır. Bkz. Senarcles, s.182-183, Üçışık/Çelik, s.277. Bununla birlikte kanaatimizce eğer iradi olarak ayrılan yedek akçelerin kullanılma amaçları belirlenirken aynı sınırlama geçerli olmayacaktır. Yedek akçenin kullanılma amacı belirlenirken zararın bilanço zararı olarak belirlenmesi zorunlu olmasını gerektiren bir sebep yoktur.

finansal tablolarında bu zararı karşılayacak tutarda ve zararı kapatmak için kullanılabilecek yedek akçe bulunması halinde, genel kurul zararın yedek akçelerden kapatılmasına karar verebilir. Bu durumda şirketin yeni yıl bilançosunda, bir önceki yıldan gerçekleşen zarar görülmeyecek ve yedek akçe miktarı da zararı kapatmak kullanılan miktarda azaltılmış olacaktır. Belirtmek gerekir ki, söz konusu işlem, şirketin bilançosunun pasif tarafında kalemler arasında bir değişikliğe yol açmakta olup aktif kalemlerde herhangi bir değişikliğe yol açmamaktadır.

Bu noktada, bilanço kalemlerinin kullanılması konusunda yetkili organın da tespit edilmesinde yarar vardır. Türk hukukunda finansal tabloları onaylama yetkisi genel kurula ait olduğu için yedek akçeleri kullanma konusunda yetkili organın da genel kurul olduğunu belirtmek gerekir⁵⁰⁸. Bu yetki genel kurulun devredilemez yetkilerinden biridir (TTK m.408).

Her ne kadar bilanço yönetim kurulu tarafından hazırlanıyorsa da bilançonun onaylanması genel kurulun yetkisinde olduğundan, yönetim kurulu yedek akçeleri kullanamaz⁵⁰⁹. Yönetim kurulu, yedek akçe ile karşılanabilecek giderleri ve varsa bilanço zararını gösteren finansal tabloları genel kurula sunmak zorundadır. O nedenle kapanış bilançosunda yedek akçelerin ve yedek akçelerin kullanılabileceği kalemlerin ayrı ayrı gösterilmesi gerekir. Yönetim kurulunun yedek akçeleri kullanarak ilgili zararları kapatarak finansal tabloları hazırlaması, yedek akçelerin kullanılmasına ilişkin genel kurulun devredilemez yetkisini ihlal edecektir⁵¹⁰. Öte yandan yönetim kurulu, genel kurula öneri niteliğinde finansal tablo sunabilir. Genel kurulun bu öneriyi görüşerek karar vermesi halinde, herhangi bir devredilemez yetki ihlali söz konusu olmayacaktır.

ii. Yedek Akçelerin Kullanılmasının Sonuçları

Yedek akçe ayrılması, şirketin yapacağı kâr dağıtımını sınırlandırmaktadır. Bununla birlikte, yedek akçelerin kâr payına etkisi her zaman sınırlayıcı bir özellik göstermez. Bazı durumlarda yedek akçe kâr payını artıran hatta kâr payını mevcut hale getiren bir kaynak da olabilir. Bu durum i) belirli bir amaca tahsis edilmiş yedek

⁵⁰⁸ Neuhaus/Balkanyı, **Basler Komm-2012**, s.696, Tekinalp, **Yedek Akçeler**, s.403, Torrión/Barakat, **CR, Art 671**, para.23.

⁵⁰⁹ Neuhaus/Balkanyı, **Basler Komm-2012**, s.696, Tekinalp, **Yedek Akçeler**, s.403.

⁵¹⁰ Üçışık/Çelik, s.278.

akçelerin kullanılmasında ve ii) yedek akçelerden kâr dağıtımı yapılması olmak üzere iki farklı halde karşımıza çıkmaktadır.

İlk olarak, yedek akçelerin kullanılması, şirketin kârının azalmasını engelleyeceği için şirketin kâr dağıtım kapasitesini korumakta veya artırmaktadır. Şirketin yaptığı masrafları sonucunda, şirketin dönem kârı azaltacağından, dolaylı olarak şirketin net dönem kârını da azaltacaktır. Kanunun yedek akçelerin kullanılmasına izin verdiği hallerde ise, genel kurul kararı ile yedek akçe çözüleceğinden, ilgili gider yıllık kârdan değil, yedek akçeden düşülecektir. Bu durumda ise, yıllık kâr ilk ihtimale göre daha yüksek olacağından, şirketin dağıtabileceği kâr ilgili masraflardan etkilenmemiş olacaktır⁵¹¹.

Bu duruma ilişkin uygulama bakımından en önemli örnek TTK m.519'da düzenlenen genel kanuni yedek akçe bakımından karşımıza çıkmaktadır. TTK m.519 f.3 uyarınca *“Genel kanuni yedek akçe sermayenin veya çıkarılmış sermayenin yarısını aşmadığı takdirde, sadece zararların kapatılmasına, işlerin iyi gitmediği zamanlarda işletmeyi devam ettirmeye veya işsizliğin önüne geçmeye ve sonuçlarını hafifletmeye elverişli önlemler alınması için kullanılabilir”*. Bu nedenle şirket yedek akçeyi kullanarak şirket zararını kapattığı takdirde⁵¹², daha sonra elde edeceği kârı pay sahiplerine dağıtma imkanına sahip olacaktır. Halbuki, yedek akçelerle söz konusu zarar kapatılmadığı takdirde, şirket elde ettiği kâr ile zararı kapatana kadar kâr dağıtma imkanına da sahip olmayacaktır⁵¹³.

Zararın yedek akçeler ile kapatılmasının pay sahiplerinin kâr payı hakkına etkisini belirgin hale getiren bir diğer unsur, kanun tarafından kâr payının kaynağına bağlanan ayırmadır. Aslında yukarıda da açıklandığı üzere, kâr dağıtımının hangi kaynaktan yapıldığının pay sahiplerinin kâr payı hakkına katılma hakkı bakımından bir etkisi

⁵¹¹ Neuhaus/Balkanyi, **Basler Kommentar, Art. 671**, para.19. *Folliet* ise aynı açıklamayı amortismanların yedek akçelerden karşılanması örneği üzerinden yapmaktadır. Bkz. *Folliet*, s.307.

⁵¹² Öğretide şirket yönetim kurulu işsizliğin önlenmesi veya etkilerinin azaltılması için çeşitli masraflar yapmışsa, bunları bu amaç için kullanılabilecek yedek akçelerden düşebileceği ve bu şekilde net dönem kârının azalmasını engelleyebileceği belirtilmektedir. Bkz. *Senarclès*, s.187.

⁵¹³ Tekinalp, **Yedek Akçeler**, s.400, Üçışık/Çelik, s.277. Bu durumu çok basit bir örnek ile şöyle anlatabiliriz: A AŞ'nin sermayesi 1.000.000TL genel kanuni yedek akçesi de 100.000TL'dir. Şirketin yıllık zararı 100.000TL'dir. Şirketin bir sonraki yılda da 100.000TL kâr edeceği öngörülmektedir. Eğer şirket bu zararı genel yedek akçeyi kullanarak kapatırsa, bir sonraki beklediği gibi 100.000TL kâr elde ettiği takdirde, bu kârdan 5.000TL birinci yedek akçe ayrımı yaptıktan sonra kalan 95.000TL'yi kanun ve esas sözleşme hükümleri ışığında dağıtabilecektir. Halbuki, zararın genel yedek akçe tarafından karşılanmaması halinde, zarar bir sonraki yıl kârı ile karşılanacağından şirketin dağıtabileceği net dönem kârı bulunmayacaktır. Şirketin genel kanuni yedek akçesi ise 500.000TL'yi aşmadığı için kâr dağıtımı için kullanılamayacaktır. Bu durumda pay sahipleri şirketin uğradığı zarar sebebiyle toplamda iki yıl kârdan mahrum kalmış olacaklardır.

yoktur. Bununla birlikte, şirketin net dönem kârını dağıtması esas olup net dönem kârından yedek akçe ayrılması için, kanunda veya esas sözleşmede belirtilen şartların sağlanması gerekmektedir. Halbuki, yedek akçelerden kâr payı olarak dağıtılması konusunda kanun bir zorunluluk getirmemiştir. O nedenle pay sahiplerinin yedek akçelerin dağıtımını isteme yetkisi bulunmamaktadır. Bunun sonucunda ise zararın gelecek dönemde elde edilecek kârla mı yoksa mevcut yedek akçe ile mi karşılanacağı şirketi kâr dağıtımına zorlama yetkisi bakımından önem taşımaktadır.

Yedek akçelerin kâr payını artıran diğer etkisi ise, kâr payı dağıtımının doğrudan yedek akçelerden yapılması halinde karşımıza çıkmaktadır. TTK m.509 f.2, serbest yedek akçelerden⁵¹⁴ kâr payı dağıtılmasına izin vermektedir. Bu düzenleme nedeniyle, kârın bulunmadığı, hatta şirketin zarar ettiği dönemlerde dahi kâr payı dağıtımının yapılması mümkündür⁵¹⁵. Yeter ki, yedek akçeler şirket zararlarını kapattıktan sonra, hala genel kurulun üzerinde tasarrufta bulunabileceği serbest nitelikteki yedek akçeler bulunsun⁵¹⁶.

Özetle yedek akçe ayrılmasının pay sahibinin kâr payı hakkını azalttığı önermesi, kâr payı ile yedek akçe arasındaki ilişkiyi bütünüyle aktarmak için yetersiz gelmektedir. Görüldüğü üzere, yedek akçe bazen dağıtılabilir kârı azaltan bir etki gösterirken bazen kâr payını artıran bir etki gösterebilmektedir. Hatta, net dönem kârı bulunmasa bile yedek akçelerden dağıtım yapılabilmesi belirli şartlarda mümkün olabilmektedir.

iii. Yedek Akçeyi Kullanma Yükümlülüğü

Yedek akçelerin kullanılması şartları mevcutsa, genel kurul bu konuda bir karar alarak yedek akçelerin kullanılmasına karar verebilecektir. Bu noktada genel kurulun bir yetkisi olduğu konusunda bir tereddüt yoktur. Öte yandan genel kurulun yedek akçeleri kullanmak yönünde bir zorunluluğu bulunup bulunmadığı tartışmaya açık bir

⁵¹⁴ Serbest yedek akçe kavramı konusundaki açıklamalar için bkz. Aşağıda 2-c-Yedek Akçelerin Kullanılabilirliği Bakımından.

Öte yandan bu değişikliğin gerçekten bir değişiklik yaratıp yaratmadığı tartışmalıdır. Zira yedek akçe genel kurul tarafından herhangi bir amaç gösterilmeksizin ayrılabilir veya kâr dağıtımından başka bir amaç için ayrılabilir, genel kurulun alacağı bir karar ile bu yedek akçeyi dağıtımına tahsis etmesi de mümkündür. Bu takdirde, ETTK ifadesi korunsaydı bile, dağıtılabilir kâr bakımından önemli olan genel kurulun bu yedek akçe üzerinde karar yetkisi, diğer bir ifade ile yedek akçenin serbest olup olmadığı hususu olacaktı. Nitekim İsviçre hukukunda da “kâr dağıtım amacı ile ayrılan yedek akçeler” ifadesi muhafaza edilmiş olsa da bu ifadenin “serbest yedek akçeler” olarak anlaşılması gerektiği belirtilmektedir. Bu yorumun hâkim görüş olduğu yönünde bkz. Glanzmann, s.284 dn.141.

⁵¹⁵ Yanlı, AŞ’de Kâr Dağıtımı, s.8.

⁵¹⁶ Yanlı, AŞ’de Kâr Dağıtımı, s.8.

konudur. Özellikle şirketin zarar etmiş olması halinde, bu zararın kapatılması konusunda bir yükümlülük bulunup bulunmadığı ve böyle bir yükümlülük varsa kullanılacak yedek akçeler arasındaki öncelik sırası konusu öğretide tartışmalıdır.

Bir görüşe göre, şirketin bir faaliyet yılında zarar etmiş olması halinde, bu zararın yedek akçeler ile kapatılması ve bilançonun buna göre düzenlenmesi bir zorunluluktur⁵¹⁷. Aksi takdirde, bilançoyu onaylayan genel kurul kararının iptali yönünde dava açılabilir⁵¹⁸. Bu görüşe göre, şirket bilançosunda zarar görünürken kâr payı dağıtılması mümkün olmadığından, zararın yedek akçeler dururken bir sonraki yıla aktarılması kâr dağıtılmasına engel teşkil edecektir⁵¹⁹. Bu görüşü savunan yazarlar TTK metninde zararın kapatılmasına ilişkin bir zorunluluk bulunmadığını, ancak yedek akçeler ile kapatılabilecek bir zarar varken, zararın bir sonraki yıla aktarılmasının bilançonun açıklık ilkesi ile uyumlu olmadığını, üstelik pay sahibinin kâr payı hakkını da haksız şekilde kısıtlayacağını belirtmektedirler⁵²⁰. Diğer bir görüşe göre, ise yedek akçelerin kullanılması gibi bir yükümlülüğten bahsetmek mümkün değildir. Şirket kanundaki şartlar bulunması halinde, yedek akçeleri kullanma imkanına sahip olsa da bu yönde bir kanuni zorunluluk bulunmamaktadır⁵²¹.

Kanaatimizce şirket zararı söz konusu olduğunda, bu zararın şirket tarafından eğer varsa yedek akçeler kullanılarak kapatılması bir zorunluluktur. Yedek akçenin altında yatan temel gerekçe, şirketin sermaye ötesinde bir malvarlığını şirket bünyesinde barındırmasıdır. Eğer şirket zarar etmişse, bu yedek akçeyi karşılayacak malvarlığı azalmıştır. Bu durumda yedek akçeyi bir bilanço kalemi olarak muhafaza etmek tutarsız olacaktır. Üstelik bu tutarsızlık fiilen pay sahiplerinin kâr payı hakkını

⁵¹⁷ Tekinalp, **Yedek Akçeler**, s.399, Von Büren/Stoffel/Weber, s.273.

⁵¹⁸ Tekinalp, **Yedek Akçeler**, s.399.

⁵¹⁹ Tekinalp, **Yedek Akçeler**, s.400, Senarcles, s.192, Windbichler, s.427.

⁵²⁰ Bu durumun pay sahibinin kâr payı hakkını nasıl sınırlandırdığını bir örnek ile ifade etmek yararlı olacaktır. Örneğin tamamı ödenmiş 1.000.000 TL esas sermayesi ve 400.000 TL genel kanuni yedek akçesi olan bir şirketin, ilgili yıl sonunda 300.000 TL zarar ettiğini, takip eden yılda ise, 300.000TL kâr ettiğini varsayalım. Eğer şirketin zararı kapatma yükümlülüğü olmadığı kabul edilirse, takip edilen yıldaki kâr geçmiş yıl zararını kapatacağı için bir sonraki yılda “net kâr” bulunmayacak ve şirket takip eden yılda da kâr dağıtımını yapamayacaktır. Ancak şirket ilk yılın sonunda yedek akçelerinden zararı kapatmış olsaydı, bu durumda takip eden yılda gerçekleşen 300.000TL kâr net kâr niteliğinde olacak ve TTK m.519 uyarınca kârın bir kısmı kanuni yedek akçe olarak ayrılırken bir kısmı ise kâr payı olarak dağıtılacaktır.

⁵²¹ Neuhaus/Balkanyi, **Basler Kommentar, Art. 671**, para.26, Üçışık/Çelik, s.277. Öte yandan yazarlar, pay sahiplerinin kanuni yedek akçelerin zararın kapatılması için kullanılmasını talep edebileceklerini ve aksine genel kurul kararlarının iptalinin de istenebileceğini belirtmektedirler. Bkz. Üçışık/Çelik, s.278-279.

sınırlayıcı niteliktedir. O nedenle de eğer şirketin zararları kapatmak için kullanılabilecek yedek akçesi varsa, bu zararı kapatması gerektiği görüşündeyiz.

Bu noktada bir diğer sorun, şirketin zararı kapatmak için kullanacağı yedek akçe kalemini belirlemek bakımından bir tercih hakkı bulunup bulunmadığıdır. Daha somut bir ifade ile şirketin genel kanuni yedek akçesine ilaveten serbest yedek akçesinin de bulunması halinde, şirket zararın hangi yedek akçeden kapatılacağına serbestçe karar verebilir mi yoksa zararın kapatılması bakımından yedek akçeler arasında bir sıra bulunmakta mıdır? Bu sorun takip eden yılda kâr elde edilmesi halinde kârın nasıl dağıtılacağına etki ettiği için pratik olarak da önem taşır. Zira şirket zararı serbest yedek akçelerden değil de kanuni yedek akçeden kapatırsa, takip eden yılda söz konusu kanuni yedek akçeyi telafi etmek zorunda kalabilir. Halbuki, serbest yedek akçe ayırma zorunluluğu bulunmadığından, serbest yedek akçelerden zararın kapatılması, takip eden yıldaki kâr dağıtımını üzerinde bir etkiyi haiz olmayacaktır.

Bu konuda kanunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır⁵²². Çoğunlukla kabul edilen görüşe göre, kanuni yedek akçenin kullanılmasının son çare olduğunu belirtmekte yedek akçelerin kullanılması bakımından bir sıranın varlığını kabul etmektedir⁵²³. Buna göre, şirketin zararı serbest yedek akçelerden, ardından esas sözleşme uyarınca ayrılan yedek akçelerden ve ancak bu kaynaklar yetersiz kaldığı takdirde kanuni yedek akçelerden karşılanmalıdır⁵²⁴. Kanaatimizce her ne kadar kanunda yedek akçeler arasında bir sıra öngörülmemiş olsa da kanuni yedek akçenin alacaklılar bakımından bir asgari koruma getirmeyi hedeflemektedir. O nedenle de ilgili hükümler yorumlanırken bu husus göz ardı edilmemelidir. Şirketin dağıtım elverişli serbest yedek akçesi varken, kanuni yedek akçeyi kullanması alacaklı korumasını geri plana atacaktır. İlaveten böyle bir yorum, kanuni yedek akçe ayrılmadan kâr payı dağıtımını yapılamayacağına ilişkin hükmün (TTK m.523 f.1) ruhuna da aykırılık teşkil edecektir. Zira her ne kadar serbest yedek akçeler yerine kanuni yedek akçelerin kullanılması bir dağıtım teşkil etmese de genel kurulun serbest yedek akçeyi dağıtabilme imkanı bulunmaktadır. O nedenle kanaatimizce öğretide

⁵²² Üçışık/Çelik, s.285.

⁵²³ Karayalçın, **Bilanço Hukuku**, s.70, Senarçles, s.60, Neuhaus/Balkanyi, **Basler Komm-2012**, s.698, Birsell, s.61, Üçışık/Çelik, s.278. Alman hukuku bakımından aynı görüşte bkz. Vetter, **Beck'iche Kurz Kommentar- Gesellschaftsrecht** (Editör: Henssler/Strohn), C.H. Beck, Münih, 2. Bası, 2014, s.1562. Yazarlar, eğer yedek akçe belirli bir amaç için kullanılmışsa, yedeğin bu amaç için kullanılması gerektiğini, ancak şirket zarar ettiği takdirde önce iradi sonra kanuni yedek akçelerin kullanılmasının zorunlu olduğunu belirtmektedirler. Bkz. Neuhaus/Balkanyi, **Basler Komm-2012**, s.708.

⁵²⁴ Üçışık/Çelik, s.285, Torrione/Barakat, **CR, Art 671**, para.25, Neuhaus/Balkanyi, **Basler Kommentar, Art. 671**, para.26. Aksi yönde Muller, s.27.

çoğunlukla kabul edilen görüş ışığında, yedek akçelerin kullanılması sırasında önce serbest yedeklere, sonra esas sözleşme uyarınca ayrılmış ve zararların kapatılması amacı taşıyan yedeklere ve en son sırada kanuni yedek akçelere başvurulması, yedek akçe düzenlemelerinin amacına daha uygun olacaktır.

Bu konuda tereddüt oluşturabilecek tek husus, şirketin geçmiş yıllardan aktarılan zararı bulunurken cari yılda kâr elde edilmesi halinde, zararın yıllık kârdan mı yoksa serbest yedek akçelerden mi karşılanacağı konusundadır. Öğretide şirketin geçmiş yıllardan gelen zararı yıllık kâr veya serbest yedek akçelerden kapatma konusunda bir tercih yetkisi bulunduğu savunulmaktadır⁵²⁵. Kanaatimizce, şirket zararının serbest yedek akçeden kapatılması yahut bilanço zararı olarak bırakılması, pay sahibi menfaatlerine etki etmeyen bir tercihtir. O nedenle de şirketin bu konuda tercih yetkisinin olduğu kabul edilebilir.

Belirtmek isteriz ki, yedek akçeyi kullanma yükümlülüğü, sadece şirketin zararlarını kapatılması konusuna ilişkindir. Şirketin net dönem kârının bulunmaması veya net dönem kârının düşük olması halinde, şirketin yedek akçelerin çözülmesi yönünde karar alması kural olarak zorunlu değildir⁵²⁶. Öte yandan şirket esas sözleşmesinde belirli miktarda kâr dağıtım yapılması zorunluluğu getirilmiş ise bu durumda pay sahipleri bakımından esas sözleşmesel müstesna hakkın söz konusu olduğu belirtilmiştir⁵²⁷. Şirketin esas sözleşmesinden kaynaklanan bu gibi bir dağıtım yükümlülüğü bulunması halinde ise bu yükümlülüğün karşılanması için serbest yedek akçelerin çözülmesi yükümlülüğü söz konusu olacaktır⁵²⁸.

iv. Yedek Akçenin Hukuka Aykırı Kullanımı ve Sonuçları

Yedek akçelerin kullanılması herhangi bir şarta bağlanmamışsa, bu durumda genel kurulun yedek akçeyi kullanması konusunda bir takdir yetkisi bulunmaktadır. Serbest yedek akçeler bakımından durum böyledir. Serbest yedek akçenin kullanılması konusunda şirket genel kurulunun takdir yetkisi bulunmaktadır. Şirket genel kurulu, bu takdir yetkisini kullanırken şirket menfaatlerini gözeterek hareket etmekle

⁵²⁵ Tekinalp, **Yedek Akçeler**, s.413, Üçışık/Çelik, s.286, Folliet, s.305.

⁵²⁶ Badak, s.189. Belirtmek gerekir ki, yazar anonim şirketin temel kâr payı hakkı olarak ödenmiş sermayenin %5'i tutarında bir dağıtım yapılmasının zorunlu olduğunu belirtmekle birlikte, bu zorunluluğun sadece yeterli net dönem kârı varsa söz konusu olduğunu da eklemekte ve serbest dahi olsa yedek akçelerden dağıtım yükümlülüğünü kabul etmemektedir.

⁵²⁷ Badak, s.189.

⁵²⁸ Badak, s.189.

yükümlüdür⁵²⁹. Ancak bu genel kural bir kenara bırakılırsa, kural olarak, genel kurulun yedek akçe kullanma kararının hukuka aykırılığından bahsetmek de mümkün değildir.

Bununla birlikte, kanuni yedek akçeler, yedek akçenin hangi amaçla ayrılacağı ve hangi şartlarda kullanılacağını düzenlemektedir. Esas sözleşme uyarınca yedek akçe ayrılmasında ise, esas sözleşme düzenlemesinin yedek akçenin hangi amaçlar için kullanılabileceği düzenlenebilir⁵³⁰. İşte bu hallerde yedek akçenin belirtilen dışında kullanılması halinde, yedek akçenin hukuka aykırı şekilde kullanılması söz konusu olacaktır.

Belirtmek gerekir ki, yedek akçelerin hukuka aykırı kullanılması ile kast edilen, kanun veya esas sözleşme hükmünde belirtilen amaca aykırı olarak yedek akçenin kullanılmasıdır. Şirket esas sözleşmesi uyarınca belirli bir amaç için yedek akçe ayrılması öngörülmüşse, genel kurul esas sözleşme değişikliği yoluyla bu amacı değiştirebilir ve birikmiş yedek akçeleri yeni esas sözleşme hükümleri uyarınca kullanabilir. Böyle bir durumda yedek akçenin hukuka aykırı kullanılmasından bahsetmek mümkün olmayacaktır⁵³¹.

Bu noktada genel kurul kararları ile ayrılan yedek akçelerin durumun ne olacağına da değinilmesi gerekmektedir. Öğretide genel kurul kararı ile ayrılan yedek akçelerin belirli bir amaç için ayrılması halinde, yedek akçenin sadece bu amaç için kullanılabileceği belirtilmektedir⁵³². Kanaatimizce genel kurul kararı ile ayrılan yedek akçeler bakımından böyle bir sınırlama fiilen mümkün değildir. Yedek akçe genel kurul kararı ile ayrıldığına göre, genel kurulun yedek akçenin amacını değiştirmesi genel kurul kararlarına ilişkin hükümlere riayet etmek koşulu ile mümkündür. Bu durumda genel kurulun ayrılan yedek akçenin kullanılması şartlarını değiştirebileceğini kabul ederken bu yedek akçeyi kullanmak konusunda önceki genel kurul kararı ile bağlı olduğunu kabul etmek yapay bir ayrıma yol açacaktır. O nedenle de genel kurul kararı ile ayrılan yedek akçeler bakımından, yedek akçe ayrılma amacının genel kurulun yedek akçeyi kullanma kararı bakımından sınırlayıcı bir etkisi olmayacaktır⁵³³.

⁵²⁹ Üçışık/Çelik, s.283.

⁵³⁰ Üçışık/Çelik, s.282.

⁵³¹ Üçışık/Çelik, s.283.

⁵³² Üçışık/Çelik, s.284.

⁵³³ Belirtmek isteriz ki, bu durum genel kurul tarafından alınan yedek akçe ayrılması kararının hiçbir şartta hukuka aykırı olmayacağı anlamına gelmemektedir. Elbette ki, yedek akçenin kullanılması kararının genel kurul kararları için aranan usule ve esasa ilişkin şartları taşıması gerekmektedir. Bu

Bu çerçevede yedek akçenin hukuka aykırı şekilde kullanılması halinde, hukuka aykırılığın sonucunun ne olacağı meselesi ortaya çıkmaktadır. Öğretide bir görüşe göre ise, yedek akçelerin ayrılma amaçları dışında bir amaç için kullanılmaları yok hükmündedir⁵³⁴. Diğer bir görüş, yedek akçe kullanımının hukuka aykırılığının niteliğine göre bir ayrıma gitmektedir. Bu görüşe göre, yedek akçenin alacaklıların veya kamunun menfaatini ilgilendirdiği hallerde ilgili genel kurul kararı butlanla sakatken, yedek akçenin iç işleyişe ilişkin bir amaca yönelik olması halinde ise karar iptal edilebilir niteliktedir⁵³⁵.

Kanaatimizce de yedek akçelerin kullanılması konusundaki hukuka aykırılığın yaptırımını yedek akçenin niteliğine ve amacına göre belirlemek gerekmektedir. Kanuni yedek akçelerin ayrılması ve kullanılması konusunda getirilen hükümler emredici nitelikte oldukları gibi, alacaklılar ve çalışanlar gibi şirket yönetimi dışında kalan kişilerin menfaatlerini korumayı hedeflemektedir. Bu hükümlere aykırı genel kurul kararlarının butlanını kabul etmek bu amaca daha uygun düşecektir. Bu şekilde alacaklılar yedek akçe ayrılması kararının butlanının tespitini isteyebileceklerdir. Bu çözüm sermayenin korunmasına ilkesin aykırı genel kurul kararlarının butlanını öngören TTK m.447 hükmü ile de uyumlu olacaktır.

Öte yandan esas sözleşme uyarınca ayrılan yedek akçeler bakımından aynı çözümü kabul etmek mümkün görünmemektedir. Esas sözleşme ile yedek akçe ayrılması şirket iradesine dayandığından, bu yedek akçelerde amaç değişikliği yapılması veya bu yedek akçelerin tamamen çözülmesi de mümkündür. Genel kurulun şirket menfaatlerine göre ihtiyaç duyulmayan konularda yedek akçe ayırmaktan vazgeçmesi mümkün olduğu gibi şirket ihtiyaçları uyarınca öncelikleri değiştirme yetkisi de bulunmaktadır. Bu durumda esas sözleşme uyarınca ayrılan yedek akçelerin amaca aykırı kullanıldığıının alacaklılar tarafından ileri sürülmesine olanak tanımak da uygun olmayacaktır. Aksine bir çözüm şirketin kendi finansal düzenini kurma yetkisini de sınırlamış olacaktır. O nedenle esas sözleşme uyarınca ayrılan yedek akçelerin hukuka aykırı şekilde kullanılmasını şirketin iç düzenine ilişkin bir konu olarak kabul edip bu

nedenle de yedek akçenin kullanılması kararının azınlık pay sahiplerine zarar vermek gibi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eden bir amaçla alınması halinde TTK m.445 uyarınca genel kurul kararının iptali mümkün olacaktır.

⁵³⁴ Üçışık/Çelik, s.282.

⁵³⁵ Tekinalp, **Yedek Akçeler**, s.410, Üçışık/Çelik, s.288.

gibi genel kurul kararlarının olsa olsa esas sözleşmeye aykırılık sebebiyle iptalinin kabil olduğunu kabul etmek daha uygun olacaktır.

2. Yedek Akçelerin Tasnifi

Yedek akçelerin kâr payı ile değişken bir ilişkisi vardır. Bazı durumlarda kâr payı hakkını sınırlayan yedek akçeler bazı hallerde ise kâr payının kaynağı olabilmektedir. Bu değişken ilişki, yedek akçenin farklı türlerinin de var olmasına yol açmaktadır. O nedenle yedek akçeler konusunu daha iyi açıklayabilmek için, yedek akçelerin nasıl tasnif edildiğini ele almak gerekir. Aşağıda sırasıyla, yedek akçelerin farklı türleri ve bu farklılıkların kâr payı hakkı üzerindeki etkisi ele alınacaktır.

a. Yedek Akçenin Finansal Kaynağına Göre

Yedek akçeleri bir incelerken yapılabilecek ilk ayırım, yedek akçelerin ortaya çıktığı finansal kaynağa göre yapılacak ayırımdır. Bu ayırım yedek akçenin kimden ve nasıl temin edildiği sorusuna dayanır. Daha açık bir ifade ile yedek akçenin kaynağı şirketin elde ettiği kâr mıdır yoksa pay sahipleri tarafından şirkete yapılan ödemelerden mi yedek akçe doğmaktadır?

Şirketin faaliyeti sonucunda elde ettiği kârdan yedek akçe ayrıldığı takdirde “kârdan ayrılan yedek akçe⁵³⁶” (“*r  serve l  gale issue du b  n  fice*”- “*Gewinnsreserve*”- “*retained earnings*”) söz konusudur. Şirket, faaliyetleri sonucunda⁵³⁷ elde ettiği kârın bir kısmını veya tamamını yedek akçe olarak şirket bünyesinde tutabilir. Bu durumda kârdan ayrılan yedek akçe söz konusudur. Nitekim yedek akçenin kökeni çoğunlukla şirketin faaliyetleri sonucunda elde ettiği kârdır⁵³⁸.

Öte yandan yedek akçelerin tamamı şirket kârından doğmaz. Bazı hallerde, yedek akçe, pay sahipleri tarafından şirkete yapılan, sermaye veya sermaye ile bağlantılı ödemelerden de kaynaklanabilir. Örneğin payların ihraç primleri (“Agio”) şirketin kârından kaynaklanmayıp pay sahipleri tarafından şirkete yapılan ödemelerden

⁵³⁶ *Gürbüz Usluel* aynı kavram kar  lılığı olarak “k  r yedek akçesi” kavramlarını kullanmıştır. Bkz. *Gürbüz Usluel*, s.20.

⁵³⁷ Daha önce k  r konusu ele alınırken belirtildiği üzere, şirket kârı sadece şirketin işletmelerinin olağan faaliyetlerinden kaynaklanmamaktadır. Şirket malvarlıklarında gerçekleşen değer artışları, ayrılan karşılıkların çözülmesi veya sahip olunan varlıklardan elde edilen dönemsel kazançlar da söz konusu kârı oluşturabilecektir. Şirket kârı konusundaki açıklamalar için bkz. İkinci Bölüm-I-A-K  r Kavramı ve Kârın Farklı Anlamları.

⁵³⁸ Staehlin, s.120, Badak, s.97. Tekinalp, **Yedek Akçeler**, s.249, Senarcles, s.21.O nedenle öğretide yedek akçelerin birikmiş kârı temsil ettiği g  r     dile getirilmektedir. Bkz. Badak, s.97.

değildir⁵⁴⁴. Dağıtım bakımından yedek akçeler hangi kaynaktan geldiğinde bakılmaksızın toplam tutarlarına göre bir değerlendirmeye tabi tutulacaktır⁵⁴⁵.

b. Yedek Akçenin Hukuki Kaynağına Göre

Yedek akçelerin tasnifi bakımından ayrımlardan biri, yedek akçenin ayrılması ve kullanılması konularına ilişkin kuralların hukuki dayanağına göre yapılan ayrımdır. Söz konusu ayırım ilk basamakta “kanuni yedek akçe-ihtiyari yedek akçe” ayırımına yol açmaktadır⁵⁴⁶. Eğer yedek akçenin ayrılması ve kullanılması konusunda kurallar kanunun emredici hükümlerinde düzenlenmişse, bu durumda kanuni yedek akçe⁵⁴⁷ söz konusudur⁵⁴⁸. Kanuni yedek akçelere genel kanuni yedek akçe⁵⁴⁹ (TTK m.519) gösterilebilir (TTK m.520). Ayrıca, TTK m.520 f.2’de yer alan yeniden değerlemesi sonucunda ortaya çıkan yedek akçeler de kanuni yedek akçeye örnek teşkil etmektedir⁵⁵⁰.

⁵⁴⁴ Öte yandan söz konusu ayırımın İsviçre hukuku bakımından özel bir önem taşıdığı belirtilmektedir. Sermayeden ayrılan yedeklerin pay sahiplerine dağıtılması kural olarak mümkün değildir. Zaten söz konusu ayırımın sebebinin de sermayeden ayrılan yedeklerin kârdan ayrılan yedeklerin aksine ortaklara dağıtılmamasını sağlamak olduğu belirtilmektedir. Bkz. Trigo Trindade, **Révisions**, s.13. Ancak Federal Mahkeme’nin sermayeden ayrılan bir yedek olan primleri de kârdan ayrılan yedekler gibi dağıtılabilmesine yönelik karar vermesi karşısında [bkz. BGE 140 II 533 (naklen Neuhaus/Balkanyi, **Basler Kommentar, Art. 671**, para.31a)], kanun koyucunun dağıtım bakımından yedek akçelerin finansal kaynağına göre bir ayırım yaptığını savunmak pek mümkün olmayacaktır.

⁵⁴⁵ Bucheler, s.293.

⁵⁴⁶ Tekinalp, **Yeni Hukuk**, s.503. *Tekinalp*, yedek akçeleri kapsamlı olarak incelediği çalışmada ise, “kanuni yedek akçe- esas sözleşmeye göre ayrılan yedek akçe- genel kurul kararı ile ayrılan yedek akçe” şeklinde bir ayırım yapmaktadır. Tekinalp, **Yedek Akçeler**, s.277. Ancak kanaatimizce son iki türü birleştirerek “ihtiyari” olarak tanımlamaya bir engel bulunmamaktadır.

⁵⁴⁷ Kanuni yedek akçe terimi yerine mecburi yedek akçe terimi de kullanılmaktadır. Bkz. Karayalçın, **Bilanço Hukuku**, s.62.

⁵⁴⁸ Yedek akçe ayrılması zorunluluğuna ilişkin ilk düzenleme Fransa’da 11 Temmuz 1818 tarihli Bakanlık Talimatnamesi’dir. Benzer düzenlemeler ise 1873 yılında Belçika’da 1882 yılında İtalya’da ve 1884 yılında Almanya’da kabul edilmiştir Senarcles, s.125. Yedek akçe ayırma zorunluluğu İsviçre hukukunda 1936 yılında yapılan değişiklik ile getirilmiş olup öncesinde böyle bir zorunluluk bulunmadığı belirtilmektedir. Tekinalp, **Yedek Akçeler**, s.289. İsviçre hukukunda da 1.Dünya savaşı ve sonrasında yaşanan krizlerin yedek akçe ayrılma ihtiyacını tetiklediği belirtilmektedir. Senarcles, s.11, Folliet, s.303. Nitekim 1919 tarihli Huber Tasarısı’nda da yedek akçe ayrılması zorunluluğunun önerildiği belirtilmektedir. Bkz. Senarcles, s.125. Egger de 1930 yılındaki çalışmasında İsviçre hukukunda kanuni yedek akçenin bulunmadığını, ancak hazırlanan yasa tasarısında böyle bir yükümlülük getirildiğini belirtmektedir. Bkz. Egger, s.185. Belirtmek isteriz ki, istisnai nitelikte olsa da kanuni yedek akçe ayrılması zorunluluğu bulunmayan hukuk sistemleri de bulunmaktadır. Bu konuda Şili hukuku örnek olarak gösterilmektedir. Bkz. Illanes/Pardo/Grez, **Shareholders’ Rights**, Ed: Varrenti, Alessandro/ de las Cuevas, Fernando 2nd Edition, Thomas Reuters, 2015, s.91.

⁵⁴⁹ Genel kanuni yedek akçeye eklenmesi öngörülen çıkarma primlerinin ve ıskat edilen pay sahiplerinin ıskat konusu paylar için yaptıkları ödemelerin de kanuni yedek akçe niteliğinde olduğu yönünde bkz. Tekinalp, **Yedek Akçeler**, s.278.

⁵⁵⁰ Von Büren/Stoffel/Weber, s.270. Yeniden değerlendirme fonu konusunda açıklamalar için bkz. Aşağıda C-1-Yeniden Değerleme Fonu.

Kanuni yedek akçe hallerinden bir tanesi de şirketin kendi paylarını iktisap etmesi sebebiyle ayrılması gereken zorunlu yedek akçelerdir⁵⁵¹. Şirketin iktisap ettiği kendi payları şirket bilançosunun aktifinde yer alırken, pasifte yedek akçe ayrılmasıyla birlikte işlemin bilanço değeri bakımından nötr olması ve tasfiye sırasında bir değer ifade etmemesi sağlanmaktadır⁵⁵². Şirketin kendi paylarını iktisap etmesi halinde yedek akçe ayrılmasının bir diğer sebebi ise, şirketin kendi paylarını iktisap etmesinin getireceği riski bertaraf etmektir. Zira bir anonim şirketin kendi paylarını iktisap etmesi halinde, şirket herhangi bir sebepten zarara uğradığı takdirde, şirketin sahip olduğu paylarının da iktisadi değeri düşecek ve şirketin uğradığı zarar artarak etkisini gösterecektir. Öğretide çifte zarar olarak ifade edilen bu etkinin dengelenmesi için, kanun koyucu iktisap edilen paylar için yedek akçe ayrılması zorunluluğu getirmiştir⁵⁵³.

Yedek akçenin ayrılması veya kullanılması konusundaki kurallar kanundan değil de şirketin iradesinden kaynaklanıyorsa bu durumda ihtiyari yedek akçe söz konusu olacaktır. İhtiyari yedek akçe, kanuni bir zorunluluk bulunmaksızın belirli bir amaç için veya belirli bir amaç öngörmeksizin şirketin kendi iradesi ayırdığı yedek akçelerdir⁵⁵⁴. İhtiyari yedek akçe de kendi içinde ikiye ayrılmaktadır. İhtiyari yedek akçenin ilk türü, şirket esas sözleşmesi uyarınca ayrılan yedek akçelerdir. Yedek akçenin diğer türü ise, yedek akçenin şirket organı kararı⁵⁵⁵ ile ayrılan yedek akçelerdir⁵⁵⁶. Türk hukukunda yedek akçe ayırma kararı genel kurul tarafından alındığı

⁵⁵¹ Von Büren/Stoffel/Weber, s.270, Tekinalp, **Yeni Hukuk**, s.503, Gürbüz Usluel, s.20, Neuhaus/Balkanyi, **Basler Komm-2012**, s.696.

⁵⁵² Moroğlu, **Sermaye Artırımı**, s.220.

⁵⁵³ Çifte zarar kavramı ve kanuni yedek akçe zorunluluğunun bu kavramla bağlantısı için bkz. Gürel, s.73.

⁵⁵⁴ Tekinalp, **Yeni Hukuk**, s.506. Diğer bir tanımla ihtiyari yedek akçeler, kanunun ayrılmasını zorunlu kılmadığı yedek akçelerdir. Bkz. Senarçes, s.225.

⁵⁵⁵ Türk hukukunda yedek akçe ayırma kararı alma yetkisi esasen genel kurula aittir ve bu yetki devredilmez niteliktedir (TTK m.408). Bununla birlikte kavramı tanımlarken, sadece genel kurulun ayırdığı yedek akçelerden bahsetmek isabetli değildir. Öncelikle çeşitli hukuk sistemlerinde, yedek akçe ayrılması kararı yönetim kurulunun yetkisine bırakılmıştır. Ayrıca bazı hukuk sistemlerinde bu yetki, çeşitli şirket organları arasında paylaştırılmıştır.

İkinci olarak Türk hukukunda da yönetim kurulu tarafından yedek akçe ayrılması esasen mümkündür. Yönetim kurulu finansal tabloları hazırlarken ve malvarlığı unsurlarının değerlerini tespit ederken, isteyerek veya sehven malvarlığı unsurlarının değerini düşük gösterebilir. Bu durumun hukuka aykırılığı ayrı bir konu olmakla birlikte, bu şekilde doğan fonların da yedek akçe niteliğinde olduğu göz ardı edilemez. Bu konuda açıklama için bkz. Aşağıda Bilançoda Görülmesine Göre Yedek Akçeler. Yönetim kurulu tarafından ayrılan gizli yedek akçeleri de ihtiyari yedek akçe başlığı altında değerlendiren yazarlara örnek olarak bkz. Senarçes, s.52.

Bu nedenle yedek akçe ayrılmasını kuramsal olarak genel kurula hasretmek isabetli değildir.

⁵⁵⁶ Bu noktada gerek ETTK gerekse TTK hükümlerinde sistematik olarak bir sorun göze çarpmaktadır. Şirketin isteği ile ayrılacak yedek akçeleri düzenleyen TTK m.521 (ETTK m.467 f.2) hükmü sadece esas sözleşme ile ayrılan yedek akçelere değinmektedir. Genel kurul kararları ile yedek akçe ayrılmasına ilişkin düzenleme ise kâr payı ile yedek akçeler arasındaki ilişkiyi düzenleyen TTK

için bu yedek genel kurul kararı ile ayrılan yedek akçeler olarak isimlendirilmektedir. Ancak genel kurul kararı ile ayrılan yedek akçeye “olağanüstü yedek akçe⁵⁵⁷” de denilmektedir⁵⁵⁸.

Bu noktada TTK m.521 hükmünün birinci cümlesi uyarınca esas sözleşmede yapılacak bir düzenleme ile genel kanuni yedek akçenin daha yüksek bir oranda ayrılmasına veya daha yüksek bir miktarda ayrılması kararlaştırılmasına değinmek gerekmektedir. Acaba bu durumda, genel kanuni yedek akçeye eklenen ancak esas sözleşme ile artırılmış bu kısım kanuni yedek akçe niteliğinde mi yoksa ihtiyari yedek akçe niteliğinde mi olacaktır? Bu sorun salt kuramsal bir ayrıma ilişkin olmayıp aynı zamanda uygulamaya yönelik sonuçlar da içermektedir. Şöyle ki, kanun, genel kanuni yedek akçenin kullanımını belirli ve katı koşullara bağlamıştır. Ancak ihtiyari yedek akçe için böyle bir düzenleme yoktur. Eğer esas sözleşmedeki hükme binaen ayrılan kısım, kanuni yedek akçe olarak kabul edilirse, bu yedek akçenin harcanması da kanuni yedek akçeye ilişkin kurallara tabi olacaktır⁵⁵⁹. Ayrıca bizim kabul ettiğimiz görüşe göre, kanuni yedek akçelerin kullanılmasına ilişkin hükümler alacaklıları ve kamuyu korumayı hedeflediği için, bu hükümlere aykırılık halinde butlan yaptırım söz konusu olacaktır. Halbuki, ihtiyari yedek akçeler üzerinde şirketin tasarruf yetkisi olduğu için, esas sözleşme uyarınca ayrılan yedek akçe hükümleri bakımından iptal edilebilirlik daha uygun bir çözümdür. Doktrinde esas sözleşme ile de getirilmiş olsa bu şekilde ayrılan bir yedek akçenin kanuni yedek akçe niteliğinde olduğu kabul edilmektedir⁵⁶⁰.

m.523 (ETTK m.469) hükmünde yer almaktadır. Bu sorun ETTK döneminde de dile getirilmiştir. Bkz. Tekinalp, **Yedek Akçeler**, s.335. Bu sorunun TTK’da düzeltilmemesi isabetli olmamıştır. Ayrıca, TTK m.521’de ihtiyari yedek akçeler başlığı altında getirilen düzenlemede, kanuni yedek akçenin sınırlarına ilişkin düzenleme getirilmiştir. Kanaatimizce bu düzenlemede yedek akçelerin sistematik şekilde incelenmesini zorlaştıran bir düzenlemedir.

⁵⁵⁷ Torrione/Barakat, **CR, Art. 671**, para.7. Yedek akçenin “olağanüstü” niteliğinin yedek akçenin olağanüstü hallerde kullanılacak olmasından kaynaklandığı iddia edilmektedir. Bkz. Kayıhan/Çetiner, s.14.

⁵⁵⁸ Senarçles, s.52, Yanlı, **AŞ’de Kâr Dağıtımı**, s.24. Olağanüstü yedek akçe kavramı yerine İsviçre öğretisinde “*ad-hoc yedek akçe*” ifadesi de kullanılmaktadır. Bkz. Von Büren/Stoffel/Weber, s.272. Benzer şekilde “*reserve libre*” (“*serbest yedek akçe*”) ifadesi de kullanılmışsa da (bkz. Bucheler, s.291) kanaatimizce bu ifade şirketin üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği “serbest yedek akçeler” ile karışıklığa yol açabilir. O nedenle bu çalışmada genel kurul kararı ile ayrılan yedek akçe veya bununla eş anlamlı olacak şekilde olağanüstü yedek akçe kavramı kullanılmıştır.

⁵⁵⁹ Tekinalp, **Yedek Akçeler**, s.278.

⁵⁶⁰ Tekinalp, **Yedek Akçeler**, s.278 ve tekrar s.338, Karayalçın, **Bilanço Hukuku**, s.73, Moroğlu, **Sermaye Artırımı**, s.216. Bir diğer görüş ise genel kanuni yedek akçenin ödenmiş sermayenin %20sine ulaşmasına rağmen ayrılan yedek akçenin genel yedek akçe değil, ihtiyari yedek akçe olacağını belirtmektedir. Bkz. Kayıhan/Çetiner, s.12-13, Gürbüz Usluel, s.22.

Yedek akçenin ihtiyari olması, şirketin bu konuda mutlak tasarruf yetkisi olduğu anlamına gelmemektedir. İhtiyari olarak yedek akçe öngörüldüğü takdirde, şirketin söz konusu yedek akçeyi ayırması zorunlu hale gelmektedir. İhtiyari yedek akçelerin “ihtiyari” niteliği, yedek akçenin ayrılıp ayrılmamasında değil, yedek akçe ayrılmasına ilişkin kuralın muhafaza edilip edilmemesi konusunda kendini göstermektedir⁵⁶¹. O nedenle de özellikle esas sözleşmede yedek akçe ayrılmasına yönelik bir hüküm bulunduğu takdirde, şirket organları finansal tabloları hazırlarken ve onaylarken bu yükümlülüğe uygun davranmakta zorundadır.

Yetkili organ, ihtiyari yedek akçenin nasıl ayrılacağı ve nasıl kullanılacağı konusunda belirleme yaparken geniş bir serbestiye sahiptir⁵⁶². Ancak yetkinin geniş olması, sınırsız olduğu anlamına da gelmemektedir. Örneğin genel kurul kararı ile olağanüstü yedek akçe ayrılması, pay sahiplerinin kâr payı hakkını sınırladığı için, genel kurulun yedek akçe ayrılması kanunda belirtilen şartların varlığı ile sınırlandırılmıştır⁵⁶³. Aynı ilke esas sözleşme uyarınca ayrılacak yedek akçeler bakımından da geçerlidir. Örneğin herhangi bir süreye bağlı olmaksızın şirketin elde ettiği kârın tamamının yedek akçe ayrılmasına yönelik bir esas sözleşme hükmü batıl olacaktır (TTK m.447).

c. Yedek Akçenin Kullanılabilirliği Bakımından

Yedek akçelerin çalışma konumuz olan kâr payı hakkı bakımından en önemli özelliği, yedek akçelerin kâr dağıtımı için kullanılıp kullanılmayacağına yönelik ayrımıdır. Bu ayrımın temelinde, TTK m.509 f.2 hükmü yatar. Maddeye göre, şirket serbest yedek akçelerden kâr dağıtımı yapabilir. Buradan hareketle şirketin kâr dağıtımı için kullanabileceği yedek akçeler serbest yedek akçeleri oluşturur. Serbest yedek akçenin karşıt kavramı ise bağlı yedek akçelerdir. Bağlı yedek akçeler şirketin doğrudan⁵⁶⁴ kâr dağıtımında kullanamayacağı yedek akçeleri ifade etmektedir.

⁵⁶¹ Tekinalp, **Yedek Akçeler**, s.340. İlaveten kanuni yedek akçenin ayrılması gibi hangi şartlarda kullanılacağı da düzenlenmiştir. Halbuki iradi yedek akçelerde yedek akçenin hangi şartlarda kullanılacağını belirlenmesi ve bu amacın değiştirilmesi de yine şirketin iradesine bırakılmıştır. Bkz. Senarçles, s.227.

⁵⁶² Tekinalp, **Yedek Akçeler**, s.279.

⁵⁶³ Bu konuda detaylı açıklama için bkz. Dördüncü Bölüm-I-A-Genel Kurul Kararlarının İptal Sebepleri.

⁵⁶⁴ Esasen bağlı yedek akçelerin de dolaylı olarak kâr dağıtımına olumlu etki ettiği söylenebilir. Örneğin sadece zararın kapatılması amacına yönelik yedek akçeler, bağlı yedek akçe niteliğindedir. Ancak bağlı yedek akçelerin zararın kapatılması amacı ile kullanılması, bu zararların daha sonra elde edilecek kâr ile kapatılması zorunluluğundan şirketi kurtaracak ve gelecekte kâr dağıtımına temel oluşturacaktır. O nedenle de doğrudan dağıtım yoluyla olmasa da dolaylı olarak yedek akçelerin de kâr payı hakkına olumlu bir etkisi olduğu göz ardı edilmemelidir. Ancak serbest-bağlı yedek akçe ayrımı

Belirtmek gerekir ki, bu başlık altında ele aldığımız bağlı-serbest yedek akçe ayrımı, bir önceki başlıkta incelenen kanuni-ihtiyari yedek akçe ayrımından farklıdır. Yukarıda değinildiği gibi, kanuni-ihtiyari yedek akçe ayrımının hukuki temelini ortaya koymaktadır ve yedek akçenin kullanılabilirliği konusunda mutlak bir sonuç vermez. Öte yandan bağlı-serbest ayrımı ise ister kanuni ister ihtiyari olsun, yedek akçe üzerinde tasarruf yetkisi bulunup bulunmadığı sorusuna dayanır. Bu nedenle kanuni yedek akçelerin mutlak surette bağlı, ihtiyari yedek akçelerin ise mutlak surette serbest nitelikte olduğu sonucuna varmak hatalı olur. Elbette bazı durumlarda kanuni yedek akçe, aynı zamanda bağlı nitelikte de olabilir. Örneğin TTK m.519 uyarınca ayrılan genel kanuni yedek akçenin esas sermayenin yarısını geçmemesi halinde, bu yedek akçe karşılığı üzerinde yönetim kurulunun ve genel kurulun tasarruf yetkisi sınırlandırılmıştır⁵⁶⁵. Bu durumda genel kanuni yedek akçe, ayrılmasının dayanağı bakımından kanuni, tasarruf imkanının sınırlandırılması bakımından ise bağlı niteliktedir. Öte yandan genel kanuni yedek akçenin sermayenin yarısını aşması halinde, kanuni yedek akçe üzerinde tasarruf mümkün olacağından, bu kısım serbest yedek akçe niteliğindedir⁵⁶⁶.

Bazı hallerde, serbest yedek akçeleri de kendi içinde çeşitli gruplara ayırmak mümkündür. Bazı serbest yedek akçeler, ayrılma amaçları itibariyle serbest yedek akçe niteliğindedirler. Örneğin düzenli kâr payı dağıtımının sağlanması amacıyla ayrılan yedek akçeler bakımından durum esasen böyledir. Bu nitelikteki yedek akçeler, tutarlarından bağımsız olarak genel kurul tarafından dağıtılmaya elverişlidir.

Bazı hallerde ise yedek akçe, ayrılma amacından dolayı değil, miktarından dolayı serbest yedek akçe niteliği kazanmaktadır. Örneğin TTK m.519'da düzenlenen genel kanuni yedek akçe bakımından durum böyledir. Genel kanuni yedek akçe, şirket sermayesinin %50'sini aşana kadar sadece kanunda belirtilen amaçlar için kullanılabilir. Bir diğer ifade ile genel kanuni yedek akçe belirli bir tutarı aşana kadar pay sahiplerine dağıtılamaz. Ancak genel kanuni yedek akçe ilk olarak bağlı yedek akçe niteliğinde olsa da genel kanuni yedek akçenin belirli bir tutarı aşan kısmı serbest yedek akçe niteliği kazanacaktır.

bağlamında dikkate alınan ölçüt doğrudan dağıtımına izin verilmedi ve bağlı yedek akçeler bakımından genel kurulun dağıtım kararı alması mümkün değildir.

⁵⁶⁵ Kanuni yedek akçeler, esas sermayenin yarısını aşmadığı takdirde, sermaye artırımı için kullanılamayacağı yönünde bkz. Moroğlu, **Sermaye Artırımı**, s.217.

⁵⁶⁶ Birçok yazar yerine örnek olarak Tekinalp, **Yeni Hukuk**, s.504, Von Büren/Stoffel/Weber, s.270. Alman hukuku açısından bkz. Vetter, **Kurz Kommentar (Henssler/Strohn)**, s.1562.

Yedek akçelerin finansal kökeni ile yedek akçenin kullanılabilirliği konularını da birbirinden ayırmak gerekmektedir. Serbest yedek akçelerin çoğunlukla kârdan ayrılan kârlar ile sağlanacağı doğrudur. Bununla birlikte pay sahipleri tarafından getirilen bu nedenle de sermayeden ayrılan yedek akçelerin de serbest yedek akçe niteliği taşıyamayacağı söylenemez. Bu konuda en önemli örnek çıkarma primlerinin kâr payı olarak dağıtılmasıdır⁵⁶⁷. Çıkarma primleri, TTK m.519 uyarınca genel kanuni yedek akçeye eklenmektedir. Genel kanuni yedek akçenin sermayenin yarısını aşan kısmı serbest nitelikte olduğundan, çıkarma primlerinin de bu kapsamda dağıtılması mümkün olmaktadır. O nedenle de Türk hukuku bakımından serbest yedek akçenin sadece kârdan ayrılan yedeklerden kaynaklandığını söylemek mümkün değildir.

d. Yedek Akçelerin Bilançoda Görünürlüğü Bakımından

i. Kavramların Açıklanması

Yedek akçeler ile ilgili diğer bir ayrım, oluşan yedek akçenin şirket bilançosunda tamamen veya kısmen yer alıp almadığına göre yapılan bir ayrımdır. Zira bazı yedek akçe kalemleri yedek akçe adını taşıyan veya taşımasının şirketin finansal tablolarında tam değerleri ile birlikte görülebilir. Bu gibi bilançoda tam olarak görülen yedek akçeler açık yedek akçelerdir⁵⁶⁸. Açık yedek akçelerin varlığı ve tutarları pay sahipleri tarafından bilinir⁵⁶⁹. Açık yedek akçeler, hukuki dayanaklarına göre kanuni veya ihtiyari olabilecekleri gibi, şirketin dağıtma yetkisi bakımından bağlı veya serbest nitelikte de olabilirler⁵⁷⁰. Yedek akçenin hukuki kaynağı yahut genel kurulun yedek akçe üzerindeki tasarruf yetkisi, açık yedek akçe niteliği bakımından önemli değildir.

Öte yandan, bazı yedek akçeler bilançoda açık şekilde yer almazlar veya yedek akçenin varlığı bilançonun basit bir inceleme ile anlaşılabilir dahi, ayrılan yedek akçe tutarının aynı şekilde tespit edilmesi mümkün değildir⁵⁷¹. Bu durumların varlığında gizli yedek akçenin varlığından söz edilebilir. Gizli yedek akçe, net malvarlığının gerçek değeri ile bilanço değeri arasındaki fark olarak tanımlanmaktadır⁵⁷². Bir başka

⁵⁶⁷ Çıkarma primlerinin serbest yedek akçe niteliği ve kâr payı olarak dağıtılması konusunda Aşağıda II-A-2-b-ii-02 Çıkarma Primleri.

⁵⁶⁸ Kavramı kullanan yazarlara örnek olarak bkz. Karayalçın, **Bilanço Hukuku**, s.61, Tekinalp, **Yedek Akçeler**, s.281.

⁵⁶⁹ Karayalçın, **Bilanço Hukuku**, s.61.

⁵⁷⁰ Tekinalp, **Yedek Akçeler**, s.281.

⁵⁷¹ Türk, **Gizli Yedek Akçeler**, s.176.

⁵⁷² Kâgi, s.311, Birsal, s.43, Tekinalp, **Yedek Akçeler**, s.281, Türk, **Gizli Yedek Akçeler**, s.174.

tanıma göre ise gizli yedek akçe “*şirket esas sermayesini aşan net malvarlığının bilançoda görünmeyen kısmıdır*”⁵⁷³.

Gizli akçenin farklı şekillerde ortaya çıkması mümkündür. Doktrinde yedek akçe ayrılması bakımından hukuka uygunlukları tartışmalı olmakla birlikte fiilen aşağıdaki yöntemlerin kullanıldığı belirtilmektedir⁵⁷⁴:

- Aktiflerin maliyet/imalat değerlerinden düşük gösterilmesi,
- Aktiflerin finansal tablolarda gösterilmemesi,
- Amortisman paylarının olduğundan yüksek gösterilmesi⁵⁷⁵,
- Gerçekte var olmayan (fiktif) pasiflere finansal tablolarda yer verilmesi.

Gizli akçenin ortaya çıkış şekline göre, bilinçli veya bilinçsiz olarak ikiye ayırarak incelemek mümkündür⁵⁷⁶. Bilinçli gizli yedek akçe (“*bewusste stille Reserven*”) gizli yedek akçeyi ayıran organın iradi olarak gizli yedek akçe ayırması halinde söz konusu olur. Örneğin şirketin bir malvarlığı unsurunun gerçek değerinin altında bilançoya geçirilmesi veya gerçekte mevcut olmayan bir alacağın bilançonun pasif kısmına yazılmasında durum böyledir⁵⁷⁷. Diğer yandan bazı hallerde gizli yedek akçe, şirketin iradesi olmaksızın kendiliğinden ortaya çıkar. Örneğin bir malvarlığı unsurunun gerçek değerinin isabetli olarak belirlenememesi veya değerinde sonradan bir değişiklik meydana gelmesi halinde, şirketin iradesinden bağımsız olarak bir yedek akçe oluşur⁵⁷⁸. Bu şekilde oluşan yedek akçeler ise bilinçli olmayan gizli yedek akçe (*umbewusste stille Reserven*) olarak tanımlanmaktadır⁵⁷⁹.

Doktrinde yapılan ve gizli yedek akçelerin hukuka uygunluğu bakımından da önem taşıyan diğer bir tasnif uyarınca, gizli yedek akçeler oluşum şekillerine göre üçe ayrılarak incelenebilir⁵⁸⁰:

- i. İradi Gizli Yedek Akçeler: Yönetim kurulu şirket finansal tablolarını düzenlerken bilerek ve isteyerek bazı aktif kalemlerini düşük değerden pasif kalemleri ise gerçek değerinin üzerinden bilançolaştırabilir. Bu

⁵⁷³ Tekinalp, **Yedek Akçeler**, s.377.

⁵⁷⁴ Tüm örnekler için bkz. Tekinalp, **Yedek Akçeler**, s.387.

⁵⁷⁵ Bu yöntemin uygulamada başvurulan bir yöntem olduğu yönünde bkz. Folliet, s.317.

⁵⁷⁶ Tekinalp, **Yedek Akçeler**, s.282.

⁵⁷⁷ Tekinalp, **Yedek Akçeler**, s.282. Bu gibi yedek akçeler dar anlamda yedek akçe olarak da tanımlanmaktadır. Bkz. Von Büren/Stoffel/Weber, s.274, Karayalçın, **Bilanço Hukuku**, s.75.

⁵⁷⁸ Tekinalp, **Yedek Akçeler**, s.282-283. Bu hallerde ortaya çıkan yedek akçelerin engellenemez nitelikte olduğu belirtilmektedir. Bkz. Von Büren/Stoffel/Weber, s.274.

⁵⁷⁹ Tekinalp, **Yedek Akçeler**, s.282.

⁵⁸⁰ Kapsamlı açıklama için bkz. Türk, **Gizli Yedek Akçeler**, s.199 vd.

şekilde, yönetim kurulunun iradesi ile ayrılan yedek akçeler, iradi gizli yedek akçeleri oluştururlar⁵⁸¹.

- ii. Takdiri Gizli Yedek Akçeler: Şirket malvarlığı unsurlarının değerlemesi her zaman kesinlik arz etmez. Bazı hallerde şirket yöneticileri, malvarlığı unsurlarının değerini belirlerken öngörülerde bulunmak zorunda kalırlar. Bilanço hukukunda kabul edilen ihtiyatlılık ilkesinin bir sonucu olarak, söz konusu öngörülerde şüphe halinde, aktiflerde değerin az gösterilmesi, pasiflerde ise değerin veya riskin yüksek kabul edilmesi gerekmektedir⁵⁸². İşte bu hallerde, gizli yedek akçe oluşması söz konusu olabilir⁵⁸³. Belirtmek gerekir ki, takdiri gizli yedek akçeler, iradi gizli yedek akçelerden amaç bakımından farklılık arz eder. Zira takdiri gizli yedek akçelerde amaç gizli yedek akçe ayrılması değildir. Gizli yedek akçe, değerlendirme işleminin doğası gereği barındırdığı belirsizlik karşısında ihtiyatlı tercih yapılmasından doğar. Ancak takdiri yedek akçelerin ihtiyatlılık ilkesinin ötesine geçecek şekilde ayrılması halinde, artık bu yedek akçeleri de iradi gizli yedek gibi değerlendirmek gerekecektir⁵⁸⁴.
- iii. Kendiliğinden Oluşan (Zorunlu) Gizli Yedek Akçe: Yönetim organının iradesinden bağımsız olarak şirketin malvarlığı unsurlarında ticari hayatın getirdiği değer değişiklikleri sonucunda kendiliğinden ortaya çıkan gizli yedek akçeler de olabilir⁵⁸⁵. Örneğin maliyet değeri üzerinden bilançoya geçirilen bir taşınmazın değeri daha sonra artış gösterdiği takdirde, şirket bilançosuna yansımayan bir gizli yedek akçe ortaya çıkmış olacaktır. Bu gibi malvarlığı unsurlarındaki değer değişikliklerinden dolayı oluşan yedek akçelere kendiliğinden oluşan (zorunlu) gizli yedek akçe denilmektedir. Kendiliğinden oluşan gizli yedek akçeler, ilgili malvarlığı unsurunun belirli

⁵⁸¹ Torrion/Barakat, **CR, Art 960**, para.24, Türk, **Gizli Yedek Akçeler**, s.200. Benzer şekilde ayrılma koşulları ortadan kalktığı için serbest kalan karşılıkların karşılık olarak tutulması da yine bu kapsamda değerlendirilmektedir. Bkz. Handschin, **Rechnungslegung**, s.386, Türk, **Gizli Yedek Akçeler**, s.200.

⁵⁸² Torrion/Barakat, **CR, Art 960**, para.25. *Böckli* ihtiyatlılık ilkesini, olgulara dayanan değerlendirmelerden şirket adına olumsuz olanın tercih edilmesi olarak tanımlamaktadır. Bkz. Böckli, **OR-Rechnungslgung**, s.284.

⁵⁸³ Torrion/Barakat, **CR, Art 960**, para.25, Türk, **Gizli Yedek Akçeler**, s.203 vd., Muller.26, Handschin, **Rechnungslegung**, s.387.

⁵⁸⁴ Türk, **Gizli Yedek Akçeler**, s.204, Böckli, **OR-Rechnungslgung**, s.284, Muller, s.27, Handschin, **Rechnungslegung**, s.387.

⁵⁸⁵ Torrion/Barakat, **CR, Art 960**, para.23, Muller, s.26, Handschin, **Rechnungslegung**, s.386.

bir karşı edim ile elden çıkartılması veya malvarlığının yeniden değerlendirilmesi gibi yollarla açık yedek akçe haline getirilebilirler⁵⁸⁶.

Gizli yedek akçeler konusundaki bir diğer sorun ise gizli yedek akçelerin nasıl kullanılacağı konusundadır. Gizli yedekler, çeşitli şekillerde ortadan kalkabilir. İlk olarak gizli yedekler, şirketin zararı yoluyla kendiliğinden ortadan kalkabilir⁵⁸⁷. Bu durumda şirket bilançosunda bir düzeltme söz konusu olmayacağından, genel kurulun bu konuda bir karar alması da söz konusu olmayacaktır. Aynı sebepten ötürü, pay sahipleri gizli yedek akçenin oluşumundan habersiz oldukları için gizli yedeğin kullanılmasından da habersiz olacaklardır.

Gizli yedeklerin kullanılması, bu yedeklerin bilançoya geçirilmesi yoluyla da gerçekleşebilir⁵⁸⁸. Yönetim kurulu, gizli yedeklerin açık hale getirilmesi konusunda bir karar alarak, gizli yedekleri açık hale getirebilir⁵⁸⁹. Bu durumda karar alan organ aslen yönetim kuruludur. Ancak söz konusu işlemle gizli yedek akçeler açık yedek akçe haline getirildiğinden, genel kurul da yıllık bilançoyu onaylamak suretiyle bu sürece dahil olmaktadır.

Son olarak, gizli yedek akçenin oluşumu, bir şirket varlığının değerinin olduğundan düşük gösterilmesi yoluyla sağlanmışsa, söz konusu malvarlığının elden çıkartılması karşılığında alınan ivaz da bilanço yer alacağından gizli yedek ortadan kalkmış olacaktır⁵⁹⁰. Ancak bunun dışında, azınlık pay sahibinin şirketin gizli yedek akçelerinin açık hale getirilmesini talep etme yetkisi kural olarak bulunmamaktadır⁵⁹¹.

⁵⁸⁶ Muller, s.27, Türk, **Gizli Yedek Akçeler**, s.202.

⁵⁸⁷ Türk, **Gizli Yedek Akçeler**, s.217-218.

⁵⁸⁸ Türk, **Gizli Yedek Akçeler**, s.215.

⁵⁸⁹ Von Büren/Stoffel/Weber, s.273.

⁵⁹⁰ Böckli, **OR-Rechnungslegung**, s.293, Türk, **Gizli Yedek Akçeler**, s.215. Yazar bu işlemi “realizasyon” olarak tanımlamaktadır.

⁵⁹¹ Genel kural bu yönde olsa da bazı hallerde, pay sahibinin gizli yedek akçelerin tespit edilmesini istemesi mümkün olacaktır. Gizli yedek akçeler şirketin gerçek değeri üzerinde etkili olduğu için, TTK hükümleri arasında pay sahibinin paylarının gerçek değeri ile satın alınmasını talep etme hakkı olduğu durumlarda, gizli yedek akçelerin tespiti ihtiyacı da doğacaktır. Örneğin TTK m.202 f.2 uyarınca şirket paylarının gerçek değeri üzerinden satın alınması, TTK m.531 uyarınca haklı sebeple fesih davasında hakimin davacının paylarının satın alınmasını istemesi bu gibi hallere örnektir. Ayrıca şirketin gerçek değeri teklif ederek pay devrine onay vermektan kaçındığı (TTK M.494) ve hakim teşebbüsün payları satın alma hakkının olduğu hallerde (TTK m.208) de pay sahibinin veya hakim teşebbüsten geldiği hallerde de pay sahibinin gerçek değer tespiti kapsamında gizli yedek akçelerin tespit edilmesini talep etmesi söz konusu olacaktır.

ii. Gizli Yedek Akçelerin Hukuka Uygunluğu

01. De lege feranda Değerlendirme

Gizli yedek akçeler, şirketler hukuku açısından tartışmalı bir konudur. Gizli yedek akçeler, şirkete finansal düzeni bakımından bir esneklik tanıdığı için fayda sağladığı⁵⁹² ve daha fazla kârın şirket bünyesinde tutulmasına olanak sunduğu için, pay sahipleri dışındaki menfaat sahiplerinin lehine bir durum yarattığı iddia edilmektedir⁵⁹³. Gizli yedekler ile pay sahiplerinin kâr payı alma hakkı kısa vadede sınırlanırken, şirketin ve alacaklıların uzun vadeli menfaatlerinin korunduğu belirtilmektedir⁵⁹⁴. Bu nedenle de gizli yedek akçe belirli dönemlerde hüsn-ü kabul görmüş, şirketin finansal düzenini kendi kaynakları ile kurması için bir imkân olarak değerlendirilmiştir.

Öte yandan, gizli yedek akçeler bazı çok önemli sakıncalar taşımaktadır. Öncelikle pay sahiplerinin kâr payı hakkını azaltması sebebiyle, gizli yedek akçelere şüphe ile yaklaşılması gereklidir⁵⁹⁵. Ancak çok daha önemlisi, gizli yedek akçeler pay sahiplerinin bilgi alma hakkını ve genel kurulun şirketin finansal düzeni hakkında karar verme yetkisini fiilen sınırlamaktadır⁵⁹⁶. Gizli yedek akçelerin şirket menfaati için yararlı olduğunu savunan görüş, gizli yedek akçeler yoluyla şirketin uzun vadede kâr dağıtımını gerçekleştirebileceğini belirtmektedirler. Ancak bu durumda pay sahipleri yöneticilerin takdirine bağlı olarak gelecekteki istikrarlı kâr beklentisine mahkûm bırakılmaktadırlar⁵⁹⁷.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, gizli yedek akçelerden elde edilebilecek yararlar zaten, olağanüstü yedek akçelerden de sağlanabilecektir. Gizli yedek akçelerin “şirketin uzun vadeli kârlılığını sağlamak” veya “otofinansmanı kuvvetlendirmek” gibi amaçları genel kurul kararı vasıtasıyla ayrılan yedek akçelerle de sağlanabilir⁵⁹⁸. Bu durumda gizli yedek akçelerin taşıdığı riskler dikkate alındığında, gizli yedek akçeleri mümkün

⁵⁹² Von Büren/Stoffel/Weber, s.274.

⁵⁹³ Karayalçın, **Bilanço Hukuku**, s.76.

⁵⁹⁴ Kayıhan/Çetiner, s.17.

⁵⁹⁵ Tekinalp, **Yedek Akçeler**, s.301, Türk, **Gizli Yedek Akçeler**, s.177.

⁵⁹⁶ Von Büren/Stoffel/Weber, s.274, Türk, **Gizli Yedek Akçeler**, s.185, İmregün, **Kâr Payı**, s.416. Gizli yedek akçeler ile ilgili temel sorunun pay sahiplerini kâr payı hakkından değil, pay sahiplerini şeffaflıktan ve yedek akçeler konusunda karar verme yetkisinden mahrum bırakması olduğu belirtilmektedir. Handschin, **Rechnungslegung**, s.390.

⁵⁹⁷ Türk, **Gizli Yedek Akçeler**, s.185.

⁵⁹⁸ Gizli yedek akçelerden elde edilebilecek faydaların büyük oranda açık yedek akçelerle de sağlanabileceği yönünde bkz. Türk, **Gizli Yedek Akçeler**, s.179. Nitekim *Tekinalp* de ETTK’da yer alan gizli yedek akçe ayırma amaçlarının genel kurul kararı ile ayrılan olağanüstü yedek akçe ayrılması amacı ile aynı olduğunu belirterek, benzer bir hususu işaret etmektedir. Bkz. Tekinalp, **Yedek Akçeler**, s.379-380.

olduğunca sınırlayarak, gizli yedek akçelerden beklenen menfaatleri şeffaflığı da sağlayacak şekilde açık yedek akçelere yüklemek daha yerinde bir tercih olacaktır. Üstelik, genel kurul kararlarına karşı iptal davası açılması ve yedek akçe ayrımının hukuka uygunluğunun denetimi mümkündür. Halbuki, gizli yedeklerin hukuki denetime tabi kılınması hukuken zordur, zira kanun yönetim kurulu kararları bakımından kural olarak iptal davası açılmasına izin vermemektedir⁵⁹⁹. İlâveten gizli yedek akçeler, genel kurul tarafından ayrılan yedek akçelerden farklı olarak tespit edilmeleri zor olduğu için hukuken tanınan başvuru imkanlarından yararlanılması fiilen de kısıtlanmıştır.

Üstelik bilançonun açıklığı ilkesi ile gizli yedek kavramının tam olarak örtüşmediğini belirtmek gerekir⁶⁰⁰. Bu durum dolaylı olarak alacaklıların menfaatinin de zarar görmesine yol açar. Gizli yedek akçe ayrılmasına sempati ile yaklaşan görüşler, gizli yedek akçelerin şirket malvarlığını muhafaza ederek alacaklıların korunmasını sağladı noktasından hareket etmektedirler. Ancak gizli yedek akçeler iş yılındaki başarısını gizleyici bir etkiye sahip olabilir. Örneğin kârlılık oranı düşmüş bir şirketin geçmişte ayırdığı gizli yedek akçelerin kâr olarak dağıtılması yoluyla bu başarısızlığını gizlemesi mümkündür⁶⁰¹. Başarılı bir şirket başarısız görünebileceği gibi, tersi de aynı derece mümkündür. Bu durumda finansal tabloların “erken uyarı işlevi⁶⁰²” ortadan kalkacağından, yalnızca pay sahipleri için değil aynı zamanda alacaklılar açısından da sakıncalı sonuçlar doğurabilir⁶⁰³.

İlâveten gizli yedek akçeler aynı zamanda şirketin finansal durumu bakımından daha etkin bilgi alma imkânına sahip olan yöneticiler ve hâkim pay sahipleri bakımından önemli bir bilgi avantajı oluşturmaktadır⁶⁰⁴. Azınlık pay sahipleri ve alacaklılar finansal tablolardan kısmi bilgi alırken, yöneticiler ve hâkim pay

⁵⁹⁹ Böckli, **OR-Rechnungslegung**, s.283.

⁶⁰⁰ Tekinalp, **Yedek Akçeler**, s.381, Karayalçın, **Bilanço Hukuku**, s.76. *Birsel* ise, gizli yedek akçelerin bilançonun doğruluğu ilkesine aykırı olmadığını, zira bu durumda şirketin durumunun olduğundan iyi gösterilmesinin söz konusu olmadığını belirtmektedir. Bkz. *Birsel*, s.44. Kanaatimizce dürüstlük ilkesini sadece şirketin durumunun olduğundan daha iyi gösterilmesine indirgemek isabetli değildir. Şöyle ki, bilanço kuralları sadece alacaklıları değil, şirket pay sahiplerini de korur. Bu durumda şirketin durumunun olduğundan kötü gösterilmesi şirketin azınlık pay sahiplerinin kâr payı hakkını ve bu kararın nasıl kullanılacağına karar verme hakkını ihlal eder. O nedenle dürüstlük ilkesi çift yönlü olup şirketin durumunun hem olduğundan iyi hem de olduğundan kötü gösterilmesini engellemelidir.

⁶⁰¹ Tekinalp, **Yedek Akçeler**, s.386. Gizli yedek akçelerin çözülmesi yoluyla kâr dağıtımının çok istinai hallerde kullanılması ve bu durumun mutlaka finansal tablo eklerinde açıklanamı gerektiği yönünde bkz. Böckli, **OR-Rechnungslegung**, s.294.

⁶⁰² Kavram için bkz. Türk, **Gizli Yedek Akçeler**, s.187.

⁶⁰³ Türk, **Gizli Yedek Akçeler**, s.186-188.

⁶⁰⁴ Tekinalp, **Yedek Akçeler**, s.387, Türk, **Gizli Yedek Akçeler**, s.184.

sahiplerinin şirketin durumunu tam olarak görme imkanı bulunmaktadır. Buna bağlı olarak, yöneticilerin veya hâkim pay sahiplerinin şirketin değerini olduğundan düşük göstererek diğer pay sahiplerinin paylarını daha düşük bir değerden satmaya ikna etmeleri imkânı doğmaktadır⁶⁰⁵.

Nitekim karşılaştırmalı hukukta da şirkete gizli yedek akçe ayırma yetkisi veren düzenlemelerin kaldırılması veya esaslı şekilde sınırlanması eğiliminin bulunduğunu söylemek mümkündür. AB Hukuku'nda 4. Yönerge, finansal tabloların şirketin malvarlığının mevcut durumunun ve verimliliğini göstermesi gerektiğini belirtmektedir. Bu nedenle de AB Yönergesi kapsamındaki şirketler bakımından gizli yedek akçe ayrılması mümkün değildir⁶⁰⁶.

Bu noktada İsviçre hukukunda, 2011 yılında kabul edilip 2013 yılında yürürlüğe giren değişiklikler ("Bilanço Hukuku Yasası"- "*Droit Comptable*") ışığında, ayrı bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Söz konusu değişiklikler öncesinde, İBK m.669 f.2 kapsamında yedek akçe ayrılması mümkündür. Öğretide belirtildiği üzere, gizli yedek akçe ayrılması, İsviçre uygulamasında önemli bir yer etmiş ve pay sahiplerinin haklarını kısıtlama bakımından genel kurul tarafından ayrılan yedek akçeler bakımından daha büyük bir tehdit haline gelmiştir⁶⁰⁷.

İsviçre hukukunda eski öğretide gizli yedek akçelerin şirketin finansal durumunu iyileştirici etkisi sebebiyle gizli yedek akçe ayrılması olumlanmışsa da zaman içinde şeffaflığın sağlanması eğiliminin kuvvetlendiği belirtilmektedir⁶⁰⁸. Bilanço Hukuku Yasası ile gizli yedek akçe ayrılması konusunda yöntemi konusunda sınırlama getirilmiştir. İBK m.960 f.2, bilanço kalemleri için yapılacak değerlemede tedbir ilkesini kabul etmişse de bunun finansal tabloların şirketin ekonomik durumu hakkında dürüst resmi yansıtmaya engel olmaması gerektiğini de belirtmektedir. Buradan hareketle, İsviçre hukukunda gizli yedek akçe ayrılması, sadece değerlendirme yoluyla mümkün olduğu⁶⁰⁹, şirketin aktif malvarlığı unsurlarına finansal tablolarda yer vermeyerek yahut fiktif borç yaratarak gizli yedek akçe ayrılmasının mümkün olmadığı belirtilmektedir⁶¹⁰.

⁶⁰⁵ Türk, **Gizli Yedek Akçeler**, s.184.

⁶⁰⁶ Torrión/Barakat, **CR, Art 960**, para.29, Türk, **Gizli Yedek Akçeler**, s.190.

⁶⁰⁷ Schreiber, s.35.

⁶⁰⁸ Handschin, **Rechnungslegung**, s.399.

⁶⁰⁹ Torrión/Barakat, **CR, Art 960**, para.2.

⁶¹⁰ Torrión/Barakat, **CR, Art 960**, para.25, Handschin, **Rechnungslegung**, s.387, Böckli, **OR-Rechnungslegung**, s.287.

Yöntem konusuna ilaveten, Bilanço Yasası ile birlikte finansal tablolarda güvenilirlik ilkesinin kanuna girmesi ile birlikte, gizli yedek akçeler ile bu ilkenin nasıl birleşeceği sorunu da tartışmalı bir hale gelmiştir⁶¹¹. Öğretide kabul edilen görüşe göre, şirketin gizli yedek akçe ayırması, ancak güvenilirlik ilkesinin ihlal edilmemesi şartıyla mümkündür ki bu da gizli yedek akçelerin esaslı miktarlara ulaşmamasını gerektirmektedir. Öğretide sermayenin %10'unu aşan gizli yedek akçelerin esaslı sayılması gerektiği ve bu tutarda bir gizli yedek akçe ayırmasının bilançonun güvenilirliği ilkesini ihlal edeceği savunulmaktadır⁶¹².

Bu açıklamalar ışığında belirtmek gerekir ki, İsviçre hukukunda gizli yedek akçe ayrılmasına izin verilse dahi, yukarıda belirtilen sakıncalar sebebiyle yedek akçe ayrılması konusunda hukuki bir çerçeve getirilmiştir. Şöyle ki, gizli yedeklerin hangi yollarla ve hangi sınırlar içerisinde ayrılacağı, bu yedek akçelerin hangi amaçlarla harcanacağı özenli ve detaylı şekilde düzenlenmezse, öncelikle azınlık pay sahipleri olmak üzere tüm menfaat sahipleri bakımından olumsuz sonuçların ortaya çıkması ihtimali bulunmaktadır⁶¹³. Nitekim bu nedenle gizli yedek akçe ayrılmasını yasaklamayan İsviçre hukukunda da gizli yedek akçelerin sınırlandırılması yoluna gidilmiştir. Ne var ki, söz konusu kısıtlamalara rağmen, gizli yedek akçe ayrılmasına izin verildiği için şirket hesaplarındaki şeffaflığın yine de tam olarak sağlanamadığı belirtilmektedir⁶¹⁴.

02. Türk Hukukundaki Durum

ETTK m.458, gizli yedek akçe ayrılmasına açık şekilde izin vermektedir⁶¹⁵. Hükme göre, “*Şirket işlerinin devamlı inkişafını veyahut mümkün mertebe istikrarlı kar payları dağıtılmasını temin bakımından munasip ve faydalı olduğu takdirde, aktiflerin bilanço günündeki kıymetlerinden daha aşağı bir kıymetle bilançoya konması şeklinde veya başka suretle gizli yedek akçe ayrılması caizdir*”. Hükümden

⁶¹¹ Torrión/Barakat, **CR, Art 960**, para.3.

⁶¹² Böckli, **OR-Rechnungslegung**, s.289, Torrión/Barakat, **CR, Art 960**, para.4.

⁶¹³ ETTK düzenlemesine bu yönde getirilen eleştiriler için bkz. Karayalçın, **Bilanço Hukuku**, s.76, Tekinalp, **Yedek Akçeler**, s.378-379, Türk, **Gizli Yedek Akçeler**, s.183. Bu nedenle de gizli yedek akçeler ilişkin kuralların dar yorumlanması ve uygulama alanının sınırlandırılması gerektiği belirtilmekteydi. Bkz. Birsal, 47.

⁶¹⁴ Von Büren/Stoffel/Weber, s.277, Böckli, **OR-Rechnungslegung**, s.285. Yazar özellikle “şirketin devamlı gelişimi” gibi geniş amaçlarla yedek akçe ayrılabilmesini fiilen serbesti verilmesi olarak tanımlamaktadır.

⁶¹⁵ ETTK döneminde gizli yedek akçelerin ayrılması ve kullanılması konusunda kapsamlı bir inceleme için bkz. Tekinalp, **Yedek Akçeler**, s.382 vd, Türk, **Gizli Yedek Akçeler**, s.173 vd.

de anlaşılabacağı gibi, şirket faaliyetlerinin devamı ve istikrarlı kâr dağıtımının sağlanması amacıyla, gizli yedek akçe ayrılması mümkündür⁶¹⁶.

Hüküm “veya başka suretle” şeklinde bir ifade içerdığı için, gizli yedek akçe ayrılması yöntemi konusunda şirkete tam bir serbesti vermiş gibi görünmekteydi. Ne var ki, doktrinde bu serbestinin bilanço ilkeleri ile sınırlı olduğu özellikle vurgulanmaktaydı⁶¹⁷. Örneğin şirket varlıklarının finansal tablolarda hiç gösterilmemesi yoluyla ayrılan yedek akçelerin hukuka aykırı olduğu kabul edilmekteydi⁶¹⁸. Buna göre mevcut varlıkların düşük değerden gösterilmesi veya mevcut borçların yüksek değerden gösterilmesi yoluyla gizli yedek akçe ayrılması mümkündür⁶¹⁹. Bu şekilde ayrılan iradi gizli yedek akçelere ilaveten, ihtiyat ilkesi sınırları çerçevesinde ayrılacak gizli yedek akçelere⁶²⁰ ve kendiliğinden oluşan yedek akçelerin de hukuka uygun olduğu kabul edilmektedir⁶²¹.

Gizli yedek akçelerin barındırdığı riskleri dengelemek amacıyla, ETTK döneminde de bazı tedbirler de alınmıştı. ETTK m.458 f.2 uyarınca gizli yedek akçeler hakkında denetçiye bilgi verilmesi gerekmektedir⁶²². Hatta denetçilerin bu konuda etken davranmakla ve yönetim kurulundan bilgi istemekle yükümlü olduğu belirtilmektedir⁶²³. Denetçiler, kural olarak yedek akçelerin gizliliğini muhafaza etmekle yükümlü olsalar da kanuni sınırların dışında ya da keyfi olarak yedek akçe ayrılması halinde, genel kurula bu durum hakkında bilgi vermeleri gerektiği belirtilmekteydi⁶²⁴.

TTK ise gizli yedek akçeler konusunda esaslı bir değişikliğe gitmiş ve gizli yedek akçelere ilişkin menfaat çatışmasında şeffaflığa üstünlük tanımıştır. TTK’da ETTK’dan farklı olarak gizli yedek akçe ayrılmasına imkân veren bir hüküm

⁶¹⁶ Belirtmek gerekir ki, gizli yedek akçe ayrılmasına imkân veren ETTK, bu imkânı sadece yıllık bilançoda için tanımıştı. Şirketin malvarlığının tam ve güncel değerinin gösterilmesi gereken borca batıklık ve tasfiye bilançolarında, gizli yedek akçe ayrılmasının hiçbir şekilde mümkün olmadığı belirtilmektedir. Bkz. Türk, **Gizli Yedek Akçeler**, s.176-177.

⁶¹⁷ Tekinalp, **Yedek Akçeler**, s.378.

⁶¹⁸ Tekinalp, **Yedek Akçeler**, s.387.

⁶¹⁹ Tekinalp, **Yedek Akçeler**, s.388.

⁶²⁰ Tekinalp, **Yedek Akçeler**, s.3782, Türk, **Gizli Yedek Akçeler**, s.189. İhtiyatlılık sınırının aşıllıp aşılmadığı konusunda ise ticari deneyim ve dürüstlük kuralına göre bir inceleme yapılması gerektiği belirtilmekteydi. Bkz. Türk, **Gizli Yedek Akçeler**, s.210-211.

⁶²¹ Tekinalp, **Yedek Akçeler**, s.383.

⁶²² Bu düzenleme mehz İBK m.663b ile benzerlik içermektedir.

⁶²³ Tekinalp, **Yedek Akçeler**, s.384.

⁶²⁴ Karayalçın, **Bilanço Hukuku**, s.75. Ayrıca genel kurulun karar alması halinde yönetim kurulunun pay sahiplerine gizli yedek akçe hakkında bilgi vermesi gerektiği de savunulmaktaydı. Bkz. Birsell, s.46. Kanaatimizce böyle bir imân, gizli yedek akçeleri hukuka uygun kabul eden ve bu konuyu yönetim kurulunun takdirine bırakan ETTK sistemine çok uygun değildir.

bulunmamaktadır⁶²⁵. Buradan hareketle, Türk hukukunda gizli yedek akçelerin kaldırıldığı sonucuna varılabilir.

Bu sonucu destekleyen ikinci bir gerekçe ise TTK ile benimsenen raporlama sistemi tercihidir. TTK uyarınca “*Anonim şirketlerin finansal tabloları, Türkiye Muhasebe Standartlarına göre şirketin malvarlığını, borç ve yükümlülüklerini, öz kaynaklarını ve faaliyet sonuçlarını tam, anlaşılabilir, karşılaştırılabilir, ihtiyaçlara ve işletmenin niteliğine uygun bir şekilde; şeffaf ve güvenilir olarak; gerçeği dürüst, aynen ve aslına sadık surette yansıtmaya çalışarak çıkarılır*” (TTK m.515). TMS ve ona dayanak teşkil eden UFRS kuralları, şirketin gerçek durumunu yansıtmaya odaklanmış olup gizli yedek akçe ayrılmasını yasaklamaktadır⁶²⁶. Buradan hareketle TTK hükümleri uyarınca gizli yedek akçeye izin verilmediği sonucuna varılması gerekmektedir⁶²⁷.

TTK’nın getirdiği bu yasağa rağmen, bir olgu olarak gizli yedek akçe kavramını reddetmek ise mümkün değildir. Öncelikle, yönetim kurulu söz konusu yasağa aykırı olarak gizli yedek akçe ayırdığı takdirde, pay sahiplerinin kanuna aykırı olarak ayrılan gizli yedek akçelere ilişkin koruma yollarına sahip olması gerekmektedir. Bu açıdan, iradi gizli yedek akçe ayrılmasının hukuka aykırı olması, iradi gizli yedek akçenin varlığının reddedilmesine yol açmamalıdır.

İkinci olarak yukarıda da belirtildiği üzere, gizli yedek akçeler her zaman iradi olarak ortaya çıkmaz. Zira bilanço ilkeleri arasında yer alan tedbir ilkesi, takdiri gizli yedeklerin oluşumunu beraberinde getirecektir; çünkü ne kadar özen gösterilirse gösterilsin, aktiflerin gerçek değerinin her zaman isabetli olarak belirlenmesi veya belirlenen değer isabetli olarak güncellenmesi mümkün olmayacaktır⁶²⁸. Aynı şekilde şirketin iktisap ettiği varlıkların değerinin değişmesi veya bazı risklerin ortadan kalkması, zorunlu gizli yedek akçelerin oluşmasına yol açacak olup, bu durumların kanunda getirilen bir yasak ile engellenmesi mümkün değildir⁶²⁹. O nedenle de TTK sisteminde gizli yedek akçe ayrılmasının yasaklandığını tekrar

⁶²⁵ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-I**, s.623, Kayıhan/Çetiner, s.20, Gürbüz Usluel, s.19, Badak, s.103.

⁶²⁶ Bu yüzden UFRS’yi kabul etmesi sebebiyle halka açık şirketlerde gizli yedek akçelerin bir sorun teşkil etmediği yönünde bkz. Von Büren/Stoffel/Weber, s.214.

⁶²⁷ Tekinalp, **UFRS**, s.56-57.

⁶²⁸ Tekinalp, **Yedek Akçeler**, s.383.

⁶²⁹ Türk ekonomisinde yaşanan enflasyon sebebiyle şirketin sabit varlıkları bakımından gizli yedeklerin sıklıkla kendiliğinden oluştuğunda isabetli olarak belirtilmektedir. Bkz. Moroğlu, **Sermaye Artırımı**, s.222.

ederken, bu yasağa rağmen gizli yedek akçelerin bir olgu olarak var olduğu gerçeği de kabul edilmelidir⁶³⁰.

Son olarak hukuka aykırı olarak gizli yedek akçe ayrılmasının hukuki sonuçlarına kısaca değinmek gerekmektedir. Hukuka aykırı olarak gizli yedek akçe ayrılması halinde, söz konusu bilançonun onaylanmasına ilişkin genel kurul kararının da hukuka aykırılığı gündeme gelmektedir. Ayrıca gizli yedek akçelerin şirket menfaatleri dışında bir amaç için kullanılması⁶³¹ halinde, yönetim kurulu üyelerine karşı sorumluluk davası açabileceği de belirtilmektedir⁶³².

C. Kâr Payının Kaynağı Bakımından Özellikli Haller

1. Yeniden Değerleme Fonu

a. Kavramın Genel Olarak Açıklanması

Yeniden değerlendirme fonu, anonim ortaklığın malvarlığında bulunan bilanço kalemlerinin gerçek değerlerinin bilançoda yer alan değeri aşan kısmını gösteren finansal tablo kalemidir⁶³³. Bu kalem, şirket malvarlığında yer alan unsurlarında bir değer artışı gerçekleştiğinde, bu değer artışının bilançoya aktarılmasını sağlamaktadır⁶³⁴.

Yeniden değerlendirme fonunun hukuki niteliği konusunda bir tartışma bulunmaktadır. Yeniden değerlendirme fonu bir görüşe göre, bir yedek akçe niteliğindedir⁶³⁵. Aksi görüşe

⁶³⁰ Nitekim gizli yedek akçe ayrılmasını kabul etmeyen UFRS kuralları da tarihi değer yöntemi ile değerlendirme yaptığından, UFRS kapsamında da gizli yedek akçeler kaçınılmaz bir sonuçtur. Bkz. Torrión/Barakat, **CR, Art 960**, para.30. Öte yandan bu durumun pay sahiplerinin menfaatlerine zarar verici etkisi sınırlıdır. Nitekim, *Birsel* de gizli yedek akçelerin kendiliğinden oluşmasının bir sakınca yaratmadığını, ancak iradi olarak gizli yedek akçe ayrılmasına cevaz verilmemesi gerektiğini savunmaktaydı. Bkz. *Birsel*, s.48.

⁶³¹ Gizli yedek akçe ayrılmasının şirkete ve pay sahiplerine zarar verip vermeyeceği konusu ise esasen tartışmalıdır. Öte yandan bu tartışma sadece gizli yedek akçelere ilişkin olmayıp genel kurul tarafından ayrılan açık yedek akçeler bakımından da geçerlidir. Bu konu aşağıda detaylı olarak ele alınmıştır. Bkz. Dördüncü Bölüm-IV-A-2- Kâr Dağıtımından Doğan Zarar. O nedenle tekrara düşmemek adına burada ele alınmamıştır.

⁶³² Türk, **Gizli Yedek Akçeler**, s.225. Esasen şirket malvarlığının şirketin gelir elde etme amacı dışında yerlere harcanması şirket kaynakları finansal tablolarda görünsün ya da görünmesin yönetim kurulu üyeleri bakımından sorumluluk sebebi teşkil edecektir. Öğreti gizli yedek akçeler bakımından sorumluluk davası yolunun özellikle belirtilmesi, gizli yedek akçelerin şirket menfaatleri dışında kullanıldığının tespit edilmesinin zorluğuna binaen, kötüye kullanmaya daha açık olmasından kaynaklanmaktadır.

⁶³³ Neuhaus/Balkanyi, **Basler Kommentar, Art 671b**, para. 1, Üçışık/Çelik, s.197.

⁶³⁴ Üçışık/Çelik, s.197, Glanzann, s.281.

⁶³⁵ Kendigelen, Abuzer, **Yeni Türk Ticaret Kanunu- Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler**, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2016, s.423, Glanzmann, s.281.

göre ise, yeniden değerlendirme fonu şirketin malvarlığında gerçek bir artışa yol açmayıp sadece bilanço üzerinde artışa yol açtığından yedek akçe olarak nitelendirilemez⁶³⁶.

Kanaatimizce, yeniden değerlendirme fonu, bir yedek akçe türü olarak nitelendirilmelidir. Şöyle ki, yeniden değerlendirme işleminin şirkette gerçek anlamda bir değer artışı yaratmadığı doğrudur. Bununla birlikte yeniden değerlendirme fonunun tamamen fiktif bir artış olduğu da ileri sürülemez; çünkü yeniden değerlendirme işlemi ile yapılan zaten gerçekleşmiş değer artışının finansal tablolara yansımasıdır. Bu açıdan bakıldığında, yeniden değerlendirme işlemi gizli yedek akçelerin finansal tablolara yansıtılması ve bu şekilde açık yedek akçe haline getirilmesi işlemidir⁶³⁷.

b. Yeniden Değerleme Fonunun Kullanılması

Yeniden değerlendirme fonu ile ilgili olarak önem taşıyan konu, söz konusu fonların kullanılmasıdır. Öğretide de belirtildiği gibi, yeniden değerlendirme fonu, bilanço zararlarının kapatılması için kullanılamaz⁶³⁸. Yukarıda da belirtildiği gibi, şirketin aktif malvarlığı unsurlarının değerinin düşmesi halinde yeniden değerlendirme yedeklerinin çözülmesi gerekebilir. Ancak bu durum bilanço zararının kapatılması anlamına gelmemektedir.

Bu konuda Gerekçe'de birbiri ile çelişen açıklamalar bulunmaktadır. TTK m.509 f.2 madde gerekçesi yeniden değerlendirme fonlarının kâr payı olarak dağıtılabileceklerini ifade etmektedir. Öte yandan TTK m.520 f.2 Gerekçesi, yeniden değerlendirme fonunun dağıtılamayacağını belirtmektedir⁶³⁹. Kanaatimizce madde gerekçeleri arasında bir çelişki bulunsa da madde metinleri incelendiğinde sorunun çözümü açıktır. TTK m.520 madde metninde yeniden değerlendirme fonunun hangi şartlarda çözüleceği düzenlenmiştir. Bu madde uyarınca yeniden değerlendirme fonunun çözülebilmesi için amorti edilmesi, diğer bir ifade ile gerçekleşen değer artışının yok olması yahut aktif malvarlığının devredilmesi gerekmektedir⁶⁴⁰. Bu ikinci durumda devir işlemi sonucunda tarihi değer ile kaydedilen aktif malvarlığı ve yeniden değerlendirme fonu bilançodan çıkarken, onların yerine devir karşılığında alınan karşı değer yazılacaktır. Görüldüğü gibi, kanun yeniden değerlendirme fonunun bilanço işlemi ile kaldırılmasına ancak değer kaybedilmesi halinde izin vermektedir. Aksi takdirde, ilgili malvarlığı

⁶³⁶ Üçışık/Çelik, s.197.

⁶³⁷ Glanzmann, s.281.

⁶³⁸ Neuhaus/Balkanyi, **Basler Kommentar, Art 671b**, para.2.

⁶³⁹ Söz konusu çelişkinin tespiti için bkz. Yanlı, **AŞ'de Kâr Dağıtımı**, s.7 dn.8.

⁶⁴⁰ Neuhaus/Balkanyi, **Basler Kommentar, Art 671b**, para.8.

unsuru devredilmeden yeniden değerlendirme fonunun çözülmesi mümkün olmayacaktır⁶⁴¹.

Öte yandan söz konusu tartışma, yeniden değerlendirme fonunun pay sahiplerine kâr payı dağıtımından kullanılması hususuna ilişkindir. Yeniden değerlendirme fonunun iç kaynaklardan sermaye artırımını için kullanılabileceği konusunda öğretide bir tereddüt bulunmamaktadır⁶⁴². Nitekim mehz İsviçre hukukunda da iç kaynaklardan artırımın yeniden değerlendirme fonunun kullanımı konusunda bir istisna olduğu madde metninden anlaşılmaktadır (İBK m.679b).

2. Aktarılan Kâr

Aktarılan kâr, elde edildiği hesap dönemi sonunda şirket bünyesinde bırakılan kârı ifade etmektedir⁶⁴³. Finansal raporlama sistemlerinde, bir önceki yıl dağıtılması veya yedek akçeye ayrılmasına karar verilen tutarlar haricinde kalan kısma aktarılan kâr denilmektedir⁶⁴⁴. Aktarılan kâr, finansal tablolarda yedek akçelerden ayrı bir kalem olarak yer alır⁶⁴⁵. Bu noktada sorulması gereken ilk soru, geçmiş yıllardan aktarılan kârın niteliği itibariyle yedek akçe mi olduğu, yoksa şirketin finansal düzeninde ayrı bir fon olarak farklı kurallara mı tabi olduğudur.

Öğretideki bir görüşe göre, bir önceki yıldan aktarılan kâr aslen bir yedek akçe niteliğinde olup, ayrı bir kaynak teşkil etmez⁶⁴⁶. Bu görüş kabul edildiği takdirde, bir önceki yıldan aktarılan kâr, her ne kadar finansal tablolarda ayrı bir kalem olarak belirtilse de yedek akçe hükümlerine tabi olacaktır. Bununla birlikte öğretideki ikinci bir görüşe göre ise, geçmiş yıldan aktarılan kâr bazı açılardan yedek akçeden ayrılmaktadır. Bu görüşe göre kârın bir sonraki yıla aktarımı, yedek akçeden farklı olarak şirketin finansal durumunu güçlendirmeye yönelik olmayıp kârın bir sonraki dağıtım konusundaki kararın bir sonraki yıla bırakılmasıdır. Bu amaç farklılığı

⁶⁴¹ İsviçre hukuku bakımından aynı yönde bkz. Glanzmann, s.282.

⁶⁴² Moroğlu, **Sermaye Artırımı**, s.221, Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku**, s.538.

⁶⁴³ Üçışık/Çelik, s.192.

⁶⁴⁴ TMS 570 numaralı Geçmiş Yıl Kârları hesap bu tanımı içermektedir. Öğretide de benzer bir tanım yapılmıştır. Bkz. Reul, s.408.

⁶⁴⁵ Örneğin aktarılan kâr, Tek Düzen Hesap Planı'nda 570 numaralı Geçmiş Yıllar Kârları hesabına kaydedilmektedir. Bobi FRS'de finansal durum tablosunda özkaynaklar altında "Geçmiş Yıllar Kârları/Zararları" başlığı altında ayrıca gösterilmektedir.

⁶⁴⁶ Karayalçın, **Bilanço Hukuku**, s.64, Tekinalp, **Yedek Akçeler**, s.259, Birsell, s.69-70, Türk, **Gizli Yedek Akçeler**, s.173-174, Moroğlu, **Sermaye Artırımı**, s.226, Üçışık/Çelik, s.193, Badak, s.186.

nedeniyle de aktarılan kârın kullanımının yedek akçenin kullanımına göre daha esnek şartlara bağlı olacaktır⁶⁴⁷.

Kanaatimizce aktarılan kârın yedek akçe niteliğinde olduğunu kabul etmek isabetli olacaktır. Öncelikle, aktarılan kâr yedek akçeler için öğretide yapılan tanımlara uygun düşmektedir. Yedek akçeler, sermayeyi aşan özkaynakları ifade ettiğine göre, aktarılan kâr da yedek akçe olarak kabul edilmelidir. Yedek akçenin amaçsal yorumunu yapan yazarlar bakımından da aynı durum geçerlidir⁶⁴⁸.

Tespit edebildiğimiz kadarıyla yedek akçeler ile aktarılan kâr arasında ayrım yapılmasına ilişkin görüş Alman hukukunun etkisini taşımaktadır. Alman hukuku uyarınca genel kurulun net dönem kârı konusunda verebileceği kararlar belirtilirken, ortaklara dağıtım dışında, kârın yedek akçe olarak ayrılması veya kârın bir sonraki yıla aktarılması kararlarından da bahsetmektedir (AktG m.58 f.3, AktG m.174 f.2). Bu açıdan normatif olarak iki kavramın ayrı ayrı sayılması dikkat çekicidir.

Bu ayrım sadece kuramsal olmayıp aynı zamanda pratik sonuçlar da taşımaktadır. Kârın yedek akçe olarak ayrılması yahut bir sonraki yıla aktarılması, bu tutar üzerinde tasarrufta bulunmaya yetkili organın değişmesine yol açmaktadır. Zira Alman hukukunda, Türk-İsviçre hukukundan farklı olarak yedek akçelerin çözülmesi konusunda karar almak genel kurulun yetkisinde değildir. Yedek akçelerin çözülmesi için yönetim organı ve denetim organının onayı gerekmektedir⁶⁴⁹. Halbuki aktarılan kârın sonraki yıllarda dağıtımı konusunda karar verme yetkisi genel kurulda kalmaya devam etmektedir. Aktarılan kârın nasıl kullanılacağına karar verecek organın farklı olması, aktarılan kâr ile yedek akçenin farklı kavramlar olarak değerlendirilmesini haklı kılmaktadır.

Halbuki, Türk-İsviçre hukuk sisteminde finansal tabloların onaylanması, yedek akçelerin kullanılması ve kâr dağıtım kararı verilmesi kararları aynı organın

⁶⁴⁷ Egger, s.184-185, Gürbüz Usluel, s.19., Üçışık/Çelik, s.194, Spörri, s.82.

⁶⁴⁸ Üçışık/Çelik, s.195. Bununla beraber yazarlar, aktarılan kârın yedek akçelerden ayrılan bazı yönleri de olduğunu belirterek, aktarılan kâr “*hukuki bünye itibariyle yedek akçe karakteri taşımasına rağmen yedek akçe rejimine tabi tutulması mümkündür*” demek suretiyle aksi bir yoruma da kapıyı açmaktadır.

⁶⁴⁹ Bu sonuç kâr dağıtım kararı finansal tabloların değiştirilmesi sonucunu doğurmamalıdır diyen AktG m.174 f.3 hükmünün bir sonucudur. Bkz. Reul, s.408. Aynı şekilde genel kurulun kârın kullanımı konusunda karar alırken yönetim kurulu ve gözetim kurulu tarafından ayrılan yedek akçeler ile bağlı olduğu ve bu şekilde belirlenen dağıtılabilir kârdan daha yüksek bir kâr dağıtamayacağı da belirtilmektedir. Bkz. Brömmer, **Großkommentar Aktiengesellschaft**, 4.Baskı, De Gruyter Berlin, 2012, **Art 174**, para.11, Schulz, **Heidelberg Kommentar, Art 174**, s.1429.

yetkisindedir. Bu nedenle de iki kavram arasında ayırım yapılmasını hem pratik hem de kuramsal açıdan temellendirmek zordur.

Kanaatimizce aktarılan kârın yedek akçelerden farklı bir kavram olduğuna dair pozitif hukuktaki temel dayanak, muhasebe standartlarının söz konusu bilanço kalemlerini ayrıştırmasıdır. Ancak muhasebe standartları bakımından farklı hesaplarda bulunan fonların hukuki niteliklerinin aynı olmadığı anlamına gelmez. Muhasebe standartları finansal tabloların açıklığını hedefler. O nedenle de aynı hukuki nitelikteki kalemlerin ayrı ayrı gösterilmesi mümkündür⁶⁵⁰. Bu açıdan biz de aktarılan kârın yedek akçe niteliğinde olduğunu savunan görüşün, Türk-İsviçre hukukundaki sistemi aktarmak bakımından daha isabetli olduğu kanaatindeyiz. Buna göre, aktarılan kâr genel kurulun bu konuda aldığı karara binaen ayrıldığı için olağanüstü yedek akçe niteliğindedir. Olağanüstü yedek akçe ayırımının hukuka uygunluğuna ilişkin TTK m.523 hükmü kârın aktarılması kararları bakımından da uygulama alanı bulacaktır.

Bu noktada sorulması gereken bir diğer soru, aktarılan kârın serbest nitelikte olup olmadığıdır. Öğretide aktarılan kârın serbest yedek akçe niteliğinde olduğu ve genel kurulun kârın dağıtımı konusunda karar alabileceği kabul edilmektedir⁶⁵¹. Kanaatimizce de bu çözüm, TTK hükümlerine uygundur. Esasen ilk bakışta böyle bir yorumun genel kanuni yedek akçenin sermayenin yarısına ulaşan kısmının ortaklara dağıtılmasına engel teşkil eden TTK m.519 f.3 hükmü ile uyumlu olmadığı söylenebilir. Ancak genel kurulun kârı bir sonraki yıla aktarabilmesi için, zaten kanunda belirtilen asgari yedek akçe ayırımını yapmış olması gerekmektedir. Bu nedenle kârın bir sonraki yıla aktarılması, kanun ile getirilen dağıtım sınırlamalarını ihlal etmemekte, dağıtılabilecek kârın dağıtımını bir sonraki seneye aktarmaktadır. Bu durumda aktarılan kârın dağıtılabılır kâra dahil olduğu sonucuna varmak gerekir. Aksine bir yorum, genel kurulun kanuna uygun şekilde dağıtılabileceği bir fonun sırf bir sonraki yıla aktarıldığı için dağıtılamayacağının kabulünü gerektirir ki, kanaatimizce kanunda bu yorumu haklı kılan bir sebep bulunmamaktadır.

Aktarılan kârın yedek akçe olarak dağıtılması kararı, tüm yedek akçelerde olduğu gibi genel kurulun yetkisindedir. Genel kurul, kanun ve esas sözleşme hükümlerini ihlal etmemek şartıyla, yedek akçelerin çözülmesine ilişkin kurallar çerçevesinde

⁶⁵⁰ Aynı sonuç yeniden değerlendirme fonu bakımından da geçerlidir. Niteliği itibariyle bir yedek akçe olan yeniden değerlendirme fonu da hem TDHP de hem de BOBİ FRS'de ayrı kalemler olarak finansal tablolarda yer almaktadır.

⁶⁵¹ Badak, s.186, Üçışık/Çelik, s.192.

aktarılan kârın dağıtımına da karar verebilecektir⁶⁵². Bilindiği üzere TTK m.519 f.2-c hükmü uyarınca şirketin kârdan pay alacak kişilere yapılacak toplam dağıtımın %10'u kadar bir kanuni yedek akçe ayrılması zorunluluğu bulunmaktadır. Bu durumda, aktarılan kârın dağıtımına karar verilmesi halinde de bu hükmün uygulanması ve dağıtımına karar verilen tutarın belirli bir kısmının kanuni yedek akçe olarak ayrılması gerektiği göz ardı edilmemelidir.

3. Karşılıkların Durumu

Bilanço hukukunda önemli bir yer tutan ve pay sahibinin kâr payı hakkını etkileyen bir diğer bilanço kalemi de karşılıklardır. Vergi Usul Kanunu uyarınca “(h)asıl olan veya husulü beklenen fakat miktarı katiyetle kestirilemiyen ve teşebbüs için bir borç mahiyetini arz eden belli bazı zararları karşılamak maksadiyle hesaben ayrılan meblağlara karşılık denir”. TMS, karşılıkları “(g)erçekleşme zamanı veya tutarı belli olmayan yükümlülük⁶⁵³” olarak tanımlamaktadır⁶⁵⁴. Bu tanımdan da anlaşılabileceği gibi, karşılık ayrılması bakımından şirkette kayba yol açacak bir yükümlülüğün gerçekleşme zamanı ve eğer gerçekleşirse şirkette kayba yol açacağı tutarın tam olarak belirli olmaması⁶⁵⁵ gerekir. Bu tanım karşısında, öğretide karşılıklar, şirketin karşılaşması muhtemelen risklere karşılık olarak ayırdığı bilançonun pasif tarafında yer alan bir bilanço kalemi olarak tanımlanmıştır⁶⁵⁶.

Karşılıkların ayrılmasını gerektiren hallere örnek olarak garantilere, davalara, müşteri iadelerine, bir tesisin kapatılmasına ve yeniden yapılandırılmasına ilişkin yükümlülükler gösterilmektedir⁶⁵⁷. Bunun dışında hukuk sisteminde gerçekleşecek bir değişikliğin şirkete yeni yükümlülükler yüklemesi gibi hallerde de karşılık ayrılması

⁶⁵² Moroğlu, **Sermaye Artırımı**, s.227.

⁶⁵³ TMS Kavramsal Çerçeve uyarınca yükümlülük, “işletmenin geçmişteki olayların bir sonucu olarak bir ekonomik kaynağı devretme konusundaki mevcut mükellefiyeti” ifade eder. Kavramsal Çerçeve 2018 Sürümü para. 4.26.

⁶⁵⁴ TMS 37 para 10. İsviçre hukukunda da benzer bir tanım için bkz. Riederer, Flurin, “**Rückstellungen: Eigen- oder Fremdkapital?**”, Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis, s.31.

⁶⁵⁵ Ancak belirtmek gerekir ki, eğer ilgili yükümlülüğün tutarı konusunda bir tahminde bulunulması mümkün değilse, bu durumda karşılık ayrılması mümkün olmayacaktır. Bkz. TMS 37 para 14, BOBİ FRS para. 19.5.

⁶⁵⁶ ETTK döneminde karşılıklara ilişkin 465. Madde muhtemel zararlar için karşılık ayrılacağından bahsetmektedir. Ne var ki, karşılıklar bakımından zarar yerine risk kelimesinin daha uygun olduğu; çünkü karşılık ayırma aşamasında henüz bir zararın bulunmadığı, bir zarar riski bulunduğu belirtilmektedir. Bkz. Tekinalp, **Yedek Akçeler**, s.251.

⁶⁵⁷ BOBİ FRS para.19.4.

gerekebilecektir⁶⁵⁸. Ayrıca kıdem tazminatı bakımından karşılık ayrılması gerektiği kabul edilmektedir⁶⁵⁹.

Karşılık ayrılması, yönetim kurulunun yetkisindedir. Yönetim kurulu ihtiyat ilkesi ışığında şirket açısından bir risk değerlendirmesi yaparak, karşılık ayrılıp ayrılmayacağına karar verecektir⁶⁶⁰. Eğer şartlar mevcutsa, karşılık ayrılması yönetim kurulu bakımından bir zorunluluk teşkil etmektedir⁶⁶¹. Karşılık ayırma süreci, yönetim kurulu bakımından dinamik bir süreçtir. Yönetim kurulu sene sonu itibarıyla ayrılan karşılıkları gözden geçirerek düzeltmekle yükümlüdür⁶⁶².

Karşılıklar, bilançonun pasif kaleminde yer alan diğer bilanço kalemleri gibi, yıllık kârı azaltan bilanço kalemlerinden biridir⁶⁶³. Karşılık ayrıldığı ölçüde şirketin yıllık kârı azalır. Pay sahiplerine dağıtımda temel ölçüt olan net dönem kârı, yıllık kâra bağlı olduğu için dolaylı olarak şirketin dağıtabileceği kâr da azalmış olacaktır. Bu nedenle de karşılıklar, alacaklılar ile pay sahipleri arasındaki menfaat dengesinde alacaklı menfaatlerinin korunmasına hizmet etmektedir⁶⁶⁴.

Bu açıdan karşılıklar işlevsel olarak yedek akçeler ile benzer özellik gösterir. İki bilanço kalemi bakımından da amaç, şirketin gelecekte karşılaşılabilecek kayıplara karşı korunaklı hale getirilmesidir. Ancak iki kalem bakımından bir kapsam farkı bulunmaktadır. Yedek akçeler ile karşılanması hedeflenen, şirketin faaliyetleri sonucu ortaya çıkan tüm zarardır⁶⁶⁵. Halbuki, karşılık ayrılması belirgin bir işlem veya belirgin bir risk sebebiyle doğabilecek zararın kapatılmasına yöneliktir. Karşılıkların zararı karşılama amacı yedek akçelere kıyasen daha dar ve belirgin bir riske odaklanmıştır⁶⁶⁶.

Karşılıkların hukuki niteliği konusunda, kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. TTK m.75 Gerekçesi'nde karşılıkların amaç hükmü kanunda tarafından belirlenmiş yedek akçeler olduğu ortaya konulmuştur⁶⁶⁷. Gerekçe'deki bu değerlendirmeye yönelik birkaç eleştiri getirilebilir. Belirtmek gerekir ki, yedek akçelerden farklı olarak

⁶⁵⁸ TMS 37 para 21 ve 22.

⁶⁵⁹ Üçışık/Çelik, s.191.

⁶⁶⁰ Riederer, s.34.

⁶⁶¹ Riederer, s.35.

⁶⁶² TMS 37 para. 59, BOBİ FRS para.19.15. İsviçre hukuku bakımından bkz. Handschin, **Rechnungslegung**, s.360.

⁶⁶³ Bauen/Bernet/Rouiller, s.140, Üçışık/Çelik, s.191.

⁶⁶⁴ Riederer, s.35.

⁶⁶⁵ Tekinalp, **Yedek Akçeler**, s.252, Üçışık/Çelik, s.190.

⁶⁶⁶ Tekinalp, **Yedek Akçeler**, s.252. Bununla birlikte karşılıkların çözülmesi ile birlikte yedek akçeye dönüşmesi üzerine bu ayırım ortadan kalkacaktır. Çözülen karşılıklar da yedek akçelerin kullanılması şartları ışığında zararın kapatılması gibi amaçlar için kullanılabilir.

⁶⁶⁷ Ögretide de aynı görüş için bkz. Üçışık/Çelik, s.192.

karşılıklar özvarlıkların bir parçası değildir. Türk hukukunda uygulanan muhasebe standartlarında karşılıklar, yabancı kaynaklar arasında gösterilmektedir⁶⁶⁸. Söz konusu ayırım sadece bilanço kurallarına ilişkin şekli bir ayırım değildir. Özkaynakların ortaklara aktarılması kural olarak genel kurulun bu konuda alacağı karara dayanmaktadır⁶⁶⁹. Halbuki, karşılıkların ayrılması bir yönetim kurulu kararına dayanırken çözümleri de karşılık ayrılmasına ilişkin olayın gerçekleşmeyeceğinin anlaşılması ile olmaktadır. Bu açıdan karşılıklar, şirkette kalıcı olması düşünülen kaynaklar arasında değildir⁶⁷⁰. Karşılıkların ayrılmasını dayanak teşkil eden risk gerçekleştiğinde, bu kaynak dış kaynaklar arasında yerini alacaktır. Halbuki, karşılıklar için böyle bir durum söz konusudur. O nedenle de ayrılma gerekçesi devam eden karşılıkların yedek akçe niteliğinde olduğunu söylemek kanaatimizce isabetli değildir.

Karşılıkların ayrılmasına sebep olan riski ortadan kalkması üzerine karşılığın çözülmesi gerekir. Çözülen karşılıkların yedek akçe niteliği kazanacağı belirtilmektedir⁶⁷¹. Bu şekilde çözülen karşılıklar, ayrılan değil, oluşan yedek akçeye örnek gösterilmektedir⁶⁷². Çözülen karşılıkların serbest yedek akçe niteliğindedir⁶⁷³ ve genel kurul bu fonlar üzerinde dağıtım da dahil olmak üzere tasarrufta bulunabilir yahut çözülen karşılıkların eğer kanundaki şartlar sağlanıyorsa yedek akçe olarak ayrılmasına karar verebilir.

Eğer karşılık ayrılmasını gerektiren şartlar sona ermiş olmasına rağmen, karşılıklar çözülmemişse, bu durumda karşılıklar iradi gizli yedek akçe niteliğinde olacaktır⁶⁷⁴. İsviçre hukuku, belirli şartlar çerçevesinde iradi gizli yedek akçe ayrılmasına izin verdiği için, dayanaksız kalan karşılıkların çözülmesinin zorunlu olmadığı, bu konuda finansal tablolarda açıklama yapıldığı takdirde, karşılıkların iradi gizli yedek akçelere

⁶⁶⁸ Karşılıklar TDHP uyarınca düzenlenen finansal tablolarda 37 numaralı hesap altında gösterilmektedir. BOBİ FRS uyarınca finansal durum tablosunda karşılıklar, yükümlülükler bölümünde süresine göre kısa veya uzun vadeli olarak iki ayrı başlık altında gösterilmektedir. İBK düzenlemesinde karşılıkların sadece uzun vadeli yükümlülükler arasında gösterilmesi düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin hatalı olduğu yönünde bkz. Böckli, **OR-Rechnungslegung**, s.115

⁶⁶⁹ Özkaynak kalemlerinden sermaye bakımından bu işlem sermayenin azaltılması yoluyla gerçekleşmektedir. Yedek akçeler bakımından ise genel kurulun dağıtım kararı alması yoluyla pay sahiplerine aktarım mümkün olmaktadır.

⁶⁷⁰ Bu sebeple dış kaynaklar ile özkaynaklar arasında kalan karma özellik gösteren bir bilanço kalemi olduğu da ileri sürülmektedir. Bkz. Riemer, Hans-Michael, **Anfechtungs-und Nichtigkeitsklage im schweizerischen Gesellschaftsrecht**, Stampfli Verlag, Bern, 1998, s.30-31.

⁶⁷¹ Tekinalp, **Yedek Akçeler**, s.252, Gürbüz Usluel, s.18, Üçışık/Çelik, s.192. *Tekinalp* bu durumu karşılıkların “*aslına dönüşü*” olarak ifade etmektedir. Bkz. Tekinalp, **Yedek Akçeler**, s.252.

⁶⁷² Tekinalp, **Yedek Akçeler**, s.252.

⁶⁷³ Tekinalp, **Yedek Akçeler**, s.281.

⁶⁷⁴ Riemer, s.32.

ilişkin hükümler çerçevesinde muhafaza edilebileceği belirtilmektedir⁶⁷⁵. Türk hukukunda ise iradi gizli yedek akçe ayrılması yasak olduğundan, aynı sonucu benimsemek mümkün değildir. Türk hukukunda temelsiz kalan karşılıkların çözülmesi gerekmektedir.

II. Dağıtılabilir Kârın Belirlenmesi

Şirketin yapacağı kâr payı dağıtımının kaynakları net dönem kârı ve serbest yedek akçelerdir (TTK m.509). Söz konusu iki bilanço kalemi, birleşerek dağıtılabilir kârı oluştururlar. Şirketin dağıtılabilir kârı bulunmadığı takdirde şirketin kâr dağıtımı yapması mümkün değildir. Şirketin mali durumundan bağımsız olarak pay sahibine sabit bir tutarın ödenmesi taahhüdü veya şirketin belirli miktarda kâr dağıtacağına ilişkin şirket tarafından⁶⁷⁶ garanti verilmesi geçerli değildir⁶⁷⁷.

Ne var ki, bu tanımlama anonim şirketler bakımından getirilmiş olan karmaşık yedek akçe rejimini fazlasıyla basite indirgemektedir. O nedenle yukarıda kavramsal olarak açıklanan kanuni yedek akçelerin daha detaylı şekilde ele alınarak dağıtılabilir kârın çerçevesinin incelikli olarak çizilmesi gerekmektedir. Aşağıda ilk bölümde TTK hükümlerine daha bütünlükçü şekilde bakılarak dağıtılabilir kârın sınırları tespit edilmeye çalışılacaktır. Bu bağlamda kâr dağıtımı konusunda genel bir sınırlama teşkil eden genel kanuni yedek akçe ayrı bir başlık altında ele alınacaktır.

Hemen belirtmek gerekir ki, TTK'nın sermaye ve kanuni yedek akçelere dayanarak inşa ettiği dağıtım sınırlamaları rejimine yönelik önemli eleştiriler getirilmektedir. O nedenle, yabancı hukuk sistemlerinde ciddi şekilde tartışılan, hatta bazı ülkelerde pozitif hukukta yer bulan ödeme gücü testine ilişkin de açıklamalar yapılarak kanuni dağıtım sınırlamalarına ilişkin genel bir değerlendirme yapılarak (A) bölümü tamamlanacaktır.

Takip eden bölümde ise şirketin kâr dağıtımına iradi olarak getirilen sınırlamalar ele alınacaktır. Bu bağlamda elbette en önemli sınırlama şirket esas sözleşmesinde getirilen yedek akçe ayrılmasına yönelik düzenlemelerdir. Bununla birlikte, pay sahipleri arasında yapılan sözleşmeler ile alacaklılar ile yapılan sözleşmelerde de kâr

⁶⁷⁵ Handschin, **Rechnungslegung**, s.360-361, Riederer, s.33.

⁶⁷⁶ Elbette söz konusu yasak şirket tarafından verilen taahhütlere ilişkindir. Şirket dışındaki bir kişinin şirketin belirli tutarda kâr dağıtımını yapacağı yönünde bir taahhüdü üçüncü kişinin fiilini taahhüt olarak geçerli olacaktır. Visser, **OFK**, s.1610.

⁶⁷⁷ Egger, s.227, Vischer, **OFK**, s.1660, Kurer/Kurer, **Basler Komm-2012**, s.716. Bu konuda hakkında daha detaylı açıklama için bkz. Aşağıda B-3-Alacaklılar ile Yapılan Sözleşmelerin Etkisi.

dağıtımının sınırlandırılmasına yönelik sınırlamalara sıklıkla rastlanmaktadır. O nedenle de (B) bölümünde bu gibi iradi sınırlamalar ele alınacaktır.

A. Kâr Dağıtımının Kanuni Sınırları

1. Genel Açıklamalar

TTK m.509 hükmü, kâr payının net dönem kârından ve serbest yedek akçelerden dağıtılabileceğini düzenlemektedir. Bu durumda TTK hükümleri uyarınca kâr dağıtımı konusundaki genel sınırının bu iki bilanço kalemi ışığında tespit edilmesi gerekir.

Hemen belirtmek isteriz ki, ana hatları ile açıklanan bu sistem, kâr dağıtımına ilişkin genel kanuni sınırlamaları oluşturmaktadır. Somut olayın özelinde şirketin kâr dağıtımına yönelik başka sınırlamalar bulunması da ihtimal dahilindedir. Örneğin TTK Geçici m.13 ile bu şekilde bir sınırlama getirilmiştir. Covid-19 salgınının ekonomik etkilerinin yayılmaması amacıyla, sermaye şirketlerinin 2019 mali yılına ilişkin net dönem kârının 30.09.2020 tarihine kadar sadece %25'inin dağıtılmasına izin verilmiş, ayrıca geçmiş yıl kârlarının veya serbest yedek akçenin dağıtılması ise tamamen yasaklanmıştır⁶⁷⁸. Söz konusu kanuni düzenleme⁶⁷⁹ sebebiyle, ilgili yılda kâr dağıtımı konusundaki kararın Geçici m.13 hükmü çerçevesinde alınması gerekmektedir⁶⁸⁰. İlgili hükümde ayrıca dağıtımına karar verilmiş kâr payı

⁶⁷⁸ “Yeni Koronavirüs (Covid-19) Salgınının Ekonomik ve Sosyal Hayata Etkilerinin Azaltılması Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”, RG. Tarihi 17.04.2020, S.31102.

⁶⁷⁹ Bu noktada hükmün yasalaşma sürecine de kısaca işaret etmek gerekmektedir. Covid-19 salgının Türkiye’de 2020’de ekonomik düzene etkisi üzerine Ticaret Bakanlığı’nın Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği’ne 31.03.2020 tarihinde, “*kamunun iştiraki olan şirketler hariç olmak üzere, sermaye şirketlerinin 2019 yılı hesap dönemine ilişkin olarak bu yıl gerçekleştirilecek genel kurul toplantılarında gündeme alınacak nakit kâr payı dağıtımı kararlarında, geçmiş yıl kârlarının dağıtımına konu edilmemesi ve dağıtım tutarının 2019 yılı net dönem kârının %25’ini aşmaması ile yönetim kuruluna kâr payı avansı dağıtım yetkisi verilmemesi*” yönünde bir duyuru göndermiştir. İlgili duyuruya dayanak olarak Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul ve Esasları ile Bu Toplantılarda Bulunacak Ticaret Bakanlığı Temsilcileri Hakkında Yönetmelik m.13 f.5 hükmü dayanak olarak gösterilmiştir. Ne var ki, öğretilde kanaatimizce son derece isabetli olarak ilgili hükmün bakanlık temsilcisine bu şekilde bir yetki vermediği, ayrıca kanunda da anonim şirketlerin dağıtılabileceği kârın Ticaret Bakanlığı tarafından sınırlandırılmasına imkân veren bir dayanak bulunmadığı belirtilmiştir. Örnek olarak bkz. Aytağar, Bilge, “Anonim Şirketlerde Kâr Payı ve Kâr Payı Avansı Dağıtım Hakkında 7244 Sayılı Kanun ile Öngörülen Tedbirler”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.11 S.2, 2020, s.401, Sarıkaya, Sinan, Koronavirüs (COVID-19) Salgını Sebebiyle Ticaret Bakanlığı’nın Sermaye Şirketlerinde Kâr ve Kâr Payı Avansı Dağıtım Hakkındaki Duyurusu Üzerine Düşünceler, (Erişim: <https://blog.lexpera.com.tr/covid-salgin-nedeniyle-ticaret-bakanliginin-duyurusu-uzerine-dusunceler/>, Erişim tarihi: 9.04.2020), Akın, Murat Yusuf, Ticaret Bakanlığının 31.03.2020 tarihli Kâr Payı Dağıtımına İlişkin Yazısı Üzerine Düşünceler, (Erişim adresi: <http://www.ticaretkanunu.net/murat-yusuf-akin-ticaret-bakanliginin-31-03-2020-tarihli-kar-payi-dagitimina-iliskin-yazisi-uzerine-dusunceler/>, Erişim tarihi: 10.04.2020). TTK Geçici m.13’ün yürürlüğü ile normlar hiyerarşisine ilişkin söz konusu eleştiriler ortadan kaldırılarak konu yasala zemine kavuşturulmuştur.

⁶⁸⁰ Öte yandan ilgili hükme aykırı olarak serbest yedek akçelerin yahut net dönem kârının %25’inden fazlasının dağıtılmasına karar verilmesinin sonucu konusunda da bir tereddüt

alacaklarının ifasının da 2019 Eylül sonuna kadar ertelendiği belirtilmektedir. Kanaatimizce bu hüküm, sadece doğmuş kâr payı alacaklara yönelik bir düzenleme olduğundan, genel kurulun 2019 Eylül sonrasında ödenmek üzere kâr dağıtım kararı almasına izin vermemektedir.

Bu noktada sorulabilecek bir diğer soru, şirketin yüksek oranda kâr payı dağıtmasının finansal destek yasağına (TTK m.380) aykırılık teşkil edip etmeyeceğidir. Örneğin bir kişinin şirketteki payların çoğunluğunu iktisap ettikten sonra, genel kurulda dağıtılabilir kârın tamamının veya büyük kısmının dağıtımına karar vererek, elde ettiği kâr payı ile pay iktisabı işlemini finanse etmesi halinde kâr payı dağıtımı nasıl değerlendirilecektir?

Esasen madde metninde finansal destek teşkil edecek işlemler arasında kâr payı dağıtımı sayılmamaktadır. Bununla birlikte, finansal destek teşkil edebilecek işlemler bakımından sınırlı sayı ilkesi geçerli olmadığı için⁶⁸¹, bu durum tek başına kâr payı dağıtımının TTK m.380 kapsamı dışında kalması sonucunu doğurmaz. Benzer şekilde, finansal destek işleminin pay devrinden önce verilebileceği gibi pay devrinden sonra verilmesinin de finansal destek yasağı bakımından bir fark yaratmayacağı⁶⁸² dikkate alındığında, sorunun yanıtlanması daha da önem kazanmaktadır. Üstelik kâr payı dağıtımı vasıtasıyla pay sahibinin pay iktisabını finanse ettiği için bu konuda bir değerlendirme yapmak gerekmektedir.

oluşabilecektir. Şöyle ki, TTK m.445 hükmü kanuna aykırılık halinde kural olarak butlan sonucunu değil, kararın iptal edilebilirliğini kabul etmektedir. Genel kurul kararının butlanı ise, şirket sermayesinin korunması ilkesinin ihlali halinde söz konusu olmaktadır ki bu ise şirketin bağlı malvarlığının dağıtılması olarak anlaşılmaktadır. Geçici hükmün dağıtılmasını yasakladığı tutar, esasen şirketin bağlı malvarlığını ihlal etmemektedir. O nedenle de ilk bakışta, şirketin bağlı malvarlığının dağıtımı söz konusu olmadığı için sermayenin korunması ilkesinin ihlal edilmediği ve Geçici m.13'e aykırılığın butlanının söz konusu olmadığı iddia edilebilir. Aytuğar, **Kâr Payı**, s.405.

Ne var ki bu yorum kanun koyucunun amacı ile bağdaşmayacaktır. İlgili düzenleme 2020 yılında Türkiye'de etkisini gösteren Covid-19 salgınının iktisadi etkilerine karşı şirketlerin özkaynak yapısının korunması amacıyla sevk edilmiş bir hükümdür. Bu açıdan hüküm, ekonomik alanda kamu düzenine ilişkin geçici bir tedbir niteliğindedir. Bu nedenle de hükme aykırılığın kamu düzenine aykırılık sebebiyle butlanını kabul etmek gerekecektir. İlâveten, kanun koyucunun hükmü sevk amacı, temelde şirketin alacaklılarının korunmasıdır. Norma aykırılığın sonucunda butlan yerine iptal edilebilirlik yaptırımı, kâr dağıtımı kararına karşı TTK m.446'da sayılan kişilerin iptal davası açmasını gerektirecektir. Halbuki, hükmün korumak istediği asıl grup olan alacaklıların böyle bir imkânı bulunmadığından, kararın sonucunun iptal edilebilir olması da kanun koyucunun hedefi ile uyumlu görünmemektedir.

Öte yandan, butlan bakımından kısmi hükümsüzlüğe ilişkin genel hükümler ışığında, sadece Geçici m.13'te belirtilen eşiği aşan tutar bakımından butlana karar verilmeli, kanuni eşiğe kadar alınan karar geçeli olmalıdır. Aynı yönde bkz. Aytuğar, **Kâr Payı**, s.405.

⁶⁸¹ Gürel, s.132, Paslı, Ali/Veziroğlu, Cem, **Kaldıraçlı Devral ve Anonim Şirketin Finansal Yardım Yasağı**, 12 Levha, İstanbul, 2018, s.261, Yanlı, **Finansal Destek Yasağı**, s.39.

⁶⁸² Arıcı/Veziroğlu, s.65.

Doktrinde çoğunlukla belirtilen görüş, kâr payı dağıtımının finansal destek yasağına aykırılık teşkil etmediği yönündedir⁶⁸³. Bu görüşün altında yatan temel fikir, kâr dağıtımının kanunda katı şekilde düzenlenmiş olmasıdır. Kâr dağıtımının alacaklı menfaatlerine zarar vermemesi için dağıtılabılır kâra ilişkin sınırlamalar getirilmiştir. Ayrıca kâr payı dağıtımı kanundaki eşit işlem ilkesine aykırı bir dağıtım yöntemi olmadığı için, azınlık pay sahiplerinin menfaatlerine aykırılık söz konusu değildir. Bu nedenle her ne kadar kâr payı dağıtımı şirket malvarlığını azaltsa da bu durumun finansal destek yasağına aykırılık teşkil etmeyeceği savunulmaktadır⁶⁸⁴.

Öğretide savunulan bu görüşe net dönem kârının dağıtımı bakımından çekincesiz olarak katılmaktayız. Zira net dönem kârının dağıtımı sadece kanunda düzenlenen bir işlem olmayıp pay sahibi bakımından da bir hak olarak düzenlenmiş, şirkete kanun ve varsa esas sözleşmede belirtilen şartlar bulunmadığı takdirde, kâr dağıtımı yapma yükümlülüğü yüklenmiştir. Bu durumda şirketin bu yükümlülüğe uygun davranmasının finansal destek yasağına aykırılık teşkil etmeyeceğini kabul etmek gerekir.

Öte yandan şirketin serbest yedek akçelerinden yapacağı kâr dağıtımları bakımından aynı derecede kesin bir yargıya varmak kolay değildir. Şirketin serbest yedek akçelerden kâr dağıtmak gibi bir zorunluluğu bulunmamaktadır. O nedenle şirketin serbest yedek akçelerden kâr dağıtımı yapması halinde, bir yükümlülüğün yerine getirilmesi değil, şirket kaynaklarının yönetimine ilişkin bir tercih söz konusudur. Eğer şirket kendi menfaatlerine yabancı amaçlarla, örneğin pay sahibinin pay iktisap işlemini finanse etmek için, kâr dağıtımı kararı alıyorsa, bu durumda finansal destek yasağına aykırılığın değerlendirilmesi gerekecektir.

Ekleme gerekir ki, kâr dağıtımının kanunda düzenlenmiş olmasının tek başına işlemi finansal destek yasağının dışında bıraktığı görüşüne katılmamaktayız⁶⁸⁵. Şöyle ki, kâr payı dağıtımının finansal destek yasağı kapsamında bir işlem olduğuna ilişkin açık bir hüküm bulunmadığı gibi, kâr payı dağıtımının finansal destek yasağı

⁶⁸³ Paşlı/Veziroğlu, s.268, Gürel, s.163, Arıcı/Veziroğlu, s.65, Gürbüz Usluel, s.64.

⁶⁸⁴ Gürel s.164-165, Arıcı/Veziroğlu, s.66.

⁶⁸⁵ Benzer bir durum öğretide birleşme yoluyla finansal destek verilmesi konusunda da gündeme gelmektedir. Birleşme işlemi de kanunda detaylı şekilde düzenlenmiş olsa da bu durum tek başına birleşme işleminin finansal destek yasağına aykırılık teşkil etmemektedir. Birleşme işlemlerinin finansal destek yasağına aykırılık teşkil edip etmeyeceği konusundaki değerlendirme için bkz. Yanlı, **Finansal Destek Yasağı**, s.38 vd.

kapsamının dışında olduğuna dair de açık bir hüküm bulunmamaktadır⁶⁸⁶. Kâr payı dağıtımına dair kanunda detaylı düzenlemeler bulunduğu doğrudur. Söz konusu hükümler, ilgili işlemin hukuka uygunluğuna ilişkin şartları düzenlemektedir. Ancak bir işlemin kendisine özgü kurallar uyarınca hukuka uygun olması, finansal destek yasağını ihlal etmesine engel teşkil etmez. Örneğin kanunda finansal destek yardım teşkil ettiği belirtilen kefalet yahut garanti verilmesi işlemlerin kural olarak hukuka aykırı değildir. Bununla birlikte söz konusu işlemler, şirket paylarının satın alınmasının finansmanı amacıyla yapılmışsa, bu işlemin işlemin finansal destek yasağına aykırılık teşkil etmesi olasılık dahilindedir. O nedenle şirket payları iktisap edildikten sonra şirketin ticari gerekçeler ile temellendirilemeyen derecede yüksek kâr dağıtımını serbest yedek akçelerden yapması halinde, bu dağıtımın finansal destek yasağına aykırılık teşkil ettiği sonucuna varılabileceği kanaatindeyiz. Ancak bunun için kâr dağıtım işleminin şirket menfaatlerine hizmet etmemesi⁶⁸⁷ ve pay sahibinin pay iktisabını finanse etmek amacıyla yapılması gerekmektedir.

2. Genel Kanuni Yedek Akçe

a. Genel Özellikleri

TTK m.521 “genel kanuni yedek akçe⁶⁸⁸” kavramını düzenlemektedir. Aslında kavram, içeriğini bir ölçüde açıklamaktadır. Kanun tarafından ayrılması zorunlu olduğu için, ilgili yedek akçe kanunidir. Yedek akçeyi tanımlamak için kullanılan “genel” ifadesinin kökeni ise aynı derece açık değildir. Bir görüşe göre, kanuni yedek akçenin genel niteliği, sadece kârdan değil, aynı zamanda ihraç primi veya ıskat edilen paylara bağlı olarak elde edilen kazançlar gibi farklı kalemlerden teşekkül etmesinden kaynaklanmaktadır⁶⁸⁹. Bir diğer görüşe göre ise, yedek akçenin “genel” niteliği kaynağından değil, amacından kaynaklanmakta olup, yedek akçenin kanunda

⁶⁸⁶ Örneğin İngiliz Şirketler Kanunu m.681 f.2-a düzenlemesi kâr payı dağıtımının finansal destek teşkil etmeyeceğini açık şekilde belirtmektedir. Bkz. Gürel, s.163.

⁶⁸⁷ Öğretide şirket menfaatine hizmet etmeyen edimler arası dengesizlik bulunan sözleşmeler bakımından finansal destek yasağının söz konusu olabileceği belirtilmektedir. Bkz. Gürel, s.161, Yanlı, **Finansal Destek Yasağı**, s.31-32. Kanaatimizce aynı şart kâr payı dağıtımı yoluyla finansal destek yasağının ihlal edilmesi halinde de aranacaktır.

⁶⁸⁸ ETTK m.466’da bu yedek akçeyi tanımlamak için “Kanuni Yedek Akçe” kavramına yer verilmişti. Ancak TTK ile birlikte şirketin iktisap ettiği kendi payları için ayırdığı yedek akçeler ile esasen yedek akçe niteliğinde olan yeniden değerlendirme fonu gibi fonlar nedeniyle, kanuni yedek akçe kavramı çeşitlenmiştir. O nedenle de söz konusu yedek akçenin diğer kanuni yedek akçelerden ayrılması için, bu yedek akçe tipi “genel kanuni yedek akçe” adını almıştır. Bkz. Kendigelen, **İlk Tespitler**, s.423.

⁶⁸⁹ Tekinalp, **Yeni Hukuk**, s.504.

belirtilenler haricinde özel bir amacı bulunmaması nedeniyle, özel bir amaç için ayrılmış yedek akçelerden farklılaşmasından kaynaklanmaktadır⁶⁹⁰.

Genel kanuni yedek akçe, finansal kaynağına göre farklılık gösteren çeşitli kaynaklardan beslenir. Aşağıda detaylı olarak değinileceği üzere, bu kaynakların bir kısmı sermayeden ayrılan yedek akçe, bir kısmı ise kârdan ayrılan yedek akçe niteliğindedir⁶⁹¹. Bu çeşitlilik sebebiyle genel yedek akçenin işleyişini anlayabilmek için bu kaynakları ayrı ayrı incelemek yararlı olacaktır⁶⁹². Genel kanuni yedek akçeyi besleyen kaynaklar incelendikten sonra, genel kanuni yedek akçenin kullanılmasına ilişkin şartlara değinilecektir.

b. Genel Kanuni Yedek Akçenin Ayrılması

Kanun genel yedek akçeyi düzenleyen TTK m.519 hükmü, genel kanuni yedek akçe ayrımını dört alt başlıkta incelemektedir. Birinci ayırım olarak isimlendirilen⁶⁹³ ayırimda, yıllık kârın %5'i ödenmiş sermayenin %20'sine ulaşınca kadar genel kanuni yedek akçe olarak ayrılacaktır (TTK m.519 f.1). Maddenin ikinci fıkrasının üç bendinde ise sırasıyla çıkarma primleri, ıskata bağlı kazançlar ve kârdan pay alacak kişilere yapılacak dağıtımlara oranla yapılacak ayırım (ikinci ayırım) düzenlenmiştir. Aşağıda, kanunun belirlediği sisteme uygun olarak genel kanuni yedek akçeyi oluşturan kalemlerin özelliklerine değinilecektir⁶⁹⁴.

⁶⁹⁰ Bucheler, s.292.

⁶⁹¹ Bu nedenle de genel kanuni yedek akçenin kaynağı bakımından bileşik (mürekkep) bir nitelik gösterdiğini yahut diğer bir ifade ile genel kanuni yedek akçeler kısmen sermayeden kısmen de kârdan ayrılan yedek akçe niteliğinde olduğunu söylemek mümkündür. Bkz. Bucheler, s.292.

⁶⁹² Bu çeşitlilik sebebiyle ETTK döneminde genel kanuni akçenin i) umumi yedek akçe (ETTK m.466 f.1) ve ii) umumi yedek akçeye eklenen diğer paralar (ETTK m.466 f.2 b.1-2-3) olarak iki alt grupta değerlendirilmesine yol açmıştır. Bkz. Tekinalp, **Yedek Akçeler**, s.287. Üstelikte bu ayırımın uygulama bakımından da önemli bir sonucu olduğu ileri sürülmekteydi. Zira ETTK m.466 f.3 lafzının umumi yedek akçenin nasıl harcanacağına ilişkin bir sınır getirirken, umumi yedek akçeye eklenen diğer paraları bu sınırlamaya dahil etmediğinden, genel kanuni yedek akçenin kendisini içindeki kalemlere göre farklı harcanma rejimlerine tabi olması sonucunu ortaya çıkarmaktaydı. Bkz. Tekinalp, **Yedek Akçeler**, s.288.

⁶⁹³ Örnek olarak bkz. Neuhaus/Balkanyi, **Basler Kommentar, Art 671**, para. 6.

⁶⁹⁴ Belirtmek isteriz ki, öğreti tarafından kanuni yedek akçe kaynaklarının farklı şekilde tasnifleri ile de karşılaşmaktadır. Örneğin Akbulak, birinci ayırım ve ikinci ayırımı “*olağan kaynaklardan ayırım*” olarak tanımlarken, çıkarma primlerinden ve ıskata bağlı kazançlardan kaynaklanan yedek akçeleri “*olağanüstü kaynaklardan ayırım*” olarak tanımlamaktadır. Bkz. Akbulak, Yavuz, “**Anonim Şirketlerde Kar Dağıtım Esasları ve Yedek Akçeler**”, Vergi Dünyası, 2001, s.173-174. Ancak kanaatimizce gerek seçilen kavramların “olağanüstü yedek akçe” kavramı ile karıştırılmaya elverişli olması gerekse birinci ayırım ile diğer kaynakların tabi olduğu hükümlerdeki farklılık sebebiyle çalışmada bu tasnif esas alınmamıştır.

i. Birinci Ayrım

Genel kanuni yedek akçe olarak ayrılan ilk kalem, yıllık kârdan ayrılan birinci yedek akçe ayrımıdır. TTK m.519 f.1 hükmü şu şekildedir: “*Yıllık kârın yüzde beşi, ödenmiş sermayenin yüzde yirmisine ulaşınca kadar genel kanuni yedek akçeye ayrılır*”. Madde metninden de görüleceği üzere birinci yedek akçe olarak ayrılacak tutar, net dönem kârına değil, yıllık kâra oranlı olarak belirlenecektir⁶⁹⁵. Öğretide bir görüşe göre, madde metnindeki yıllık kâr ifadesinin net dönem kârı olarak anlaşılması gerekir⁶⁹⁶. Bu görüş temelini madde gerekçesinden almaktadır. Gerekçe, TTK m.519 hükmünün ETTK sisteminden ayrıldığını belirttiği ve ETTK’da da safi kâra oranlı ayırım yapılacağı belirtildiğinden, TTK uyarınca ayırımın safi kâr karşılığı olarak net dönem kârından yapılması gerektiği görüşü öğretide savunulmaktadır. Ancak kanaatimizce bu yorum, madde metnindeki açık ifade ile uyumlu değildir. Madde metninde yıllık kâr ifadesine yer verilirken, ayırımın net dönem kârı esas alınarak yapılacağı şeklinde bir yorum, madde gerekçesini açık kanun hükmüne göre öncelikli hale getirecektir. İlaveten kanun koyucunun kâr payı hakkına ilişkin düzenlemelerde net dönem kârını ölçüt alırken, yedek akçe ayırımında yıllık kârı ölçüt almasının kanun koyucunun bilinçli bir tercihi olduğunu kabul etmek daha isabetli olacaktır⁶⁹⁷.

İlgili ayırımın yıllık kârdan yapılması karşısında, yıllık kârın varlığı da birinci ayırım için bir önkoşul niteliği kazanmaktadır. Bu husus, kâr dağıtımının serbest yedek akçeler vasıtasıyla yapılması ihtimalinde özellikle önem taşır. Şirketin yıllık kârı ve bundan dolayı da net dönem kârı bulunmadığı, ancak serbest yedek akçeleri çözmek suretiyle kâr payı dağıttığı bir durumda, yıllık birinci ayırımın koşulları oluşmayacaktır⁶⁹⁸.

Şirketin elde ettiği kârın öncelikle geçmiş yıllardan aktarılan zararı kapatmak için kullanılması gerekmektedir. Gerçekten de şirketin zararı mevcutken bu tutar

⁶⁹⁵ Örnek olarak bkz. Tekinalp, **Yeni Hukuk**, s.504, Gürbüz Usluel, s.22, Badak, s.62, Torrión/Barakat, **CR, Art 671**, para12, Neuhaus/Balkanyı, **Basler Komm-2012**, s.696, Böckli, **Aktienrecht**, s.939 dn.421.

⁶⁹⁶ Üçışık/Çelik, s.206, Badak, s.108.

⁶⁹⁷ Canöz, s.72 vd. Doktrinde kâr payında net dönem kârı esas alınırken yedek akçe ayırımında yıllık kârın ölçüt alınmasına çeşitli eleştiriler yöneltilmiştir. Bir görüşe göre, kâr payının ilişkin hükümlerde net dönem kârı esas alınırken, yedek akçe ayırımında yıllık kârın esas alınması hem bir tutarsızlık olduğu hem de bu tutarsızlığın kâr payını azaltacağı belirtilmektedir. Folliet, s.304, Gürbüz Usluel, s.21.

⁶⁹⁸ Karayalçın, **Bilanço Hukuku**, s.65. Öte yandan aşağıda açıklanacağı gibi, ikinci yedek akçe ayrımı şirketin yaptığı dağıtım oranlı olduğundan, şirketin serbest yedek akçelerden dağıtım yapması halinde, ikinci yedek akçe ayırımının koşullarının gerçekleşmesi ihtimali bulunmaktadır.

kapatılmadan yedek akçe ayrılmasının da yedek akçe mantığı ile bağdaşmayacaktır⁶⁹⁹. Bu noktada ortaya çıkan bir sorun, şirketin geçmiş yıllardan aktarılan zararı kapattıktan sonra hala net dönem kârının bulunması durumunda, birinci ayırımın zararlar kapatılmadan önceki kâr tutarının mı esas alınacağı noktasındadır. Bir görüşe göre, şirketin yıllık kârı ile önce geçmiş yıl zararları kapatılacak ve sonra kalan tutar üzerinden yedek akçe ayrılacaktır⁷⁰⁰. Diğer görüşe göre ise, zarar kapatılmadan önce belirlenecek tutar esas alınarak yedek akçe ayrılacaktır⁷⁰¹. Kanaatimizce kanun lafzı birinci ayırım bakımından yıllık kârı ölçüt aldığından bu ikinci görüşü kabul etmek TTK sistemine daha uygun olacaktır.

Birinci ayırım zorunluluğu genel kanuni yedek akçenin ödenmiş sermayenin beşte birine⁷⁰² ulaşmasına kadar devam edecektir. Kanun, birinci ayırım zorunluluğunun sona ermesi için gereken eşiğin tespitinde ödenmiş sermayeyi esas almıştır⁷⁰³. Burada kastedilen fiilen ödenmiş kısımdır. O nedenle yönetim kurulu tarafından pay sahiplerine sermaye taahhüdünün ifası için çağrıda bulunulmasına rağmen henüz fiilen ödenmemiş tutar dikkate alınmayacaktır⁷⁰⁴. Buna göre, şirketin ayırdığı yedek akçelerin tutarı ödenmiş sermayenin %20'si altına düşerse, ayırım yapma zorunluluğu tekrar etkin hale gelecektir⁷⁰⁵.

Birinci yedek akçe ayırımı zorunluluğunun devamı genel kanuni yedek akçenin tamamının ödenmiş sermayenin beşte birine ulaşmaması halinde söz konusudur. Yukarıda da değinildiği üzere⁷⁰⁶, genel kanuni yedek akçe, sadece birinci yedek akçe ayırımından ibaret değildir. Bunun dışında farklı kalemlerden yapılan ayrımlar da genel kanuni yedek akçeye dahildir. İşte birinci ayırım zorunluluğunun sona ermesi için, sadece birinci yedek akçe olarak yapılan ayrımların değil, birinci yedek akçe

⁶⁹⁹ Canöz, s.75. Yedek akçelerin zararın kapatılması için kullanılması zorunluluğu konusundaki açıklamalar için bkz. Yukarıda I-B-1-d-Yedek Akçelerin Kullanılması.

⁷⁰⁰ Folliet, s.305, Neuhaus/Balkanyi, **Basler Kommentar, Art. 671**, para.10, Glanzmann, s.280.

⁷⁰¹ Böckli, **Aktienrecht**, s.1515. Bu yorum maddenin lafzi yorumuna daha uygun olduğu yönünde bkz. Torrión/Barakat, **CR, Art 671**, para.15.

⁷⁰² İsviçre hukukunda hazırlanan 2016 tarihli yasa tasarısında birinci ayırımı sürdürme zorunluluğuna ilişkin eşiğin ödenmiş sermayenin %20'sinden %50'sine yükseltilmesi planlanmaktadır. Bkz. Böckli, **OR-Rechnungslegung**, s.121 dn.950.

⁷⁰³ Senarclès, çalışma yaptığı dönemde yedek akçe ayırma eşiğinin ödenmiş sermayeye göre belirlenmesinin İsviçre hukukuna özgü bir kural olduğunu belirtmektedir. Bkz. Senarclès, s.143. Nitekim Alman hukukunda da yedek akçe ayrılmasına ilişkin zorunluluk yedek akçenin esas sermayenin %10'una ulaşması ile sona erer, meğerki daha şirket esas sözleşmesinde daha yüksek bir eşik belirlenmiş olsun. Bkz. AktG m.150 f.2. İsviçre'de 2016 tarihinde hazırlanan yasa tasarısında da yedek akçe ayırma zorunlulukları belirlenirken, ödenmiş sermayeye değil de esas veya çıkarılmış sermayeye oranlı bir ölçüt belirlenmesi önerilmektedir. Bkz. Handschin, **Rechnungslegung**, s.378.

⁷⁰⁴ Üçışık/Çelik, s.230.

⁷⁰⁵ Yanlı, **AŞ'de Kâr Dağıtımı**, s.10.

⁷⁰⁶ Bkz. Yukarıda-b-Genel Kanuni Yedek Akçe

ayrımalarını da içeren, ancak diğer kalemleri de ihtiva eden genel kanuni yedek akçenin toplam tutarının ödenmiş sermayenin beşte birini aşması yeterlidir⁷⁰⁷.

TTK m.519 uyarınca birinci ayırım zorunluluğu sona ermesine rağmen, genel kurulun yedek akçe ayırımı yapmaya devam etmesi mümkündür. Bu durumda yapılan ayrımların ihtiyari ayırım olduğu ve genel kurulun bu tutarlar üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği konusunda bir tereddüt yoktur⁷⁰⁸. Bununla birlikte TTK m.521 uyarınca şirket esas sözleşmesine konulacak hükmün sonuçları konusunda öğretide bir tartışma bulunmaktadır. TTK m.521 hükmü uyarınca, şirket esas sözleşmesinde birinci yedek akçenin yıllık kârın %5'inden daha fazla bir tutarda ayrılması kararlaştırılabileceği gibi, yedek akçe ayırma zorunluluğunun da ödenmiş sermayenin %20'sini aştıktan sonra da devam edeceği düzenlenebilir. Eğer bu şekilde bir esas sözleşme hükmü mevcutsa, bu durumda kanuni düzenlemelerin ötesinde ayrılan yedek akçenin kanuni yedek akçe mi yoksa esas sözleşmeye dayanan yedek akçe mi olduğu konusunda öğretide farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre, bu durumda kanunda belirtilen oran ve eşiklerin üzerindeki kısım hala kanuni yedek akçe niteliğini korumaktadır⁷⁰⁹. Diğer bir görüşe göre ise böyle bir durumda, kanunda belirtilen düzenlemelerin ötesine geçen esas sözleşme hükmü, bir ihtiyari yedek akçenin varlığına yol açmaktadır⁷¹⁰. Fakat bu ihtiyari yedek akçenin kullanılmasının kanuni yedek akçeye ilişkin hükümlere tabi olduğu da öğretide belirtilmektedir⁷¹¹.

Son olarak zorunluluk bulunmasına rağmen, birinci yedek akçe ayırımının yapılmamasının sonuçlarına da kısaca değinmekte yarar bulunmaktadır. Türk hukukunda yedek akçe ayırımından yönetim kurulunun sorumlu olduğu savunulmaktadır⁷¹². Ancak TTK m.408 uyarınca finansal tabloların onaylanmasının genel kurulun devredilemez yetkisi kapsamında olduğu düşünülürse, bu görüşü, yönetim kurulunun hazırlayarak genel kurulun onayına sunduğu finansal tablolarda, bu birinci yedek akçe ayırımına yer vermek zorunda olduğu şeklinde anlaşılması gerektiği kanaatindeyiz.

Yine öğretide birinci yedek akçe ayırımının şartları bulunduğu takdirde, yedek akçe ayırımının kendiliğinden gerçekleşeceği ve bu konudaki genel kurul kararının

⁷⁰⁷ Badak, s.111.

⁷⁰⁸ Tekinalp, **Yeni Hukuk**, s.504.

⁷⁰⁹ Üçışık/Çelik, s.230.

⁷¹⁰ Gürbüz Usluel, s.22, Badak, s.111.

⁷¹¹ Badak, s.111.

⁷¹² Üçışık/Çelik, s.231.

açıklayıcı nitelikte olduğu belirtilmektedir⁷¹³. Kanuni yedek akçe ayırımının eğer şartlar mevcutsa bir zorunluluk olduğu ve genel kurulun finansal tabloları onaylarken bu hususu dikkate alması gerektiği tartışmasıdır. Bunun sonucu olarak, yönetim kurulunun hazırladığı finansal tablolarda kanuni yedek akçeyi göstermesi gerektiği ve bu konuda bir genel kurul kararı alınmasına ihtiyaç olmadığı da açıktır. Öte yandan bu noktada genel kurulun finansal tabloları onaylaması gerekliliğini de göz ardı etmemek gerekir. Yönetim kurulu tarafından hazırlanan finansal tablolar, gerektiği takdirde denetimden geçtikten sonra, genel kurul tarafından onaylanır. Genel kurul tarafından onaylanmayan finansal tabloların geçerli değildir. O nedenle genel kurulun finansal tabloları onaylama kararı almadan yıllık kâr kesinleşmeyeceğinden yıllık kâra oranlı olarak belirlenen birinci yedek akçe ayırımının da yapılması mümkün değildir. Ayrıca her ne kadar şartları mevcutsa birinci yedek akçe ayırımı bir zorunluluk olsa da finansal tablolar onaylanmadan şirketin yıllık kârı belirli olmayacağı için, ayrılacak yedek akçe miktarı da belirli olmayacaktır. Keza, genel kurulun eğer varsa yedek akçeleri kullanma kararı alması, yıllık kârı değiştirebileceğinden, dolaylı olarak ayrılacak birinci yedek akçe ayırımı da değişebilecektir. Özetle, TTK hükümleri bir arada değerlendirildiğinde, birinci ayırımın da genel kurulun finansal tabloları uygun bulma kararı ile birlikte hukuki etki kazandığı savunulabilir⁷¹⁴.

Bu durumda birinci ayırım zorunluluğu bulunmasına rağmen yedek akçe ayırımı yapılmaması halinde, bu hukuka aykırılığın sonucunun ne olacağı sorusu ortaya çıkmaktadır. İsviçre öğretisinde, bu durumda yedek akçe ayırımı yapılmamış finansal tabloların onaylanmasına dair kararın iptalinin istenebileceği belirtilmektedir⁷¹⁵. Kanaatimizce burada TTK m.447 uyarınca sermayenin korunmasına ilkesine aykırılık sebebiyle genel kurul kararının butlanı sonucuna varmak daha uygun olacaktır. Ayrıca eklemek gerekir ki, böyle bir yorum, normun koruma amacına da daha uygun düşecektir. Yedek akçe ayrılması her ne kadar pay sahiplerinin menfaatlerine hizmet etse dahi, kanuni yedek akçe ayrılmasına dair yükümlülüklerde asıl amaç alacaklıların korunmasıdır. Bu durumda alacaklı menfaatlerini ihlal eden yedek akçe ayırmama kararına karşı alacaklıların başvuru yolunun bulunmadığı iptal davası açma hakkı tanımak çelişkili olacak ve hükmün amacına uygun düşmeyecektir.

⁷¹³ Tekinalp, **Yedek Akçeler**, s.277, Badak, s.112.

⁷¹⁴ Oser, David/Vogt, Hans-Ueli, “**Die Ausschüttung von Agio nach geltendem und künftigem Aktienrechts**”, GesKR, 2012, s.19.

⁷¹⁵ Neuhaus/Balkanyi, **Basler Kommentar, Art. 671**, para.9.

ii. Genel Kanuni Yedek Akçeye Aktarılan Diğer Kaynaklar

Genel kanuni yedek akçe kapsamında ayrılacak diğer kaynaklar, ıskata bağlı kazançlar, çıkarma primleri (agio) ve ikinci yedek akçe ayrımıdır (TTK m.519 f.2). Şirket birinci ayırım dışında bu madde kapsamındaki kaynakları da yedek akçe olarak ayıracaktır.

Birinci yedek akçeden farklı olarak yedek akçe ayrılan diğer kaynaklar bakımından ayırma zorunluluğunu sona erdiren bir üst sınır getirilmemiştir⁷¹⁶. O nedenle yedek akçe miktarı ne olursa olsun, şirketin ilgili yedek akçeyi ayırması gerekmektedir. Öte yandan, öğretide isabetli olarak belirtildiği üzere, genel kanuni yedek akçe ayırma hükmünü maddenin üçüncü fıkrası ile birlikte değerlendirmek gerekmektedir. TTK m.519 f.3 uyarınca “(g)enel kanuni yedek akçe sermayenin veya çıkarılmış sermayenin yarısını aşmadığı takdirde, sadece zararların kapatılmasına, işlerin iyi gitmediği zamanlarda işletmeyi devam ettirmeye veya işsizliğin önüne geçmeye ve sonuçlarını hafifletmeye elverişli önlemler alınması için kullanılabilir”. Bu maddenin karşıt anlamından, ilgili eşik aşıldığı takdirde ayrılan yedek akçenin dağıtım için kullanılabileceği sonucuna varılacaktır. Buna binaen kanuni yedek akçenin sermayenin yarısını aşması halinde, genel kanuni yedek akçe için ayırım yapılmasının bir işlevi kalmayacaktır⁷¹⁷. O nedenle de söz genel kanuni yedek akçeye aktarılabilecek diğer tutarlar da genel kanuni yedek akçe şirket sermayesinin yarısına ulaşana kadar zorunlu nitelikte olsa da sonrasında ihtiyari yedek akçe niteliğindedir.

01. İskata Bağlı Kazançlar

TTK m.519 f.2 uyarınca genel kanuni yedek akçeye eklenecek kalemlerden bir diğeri, ıskat sebebiyle elde edilen gelirlerden yeni senetlerin verilmesi için yapılan giderlerin düşülmesi ile kalan tutarlardır. TTK m.483 uyarınca pay sahibinin sermaye taahhüdünü ifa etmemesi halinde, şirketin temerrüde düşen pay sahibini ıskat etmesi mümkündür. İskat prosedürü sonucunda ıskat edilen pay sahibinin yaptığı kısmi ödemeler şirket tarafından muhafaza edilecek ve şirket açısından bir kazanç teşkil

⁷¹⁶ Üçışık/Çelik, s.230.

⁷¹⁷ Yanlı, **AŞ’de Kâr Dağıtımı**, s.10, Gürbüz Usluel, s.26. İsviçre öğretisi ve uygulamasının da bu yönde olduğu yönünde bkz. Torrión/Barakat, **CR, Art 671**, para.15. Aksi görüşte bkz. Badak, s.118.

edecektir⁷¹⁸. İşte TTK m.519 f.2-b bendi, bu kazançların da genel kanuni yedek akçeye ekleneceğini düzenlemektedir⁷¹⁹.

Iskat bağlı kazançlar arasında ıskat edilen pay sahibinin yaptığı kısmi ödemelerin dahil olduğu şüphesizdir. Bunun dışında pay sahibinin ödemekle yükümlü olduğu temerrüt faizi ve cezai şartın da yine ıskata bağlı kazançlar arasında değerlendirilmektedir⁷²⁰.

Iskata bağlı olarak kazançlardan da masrafların düşülmesi gerekmektedir. Bu durumda yeni pay sahibine vermek amacıyla senet basımı için yapılan masrafların düşülmesi gerekmektedir⁷²¹.

02. Çıkarma Primleri

Genel kanuni yedek akçeyi ayıran diğer kalemlerden biri de çıkarma primleri veya diğer bir adı ile agiodur. Çıkarma primi, payın ihraç bedelinin itibari değeri aşan kısmını ifade etmektedir⁷²². Çıkarma primi, sermaye artırımında öngörülebileceği gibi, şirket kuruluşunda da öngörülebilir⁷²³. Bunun için esas sözleşmede hüküm bulunması yahut yetkili organın karar alması gerekmektedir⁷²⁴.

Payların primli olarak çıkartılması, aslında geçmiş yıllarda ayrılan yedek akçeler ile iktisadi olarak ilişki içerisindeydi. Mevcut pay sahipleri şirketin kârının yedek akçe olarak ayrılmasına karar vererek, kâr payından vazgeçerek şirket varlığını

⁷¹⁸ Senarclès, s.155, Değirmenci, Cenker, **Anonim Ortaklıkta Iskat**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006, s.59. Bu düzenlemenin emredici olduğu ve yönetim kurulunun ödenen kısmı muhafaza etme konusunda takdir yetkisi olmadığı yönünde bkz. Değirmenci, s.60.

⁷¹⁹ Uygulamada bu kazançların anlamlı bir tutar ifade etmediği, o nedenle bu kalemin uygulamada büyük bir önemi olmadığı belirtilmektedir. Bkz. Torrión/Barakat, **CR, Art 671**, para.17, Glanzmann, s.278.

⁷²⁰ Üçışık/Çelik, s.237.

⁷²¹ Tekinalp, **Yeni Hukuk**, s.504.

⁷²² Böckli, **OR-Rechnungslegung**, s.120, Handschin, **Rechnungslegung**, s.380, Üçışık/Çelik, s.233.

⁷²³ Neuhaus/Balkanyi, **Basler Kommentar, Art. 671**, para.17. Şirketin kuruluşunda payların primli olarak çıkartılması olağan değilse de hukuken buna bir engel bulunmamaktadır. Bkz. Senarclès, s.144, Üçışık/Çelik, s.233. Böyle bir uygulama şirketin finansal esneklik kazanmasına yardımcı olabilir. Zira kuruluş aşamasında yüksek miktarda malvarlığına sahip olması gereken, ancak bir yandan da yüksek sermaye miktarının getireceği katılığı esnetmek isteyen şirketlerde şirketin kuruluşunda payların primli olarak çıkartılması başvurulabilecek bir yöntemdir. Bu durumun şirketin finansal düzeni bakımından esnekliği sağladığı belirtilmektedir. Bkz. Santella, Paolo/ Turini, Riccardo, **“Capital Maintenance in the EU: Is the Second Company Law Directive Really That Restrictive?”**, European Business Organization Law Review S.9, s.437. Primli pay uygulamasının bu nedenle de artış gösterdiği yönünde bkz. MCBA Annotated, s.6-84.

⁷²⁴ TTK m.347 uyarınca primli pay çıkartılması konusunda karar almaya yetkili organ genel kuruldur. Öte yandan kayıtlı sermaye sisteminde sermaye artırım ve pay ihraç yetkisi yönetim kuruluna bırakıldığından, eğer esas sözleşmeye konulacak bir hükümle primli pay çıkarma yetkisi yönetim kuruluna da tanınabilir (TTK m.460).

artırmaktadırlar. Sonradan şirkete dahil olan pay sahiplerinin söz konusu yedek akçelerden dolayı olarak yararlanacak olmalarından ötürü⁷²⁵, payları nominal değerinden daha yüksek bir bedel ile almaları, önceki pay sahiplerinin kâr payından fedakarlıklarının denkleştirilmesini sağlamaktadır⁷²⁶. Bu açıdan primli pay çıkartılmasının eşit işlem ilkesinin bir yansıması olduğu belirtilmektedir⁷²⁷.

TK m.519 f.2 b.1 uyarınca çıkarma primlerinin çıkarılma giderleri, itfa karşılıkları ve hayır amaçlı ödemeler için kullanılmamış bulunan kısmı, genel kanuni yedek akçeye eklenecektir. Çıkarma primlerinin yedek akçeye eklenmesi, şirketin yedek akçe miktarından bağımsızdır. Genel kanuni yedek akçe şirketin ödenmiş sermayesinin %20'sini aşmış olsa bile primin yedek akçe olarak ayrılması gerekmektedir⁷²⁸.

İhraç priminin genel kanuni yedek akçeye eklenmesi için genel kurulun bu konuda ayrıca bir karar almasına gerek bulunmamaktadır⁷²⁹. Yönetim kurulu finansal tabloları hazırlarken söz konusu yedek akçe ayrımını yapmalıdır. Ne var ki, elbette finansal tabloların hukuken geçerlilik kazanabilmeleri ve kâr dağıtımında esas alınabilmeleri için genel kurulun finansal tabloları onaylaması gerekmektedir.

TTK m.519 f.2 ihraç primlerinden bazı kalemlerin düşüleceğini de açık olarak hükme bağlamıştır. Buna göre pay çıkarma giderlerinin, itfa karşılıklarının ve hayır amaçlı işlemler için yapılan giderler, ayrılacak kısımlardan düşülecektir. Çıkarma giderleri ile kast edilenin senet basım giderleri ve ilgili harçlar olduğu belirtilmektedir⁷³⁰. Ancak avukat veya danışman ücretlerinin bu bağlamda değerlendirilemeyeceği belirtilmektedir⁷³¹. Madde metninde belirtilen hayır amaçlı işlemlerin sadece şirket çalışanlarına yönelik olmasının zorunlu olmadığı, şirket dışındaki kişilere yönelik hayır işlerinin de bu kapsamda olduğu belirtilmektedir⁷³².

⁷²⁵ Handschin, **Rechnungslegung**, s.380.

⁷²⁶ Senarclès, s.147, Üçışık/Çelik, s.233. Doktrinde yeni çıkartılan paylar üzerindeki rüçhan hakkının da aynı iktisadi gerekçeye dayandığı, bu şekilde pay sahiplerine şirketin kâr dağıtmayarak ayırdığı yedek akçelerden dolayı olarak yararlanma konusunda bir öncelik sağlandığı belirtilmektedir. Bkz. Birsell, s.42.

⁷²⁷ Handschin, **Rechnungslegung**, s.380.

⁷²⁸ Torrión/Barakat, **CR, Art 671**, para.21, Üçışık/Çelik, s.230.

⁷²⁹ Handschin, **Rechnungslegung**, s.381.

⁷³⁰ Senarclès, s.150, Tekinalp, **Yeni Hukuk**, s.504.

⁷³¹ Tekinalp, **Yeni Hukuk**, s.504.

⁷³² Tekinalp, **Yedek Akçeler**, s.331. İsviçre hukuku bakımından ise benzer bir sonuca tereddüt ile yaklaşmak gerekmektedir. İsviçre hukukunda ilgili maddede yer alan “but de prévoyance-Wohlfahrtzwecken” ifadeleri, çalışanlara yönelik olarak destekleri ifade etmektedir. Nitekim doktrinde de bu çalışanların menfaatlerine yönelik olduğu ifade edilmektedir. Neuhuas/Balkanyi, **Basler Komm-2012**, s.698.

Çıkarma primlerinin genel kanuni yedek akçeye eklenmesinde söz konusu giderlerin karşılanması öncelikli olduğu, ancak bu giderler düşüldükten sonra kalan tutarın yedek akçeye aktarılabilmesi belirtilmektedir⁷³³. Bu konuda karar verecek organın genel kurul olduğu kabul edilmektedir⁷³⁴.

Prim bakımından tartışılan husus, bu şekilde genel kanuni yedek akçeye eklenen miktarın dağıtımına konu oluşturup oluşturamayacağı noktasındadır. Bu husus İsviçre’de yoğun tartışmalara yol açmıştır⁷³⁵. İsviçre hukukunda öğretilde savunulan bir görüşe göre, bu durumda pay bedeli olarak ödenenin iadesi söz konusu olacağından, çıkarma primlerinden kaynaklanan yedek akçelerin kâr payı olarak ortaklara dağıtılması mümkün değildir⁷³⁶. Diğer bir görüşe göre ise, çıkarma primlerinin de eklenmesi ile birlikte genel kanuni yedek akçe İBK m.671’de yer alan eşiği aşarak serbest yedek akçe niteliği kazandığı takdirde, kâr dağıtımında kullanılabileceği yönündedir⁷³⁷. Başka bir ifade ile genel kanuni yedek akçenin serbest yedek akçe niteliği kazanması bakımından, yedek akçenin çıkarma priminden yahut başka bir kaynaktan oluşması arasında bir fark bulunmamaktadır. İsviçre Federal Mahkemesi’nin de görüşü bu yöndedir⁷³⁸.

⁷³³ Üçışık/Çelik, s.235.

⁷³⁴ Üçışık/Çelik, s.234.

Kanaatimizce çıkarma primine karar verme yetkisinden değil, yedek akçeleri kullanma yetkisinden kaynaklanmaktadır. Zira aksi eğer yetkinin primli pay ihraç yetkisinin bir sonucu olduğu kabul edilirse, kayıtlı sermaye sisteminde çıkarma primlerinin genel kanuni yedek akçeye eklenmesinin yönetim kurulunun yetkisinde olması söz konusu olabilir. Ancak böyle bir yorumun finansal tablolar üzerinde hakimiyeti genel kurula bırakan TTK sistemi ile çelişen sonuçlar vereceği görüşündeyiz. Aksi görüşte, Oser/Vogt, s.20. Yazar, birinci ayırmadan farklı olarak çıkarma primlerinden ayrılacak yedek akçelerin yıllık kâra bağlı olmadığını, o nedenle de finansal tabloların onaylanmasına gerek bulunmadığını belirtmektedir.

⁷³⁵ Tartışma için bkz. Torrión/Barakat, **CR, Art 671**, para.26.

⁷³⁶ Örnek olarak bkz. Dekker, **OFK**, s.188, Böckli, Peter, “**L’Agió, Champ de Bataille**”, Schweizer Treuhänder: Monatszeitschrift für Revision, Rechnungswesen und Beratung, 2011, s.547. Bu görüşün çoğunlukta olduğu yönünde bkz. Neuhaus/Balkanyi, **Basler Komm-2012**, s.699. Bu görüşün azınlıkta olduğu yönünde bkz. Böckli, **Agió**, s.548. Hukuk sistemleri arasında da yeknesak bir uygulama olduğunu söylemek mümkün değildir. Örneğin İngiliz hukukunda çıkarma primlerinin dağıtılamayacağı yönünde bkz. Rickford, s.982. Öte yandan Fransa, Delaware ve New York hukuklarında çıkarma primlerinin dağıtılabileceği yönünde bkz. Conac, **Capital**, s.164. AB Hukuku’nda 2. Yönerge’nin bu konuyu düzenlemediği ve ulusal hukuklara bir tercih imkânı sağladığı yönünde bkz. Santella/Turini, s.437.

⁷³⁷ Örnek olarak Senarçles, s.55, Handschin, **Rechnungslegung**, s.381, Oser/Vogt, s.18. Bu görüşü savunan yazarların gerekçeleri için bkz. Neuhaus/Balkanyi, **Basler Kommentar, Art. 671**, para.30. Konu hakkında kapsamlı bir çalışma için bkz. Oser/Vogt, s.10 vd. *Kurer/Kurer* de çıkarma primlerinin ortaklara dağıtılabileceğini kabul etmekle birlikte bunun “doğrudan dağıtım” niteliğinde olamayacağını, çıkarma primlerinin ilk yılda dağıtılamayacağını, ancak takip eden yılda yedek akçelere dahil edilecekleri ve daha sonra yedek akçelere ilişkin kurallar çerçevesinde “dolaylı olarak” dağıtılabileceklerini belirtmekte idiler. *Kurer/Kurer, Basler Komm-2012*, s.718.

⁷³⁸ BGE 140 II 533 (naklen Neuhaus/Balkanyi, **Basler Kommentar, Art. 671**, para. 31a), TF 4_16/2015 (naklen Stoffel, Walter/Constantin, Arnaud, RSDA 2016, s.327).

Türk hukukunda da çıkarma priminin kâr dağıtımında kullanılıp kullanılamayacağı konusu tartışmalıdır. Bir görüşe göre, çıkarma primleri kâr dağıtımı için kullanılamaz⁷³⁹. Ancak bizim de katıldığımız görüşe göre, çıkarma priminin dağıtılması konusunda kategorik olarak bir yasak bulunmamaktadır ve yedek akçe tutarının serbest yedek akçe niteliği kazanması halinde dağıtılması mümkündür⁷⁴⁰. Bu görüşe dayanak olarak ilkin İBK m.680'den farklı olarak sermayenin iadesi yasağına ilişkin TTK m.480 f.3 iade yasağının kapsamını “pay bedeline” değil, “sermayeye” özgülenmesi gösterilebilir⁷⁴¹. Çıkarma primlerinin nitelikleri itibariyle sermayeye dahil olmadıkları açıktır⁷⁴². Bu nedenle hükmün ifadesi, pay bedelinin bir kısmı olmakla birlikte, sermayeye dahil olmayan primi kapsam dışında bırakmaktadır⁷⁴³.

Çıkarma primlerinin yedek akçe olarak ayrılacağı genel kanuni yedek akçeyi düzenleyen TTK m.519 f.2 hükmünde yer almaktadır. Bu durumda kural olarak çıkarma primlerinin de ıskata bağlı kazançlar yahut birinci ve ikinci ayrıma ilişkin hükümlere tabi olması esastır. Şüphesiz kanun koyucu çıkarma primleri için ayrık bir rejim tesis edebilir, ancak gerek TTK gerekse İBK hükümlerinde çıkarma primlerinin dağıtılamayacağını açıkça belirten bir hüküm bulunmadığı belirtilmektedir⁷⁴⁴.

Yukarıda yer verilen madde metni ve TTK sistematığına ilişkin gerekçelere ilaveten, çıkarma priminin ortaklara dağıtılamayacağı kabul edilirse, bu durumda sermayeden bile daha katı bir rejime tabi bir özvarlık yaratılmış olacaktır. Her ne kadar TTK m.480 sermayenin iadesi yasağını düzenlemekteyse de TTK m.473 vd. hükümleri uyarınca sermayenin azaltılması ve sonrasında da pay sahiplerine iade edilmesi mümkündür. Halbuki, çıkarma primlerinin pay sahiplerine dağıtım için kullanılamayacağı kabul edilirse, şirketin ihtiyaç duymasa bile pay sahiplerine iade edemeyeceği bir kaynak şirket bünyesine hapsedilmiş olacaktır. Kanun koyucunun belirli şartlarda sermayenin bile azaltılmasına ve bu şekilde pay sahiplerine dağıtılmasına izin verdiği bir sistemde, çıkarma primlerini dağıtılamaz bir kalem

⁷³⁹ Üçışık/Çelik, s.234, Tekinalp, **Yedek Akçeler**, s.332, Karyağdı, s.175.

⁷⁴⁰ Yanlı, **AŞ'de Kâr Dağıtımı**, s.13, Moroğlu, **Sermaye Artırımı**, s.215 dn.299.

⁷⁴¹ Nitekim İsviçre hukukunda da hükmün lafzının çıkarma primlerinin dağıtımına engel teşkil etmediği görüşü ileri sürülmektedir. Bkz. Oser/Vogt, s.12 vd.

⁷⁴² Tekinalp, **Yedek Akçeler**, s.332, Üçışık/Çelik, s.235.

⁷⁴³ Yanlı, **AŞ'de Kâr Dağıtımı**, s.13.

⁷⁴⁴ Oser/Vogt, s.13 vd.

olarak görmek kanaatimizce kanun koyucunun amacının ötesinde bir koruma getirmek olacaktır.

03. İkinci Ayrım

TTK m.519 f.2-c “*Pay sahiplerine yüzde beş oranında kâr payı ödendikten sonra, kârdan pay alacak kişilere dağıtılacak toplam tutarın yüzde onu*” oranında değer in genel kanuni yedek akçeye ayrılacağını belirtmektedir (İBK m.671 f.2 b.3). Bu ayrım öğretide ikinci yedek akçe ayrımı yahut ikinci ayrım olarak isimlendirilmektedir⁷⁴⁵.

İkinci ayrımın kökeninde İsviçre hukukundaki yasalaşma sürecinde ileri sürülen “kriz fonu” önerisi yatmaktadır. Yasalaşma sürecinde, ekonomik sıkıntı dönemlerinde işletmenin varlığını ve iş imkanlarını korumak amacıyla kullanılacak “kriz fonu” adı altında, genel kanuni yedek akçeden ayrı bir fon oluşturulması önerilmişti. Ancak yasalaşma sürecindeki müzakereler sonucunda, kriz fonu bağımsız bir fon olmaktan çıkartılarak, genel kanuni yedeklerin içine dahil edilmiş, öte yandan kriz fonunun kullanılma amaçları da genel kanuni yedek akçelere eklenmiştir. Bu şekilde, bağımsız bir kriz fonundan vazgeçilmiş, ancak genel kanuni yedek akçelere vazgeçilen kriz fonunun işlevi yüklenmiştir⁷⁴⁶.

İkinci ayrımın yapılması TTK. m.519 uyarınca belirli koşullara tabi tutulmuştur. Birinci ayırmadan farklı olarak, şirketin yıllık kârının bulunması ikinci yedek akçe ayrımının yapılması bakımından belirleyici değildir. İkinci ayrımın yapılması için, pay sahiplerine en az %5 oranında kâr payı ödenmesi⁷⁴⁷ gerekmektedir. Pay sahiplerine yapılan kâr payı ödemesi bu eşiğin altında kaldığı takdirde, şirketin ikinci yedek akçe ayrımı yapması zorunluluğu söz konusu olmayacaktır. Ancak bu dağıtımın net dönem kârından veya yedek akçelerden yapılması bakımından bir fark bulunmamaktadır⁷⁴⁸.

Ancak kesinti yapılmayan kısım, her bir yıl bazında dikkate alınır. Bu nedenle örneğin şirketin belirli bir yılda hiç kâr dağıtmasa dahi, takip eden yılda söz konusu

⁷⁴⁵ Örnek olarak bkz. Handschin, **Rechnungslegung**, s.378.

⁷⁴⁶ Yasalaşma süreci hakkında kapsamlı inceleme açıklama için bkz. Tekinalp, **Yedek Akçeler**, s.306. Öte yandan ikinci ayrımın kendisine yüklenen işlevi yerine getirdiği konusunda şüpheler bulunmaktadır. Bu nedenle de İsviçre’de hazırlanan 2016 tarihli yasa taslağında ikinci yedek akçe ayrımının kaldırılması önerilmektedir. Bkz. Böckli, **OR-Rechnungslegung**, s.122, Glanzmann, s.281.

⁷⁴⁷ Kâr payı dağıtmak yerine bedelsiz pay verilmesi halinde de ikinci ayrım yapılmayacaktır. Bkz. Tekinalp, **Yedek Akçeler**, s.314, Senarcles, s.172. Bedelsiz sermaye artırımı ile yedek akçeler, harcanması daha da sıkı şartlara tabi olan sermayeye dönüştüğünden, artık yedek akçe ayrılmasında şirketin veya alacaklıların bir menfaati bulunmamaktadır. Bkz. Senarcles, s.172.

⁷⁴⁸ Glanzmann, s.281.

öncelikli kısım yine %5 olacak, ikinci ayrımın yapılması için $\%5 + \%5 = \%10$ kâr dağıtımı yapılması şartı aranmayacaktır⁷⁴⁹.

Kanunda belirtilen %5 kâr payı ödenmesi şartını ağırlaştıran, örneğin, %7 kâr payı ödendikten sonra ikinci ayrımın yapılacağına ilişkin bir esas sözleşme hükmü getirilemez. Zira bu durumda kanunla getirilen yedek akçe ayırma şartının kısmen gevşetilmesi söz konusu olacaktır⁷⁵⁰.

İkinci yedek akçe ayrılması için önkoşul olan “yüzde beş oranında kâr payı” ile ne kast edildiği madde metninden açıkça anlaşılmamaktadır. Öğretide de konu tartışmalıdır. Bir görüşe göre söz konusu tutar, şirket sermayesinin yüzde beşidir⁷⁵¹. Diğer bir görüşe göre ise burada kastedilen ödenmiş sermayenin yüzde beşidir⁷⁵². Kanaatimizce burada kast edilen tutarın şirket sermayesinin yüzde beşi olarak anlaşılması, maddenin amacına daha uygun olacaktır. TTK m.519 f.1 hükmünde birinci yedek akçe ayrımı şartının sermayenin değil de ödenmiş sermayenin yüzde yirmisine kadar zorunlu tutulması, şirketin kâr dağıtım kapasitesini artırmaktadır⁷⁵³. Bu tercihin iktisadi sonucu, pay sahiplerinin sermaye taahhütlerinin henüz ifa edilmediği dönemde, şirketin kâr payı dağıtım kapasitesini artırmak ve pay sahiplerinin pay iktisabını şirketin elde ettiği ve dağıtacağı kâr ile finanse etmeyi kolaylaştırmak olabilir. Diğer bir ifade ile bu tercih, şirkete yatırım yapacak pay sahibinin söz konusu işlemi iştirakin semeresi olan kâr payı ile finanse etmesini kolaylaştırmaktadır. Bu durum, anonim şirketlere yatırımı teşvik edici bir tercihtir. TTK m.519 hükmüne bu perspektiften bakıldığında, ikinci ayrım için önkoşulu tetikleyen şartın ödenmiş sermaye değil, esas veya çıkarılmış sermaye olarak belirlenmesi ve bu sayede pay bedelleri ifa edilene kadarki süreçte şirketin daha yüksek kâr dağıtımının önünün açılması tutarlı bir çözüm olacaktır⁷⁵⁴.

Söz konusu %5 oranı hesaplanırken, madde metninde açıkça belirtildiği üzere, pay sahiplerinin aldığı tüm kâr payı dikkate alınacaktır. Bu durumda şirket hem birinci hem de ikinci dağıtımda %2 dağıtım yapmışsa toplam dağıtım %5’in altında kalacağı

⁷⁴⁹ Senarcles, s.170.

⁷⁵⁰ Senarcles, s.166, Birsell, s.54.

⁷⁵¹ Handschin, **Rechnungslegung**, s.378, Von Büren/Stoffel/Weber, s.269.

⁷⁵² Neuhaus/Balkanyi, **Basler Kommentar, Art. 671**, para.12, Gürbüz Usluel, s.23, Senarcles, s.166, Badak, s.117, Glanzmann, s.280, İmregün, **Kâr Payı Hakkı**, s.429.

⁷⁵³ Glanzmann, s.280. Öte yandan yazar bu durumu bir anomali olarak tanımlamaktadır.

⁷⁵⁴ Öte yandan bu konunun madde metninde açıkça düzenlenmesi elbette kanun yapma tekniği açısından daha isabetli olacaktır.

için ikinci ayırımın şartları oluşmamış olacaktır⁷⁵⁵. Ayrıca madde hükmü, ikinci ayırım zorunluluğunun doğması bakımından, sadece pay sahiplerine yapılan ödemeyi dikkate almaktadır. Bu nedenle kârdan pay alacak diğer kişilere yapılan ödemeler, %5’lik eşiğin sağlanıp sağlanmadığı noktasında dikkate alınmaz⁷⁵⁶.

Bu noktada ortaya atılan bir soru, söz konusu oranın pay başına mı yoksa tüm paylar için birlikte mi değerlendirileceğidir. Diğer bir ifade ile esas alınacak ölçüt, “pay başına kâr payı/itibari değer” mi yoksa “dağıtılan kâr payı/esas sermaye” mi olacaktır? Bu durum özellikle kârda imtiyazlı payların bulunması halinde önem taşır, zira bu durumda pay sahiplerine yapılan toplam ödeme %5’e ulaşırken, her pay sahibi %5 oranında kâr payı almayabilir. Doktrinde kanaatimizce isabetli olarak, kanunda belirtilen oranın tüm pay sahiplerine yapılan ödemenin şirket sermayesine oranının esas alınması gerektiği ileri sürülmektedir⁷⁵⁷.

İkinci akçe ayırımının birinci yedek akçe ayırımı ile bağlantısı konusu da öğretide ele alınmıştır. Bu noktada ele alınan sorun, şirketin birinci ayırımı yapmadığı hallerde, ikinci ayırımın yapılıp yapılmayacağı noktasındadır. Bu soruya yanıt verebilmek için, birinci ayırımın hangi sebeple yapılmadığını dikkate almak gerekir. Birinci ayırımın yapılmaması şirketin ilgili dönemde yıllık kârı bulunmamasından kaynaklanabileceği gibi, birinci ayırım zorunluluğunun bulunmamasından da kaynaklanabilir⁷⁵⁸. Şirketin yıllık kârı bulunmaması sebebiyle birinci yedek akçe ayırımı yapılmıyorsa, bu durumda şirketin kârı söz konusu olmadığı için ikinci ayırımın da yapılmayacağı belirtilmektedir⁷⁵⁹. Esasen birinci ayırımın varlığı için gereken kâr ile ikinci ayırım bakımından dikkate alınan kârın farklı türleridir. Birinci ayırım, yıllık kârdan yapılırken, ikinci ayırım net dönem kârı veya yedek akçelerden dağıtılan tutara oranlıdır. Bu nedenle yıllık kârın bulunmaması, şirketin kâr dağıtamayacağı anlamına gelmemektedir. Ancak yıllık kâr bulunmadığı durumda, şirketin yapacağı kâr dağıtımı, serbest yedek akçelerin dağıtılması yoluyla mümkün olmaktadır. Diğer bir ifade birinci yedek akçe ayırma şartları yokken ikinci yedek akçe ayırma zorunluluğunun doğması, şirketin serbest yedek akçeden dağıtım yapması ihtimalinde söz konusu olur. Bu ise daha önce de belirttiğimiz gibi bir çelişkidir; çünkü şirketi bir yandan kâr

⁷⁵⁵ Örnek için bkz. Yanlı, **AŞ’de Kâr Dağıtımı**, s.20.

⁷⁵⁶ Birsal, s.54, Gürbüz Usluel, s.25. Belirtmek gerekir ki, bu sonuç gerek ETTK gerekse TTK bakımından oldukça açıktır. Bu hususun özel olarak incelenmesinin nedeni mehz İsviçre hukukundaki ifadenin yoruma açık olmasından kaynaklanmaktadır. Bkz. Karayalçın, **Bilanço Hukuku**, s.67.

⁷⁵⁷ Tekinalp, **Yedek Akçeler**, s.319-320, Senarçles, s.167.

⁷⁵⁸ Tekinalp, **Yedek Akçeler**, s.311.

⁷⁵⁹ Tekinalp, **Yedek Akçeler**, s.311, Gürbüz Usluel, s.24.

dağıtımını konusunda serbest bırakırken bir yandan da yedek akçe ayırmaya zorlamak anlamına gelecektir. O nedenle de yıllık kâr bulunmadığı durumda, serbest yedek akçelerden yapılan bir dağıtımda, ikinci yedek akçe ayrılmasına da gerek olmamalıdır⁷⁶⁰.

Öğretide tartışmalı olan diğer konu, birinci ayırım zorunluluğunun sona ermesi nedeniyle şirketin birinci ayırımı yapmaması halinde ne olacağıdır. Bir görüşe göre, birinci ayırımın yapılmadığı hallerde artık ikinci ayırımın yapılması da söz konusu olmayacaktır⁷⁶¹. Ancak bizim de katıldığımız diğer görüşe göre, ödenmiş sermayenin %20si aşıldığı için birinci yedek akçe ayırımı yükümlülüğü sona ermiş olsa bile, eğer TTK m.519 f.2-c bendindeki şartlar varsa, ikinci ayırımın yapılması gerekir⁷⁶².

İkinci ayırım bakımından diğer bir konu ise, bu ayırımın yapılması için pay sahiplerine dağıtılacak kâr payının “ödenmesi” gerekmektedir. ETTK m.466 hükmü, kâr payının “ayrılması” ifadesine yer vermekteydi ve bu durum, kâr payının hesaben ayrılmasının yeterli olup olmadığı sorununu doğurmaktaydı. Diğer bir ifade ile pay sahiplerine ödenmek için ayrılan bir miktarın bir sonraki hesap döneminde ödeneceğinin kararlaştırılması halinde, ikinci yedek akçe ayırımı zorunluluğu için aranan şartın sağlanıp sağlanmadığı tartışmalıydı⁷⁶³. TTK m.519 Gereğesi’nde bu konuda bir açıklama yer almamaktadır. Ancak madde metninde, eski kanundan farklı olarak, “ayrılmadan” değil “ödemeden” bahsedilmesi, kâr payı dağıtım kararı alınması ötesinde, kâr payının aynı yılda ödenmesinin kararlaştırılması gerektiği şeklinde yorumlamaya elverişli görünmektedir.

Buraya kadar yapılan açıklamalar, ikinci yedek akçe ayırımı şartlarına ilişkindi. Bu şartların varlığı halinde şirket ikinci ayırımı yapmak zorundadır. İkinci ayırımın ne oranda yapılacağı konusunda da kanun açık bir düzenleme getirmektedir. TTK m.519 f.2-c bendi uyarınca ikinci ayırım kapsamında, “*kârdan pay alacak kişilere dağıtılacak toplam tutarın yüzde onu*” tutarında yedek akçe ayrılacaktır. Kâr dağıtımını net dönem

⁷⁶⁰ Glanzmann, s.281, aksi görüş için bkz. Badak, s.115-116. Yazar madde metninde ikinci yedek akçe ayırımının dağıtılacak tutar üzerinden hareketle belirlendiğini, o nedenle de dağıtılan tutarın kaynağının önem taşımadığını belirtmektedir. Ancak belirttiğimiz gibi, bu yorum madde metnine uygun olsa da yedek akçe ayrılması ile hedeflenen amaçlardan herhangi birine hizmet etmeyecektir. Bir yandan kanun ile yedek akçe ayrılması zorunluluğu getirirken bir yandan da genel kurul kararı ile yedek akçenin dağıtılmasına izin vermek çelişkili bir sonuç doğuracaktır.

⁷⁶¹ Tekinalp, **Yedek Akçeler**, s.311, Neuhaus/Balkanyı, **Basler Komm-2012**, s.697, Birsell, s.54.

⁷⁶² Von Büren/Stoffel/Weber, s.269, Badak, s.116.

⁷⁶³ Tekinalp’e göre, bilançonun dönemselliği ilkesi gereği bu soruya olumsuz cevap vermek gerekirken Arslanlı’ya göre ödemenin bir sonraki yıla bırakıldığı hallerde de ikinci ayırımın yapılması gerekmektedir. Tartışma için bkz. Tekinalp, **Yedek Akçeler**, s.313.

kârından yapılabileceği gibi serbest yedek akçelerden de yapılabileceğinden, kâr dağıtımının %5lik eşik aşılması şartıyla hangi kaynaktan yapıldığının tutarın belirlenmesi bakımından kural olarak bir önemi yoktur⁷⁶⁴.

Belirtilmesi gereken bir husus, %10 ayırım yapılacak miktarın, yalnızca pay sahiplerine değil, tüm menfaat sahiplerine yapılacak ödemeleri kapsadığıdır⁷⁶⁵. Bu bağlamda pay sahipleri dışında, yöneticilere ödenen kazanç paylar ve intifa senedi sahiplerine kârdan ödenen payları da dağıtılan toplam tutara dahil edilecektir⁷⁶⁶. Eğer şirket çalışanlarının maaşları veya primleri bakımından şirket kârlılığına göre değişen miktarlarda belirlemişse, bu kişilere yapılacak ödemelerin de dikkate alınıp alınmayacağı sorunu ortaya çıkabilir. Bu durum özellikle çalışanlara yıllık kâr ile orantılı ücret ödenmesi ve kâra katılmalı ödünç sözleşmeleri bakımından önem taşımaktadır⁷⁶⁷. Doktrinde, düzenlemelerin şirket adına bir borç teşkil ettiği ve şirketin net kârından düşülmesi gerektiği belirtilmektedir⁷⁶⁸. Bu nedenle de söz konusu miktar net kârın azalmasına neden olacak, ancak ikinci ayırımın yapılacağı tutarın belirlenmesinde dikkate alınmayacaktır⁷⁶⁹.

Uygulama bakımından önem taşıyan bir sorun, madde belirtilen “yüzde on” hesabının nasıl yapılacağı noktasındadır. Doktrinde bu hükmün iki şekilde anlaşılmaya elverişli olduğu belirtilmektedir⁷⁷⁰. İlk ihtimalde, ikinci ayırımın şartı olan %5 ödendikten sonra, kalan miktar ona bölünerek ikinci ayırım tutarı tespit edilecektir. Böyle bir çözümün yedek akçe miktarını artıracığı için şirket lehine olduğu ileri sürülmektedir⁷⁷¹. İkinci ihtimalde ise, kalan miktar on bire bölünecek ve bu şekilde ikinci ayırım miktarı tespit edilecektir⁷⁷². Kanaatimizce TTK m.519 f.2-c düzenlemesi, genel kanuni yedek akçe olarak ayrılacak tutarın dağıtılacak tutarın %10 olmasını

⁷⁶⁴ Torrione/Barakat, **CR, Art 671**, para.15.

⁷⁶⁵ Aynı maddedeki %5 şartı ise tüm menfaat sahiplerine yapılacak ödemeleri değil, yalnızca pay sahiplerine yapılan ödemeyi esas almaktadır. Diğer bir ifade ile ikinci ayırımın önkoşulunda pay sahiplerine yapılan ödeme dikkate alınırken, ikinci ayırımın yapılacağı miktarın belirlenmesinde tüm hak sahiplerine yapılacak ödemeler dikkate alınacaktır.

⁷⁶⁶ Torrione/Barakat, **CR, Art 671**, para.16, Neuhaus/Balkanyi, **Basler Kommentar, Art. 671**, para.13. Öte yandan şirketin iş sözleşmelerinde kâra oranlı ücret belirlenmiş ise bu tutarlar dikkate alınmayacaktır. Bkz. Torrione/Barakat, **CR, Art 671**, para.16, Neuhaus/Balkanyi, **Basler Kommentar, Art. 671**, para.13.

⁷⁶⁷ Neuhaus/Balkanyi, **Basler Komm-2012**, s.697.

⁷⁶⁸ Senarclès, s.169, Neuhaus/Balkanyi, **Basler Komm-2012**, s.697.

⁷⁶⁹ Senarclès, s.169.

⁷⁷⁰ Karayalçın, **Bilanço Hukuku**, s.67 dn.8, Tekinalp, **Yedek Akçeler**, s.31, Folliet, s.308-309. Birsal, söz konusu iki ayırımın da hukuka uygun olduğunu, şirketin bunlardan herhangi birini benimseyebileceğini kabul etmektedir. Bkz. Birsal, s.55.

⁷⁷¹ Karayalçın, **Bilanço Hukuku**, s.67 dn.8, Canöz, s.82.

⁷⁷² Tekinalp, **Yedek Akçeler**, s.318, Senarclès, s.175, Badak, s.116-117.

aramaktadır. İkinci yedek akçe olarak ayrılacak tutarın dağıtılan tutarın ona bölünmesi ile bulunmasının kanunun lafzına uygun düşecektir.

c. Genel Kanuni Yedek Akçenin Kullanılması

TTK m.519 f.3 uyarınca genel kanuni yedek akçenin kullanılması konusu, genel kanuni yedek akçenin miktarına göre bir ayrıma tabi tutulmaktadır. Genel kanuni yedek akçenin şirket sermayesinin veya çıkarılmış sermayesinin yarısını aşması halinde, bu eşiği aşan tutar serbest yedek akçe niteliğindedir. O nedenle de genel kurul söz konusu tutar üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilir ve dilerse bu tutarı pay sahiplerine kâr payı olarak dağıtabilir⁷⁷³.

Genel kanuni yedek akçenin sermayenin yarısını aşmayan kısmı bağlı yedek akçe niteliğindedir. Bu nedenle de söz konusu yedek akçe, ancak kanunda belirtilen amaçlar için kullanılabilecektir. TTK m.519 f.3 uyarınca bağlı nitelikteki genel kanuni yedek akçe, iki amaç için kullanılabilecektir. Bu amaçlar i) zararın kaapatılması ve ii) işlerin iyi gitmediği zamanlarda işletmeyi devam ettirmeye veya işsizliğin önüne geçmeye ve sonuçlarını hafifletmeye elverişli önlemler alınmasıdır.

Bağlı nitelikteki genel kanuni yedek akçenin kullanılabileceği ilk hal, bilanço zararının kapatılmasıdır. Öğretide tartışmalı olmakla birlikte, kanaatimizce geçmiş yıl zararının kapatılması zorunluluğu bulunduğu⁷⁷⁴, genel kurulun yıllık zararı kapatması gerekmektedir. Bununla birlikte şirketin serbest yedek akçeleri bulunması halinde, öncelikle bu serbest yedek akçelerden zararın kapatılması ve genel kanuni yedek akçenin ancak son çare olarak kullanılması, yedek akçe ayırma zorunluluğuna daha uygun görünmektedir.

Genel kanuni yedek akçenin kullanılmasına izin verilen bir diğer hal, “işlerin iyi gitmediği zamanlarda işletmeyi devam ettirmeye veya işsizliğin önüne geçmeye ve sonuçlarını hafifletmeye elverişli önlemler alınması” amacıyla kullanımdır. Öğretide bu amacın fiilen yedek akçe kullanımı bakımından elverişli olmadığı; çünkü yedek akçenin çözülmesinin bir bilanço işlemi olduğu, bu işlemin işsizliği azaltmak veya işletmenin devamını sağlamaya elverişli olmadığı belirtilmektedir⁷⁷⁵. Bu açıdan söz

⁷⁷³ Birçok yazar yerine örnek olarak bkz. Handschin, **Rechnungslegung**, s.379, Oser/Vogt, s.14.

⁷⁷⁴ Yukarıda I-B-1-D-iii-Yedek Akçeyi Kullanma Yükümlülüğü.

⁷⁷⁵ Handschin, **Rechnungslegung**, s.379.

konusu hükmün yedek akçeleri, şirket malvarlığında bulunan belirli bir fon olarak değerlendiren eski bir anlayışın kalıntısı olduğu belirtilmektedir⁷⁷⁶.

3. Dağıtılabılır Kâr Tespitine İlişkin Örnek Tablo

Anonim şirketin finansal düzenine ilişkin hükümler incelendiğinde, çok sayıda kavramın bir arada kullanıldığı iç içe geçmiş karmaşık bir normlar bütünü bulunduğu görülmektedir. TTK ile getirilen bu sisteme, mali hukuka ilişkin kuralların da eklenmesi ile birlikte, kavramlar arasındaki ilişkiyi tespit etmek zorlaşmaktadır. Bu durum dikkate alındığında, kavramlardaki açıklığı sağlamak için konuyu farazi bir olay üzerinden ihtimalli olarak incelemenin yararlı olacağı kanaatindeyiz.

100 Milyon TL sermayeinin tamamı ödenmiş olan Örnek Ticaret A.Ş., son faaliyet yılında 320 Milyon TL değerinde satış yapmıştır. Şirket ilgili yılda masrafların 250 Milyon TL masraf yaparken, 30 Milyon TL tutarında karşılık ayırmak zorunda kalmıştır. Bu durumda faaliyet yılı sonunda elde edilen kâr (brüt kâr) 40 Milyon TL olmuştur. Şirketin vergiden düşülecek kazançları da dikkat alındığında ödemesi gereken verginin 8 Milyon TL olduğu ortaya çıkmıştır. Bu durumda şirketin yıllık kârı $40 - 8 = 32$ Milyon TL olacaktır. Şirketin finansal tablolarında hiç yedek akçe bulunmadığından ve 7 Milyon TL tutarında geçmiş yıl zararı bulunduğundan şirketin net dönem kârı 25 Milyon TL olacaktır⁷⁷⁷.

25 Milyon TL'lik net dönem kârının kullanımı bakımından genel kurul müzakere sonunda 13 Milyon TL yedek akçe ayrılmasına ve 12 Milyon TL'nin de kâr payı olarak pay sahiplerine dağıtılmasına karar vermiştir. Genel kurulun bu kararı uyarınca hesaplama şu şekilde yapılacaktır:

- TTK m.519 f.1 uyarınca, yıllık kârın (32 Milyon TL) %5'lik kısmı (1,6 Milyon) birinci kanuni yedek akçe ayrımı olarak genel kanuni yedek akçeye eklenecektir.
- TTK m.519 f.2 uyarınca pay sahiplerine sermayenin %5'i uyarınca yapılacak birinci kâr payı dağıtımı, ikinci yedek akçe ayrımı kesintisine tabi olmayan kısımdır. Buna göre sermayenin %5'i olan 5 Milyon TL, ikinci yedek akçe ayrılmasına esas teşkil eden tutardan düşülecektir.

⁷⁷⁶ Böckli, **OR-Rechnungslegung**, s.123, Handschin, **Rechnungslegung**, s.379-380.

⁷⁷⁷ Şirketin geçmiş yıl zararının bulunmaması veya aktarılan kârı bulunması halinde, şirketin net dönem kârı yıllık kârı ile eşit (25 Milyon TL) olacaktır; çünkü aktarılan kâr, geçmiş yıl zararından farklı olarak net dönem kârına etki etmemektedir.

- Pay sahiplerine dağıtılacak toplam tutardan (12 Milyon TL)) birinci kâr payı dağıtımı ile ödenecek (5 Milyon TL) düşüldükten sonra kalan tutar, ikinci yedek akçe ayırımına esas alınacak tutardır. Buna göre Örnek Ticaret A.Ş.’nin ayırması gereken ikinci kanuni yedek akçe, (10 Milyon TL- 5 Milyon TL= 7 Milyon TL’nin %10’u olarak 700.000 TL olacaktır.
- Şirketin yedek akçe olarak ayrılmasına karar verdiği toplam tutardan (13 Milyon TL) genel kanuni yedek akçe olarak ayrılan toplam tutar (1,6 Milyon TL + 700.000 TL= 2.300.000 TL) indirildiğinde bulunan tutar (13 Milyon - 2,3 Milyon= 10,7 Milyon TL) ise, genel kurulun iradi olarak ayırdığı olağansütü yedek akçe olacaktır.

4. Dağıtılabilir Kârın Sınırlanmasına İlişkin Sistemin Değerlendirilmesi

a. Kanuni Sistemin Değerlendirilmesi

Yukarıdaki açıklamalardan da görülebileceği gibi, şirketin dağıtabileceği azami kâr tutarı, net dönem kârının ve serbest yedek akçenin tutarına bağlıdır. Bu inceleme ise şirketin finansal tablolarındaki, özellikle de bilançosundaki durumun değerlendirilmesi ile mümkün olmaktadır. Bu şekilde şirketin yapabileceği kâr dağıtımının şirket bilançosundaki durum bakılarak tespit edilmesine “bilanço testi” (“*balance sheet test*”-“*Bilanztest*”) denilmektedir. Bu değerlendirme bakımından şirketin bilançosu esas alınmakta, şirketin bilançosundaki kalemler üzerinden bir hesap yapılarak şirketin malvarlığını dağıtmasının mümkün olup olmadığı değerlendirilmektedir⁷⁷⁸. Bu sistemde, şirket sermayesi dağıtılmayan katı çekirdeği oluştururken, yedek akçelerin bir kısmı da bağlı malvarlığına dahil edilerek bu çekirdeği koruyan tampon görevi üstlenmektedir⁷⁷⁹.

Esasen bilanço testinin ne olduğunu daha iyi anlamak için, bilanço testinde dikkate alınmayan unsurların belirtilmesi daha isabetli olacaktır. Bilanço testi, şirket net dönem kârı, yedek akçeler veya ödenmiş sermaye gibi bilanço kalemlerini esas almakta ve şirketin dağıtabileceği kârı bu kalemlere göre belirlemektedir. Bu sistemde şirket malvarlığının paraya çevrilebilirliği, şirketin yakın gelecekte karşılaşacağı olası riskler yahut gelecek dönemde olağan iş akışında elde etmesi beklenen gelirler dikkate

⁷⁷⁸ Rickford, s.938.

⁷⁷⁹ Böckli, Peter, “**Der bilanzbezogene Eigenkapitalschutz: Eigenkapitaltest und Solvenzttest im kritischen Vergleich**”, Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht: SZW/ RSDA, Vol. 81, 2009, s.3.

alınmamaktadır. Diğer bir ifade ile şirketin likiditesi yahut nakit akışı gibi unsurlar, dağıtılabilir kârın sınırlanması bakımından dikkate alınmamaktadır.

Bilanço testi, AB Yönergesi uyarınca Kıta Avrupası hukuk sisteminde zorunludur⁷⁸⁰. Kıta Avrupa sisteminde uzun zamandır benimsenen⁷⁸¹ sistem uyarınca şirket, sermaye⁷⁸² ve kanunen ayrılması zorunlu olan yedek akçeler kadar varlığı şirket bünyesinde muhafaza etmeli ve şirketin yalnızca bu miktarı aşan kısmı dağıtmasına izin verilmektedir⁷⁸³. Bu çerçevede şirket varlıklarının şirket borçlarını ve şirketin dağıtılamayacak yedek akçeleri ve sermayesini aşan kısmı ortaklara dağıtılabilir⁷⁸⁴. Türk hukuku da gerek mehz İsviçre hukukunda gerekse de AB hukukunda benimsenen bilanço testini esas alarak dağıtılabilir kârı sınırlandırmıştır.

Dağıtılabilir kârın⁷⁸⁵ tespitinde bilanço testinin etkililiği konusunda öğretide ciddi eleştiriler getirilmektedir⁷⁸⁶. Bu konuda öğretide yoğun tartışmalar yürütülmüş, çeşitli raporlar ile AB hukukunun temelinde yer alan sistemin eksiklikleri incelenmiş ve bazı çalışmalarda bilanço testinin bir başka sisteme ikame edilmesi, bazı çalışmalarda ise başka bir sistem ile takviye edilmesi önerileri getirilmiştir. Aşağıda öncelikle bilanço

⁷⁸⁰ AB Yönergesi ile asgari koruma kuralları belirlendiğinden AB üyesi ülkelerin ilave tedbirler benimsemesi de mümkündür. Nitekim üye ülkelerin yasal düzenlemelerinin 2. Yönerge’de benimsenen kuralların ötesinde sınırlamalar getirdiği ve 2. Yönerge ile getirilenden çok daha katı sistemler oluşturduğu ifade edilmektedir. Bkz. Santella/Turini, s.431.

⁷⁸¹ Bilanço testinin öncüllerinin Alman ve Fransız hukukunda 1860’lardan beri uygulandığı, İsviçre hukukunda ise 1881 yılında kabul edildiği belirtilmektedir. Bkz. Böckli, **Bilanzbezogene**, s.8.

⁷⁸² Bu noktada sermaye kavramının kapsamı konusunda bir açıklama yapmak yerinde olacaktır. Aslında sermaye kavramı TTK bağlamında net şekilde belirlenmiştir. Bununla birlikte TTK’nın atfı yaptığı UFRS/TFRS uyarınca sermaye kavramı daha farklı değerlendirilmektedir. UFRS ve onu esas alan TFRS, şirkete getirilen kaynakların nitelendirilmesi bakımından hukuki değil, iktisadi bir değerlendirme yapmaktır. Bkz. Lörsch, s.33. Bu yaklaşım farklılığının bir sonucu olarak ise, şirkete getirilen bir kaynağın tasfiye aşamasına kadar talep edilemeyeceği ve tasfiyede de tüm şirket borçlarından sonra geri ödeneceği hallerde, bu kaynak UFRS uyarınca özkaynağa dayalı finansal araç olarak kabul edilmekte ve bilançonun pasif tarafında sermaye kalemi içerisinde gösterilmektedir. Bkz. UFRS 32 m.11 ve m.16. Buna göre, şirkete belirtilen şartlarda kredi verilmesi halinde, ki bu ortakların şirkete borç vermesi halinde karşılaşılabilecek bir durumdur, finansal tablolarda özkaynaklar arasında TTK uyarınca sermaye ve yedek akçe olarak tanımlanamayan ayrık bir kaynak yer alabilecektir. Kanaatimizce söz konusu kaynak, finansal tablolarda nasıl isimlendirilirse isimlendirilsin, ortaklık hakları bahşetmediği için TTK kapsamında sermaye olarak değerlendirilmemeli ve sermayeye bağlı hükümlerde dikkate alınmamalıdır.

⁷⁸³ Rickford, s.982. Sermayenin korunması ilkesinin yansıması olan bu kural, sermaye şirketlerinin getirdiği sınırlı sorumluluk ilkesinin bir bedeli olarak kabul edilmektedir. Bkz. Doğan, s.48.

⁷⁸⁴ Rickford, s.938.

⁷⁸⁵ Belirtmek gerekir ki, söz konusu tartışma yalnızca şirketin kâr dağıtımı ile sınırlı olmayıp daha geniş anlamda dağıtım işlemlerinin hukuka uygunluğunu da kapsamaktadır. Daha önce açıklandığı gibi, kâr payı anonim şirketlerde başvuru dağıtım yöntemlerinden bir tanesidir. Bkz. Birinci Bölüm-II-B-2-Mali Menfaat Elde Etme Hakkı ile Dar Anlamda Kâr Payının Karşılaştırması. Bilanço testine ilişkin tartışmalar, sadece kâr payı dağıtımında değil, ortakların şirkete borçlanması veya şirketin kendi paylarını iktisabı gibi diğer dağıtım işlemlerinin hukuka uygunluğu bakımından da önem taşımaktadır.

⁷⁸⁶ Sisteme yönelik eleştiriler birçok çalışmanın konusunu oluşturmakla birlikte örnek teşkil etmesi bakımından bazı temel kaynaklar için bkz. Rickford, s.922 vd. ve özellikle s.933 vd.

testine ilişkin eleştiriler ana hatları ile açıklanacak, ardından da bilanço testine alternatif oluşturan ödeme gücü testi hakkında bilgi verilecektir. Son olarak ise Türk hukukunda gelecekte yapılacak çalışmalar bakımından dikkate alınması önerilen temel tespitler ortaya konulacaktır.

b. Sisteme Yönelik Eleştiriler

i. Alacaklı Menfaatinin Hatalı Tahlili

Bilanço testine yöneltilen eleştirilerin ilki, bilanço testinin birincil amacı olan alacaklı koruması bakımından yetersiz olmasıdır. Alacaklının en temel menfaati, şirketin borcunu vadesi geldiğinde ödeyebilmesidir. İdeal bir kanuni kâr dağıtım sınırlaması rejiminin bu endişeyi giderecek şekilde tasarlanması ve şirketin kâr dağıtımını sınırlarken bu amaca göre bir değerlendirme getirmesi gerekmektedir⁷⁸⁷.

Halbuki bilanço testi, şirketin malvarlığına yahut nakit akışına değil, bilançonun pasif kalemlerine odaklanarak bir sınırlama getirmektedir. Bu nedenle de şirketin borcunu vadesinde ödeme gücünün varlığını tespit etmeye elverişli bir değerlendirme yapılmasına hizmet etmemektedir. İyimser bir yaklaşımla⁷⁸⁸, şirketin iflası halinde şirket malvarlığının tamamının şirketin borçlarını ifa etmeye yetip yetmediğinin tespitini sağlamaktadır. Şüphesiz ki, bu durum alacaklı beklentilerinin karşılanması için ideal bir çözüm oluşturmamaktadır.

İlaveten, bilanço testi, şirketin faaliyetleri için gerek duyulan malvarlığına sahip olduğunu göstermek bakımından tam isabetli bilgi vermemektedir⁷⁸⁹. Hatta öğretilde bilanço testinin şirketin borçlarını ödeme yeterliliğini gösterme bakımından ilkel ve yetersiz bir ölçüt olduğu belirtilmektedir⁷⁹⁰. Özellikle bilançodaki kayıtların şirketin güncel durumunu yansıtmada yetersiz kalabilmesi, bu noktada önem taşımaktadır. Örneğin bilanço ilkeleri uyarınca şirket varlıkları sıklıkla iktisap tarihindeki değerle bilançoya geçirilmektedir. Bu ise şirket malvarlığının güncel durumunun finansal

⁷⁸⁷ Heaton, s.28 vd.

⁷⁸⁸ Aşağıda açıklanacağı üzere, bilanço testinin bu işlevi bile tam olarak yerine getirdiği konusunda tereddütler bulunmaktadır.

⁷⁸⁹ Winter, Jaap/ Garrido Garcia, José Maria/ Hopt, Klaus J./ Rickford, Jonathan/ Rossi, Guido/ Shans Christensen, Jan/ Simon, Joëlle, “**Report of the High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe**”, Avrupa Komisyonu Uzman Kurulu Raporu, Brüksel, 2002, s.78.

⁷⁹⁰ Winter Raporu, s.79. Yasal sermaye sisteminden uzaklaşan Amerikan sisteminde de söz konusu düzenlemelerin şirketin sadece sermaye ile finanse edilmesi halinde anlamlı olduğu, ancak günümüzde finansman modellerinin karmaşık niteliği karşısında yasal sermaye sisteminin ve bilanço testinin işlevsiz hale geldiği belirtilmektedir. MBCA Annotated, s.6-237-238, Marsh/Finkle, s.1122.

tablolarla sınırlı olarak yanısıması anlamına gelmektedir⁷⁹¹. Halbuki, alacaklılar bakımından varlıkların iktisap tarihlerindeki değerleri değil, piyasa değerleri önem taşır⁷⁹².

Bilanço testi bakımından bir diğer sorun, bilanço testinin şirketin sahip olduğu varlıkların likit niteliğini dikkate almamasıdır. Bilanço testi uyarınca önemli olan şirketin varlıklarının bilançoda gösterilen değerleridir. Varlıkların paraya çevrilmesindeki zorluklar, bilanço testinin doğası gereği dikkate alınmaz⁷⁹³. Halbuki alacaklılar için önemli olan şirketin vadesinde borçlarını ödeyebilme becerisi olduğundan, şirket varlıklarının değerinden daha önemli olan şey bu varlıkların likit olup olmadığıdır⁷⁹⁴. Bu durum biyoteknoloji şirketleri gibi kıymetli malvarlığı unsurlarına sahip olan, ancak söz konusu varlıkları istikrarlı bir nakdi gelire çevirmesi zaman alacak şirketlerin alacaklıları bakımından oldukça barizdir⁷⁹⁵. Aynı şekilde, piyasa değeri yüksek olan, ancak cebri icra yoluyla paraya çevrilmesi büyük zorluk gösteren malvarlığı unsurları bakımından da benzer durumlar söz konusu olabilir. Bu şirketlerde şirket varlıklarının değeri yüksek olduğundan, sermaye ve genel kanuni yedek akçe karşılıksız kalmayacaktır. Ancak söz konusu varlıkların ticari değer kazanarak artı değer oluşturmaya veya nakit akışı yaratmaya başlaması zaman alabilecektir. O nedenle salt bilançonun incelenmesi yoluyla alacaklıların temel menfaatinin karşılanması mümkün değildir.

ii. Bilançonun Geriye Dönük Değerlendirmeye İzin Vermesi

Bilanço testi sistemine yönelik eleştirilerden bir tanesi de bilançonun şirketin geçmiş mali yıldaki durumunu gösterirken gelecekteki durum hakkında sınırlı bir bilgi vermesidir. Halbuki şirketin dağıtım yapması ileriki dönemde şirketin finansal durumunu ve alacaklı korumasını ilgilendirmektedir. Bu nedenle şirketin gelecekteki

⁷⁹¹ Armour, s.8.

⁷⁹² Santella/Turini, s.442. Yazarlar aynı nedenle güncel durumu esas alan UFRS temelli finansal tabloların defter değerini esas alan tablolara kıyasla alacaklılar bakımından daha makbul olduğunu belirtmektedirler.

⁷⁹³ Rickford, s.977, Schön, **Balance Sheet Test**, s.189. Bu açıklama, şirketin yıllık bilançosu için geçerlidir. TTK m.376 f.3 hükmü uyarınca hazırlanması gereken borca batıklık bilançosu şirket varlıklarının satış değerlerini esas aldığı için malvarlıkları unsurlarının paraya çevrilmesine ilişkin zorlukların dikkate alınması gerekecektir.

⁷⁹⁴ Schön, **Balance Sheet Test**, s.189.

⁷⁹⁵ Heaton, s.23.

durumunu etkileyecek bir işlemin sadece geçmiş dönem verileri esas alınarak yapılması yerinde değildir⁷⁹⁶.

Bilançonun geriye dönük bir değerlendirme içerdiğinin ve gelecek dönemle ilgili sınırlı bilgi verdiğinin en belirgin örneklerinden biri, gelirlerin ve giderlerin bilançoya aktarılmasına ilişkin kurallarda görünürlük kazanmaktadır. Bilanço kuralları gereği bir gelir, ancak tahsil edildiği zaman bilançoya geçirilirken, bir gider kesinleşmese dahi bir olasılık aşamasında dahi bilançoya geçirilmektedir⁷⁹⁷. Bu yaklaşım, şirketin borçlarını ödeme gücünün bulunup bulunmadığında, şirketin gelecekte bir gelir elde edemeyeceği varsayımı ile hareket etmesi anlamına gelecektir ki, bunun da isabetli olmadığı açıktır. Bu nedenle bazı hallerde borçlarını ödemesi riskli olan şirketler bilanço testini geçerken, ödeme gücü bulunan şirketler bilanço testi nedeniyle dağıtım yapamamaktadır⁷⁹⁸. Bu açıdan bakıldığında, alacaklı koruması bakımından işlevsiz olan bilanço testi, aynı zamanda finansal açıdan esnek olmamasından ötürü, şirketin pay sahiplerine dağıtımı da sağlamak bakımından gereksiz bir katılık göstermektedir⁷⁹⁹.

Hemen belirtmek gerekir ki, bilanço testinin şirketin gelecekteki durumunu göz ardı etmesi, sadece elde edilecek gelirlerin dikkate alınmaması anlamına gelmemektedir. Geleceğe ilişkin değerlendirmelerin dikkate alınmaması, şirketin faaliyet gösterdiği alandan kaynaklanan özel durumların da dikkate alınmaması sonucunu doğurur. Kanun koyucu genel yedek akçelere ilişkin kurallar getirirken, kural olarak tüm şirketler için ortak düzenlemeler getirmiştir. Halbuki ticaret hayatı farklı sektörleri farklı şekillerde etkileyebilmektedir. Şirketin bilançosunda serbest yedek akçe bulunması, şirketin içinde bulunduğu sektörün taşıdığı riskler için hazırlıklı olduğu anlamına gelmemektedir. Bilanço testi gibi sektör şartları dikkate

⁷⁹⁶ Rickford, s.966. Benzer bir eleştiri için bkz. Veil, Rudiger, “**Capital Maintenance**”, European Company and Financial Law Review- Legal Capital in Europe (Editör: Marcus Lutter), 2006, s.87, Enriques/Macey, s.1190-1191.

⁷⁹⁷ Schön, **Balance Sheet Test**, s.186. Bu durumun ise bilançonun gerçek durumunu yansıtmaması ve adil ve doğru bir görünüm vermesini engellediği belirtilmektedir. Schön, **Balance Sheet Test**, s.186. Schön, UFRS kurallarının bu konuda bir gelişme sağladığını ve bilançonun şirketin gerçek durumunu yansıtmamasını sağlaması bakımından daha isabetli olduğunu belirtmektedir. Bkz. Schön, **Balance Sheet Test**, s.186.

⁷⁹⁸ Winter Raporu, s.87. Amerikan hukuku bakış açısından benzer bir değerlendirme için bkz. Marsh/Finkle, s.1119.

⁷⁹⁹ Baums, s.4.

alınmaksızın getirilen bir sınırlama, alacaklı koruması bakımından sınırlı bir etkiye sahip olacaktır⁸⁰⁰.

iii. Muhasebe Kurallarına Katı Bağlılık

Bilanço testine yöneltilecek önemli eleştirilerden bir tanesi de bilanço kurallarının kâr dağıtımını üzerindeki mutlak etkisidir. Aslında bu durumun kâr payı düzenlemelerinin doğasından kaynaklanmaktadır. Zira şirketin kâr dağıtım kapasitesinin belirlenmesi için finansal tabloların değerlendirilmesi zorunludur. Bu nedenle de şirketin kâr dağıtımına ilişkin kurallar ile finansal tablolar arasındaki ilişki bir açıdan kaçınılmazdır⁸⁰¹.

Öte yandan bilanço testi, finansal raporlama kurallarının etkisini herhangi bir dengeleyici unsur olmadan maddi hukuka etkili hale getirmektedir. Örneğin Bobi FRS uyarınca kıdem tazminatı için ayrılacak karşılıklar, cari yılda gerçekleşen artışa göre muhasebeleştirilirken, TDHP uyarınca kıdem tazminatı ödendiği takdirde finansal tablolara yansıtılmaktadır⁸⁰². Buna göre şirketin mali durumunda gerçek anlamda bir değişiklik olmasa bile, uygulanan muhasebe standardının değişmesi, şirketin kâr dağıtım kapasitesini önemli oranda ve suni olarak değiştirecektir⁸⁰³.

Benzer şekilde, raporlama standartlarında benimsenen değerlendirme kuralları⁸⁰⁴ yahut vadeli borçların alacakların bilançoya geçirilirken reeskonta tabi tutulup tutulmayacağı gibi kurallar⁸⁰⁵ da şirketin kâr dağıtımını yapıp yapamayacağı konusunda doğrudan belirleyici bir etkiye sahip olacaktır. Ancak raporlama standartlarındaki bu değişiklikler, şirketin gerçek mali durumu bakımından bir değişikliğe yol açmadıkları için kâr dağıtımını üzerindeki etkileri de esasen yapay olacaktır.

⁸⁰⁰ Rickford, s.928. 2. Yönerge ile benimsenen sermayenin korunması sisteminin “her sorun için tek çözüm” yaklaşımı gösterdiği, bunun ise etkin bir koruma sağlamadığı belirtilmektedir. Bkz. Santella/Turini, s.4432-433.

⁸⁰¹ Marsh/Finkle, s.1129.

⁸⁰² Yıldırım, Gülçin, “BOBİ FRS Karşılıklar Standardı ve Uygulaması”, IBAD Sosyal Bilimler Dergisi, Özel Sayı, 2019 s.424.

⁸⁰³ Rickford Raporu’nda da bu soruna kapsamlı olarak değinilmiş ve uygulanan muhasebe standartlarına bağlı olarak emeklilik ödemelerinin bilançoya aktarılma kuralları dolayısıyla şirketlerin kâr dağıtım kapasitesini çok büyük oranda sınırlayacağını ifade etmiştir. Rickford, UFRS 17 kapsamında emeklilik fonları için karşılık ayrılması kuralı getirildikten sonra, İngiliz şirketlerinin toplam kâr dağıtım kapasitesindeki azalmanın 160 Milyar ile 300 Milyar Pound arasında tahmin edildiğini belirtmektedir. Bkz. Rickford Raporu, s.960 vd.

⁸⁰⁴ Rickford, s.938.

⁸⁰⁵ Heaton, s.17 vd.

c. Alternatif Model: Ödeme Gücü Testi

i. Yeni Bir Sistem Arayışı

Dağıtılabılır kârın sermaye ve yasal yedek akçeler ile sınırlanmasına dayanan bilanço testine yönelik eleştiriler, alacaklıların ve pay sahiplerinin menfaatlerine daha uygun bir sistem belirlenmesi ihtiyacını doğurmuştur. Alacaklıları korumayı hedefleyen bir dağıtım sınırlamasının şirket malvarlığının bilanço değerlerini değil, şirketin nakit akışı sürecini esas alması gerekir; çünkü şirket malvarlığının cebri icra yoluyla paraya çevrilmesi yoluyla borçların ifası, alacaklılar için ideal bir çözüm değildir. Şirket malvarlığında değeri yüksek olan, ancak likit olmayan malvarlığı unsurlarının bulunması halinde alacaklıların tahsil kabiliyeti sınırlanmış olacaktır. Alacaklıların menfaatleri bakımından en uygun çözüm, şirketin borçlarını vadesi geldiğinde ödeyebilecek gücünün bulunmasıdır. Buradan hareketle hukuk öğretisinde ödeme gücü testi (*“solvency test”-“solvenztest”-“test de liquidité”*) olarak ifade edilen yöntem belirlenmiştir.

Ödeme gücü testi uyarınca, şirket tarafından kâr payı dağıtımı⁸⁰⁶ yapılabilmesi için şirketin işlerin normal akışında devam etmesi halinde⁸⁰⁷ borçlarını muaccel oldukları tarihte ödeme gücünün bulunması gerekli ve yeterlidir⁸⁰⁸. Söz konusu yöntem, bilanço testinden farklı olarak şirket varlıklarının bilanço değerleri ve yedek akçelerin sermayeye oranı ile ilgilenmemekte, aynı zamanda şirketin likidite ve nakit akışı durumunu da dikkate almaktadır⁸⁰⁹. Bu sayede bir yandan alacaklıların daha etkin şekilde korunması sağlanırken bir yandan da alacaklı menfaatlerine hizmet etmeyen bir kâr dağıtım sınırlaması getirilerek pay sahiplerinin kâr payı hakkı yersiz şekilde

⁸⁰⁶ Belirtmek gerekir ki, ödeme gücü testinin sadece kâr payı ödenmesi için değil, şirket kaynaklarının pay sahiplerine aktarıldığı her türlü dağıtım işlemi için yapılması gerektiği belirtilmektedir. Bkz. Winter Raporu, s.87. Hatta sermayenin azaltılması işleminde de benzer bir yolun uygulanması ve şirketin ödeme gücünün bulunması halinde ilave alacaklı korumasına ihtiyaç olmaksızın sermaye azaltımına gidilmesinin de mümkün olması gerektiği belirtilmiştir. Bkz. Armour, s.3.

⁸⁰⁷ Mayer, Alexander, **“Bilanzielle Kapital Erhaltung vs. Solvenztest”**, s.139-140 (Erişim: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1964257, Erişim tarihi: 07.07.2020). Ödeme gücü testinin şirket nasıl bir risk ile karşılaşır karşılaşıp borçların ifa edilebileceğini garanti etmesi beklenmemektedir. Ticari faaliyetlerin normal işleyişinde ödeme gücünün bulunması yeterlidir.

⁸⁰⁸ Bu tanıımı kullanan çalışmalara örnek olarak bkz. Schön, **Balance Sheet Test**, s.185, Marsh/Finkle, s.1151, MBCA Annotated, s.6-228, Heaton, s.1. Bu durumu ifade etmek için ayrıca “nakit akışı ödeme gücü” ifadesi de kullanılmaktadır. Heaton, s.1.

⁸⁰⁹ Marsh/Finkle, s.1151.

sınırlanmamış olmaktadır. Bu sistemde, kâr dağıtımı bakımından bilanço testinde bilançonun üstlendiği temel konumu nakit akışı tablosu almaktadır⁸¹⁰.

Çeşitli hukuk sistemlerinde kâr dağıtımı sınırlaması bakımından ödeme gücü testine başvurulması benimsenmektedir. Bazı hukuk sistemlerinde, ödeme gücü testi bilanço testinin yerini almıştır. Örneğin Amerikan hukukunda Massachusetts, Minnesota ve Kuzey Dakota eyaletlerinde, şirketin borçlarını vadesinde ödeme gücü bulunması, şirketin kâr dağıtımı yapması için yeterli görülmektedir⁸¹¹. Bunun dışında New York ve Kaliforniya eyaletlerinde de şirketin ödeme gücü, dağıtılabilir kârın tespitinde dikkate alınmaktadır⁸¹².

Bazı hukuk sistemlerinde ise her iki test birlikte uygulanarak iki testin birbirinin eksiklerini kapatması hedeflenmiştir. Örneğin Amerika Birleşik Devletleri'nde bazı eyaletlerde ortaklara yapılacak dağıtım şartları da dahil olmak üzere yasal sermaye sistemi yerine ödeme gücü testi temelli yaklaşımlar geliştirmiştir⁸¹³. Örneğin Kaliforniya hukuku, bilanço testi hükümlerinin işlevsiz olduğu düşüncesi ile şirketin dağıtılabilir kârının tespiti bakımından ödeme gücü testini de içeren model benimsemiştir⁸¹⁴. Bu model iki kademelidir. İlk aşamada şirketin mevcut durumda dağıtım sonrasındaki varlıklarının mevcut borçlarına oranının %125'i geçmesi gerekmektedir. İkinci olarak şirketin gelecekte elde etmesi makul olarak beklenen malvarlıkları⁸¹⁵ ve borçları bakımından da söz konusu aynı oranın korunması gerekmektedir⁸¹⁶. Ancak bu iki şartın bulunması şirketin dağıtım yapabilmesi için yeterli değildir. Zira dağıtım yapılabilmesi için şirketin borçlarını muaccel oldukları zaman ödeyebilecek durumda da olması gerekmektedir. (Kaliforniya Şirketler Kanunu ("California Corporations Code") m.501). Bu hüküm bakımından sadece varlıkların

⁸¹⁰ Conac, **Capital**, s.172.

⁸¹¹ Veil, **Capital Maintenance**, s.83.

⁸¹² Conac, **Capital**, s.172.

⁸¹³ Amerikan hukukunda sermaye kurallarının tarihi gelişiminin incelenmesi bakımından bkz. Booth, Richard A., Capital Requirements in United States Corporation Law, University of Maryland School of Law Legal Studies Research Paper, 2005-64, s.14 vd. (Erişim: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=864685, Erişim tarihi: 03.07.2017).

⁸¹⁴ Marsh/Finkle, s.1119.

⁸¹⁵ Bu tip varlıklara örnek olarak şirket ile sözleşme yapmak suretiyle şirketten mal veya hizmet satın almayı kabul eden alacaklıların yapacakları ödemeler gösterilmektedir. Örneğin bir doğalgaz dağıtım şirketi kaç abonesi olduğunu ve bunların önümüzdeki yıl ne kadar ödeme yapacaklarını öngörebildiği için bu miktarı toplam varlıkları arasında değerlendirebilecektir. Bkz. Marsh/Finkle, s.1142.

⁸¹⁶ Santella/Turini, s.450-451. Düzenleme hakkında kapsamlı açıklama için bkz. Marsh/Finkle, s.1131 vd., Conac, **Capital**, s.169 vd.

değeri değil, varlıkların nakde çevrilebilirliği yani likiditesi de değerlendirmeye alınacaktır⁸¹⁷.

Yasama faaliyetlerine ilaveten yapılan çeşitli akademik çalışmalarda da ödeme gücü testinin bilanço testinin ikamesi yahut tamamlayıcısı olarak benimsenmesi önerilmiştir⁸¹⁸. Örneğin *Winter Raporu* olarak bilinen 2002 tarihli “*Report of the High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe*” uyarınca, şirketin kâr dağıtımını yapabilmesi için, i) şirketin varlıklarının borçlarından fazla olması⁸¹⁹ (bilanço testi) ve ii) şirketin gelecek on iki aylık dönemdeki borçlarını ödemek için yeterli nakdi veya kolaylıkla nakde çevrilebilir varlığının bulunması (ödeme gücü testi) gerekmektedir⁸²⁰. *Rickford Raporu* uyarınca ise, yöneticilerin⁸²¹ şirketin öngörülebilir gelecekte ödeme gücünün bulunacağına dair bir taahhütte bulunması dağıtım için yeterlidir, ayrıca bilanço testi benzeri bir değerlendirme yapılması gerekli değildir⁸²².

Görüldüğü üzere, ödeme gücü testi pozitif hukukta ve akademik çalışmalarda, önemli bir destek görmüş ve pozitif hukukta da yer bulmuştur. O nedenle aşağıda öncelikle, ödeme gücü testinin işleyişine ilişkin genel bilgiler verilerek sistemin işleyişi açıklanacaktır. Ardından ödeme gücü testine yönelik eleştirilere yer verilerek ödeme gücü testinin zayıf yönleri ortaya konulacaktır. Son olaraksa ödeme gücü testinin gelecekte Türk hukukunda gerçekleştirilecek yasama faaliyetlerinde benimsenmesinin isabetli olup olmayacağı konusunda bir ara değerlendirme ile bu başlık tamamlanacaktır.

⁸¹⁷ Marsh/Finkle, s.1151.

⁸¹⁸ Hemen belirtmek gerekir ki, çeşitli çalışmalarda ödeme testinin benimsenmesi yerine, bilanço testinin iyileştirilerek muhafaza edilmesin önerilmiştir. Bu konudaki çalışmalara örnek olarak bkz. Böckli, **Bilanzbezogene**, s.18 vd.

⁸¹⁹ Raporda ayrıca şirket varlıklarının toplam tutarının şirketin borçlarının toplam tutarını hangi oranda aşması gerektiğinin de belirtilmesi ve böylece bir ödeme gücü payı (“*solvency margin*”) bırakılmasının yerinde olacağı ileri sürülmüştür. *Winter Raporu*, s.87 vd.

⁸²⁰ *Winter Raporu*, s.87 vd.

⁸²¹ *Rickford Raporu*’nda şirket faaliyetlerinin ölçeği veya somut olayın şartları sebebiyle ayrıca şirket denetçilerinden ödeme gücünün varlığı yönünde görüş alınmamasının özen yükümlülüğüne aykırılık teşkil edebileceği belirtilmiştir. *Rickford*, s.979 vd.

⁸²² Öte yandan bilanço testi uyarınca şirketin net varlığının borçlarını aşması halinde ödeme gücünün bulunduğu dair bir karinenin kabul edilebileceği, bununla birlikte ödeme gücünün bilanço testinden sapmasına yol açan bir durum varsa bunun ödeme gücü beyanında belirtilmesi gereklidir. *Rickford*, s.979 vd. Ayrıca, yönetim kurulu ödeme gücü bulunduğunu veya bulunmadığına dair bir beyanda bulunurken, şirket bilançosundaki durumun bu beyan üzerindeki etkisini de ortaya koymak zorundadır. Bkz. *Rickford*, s.975.

ii. Ödeme Gücü Testinin İşleyişi

Yukarıda da değinildiği üzere, ödeme gücü testi ile kast edilen, şirketin hedeflediği dağıtımı yaptıktan sonra şirketin borçlarını muaccel oldukları tarihte ödeme gücünün bulunmasıdır. Bu şekilde bir ölçüt, şirketin gelecekte üstleneceği borçlar gibi, gelecekte iktisap edeceği varlıkların da hesaba katılarak şirketin kâr dağıtım kapasitesinin belirlenmesini sağlayacaktır⁸²³.

Ödeme gücü testi doğası gereği, bilanço testinden farklı sonuçlar verebilir. Bilanço testinde şirketin gelecekteki gelirleri, bilanço kuralları ışığında indirgenerek bilançoya geçirilmektedir. İndirgenme oranına bağlı olarak, alacakların borçları karşılamak için yetersiz kalması olasılığı bulunmaktadır. Halbuki, nakit akışını dikkate alan bir ödeme testi, gelecekteki alacakları tam değeri üzerinden dikkate alır. Bu nedenle de nakit akışının örtüşmesinin ödeme gücünün varlığı için yeterli olduğu kabul edilir⁸²⁴.

Ödeme gücü testinin uygulanması bakımından karşılaşılan en önemli sorunlardan biri, ödeme gücünün bulunduğu kabulü için hangi şartların karşılanması gerektiğidir. Borçlunun ödeme gücünün “görece emniyetli” olması gerektiği belirtilse de bu emniyetin hangi şartlar altında sağlanacağı, diğer bir ifade ile ödeme gücü kavramının içeriğinin tespiti, ödeme gücü testinin zorluklarından biridir⁸²⁵. Nitekim Model Business Corporation Act (“MBCA”) ve Yeni Zelanda gibi ödeme gücü testini benimseyen hukuk sistemlerinde bile ödeme gücü testi ile ne anlaşılması gerektiği tam ve detaylı olarak tanımlanmamaktadır⁸²⁶.

Kavramın belirsizliği dışında, somut olayda ödeme gücünün bulunup bulunmadığının da kesin şekilde belirlenemeyeceği belirtilmektedir; zira ödeme gücü sadece mevcut olayları değil, gelecekteki olayları dikkate aldığından, doğası gereği bir belirsizlik içerecektir⁸²⁷. Bu durum özellikle şirketin elde edeceği gelirlerin kesin olmadığı durumlarda daha da belirgin hale gelmektedir. Bu durum varsayımsal olarak

⁸²³ MBCA Annotated, s.6-228, Heaton, s.10.

⁸²⁴ Heaton, s.20 vd.

⁸²⁵ Schön, **Balance Sheet Test**, s.185. Ödeme gücü testine yer veren MBCA bakımından bu eleştiri için bkz. Pellens, Bernhard/Sellhorn, Thorsten, **“Improving Creditor Protection Through IFRS Reporting and Solvency Tests”**, European Company and Financial Law Review, Special Issue 1/2006, s.16.

⁸²⁶ Veil, **Capital Maintenance**, s.81.

⁸²⁷ Veil, **Capital Maintenance**, s.88. Bunun dışında bazı durumların ödeme gücünde dikkate alınıp alınmayacağı konusunda da sorunlar bulunmaktadır. Örneğin hâkim şirketin bağlı şirkete vereceği desteğin bağlı şirketin ödeme gücünde dikkate alınıp alınmayacağı gibi hususlarda açıklık bulunduğu savunulmaktadır. Bkz. Veil, **Capital Maintenance**, s.82.

şöyle ifade edilmektedir: Herhangi bir malvarlığı olmayan şirketin 100 TL borcu olduğunu kabul edelim. Şirketin bir faaliyeti sonucunda %15 ihtimal ile 1000 TL gelir elde edeceğini ancak %85 ihtimalle hiçbir gelir elde etmeyeceğini varsayalım. Bu durumda gelir elde edilirse, şirketin ödeme gücü olacakken, ihtimal gerçekleşmediği takdirde ödeme gücü mevcut olmayacaktır⁸²⁸.

Bir diğer zorlu durum ise, alacaklıların davranışlarının şirketin ödeme gücü bakımından etkili olduğu durumlardır. Bu durum özellikle bankaya kredi sözleşmesini feshederek geri ödeme talep etme hakkı tanınan sözleşmelerde karşılaşılabilecek bir durumdur. Bu gibi dış faktörlere bağlı olarak ödeme gücünün etkilenebileceği hallerde, yönetim kurulunun ödeme gücünü tespit etmesi kolay olmayacaktır⁸²⁹. Bu gibi karmaşık durumlarda, şirketin ödeme gücünün nasıl belirleneceği, hangi alacakların şirketin ödeme gücü bakımından dikkate alınacağı gibi sorular önem kazanmaktadır.

Ödeme gücü testi bakımından bir diğer sorun ise şirketin ödeme gücünün bulunduğu hangi organ tarafından tespit edileceğidir. Amerikan ve İngiliz hukuklarında ödeme gücünü tespitin yönetim kuruluna bırakılabileceği kabul edilmektedir⁸³⁰. Ancak Kıta Avrupası öğretisi, ödeme gücünün bulunduğu tespitinin sadece yönetim kuruluna bırakılması açısından daha şüphelidir. Bu durumda Kıta Avrupası sisteminde pay sahipliği yapısının yoğunlaşmış olması ve bu nedenle de yönetim kurulunun hâkim pay sahiplerinin etkisi altında olması olgusunun bir yeri olduğu savunulmaktadır⁸³¹.

Winter Raporu bu sorunu göz önünde alarak bir orta yol benimsemiştir. *Winter Raporu* uyarınca ödeme gücünün bulunduğu dair yönetim kurulunun beyan hazırlaması gerekli ve yeterlidir. Ne var ki, şirket denetçisinin hazırladığı raporda şirketin ödeme gücünün bulunmadığı tespit edildiği takdirde, yönetim kurulunun ödeme gücünün bulunduğu dair bir beyanda bulunması mümkün olmamalıdır⁸³². Özetle ödeme gücü beyanı, eğer denetim raporunda aksine bir sonuca varılmamışsa, yönetim kurulu tarafından yapılacaktır. Rickford Raporu ise daha basit bir yaklaşımla,

⁸²⁸ Örnek için bkz. Heaton, s.10-11.

⁸²⁹ Böckli, **Bilanzbezogene**, s.14.

⁸³⁰ Bu tespit için bkz. Schön, **Balance Sheet Test**, s.194.

⁸³¹ Schön, **Balance Sheet Test**, s.194.

⁸³² Winter Raporu, s.88

denetçi görüşünün zorunlu olmaması gerektiğini belirtmekte, ödeme gücü beyanı bakımından yönetim kurulu kararının yeterli sayılmasını önermektedir⁸³³.

d. Değerlendirme

Öncelikle belirtmek gerekir ki, bilanço testi ile ödeme gücü testi kıyaslandığında iki yaklaşımdan birinin diğerine kıyasla daha “korumacı” nitelikte olduğunu söylemek mümkün değildir⁸³⁴. Somut olayda bu iki testin farklı sonuçlar verebileceği ve bazı durumlarda birinin bazı durumlarda diğerinin kâr payı dağıtımı konusunda daha sınırlayıcı bir etkisi olabilir⁸³⁵. O nedenle ilgili yöntemler arasındaki tercih daha sıkı bir dağıtım rejimi ile daha esnek bir dağıtım rejimi arasında tercih anlamına gelmez. İki sistemin karşılaştırılması, daha ziyade sistemlerin etkinliği üzerinden değerlendirilmelidir.

Benzer şekilde iki yöntemin de şirketin mali durumunun tespiti bakımından tam olarak isabetli olmadığı ve hatalı sonuçlar verebileceği kabul edilmektedir. Zira ilgili testler ödeme gücü olmayan bir şirketin ödeme gücü olduğu yönünde bir hata (*false positive*) yapabileceği gibi, ödeme gücü olan bir şirketin ödeme gücü bulunmadığı yönünde de bir hata yapılması olasıdır (*false negative*)⁸³⁶. O nedenle yine iki sistemden birinin diğerine göre özü itibarıyla daha üstün olduğu da iddia edilemez⁸³⁷.

Ödeme gücü testi şirketin gelecekteki durumu ile ilgili bir öngöründe bulunmayı gerektirdiğinden şirket yöneticilerine önemli bir hareket alanı tanımaktadır. Ne var ki, en basiretli yönetici bakımından dahi gelecekle ilgili öngörülerin bir sınırı olduğu şüphesizdir. Şirketin on veya yirmi yıllık süreci hakkında isabetli bir öngöründe bulunmak neredeyse imkansızdır. Bu noktada ödeme gücü testinin eksik kaldığı belirtilmektedir⁸³⁸. Belirtmek gerekir ki, bu öngörü zorlukları ve geniş takdir yetkisi yönetim kurulu üyeleri bakımından da sakıncalı bir sonuç oluşturmaktadır. Zira

⁸³³ Rickford, s.974.

⁸³⁴ Schön, **Balance Sheet Test**, s.189.

⁸³⁵ Schön, **Balance Sheet Test**, s.189.

⁸³⁶ Heaton, s.33.

⁸³⁷ Schön'e göre, ödeme gücü testi şirketin kısa vadedeki durumunu daha isabetli şekilde dikkate alırken, bilanço testi de şirketin uzun vadeli durumu bakımından daha yerinde bir sonuç vermektedir. Bkz. Schön, **Balance Sheet Test**, s.196.

⁸³⁸ Schön, **Balance Sheet Test**, s.190, Heaton, s.32 vd., Pellens/Sellhorn, s.15, Böckli, **Bilanzbezogene**, s.10. Bu yöndeki eleştirilere cevap olarak sübjektif değerlendirmelerin her koşulda devreye gireceği savunması getirilmektedir. Doktrinde ödeme gücü testini savunan görüşler bu yaklaşımın şirket yöneticilerine takdir yetkisi verdiği kabul etmekle beraber, bilanço testinde de değerlendirme yoluyla benzer bir takdir yetkisinin tanındığını, bu nedenle de yönetim kurulunun şirketin mali durumu ile ilgili takdir yetkisini yani sübjektif değerlendirmenin bertaraf edilemeyeceğini savunmaktadırlar. Bkz. Rickford, s.975.

yönetim kurulu üyelerinin ödeme gücü değerlendirmesi sırasında kusurları sonucunda yanılmaları sebebiyle alacaklıların zarar görmesi halinde, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu devreye girecektir⁸³⁹.

Bu durumda daha etkin bir dağıtım rejiminin tespit edilmesi için, bilanço testi ve ödeme gücü testinin birlikte uygulanmasını savunan görüşlerin⁸⁴⁰ benimsenmesi düşünülebilir. Bu noktada iki testin birlikte uygulanması yönünde bir çözüm düşünülebilir. İki testin bir arada kullanılması ve şirketin dağıtım yapabilmesi için iki şartı da sağlamasının aranması, aslında ödeme gücü bulunan bir şirketin dağıtım yapmasını engelleyebilir. Ancak doktrinde, ödeme gücü bulunan bir şirketin dağıtım yapmasına engel olmanın sakıncalarının, ödeme gücü olmayan bir şirketin dağıtım yapmasına izin vermeye kıyasla daha önemsiz olduğu savunulmaktadır⁸⁴¹. O nedenle de temkinli bir politika izlenerek iki testin bir arada uygulanmasını aramak yerinde olacaktır.

İki testin birlikte aranmasının şirketin yöneticilerinin öngörü hatalarını da sınırlayacağı görüşündeyiz. Şirket yöneticileri gelecekle ilgili öngörülerde bulunurken fazlasıyla iyimser şekilde gelirleri yüksek, giderleri ise düşük olarak değerlendirebilirler⁸⁴². Bu bağlamda ödeme gücü testine ilaveten bilanço testinin de uygulanması, özellikle şirketin uzun vadeli yükümlülüklerinin isabetle değerlendirilmesini ve alacaklıların uzun vadeli borçlara karşı da etkili şekilde korunmasını sağlayabilecektir⁸⁴³.

Yönetim kurulu üyelerinin öngörü hatalarını telafi edecek diğer bir çözüm de yönetim kurulu tarafından hazırlanacak ödeme gücü beyanının bağımsız denetimden geçmesi olacaktır. Bu yönde bir çözüm *Winter Raporu*'nda önerilen sistem ile de uyumlu bir çözüm olacaktır.

Bilanço testine ilaveten ödeme gücü testinin de kâr dağıtımını sınırlamasında uygulanması, Türk hukuku ile AB düzenlemeleri arasındaki mevcut uyumu da bozmayacaktır. 2. Yönerge şirketin sadece sermayesinin ve varsa kanunda ya da esas sözleşmede gösterilen yedek akçelerin muhafaza edilmesi şartını aramaktadır. Bu

⁸³⁹ Mayer, s.142.

⁸⁴⁰ Winter Raporu, s.87 vd., Schön, **Balance Sheet Test**, s.196, Veil, **Capital Maintenance**, s.92.

⁸⁴¹ Heaton, s.4.

⁸⁴² Mayer, s.140.

⁸⁴³ Schön, **Balance Sheet Test**, s.193.

açından ödeme gücüne ilişkin bir düzenleme içermemektedir⁸⁴⁴. Öte yandan 2. Yönerge ile getirilen koruma asgari nitelikte olup, üye ülkelerin daha ağır şartlar benimseyebileceği belirtilmektedir. Bu açıdan bakıldığında, mevcut düzenlemelere ilave olarak ödeme gücü testinin benimsenmesi, 2. Yönerge'ye bir aykırılık teşkil etmeyecektir⁸⁴⁵. Nitekim Kıta Avrupası içinde de ödeme gücü testine benzer kurallar benimseyen hukuk sistemleri bulunmaktadır. Örneğin İsveç hukukuna göre, şirketin kâr dağıtımını yapması için sadece bağlı malvarlığının bulunması yeterli olmayıp aynı zamanda dağıtımdan sonra borçlarını ödeyebilecek durumda olması gerekmektedir⁸⁴⁶. Bu şekilde bir yandan ödeme gücü testini hukuk sistemine dahil ederken bir yandan da Avrupa Birliği müktesebatı ile uyum muhafaza edilebilir.

Böyle bir tercih yapılması halinde, yasalaşma sürecinde dikkat edilmesi gereken çeşitli konular bulunmaktadır. Bu konulardan ilki, ödeme gücünün ne kadar süre ile muhafaza edilmesi gerektiği konusudur. Öğretide ödeme gücü testinde, şirketin ödeme gücünün gelecekte ne kadar devam etmesi gerektiği konusunda bir belirsizlik bulunduğu eleştirisi yapılmaktadır⁸⁴⁷. Ödeme gücü sistemini benimseyen MBCA ve Yeni Zelanda hukuku da yönetim kurulunun ne kadar süreyle ödeme gücünün varlığını değerlendirmesi gerektiğini belirtmemektedir⁸⁴⁸. Esasen bu sorun yasama sürecinde giderilebilir. Örneğin *Winter Raporu* ödeme gücünün gelecek on iki aylık süre boyunca devam etmesi halinde, şirketin ödeme gücünün yeterli olduğunun kabul edilmesini önermektedir⁸⁴⁹. Ödeme gücü testinin de yasal dayanak kazanması halinde, söz konusu sürenin yasa ile belirlenmesi isabetli olacaktır.

Son olarak, ödeme gücü testinin Türk hukukunda dolaylı olarak etkisi olup olmadığı sorgulanabilir. Belirttiğimiz üzere, mevcut kanun hükümleri ışığında ödeme gücü testi kâr dağıtımını sınırlayıcı bir etkiye sahip değildir. Öte yandan TTK m.521 uyarınca şirket esas sözleşmesinde şirketin yedek akçe ayırmasına ilişkin düzenleme yapılması mümkündür. Buna göre, şirket esas sözleşmesinde kanuni yedek akçe ayırma yükümlülüğüne ilaveten, kâr dağıtımının şirketin borçlarının vadesinde ifa edilmesine engel teşkil etmemesi gerektiği yönünde bir hüküm eklenebilir. Böyle bir

⁸⁴⁴ Santella/Turini, s.453.

⁸⁴⁵ Santella/Turini, s.453 ve s.459.

⁸⁴⁶ Skog/Fäger, s.104-105.

⁸⁴⁷ Pellens/Sellhorn, s.17, Böckli, *Bilanzbezogene*, s.13.

⁸⁴⁸ Veil, *Capital Maintenance*, s.76.

⁸⁴⁹ Winter Report, s.88.

ihhtimalde, esas sözleşme hükmüne binaen ödeme gücü testi kâr dağıtımını sınırlayacaktır.

İkinci olarak ödeme gücü testine uygun olmayan bir kâr dağıtımı yapılmasının yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu bakımından da etkisi olacaktır. TTK m.369 uyarınca yönetim kurulu görevlerini özenle ve şirket menfaatlerini gözeterek yürütmekle yükümlüdür. Şirketin borçlarını vadesinde ödeyememesi, şirketin gecikme faizi ödemesi, takip masraflarına katlanması ve ticari itibarının zarar görmesi gibi olumsuz sonuçlara yol açacaktır. O nedenle yönetim kurulunun şirketin borçlarını vadesinde ödemesini sağlayacak finansal şartları sağlaması gerekmektedir. Her ne kadar kâr dağıtım kararı anonim şirket genel kurulu tarafından alınacak olsa da (TTK m.408) yönetim kurulu genel kurula sunduğu kâr dağıtım önerisinde şirketin ödeme gücünü sağlayacak şekilde bir dağıtım tavsiyesinde bulunmalıdır. Aksi takdirde, özen borcuna aykırılık sebebiyle sorumluluğu doğacaktır⁸⁵⁰.

B. Dağıtılabilir Kârın İrادی Olarak Sınırlanması

1. Esas Sözleşme Uyarınca Ayrılacak Yedek Akçeler

TTK m. 521 hükmü, şirket esas sözleşmesinde yedek akçe ayrılmasına yönelik düzenlemelere izin vermektedir. Madde metninden de anlaşılacağı üzere, şirket esas sözleşmeye dayanarak ayrılacak yedek akçeyi iki türlü düzenleyebilir⁸⁵¹. İlk olarak genel kanuni yedek akçeye dahil birinci yedek akçe ayrımının gerek yıllık kârdan ayırma oranını gerekse ayırım zorunluluğunun devam edeceği eşiğin yükseltilmesi şeklinde bir düzenleme getirilmesi mümkündür. Bu şekilde, birinci yedek akçe ayrımını kanunda getirilen zorunlulukların ötesine götüren bir esas sözleşme hükmü öngörülebilir. Öğretide esas sözleşmedeki hükme binaen ayrılacak aşkın yedek akçenin niteliği konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre bu durumda aşkın kısım iradi yedek akçe niteliği kazanacaktır⁸⁵². Diğer bir görüşe göre ise esas sözleşmedeki bu düzenleme kanuni yedek akçenin genişletilmesidir ve ayrılan aşkın kısım da kanuni yedek akçe niteliğindedir⁸⁵³. Öte yandan her iki görüş uyarınca da bu şekilde ayrılan yedek akçenin kullanılması kanuni yedek akçe hükümlerine tabi

⁸⁵⁰ Bu bağlamda ödeme gücü testini dikkate almayan kâr dağıtım kararlarına karşı yönetim kurulunun organ olarak (TTK m.446 f.1-c) yahut yönetim kurulu üyelerinin şahsen (TTK m.446 f.1-d) iptal davası açma yetkisi bulunmaktadır.

⁸⁵¹ Benzer bir değerlendirme için bkz. Canöz, s.85.

⁸⁵² Örnek olarak Badak, s.142, Kayıhan/Çetiner, s.13.

⁸⁵³ Üçışık/Çelik, s.253, Canöz, s.85.

olduğundan⁸⁵⁴, yedek akçenin kullanılması bakımından bu tartışmanın fiili bir önemi bulunmamaktadır.

TTK m.521 hükmü uyarınca şirket esas sözleşmesinde genel kanuni yedek akçeden bağımsız olarak yedek akçe ayrılmasına yönelik bir düzenleme getirilmesi de mümkündür. Esas sözleşmeye dayanan yedek akçe için bir amaç hükmü getirilebileceği gibi, yedek akçenin serbest yedek akçe olarak ayrılması da mümkündür⁸⁵⁵. Esas sözleşmede yedek akçenin amaçları belirlenirken kural olarak bir sınır bulunmamaktadır. Kanunun emredici hükümlerine yahut ahlaka aykırı olmayan herhangi bir amaç için şirket yedek akçe ayrılmasını kararlaştırabilir⁸⁵⁶. Ancak her şart altında, yedek akçe ayrımının şirket menfaatlerine yönelik olması gerekmektedir⁸⁵⁷. Şirket amaçlarına⁸⁵⁸ yabancı sebeplerle yedek akçe ayrılamaz⁸⁵⁹. Örneğin pay sahiplerinin veya yöneticilerin şahsi giderlerinin karşılanması için yedek akçe ayrılması, pay sahiplerinin mali menfaat elde etme hakkının ihlali anlamına geleceği için hukuka aykırı olacaktır.

Esas sözleşme ile yedek akçe ayrılmasına ilişkin düzenlemelerde, genel kurulun takdir yetkisinin sınırlarının incelenmesi de gerekir. Uygulamada pay sahiplerinin kâr payı hakkının sınırlanması bakımından aslında genel kurul kararına dayanan yedek akçeler, esas sözleşme ile ayrılan yedek akçelere kıyasla daha büyük bir önem taşımaktadır. Bu durumun temel sebebi, esas sözleşmede yedek akçe ayrılması zorunluluğunun, şirketin açısından bağlayıcı olması ve çoğunluk pay sahiplerinin kâr payı politikası üzerindeki tasarrufunu da önceden sınırlamasıdır. İlaveten, esas sözleşme değişikliğinin daha ağır bir usule tabi kılınması sebebiyle, esas sözleşmede yedek akçe ayrılması zorunluluğu şirketin finansal esnekliğine engel teşkil edebileceğinden, uygulamada kâr payı hakkının baskılanması için kullanılması sık karşılaşılabilecek bir durum değildir.

Öte yandan, yedek akçe ayrılması ister esas sözleşmeye ister genel kurul kararına dayansın, iktisadi etkisi aynı olduğu için pay sahibinin kâr payı hakkının esas sözleşme

⁸⁵⁴ Tekinalp, **Yedek Akçeler**, s.340, Badak, s.142, Üçışık/Çelik, s.253.

⁸⁵⁵ Esas sözleşmede yedek akçe ayrılması kararlaştırılmış, ancak herhangi yedek akçenin amacı gösterilmemişse, söz konusu yedek akçe serbest yedek akçe niteliğindedir. Bkz. Tekinalp, **Yedek Akçeler**, s.341.

⁸⁵⁶ Badak, s.146.

⁸⁵⁷ Tekinalp, **Yedek Akçeler**, s.341, Canöz, s.86

⁸⁵⁸ Şirket amacı ile en geniş ifade ile şirketin kâr elde edeceği iktisadi faaliyetler anlaşılabilir. Öte yandan kavramın kapsamı ve anonim şirkette menfaat sahibi çeşitli gruplar arasındaki ilişkiler bakımından konu tartışmalıdır. Bu konuda bkz. Birinci Bölüm-II-1-3-Hakkın İçeriği.

⁸⁵⁹ Tekinalp, **Yedek Akçeler**, s.341, Üçışık/Çelik, s.255.

ile ayrılacak yedek akçelere karşı da korunması gerekmektedir. Bu nedenle de esas sözleşme ile getirilebilecek düzenlemelerin de genel çerçevesine kısaca değinmek gerekir. TTK m.523 hükmü genel kurul kararı yoluyla yedek akçe ayrılmasına zaten izin vermektedir. Ancak TTK m.523 uyarınca genel kurulun yedek akçe ayırması, kanunda belirtilen şartların varlığına bağlanmıştır. TTK m.521 düzenlemesi ise esas sözleşmede yer alması şartıyla, TTK m.523'te belirtilen şartlar ile sınırlı olmaksızın şirketin yedek akçe ayırmasına olanak tanımaktadır⁸⁶⁰.

Ancak buradan hareketle, esas sözleşmede yedek akçe ayrılması konusunda genel kurulun tamamen serbest olduğu sonucuna da varılmamalıdır. Öğretide şirketin her sene %5 oranında kâr dağıtımını yapmasını zorunlu kabul eden görüş, şirket esas sözleşmesi uyarınca ayrılacak yedek akçenin, pay sahibinin bu çekirdek⁸⁶¹ kâr payı hakkını ihlal etmemesi gerektiğini de belirtmektedir⁸⁶². Bu sonuç elbette kendi içinde tutarlıdır. Ancak kanaatimizce şirketin her yıl %5 oranında kâr dağıtımını yapması zorunlu olmadığından, esas sözleşme uyarınca yedek akçenin %5'lik kâr payı dağıtımını ihlal etmemesi mutlak bir sınır olarak kabul edilmemelidir. Öte yandan, %5'lik temel kâr payı hakkından bağımsız olarak, pay sahibinin mali menfaat elde etme hakkı, şirketin yedek akçe ayırma yetkisi bakımından genel bir çerçeve çizer. Esas sözleşme hükmünün pay sahibinin mali menfaat elde etme hakkını ihlal edecek seviyede olması halinde, esas sözleşme hükmünün TTK m.447 uyarınca butlanı söz konusu olacaktır. Ayrıca esas sözleşme hükmü, baştan itibaren mali menfaat elde etme hakkını ihlal eder nitelikte olmasa bile, değişen şartlar şirketin finansal düzenini olumsuz şekilde etkileyecek hale gelmişse, TTK m.531 hükmünde düzenlenen haklı sebeple fesih davasının şartlarının oluşması da ihtimal dahilindedir⁸⁶³.

Kural olarak esas sözleşmede yedek akçe ayrılması kararlaştırılmışsa, genel kurulun ayrıca yedek akçe ayrılmasına yönelik bir karar almasına gerek yoktur. Bu durumda yönetim kurulu finansal tabloları hazırlarken ayrılması gereken yedek akçe miktarını da göstererek finansal tabloları hazırlayacak ve söz konusu finansal tablolar genel kurul tarafından onaylanacaktır. Ancak nadiren karşılaşılabilecek bir durum olsa da şirket esas sözleşmesinde genel kurula belirli oranda yedek akçe ayırma yetkisi

⁸⁶⁰ Üçışık/Çelik, s.255.

⁸⁶¹ Badak, zorunlu kâr payı dağıtımına dayanan kâr payı hakkını karşılamak için temel kâr payı hakkı kavramını kullanmaktadır. Bkz. Badak, s.70.

⁸⁶² Badak, s.143.

⁸⁶³ Esas sözleşmedeki yedek akçe ayrılması şartının haklı sebeple fesih davası ile olan ilişkisi hakkında detaylı açıklama için bkz. Dördüncü Bölüm-III-c-iii-Esas Sözleşmenin Değiştirilmesi.

tanınması da prensip olarak mümkündür⁸⁶⁴. Böyle bir düzenleme, genel kurulunun yedek akçe ayırma yetkisine TTK m.523 hükmü ile getirilen sınırlamaların genişletilmesi sonucunu doğuracaktır. Eğer bu şekilde, genel kurula belirli bir oranda yedek akçe ayırma yetkisi tanıyan, ancak bir ayırım zorunluluğu getirmeyen bir esas sözleşme hükmü mevcutsa, bu durumda genel kurulun önce yedek akçe ayırma kararı hakkında karar alması, sonrasında ise finansal tabloların onaylanması yönünde karar alması gerekecektir.

Esas sözleşme uyarınca ayrılan yedek akçelerin ihtiyari olması, şirket esas sözleşmesine böyle bir hüküm konulması ve bu hükmün muhafaza edilmesinin ihtiyari olduğu anlamına gelir⁸⁶⁵. Şirket esas sözleşmesinde yedek akçe ayrılmasına ilişkin getirilen hüküm, genel kurul tarafından değiştirilebilir. Bu şekilde esas sözleşmeye göre ayrılacak yedek akçenin oranı veya kullanılma şartları değiştirilebileceği gibi, yedek akçe ayrılması zorunluluğu da ortadan kaldırılabilir⁸⁶⁶.

Ancak esas sözleşme uyarınca yedek akçe ayrılması zorunlu tutulmuşsa, genel kurul finansal tabloları onaylarken söz konusu ayırımı dikkate almak zorundadır⁸⁶⁷. Esas sözleşme uyarınca yedek akçe ayırımı yapılmaması halinde, finansal tabloların onaylanmasına ilişkin genel kurul kararının esas sözleşmeye aykırılık sebebiyle iptali söz konusu olacaktır (TTK m.445)⁸⁶⁸. Esasen esas sözleşmeye dayanan yedek akçe ayırımında alacaklıların da menfaati bulunduğundan, esas sözleşmeye dayanan yedek akçe ayırımına ilişkin hükmün ihlalinin genel kurul kararının butlanına yol açacağı düşünülebilir⁸⁶⁹. Ancak kanaatimizce genel kurul, esas sözleşme değişikliği ile yedek akçe ayrılması zorunluluğu getirebileceği gibi, bu yöndeki esas sözleşme hükmünü de dilediği zaman usulüne uygun şekilde kaldırmaya yetkilidir. Genel kurulun üzerinde tasarruf yetkisi olan bir konuda, esas sözleşme hükmünün ihlalinin yaptırımının butlan

⁸⁶⁴ Ayrıca esas sözleşme uyarınca yedek akçe ayrılması zorunlu kılınsa da ayrılacak yedek akçe tutarının belirlenmesi bakımından genel kurula yetki verilmesi de mümkündür. Bu durumda genel kurulun ayrılacak tutarı dürüstlük kuralına uygun olarak belirlemesi gerektiği savunulmaktadır. Bkz. Canöz, s.86.

⁸⁶⁵ Tekinalp, **Yedek Akçeler**, s.340, Canöz, s.86.

⁸⁶⁶ Badak, s.142, Üçışık/Çelik, s.254.

⁸⁶⁷ Gürbüz Usluel, s.30. Bu noktada genel kurul kararına dayanan iradi yedek akçeler ile esas sözleşmeye dayanan yedek akçeler arasında bir farklılık ortaya çıkmaktadır. Genel kurulun aldığı bir karar, daha sonra alınacak bir genel kurul kararı bakımından kural olarak bağlayıcı değildir. Ancak genel kurul kararlarının esas sözleşme ile getirilen bir yedek akçe ayırma yükümlülüğüne uygun olması gerekmektedir.

⁸⁶⁸ Üçışık/Çelik, s.254.

⁸⁶⁹ Bu yönde bkz. Dubs, Dieter, **“Beschlussvoraussetzungen und deren Abgrenzung von anderen Bedingungen für die Rechtswirksamkeit von Aktionärsbeschlüssen”**, Festschrift für Peter Böckli zum 70. Geburtstag, Schulthess, 2006 s.462.

olması tutarlı bir çözüm olmayacağından, kanaatimizce iptal edilebilirlik daha uygun bir yaptırım olacaktır.

2. Pay Sahipleri Sözleşmeleri ile Getirilecek Düzenlemeler

Pay sahipleri sözleşmesi, pay sahipliği haklarının kullanılması ve sözleşme taraflarının bu konudaki taahhütlerini konu alan sözleşmeler olarak tanımlanmaktadır⁸⁷⁰. Bu sözleşmeler ile pay sahipleri esas sözleşme hükümlerinde tanınmayan bir esneklike şirketin işleyişi konusunu düzenleyebilmektedirler. Ayrıca esas sözleşmeden farklı olarak pay sahipleri sözleşmelerinin tescil ve ilan edilmemesi, tarafların ihtiyaç duyduğu gizliliği sağlamaktadır⁸⁷¹.

Pay sahipleri sözleşmelerinde taraflar şirketin kâr dağıtımına ilişkin çeşitli hükümler getirebilirler⁸⁷². Öğretide şirketin yapacağı kâr payı dağıtım oranının önceden saptanabileceği, dağıtım şekline ve takvimine ilişkin kurallar getirilebileceği belirtilmektedir⁸⁷³. Özellikle pay sahipleri sözleşmesinin kurulmasından sonraki yakın veya orta dönemde kâr dağıtım politikasının belirlenmesi bakımından pay sahipleri sözleşmelerinde bu yönde hükümler sevk edilmesi anlamlıdır⁸⁷⁴. Öte yandan, pay sahipleri sözleşmelerinin konusunun da kanunun emredici hükümlerin aykırı olmaması gerekir. O nedenle pay sahipleri sözleşmesinde kâr dağıtımına ilişkin getirilen kuralların sermayenin korunması ve eşit işlem gibi ilkelere uygun olması gerekir⁸⁷⁵.

Belirtmek gerekir ki, kâr dağıtım kararı şirket tüzel kişiliğinin bir kararı olup bu karar şirket adına genel kurul tarafından alınacaktır (TTK m.408). Genel kurul kâr dağıtım kararı almaksızın sadece pay sahipleri sözleşmesine binaen pay sahibinin şirkete karşı kâr payı alacağının ödenmesi talebinde bulunması mümkün değildir⁸⁷⁶. Bu nedenle pay sahipleri sözleşmesi yoluyla kâr dağıtım kararı yetkisinin genel kurul kararı alınması dışında bir usule tabi kılınması da mümkün değildir. Ancak pay sahipleri sözleşmesi bu ilkeyi ihlal etmemektedir. Pay sahipleri arasında şirketin kâr

⁸⁷⁰ Pichonnaz, Pascal/ Erdem, Ercüment/ Esmailzadeh Jourabchi, Tannaz/ Dural, Ali, “**La Force Contraignante Des Conventions D’actionnaires: Quelques Aspects De Droits Suisse Et Turc**”, SJZ 102, 2006, s.506, Von Büren, Partei, s.805.

⁸⁷¹ Pichonnaz/Erdem/Jourabchi/Dural, s.506.

⁸⁷² Gürbüz Usluel, s.35, Ayoğlu, Tolga, **Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim**, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s.206.

⁸⁷³ Okutan Nilsson, Gül, **Anonim Ortaklıklarda Paysahipleri Sözleşmeleri**, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları, İstanbul, 2001, s.264, Gürbüz Usluel, s.35.

⁸⁷⁴ Okutan Nilsson, **Pay Sahipleri**, s.264.

⁸⁷⁵ Okutan Nilsson, **Pay Sahipleri**, s.263.

⁸⁷⁶ Okutan Nilsson, **Pay Sahipleri**, s.264-265, Gürbüz Usluel, s.35.

dağıtımını konusunda düzenleme getirdikleri bir sözleşme, pay sahiplerinin genel kurul toplantısında ne yönde oy kullanacakları konusuna ilişkin bir oy sözleşmesi olarak değerlendirilecektir⁸⁷⁷.

Pay sahipleri sözleşmelerine aykırılığın sonuçlarının da bu temel ilke uyarınca belirlenmesi gerekmektedir. Anonim şirketin kâr dağıtımına ilişkin olarak pay sahipleri sözleşmesinde yer alan, ancak esas sözleşmeye yansıtılmamış kurallar, şirketin genel kurul kararı bakımından bir etki göstermez. *Okutan Nilsson*, pay sahipleri sözleşmesinin şirkete karşı ileri sürülememesinin iki boyutu olduğunu belirtmektedir. Bu boyutlardan ilki, pay sahipleri sözleşmesinin genel kurul kararının iptali gibi ortaklıklar hukuku yaptırımı içermemesidir. İkinci boyut ise, pay sahipleri sözleşmesinin şirketi belirli bir kararı almaya veya almamaya zorlamamasıdır⁸⁷⁸. Bu bağlamda genel kurulu kararının pay sahipleri sözleşmesine aykırı olması, genel kurul kararının iptali sonucunu doğurmayacaktır⁸⁷⁹.

Bu noktada şirketin pay sahipleri sözleşmesinin tarafı olup olmamasının varılan sonuçları değiştirip değiştirmeyeceği sorusu akla gelebilir. Hemen belirtmek gerekir ki, anonim şirketin pay sahipleri sözleşmesine taraf olup olamayacağı tartışmalı bir konudur. Mehaz İsviçre hukukunda çoğunluk görüşü, anonim şirketin pay sahipleri sözleşmesine taraf olamayacağı yönündedir⁸⁸⁰. Türk hukukunda da benzer bir yaklaşım bulunmaktadır. Öğretide anonim şirketin karar alma süreçlerine ilişkin düzenlemeler içeren pay sahipleri sözleşmelerine taraf olamayacağı⁸⁸¹ kabul edilmektedir⁸⁸². O nedenle de anonim şirketin pay sahipleri sözleşmesine şeklen taraf olması da pay sahipleri sözleşmesinde kâr dağıtımına ilişkin hükümlere taraf olduğu anlamına gelmeyecektir. Sonuç olarak pay sahipleri sözleşmesinin şirketin kâr dağıtım

⁸⁷⁷ Okutan Nilsson, **Pay Sahipleri**, s.265, Altay, **Ortak Girişimler**, s.304, Pichonnaz/Erdem/Jourabhi/Dural, s.509.

⁸⁷⁸ Bkz. Okutan Nilsson, **Pay Sahipleri**, s.278-279.

⁸⁷⁹ Moroğlu, **Anonim Ortaklık Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü**, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s.234, Pichonnaz/Erdem/Jourabhi/Dural, s.510. Bununla birlikte istisnai durumlarda, pay sahipleri sözleşmesine aykırılığın genel kurul kararının iptali için kullanılması da ihtimal dahilindedir. Örneğin tüm pay sahiplerinin pay sahipleri sözleşmesine taraf olması halinde, pay sahipleri sözleşmesini ihlal eden tarafın şirketin ayrı bir tüzel kişiliğinin bulunduğunu iddia etmesi tüzel kişiliğin kötüye kullanılması anlamına gelebilir. Bu gibi istisnai durumlarda, pay sahipleri sözleşmesinin ihlaline şirketler hukuku yaptırımlarının uygulanması ihtimali doğabilir Bkz. Okutan Nilsson, **Pay Sahipleri**, s.289 vd.

⁸⁸⁰ Pichonnaz/Erdem/Jourabhi/Dural, s.508, Alberini, s.97, Von Büren, Partei, s.805.

⁸⁸¹ Pay sahipleri sözleşmelerinde şirketin karar alma süreçlerine (iç işleyişine) yönelik hükümler dışında anonim ortaklığın ticari faaliyetleri ile bağlantılı tamamlayıcı (uydu) hükümler de yer alabilir. Anonim şirketin bu ikinci tür hükümler içeren sözleşmelere taraf olması yahut pay sahipleri sözleşmesinde bu gibi ilişkiye dair taahhütlerde bulunmasının geçerli olduğu yönünde bkz. Altay, **Ortak Girişimler**, s.259.

⁸⁸² Ayoğlu, **Tahkim**, s.203 vd., Altay, **Ortak Girişimler**, s.259.

konusunda aldığı kararların hukuka uygunluğu bakımından bir etkisi bulunmamaktadır.

Öte yandan pay sahipleri sözleşmelerindeki belirli şekilde oy kullanma taahhütlerinin aynen ifasının mümkün olup olmadığı konusunda öğretide farklı görüşler bulunmaktadır. Çoğunlukla kabul edilen görüşe göre, pay sahiplerinin genel kurulda belirli bir yönde oy kullanma taahhütlerini ihlal etmeleri halinde, bu taahhütlerin aynen ifasının talep edilmesi ve genel kurulun bu taahhütlere uygun olarak karar aldığı kabul edilmesi mümkün değildir⁸⁸³. Özellikle pay sahibinin oy hakkını genel kurulda kullanması gerekliliği sebebiyle, oy sözleşmesine uygun oy kullanılması yönündeki bir mahkemen kararının ilanının fiilen mümkün olmaması bu açıdan önem taşımaktadır⁸⁸⁴.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında pay sahipleri sözleşmesine dayanarak genel kurul kararın iptalinin istenmesi yahut pay sahipleri sözleşmesinin aynen ifasının talep edilmesi mümkün görünmemektedir. Bu durumda pay sahipleri sözleşmelerinin ihlali sebebiyle başvurulabilecek tek etkin yöntem, sözleşmenin ihlali sebebiyle tazminat talebinde bulunmaktır. Böyle bir tazminat talebinin söz konusu olması için, şirketin kâr dağıtım konusunda aldığı kararın pay sahiplerini zarara uğratmış olması gerekmektedir. Ancak bu zararın ispatı zorluk arz ettiği için, pay sahipleri sözleşmelerinde cezai şart kararlaştırılması sıklıkla başvurulanan bir yöntemdir⁸⁸⁵.

3. Alacaklılar ile Yapılan Sözleşmelerin Etkisi

a. Kavram, İşlev ve Türleri

Şirket dış kaynaklardan finansman sağladığında, kredi veren şirketin mali durumunun korunması için çeşitli tedbirler alma ihtiyacı artar. Zira kredi alacağının tehlikeye düşmemesi için şirketin nakit akışının ve malvarlıklarının güvence altına alınması gerekir⁸⁸⁶. Bu nedenle şirket, belirli eylemleri/işlemleri yapmayı-yapmamayı veya şirketin finansal durumuna ilişkin belirli ölçütleri muhafaza edeceğine ilişkin taahhütlerde bulunur. Öğretide anlaşmalar (*covenants*⁸⁸⁷) olarak tanımlanan

⁸⁸³ Altay, **Ortak Girişimler**, s.548 vd., Pichonnaz/Erdem/Jourabhi/Dural, s.512.

⁸⁸⁴ Pichonnaz/Erdem/Jourabhi/Dural, s.512.

⁸⁸⁵ Pichonnaz/Erdem/Jourabhi/Dural, s.512.

⁸⁸⁶ Lörsch, s.48.

⁸⁸⁷ Esasen “covenant” kavramı bir sözleşmeden başka bir şey değildir. Ancak bankacılık ve kredi sözleşmeleri alanında eskiden beri gelen kullanım sebebiyle “covenant” kavramı “contract” kavramına kıyasla özel bir anlam kazanmıştır. Yoksa hukuken iki kavram arasında bir fark bulunmamaktadır. Bkz.

taahhütler, finansmanı sağlayan asıl sözleşmenin⁸⁸⁸ sözleşmelerinin ek anlaşmaları olarak kabul edilmektedir⁸⁸⁹.

Söz konusu sözleşmeler borçluya yükledikleri edime göre üçe ayrılmaktadır⁸⁹⁰:

- i) Müspet anlaşmalar: Borçluya bir eylemde bulunma veya bir işlem yapmak (örneğin önemli malvarlıklarını sigorta ettirmek) yönünde yükümlülük getiren anlaşmalar.
- ii) Menfi anlaşmalar: Borçluya alacaklının rızası olmaksızın belirli hareketleri veya işlemleri yapmama yükümlülüğü getiren anlaşmalar. Bu bağlamda şirket varlıklarının devredilmesine ilişkin sınırlamalar örnek olarak gösterilebilir.
- iii) Finansal anlaşmalar: Şirketin finansal performansına ilişki bazı şartların muhafaza edileceğine ilişkin taahhütler. Örneğin şirketin likit varlığının belirli eşiklerin üzerinde tutulacağının taahhüt edilmesi bu bağlamda değerlendirilebilir.

Uygulamada, şirketin belirli bir dönem boyunca kâr dağıtımını belirli bir oranla sınırlayan anlaşmalara yer verilmektedir⁸⁹¹. Örneğin şirketin belirli bir dönemde dağıtacağı kârın sadece net dönem kârı ile sınırlı olacağı yönünde anlaşmalara da rastlanmaktadır⁸⁹². İlaveten şirketin elde ettiği olağanüstü kazançların net dönem kârına dahil edilmemesi yahut şirket finansal tablolarının anlaşmanın yapıldığı tarihte geçerli olan standartlara göre belirlenmesi gerektiği gibi kâr payı hakkını dolaylı olarak etkileyecek düzenlemeler de yapılmaktadır⁸⁹³.

Belirtmek gerekir ki, kâr payı hakkına etki eden bu gibi sözleşmesel sınırlamalar alacaklı menfaatlerinin korunması bakımından oldukça önemlidir. Yukarıda da değinildiği üzere, sermayenin korunması ilkesi ile getirilen düzen, somut olayda alacaklı ve borçlunun durumlarını göz önünde bulundurmeyen genel nitelikte bir

Bochmann, Christian, **Covenants und die Verfassung der Aktiengesellschaft**, Mohr Siebeck, 2012, s.9.

⁸⁸⁸ Uygulamada bu hükümlerle özellikle kredi sözleşmelerinde karşılaşılmaktadır. Bochmann, s.31. Kredi sözleşmeleri kadar sıklıkla olmasa da mezaninne finansmanı olarak isimlendirilen melez finansman yöntemlerinde de bu gibi finansal anlaşmalara yer verildiği yönünde bkz. Lörsch, s.49.

⁸⁸⁹ Lörsch, s.48.

⁸⁹⁰ Ayrım ve açıklamalar konusunda bkz. Lörsch, s.48 vd.

⁸⁹¹ Bochmann, s.32.

⁸⁹² Kästle, Martina, **Rechtsfragen der Verwendung von Covenants in Kreditverträgen**, Duncker&Humboldt, Berlin, 2003, s.71, Conac, **Capital**, s.173, Santella/Turini, s.435. Böyle bir düzenleme, esasen şirketin serbest yedek akçesinin pay sahiplerine dağıtılmasını engelleyerek yedek akçelerin muhafazasını hedeflemektedir.

⁸⁹³ Conac, **Capital**, s.173-174.

koruma sağlamaktadır⁸⁹⁴. Ancak taraflar sözleşmeler vasıtasıyla risk dağılımını somut olayın şartlarına göre yapmayı tercih edebilirler. Bu ise iradi alacaklıların menfaatlerini korumak bakımından büyük bir fayda sağlar⁸⁹⁵. Ayrıca sözleşme koşullarını müzakere etme gücüne ve imkânına sahip olan alacaklıların getirdikleri dağıtım sınırlamaları neticesinde dolaylı olarak bu imkâna veya güce sahip olmayan alacaklıların da yararlandığı belirtilmektedir⁸⁹⁶.

Aslında borçlu şirketin kaynaklarını nasıl kullanacağı konusunda alacaklılar lehine getirilen sınırlamaların zaman zaman olumsuz etkileri de olduğu belirtilmektedir. Zira bu gibi sınırlamalar, şirket için kârlı olan ancak belirli bir yatırım gerektiren faaliyetleri engelleyebilmektedir⁸⁹⁷. Ayrıca finansal anlaşmaların ihlali halinde, verilen kredinin geri ödenmesi gerekeceğinden, bu durum şirketin mali durumunun hızlı şekilde bozulmasına ve diğer alacaklıların da menfaatlerinin etkilenmesine yol açabilecektir⁸⁹⁸.

Kâr dağıtımını sınırlayan bu gibi anlaşmalar, pratik etkilerinin ötesinde kuramsal olarak da hukuk sistemlerinin şekillenmesinde önemli bir role sahiptirler. Bu etki özellikle finansal tabloların işlevi konusunda kendisini belirgin şekilde göstermektedir. Bilindiği gibi, Kıta Avrupası sisteminde alacaklı koruması bakımından bilanço kurallarının önemli bir etkisi vardır. İhtiyat ilkesi çerçevesinde alacakların lehine olacak şekilde şirketin kârının düşük tutulması sonucu doğmaktadır. Halbuki, Anglo-Amerikan hukuk sistemi finansal anlaşmaların yaygın kullanımı sebebiyle alacaklıya tam ve doğru bilgi sunmayı, bunun karşılığında da alacaklının finansal anlaşmalar ile kendisini korumasını tercih etmektedir. Bu nedenle de Anglo-

⁸⁹⁴ Bu nedenle kâr dağıtımını sınırlayan sözleşmelerin 2. Dünya Savaşı sonrasında şirketlerin ekonomik büyüme yaşadığı dönemde ortaya çıktığı belirtilmektedir. Ekonomideki genel büyüme, kanun tarafından getirilen kâr dağıtım sınırlamalarını fiilen işlevsiz hale getirdiğinden borçlular ile alacaklılar arasında aynı amaca yönelik sözleşmeler yapılması ihtiyacı doğmuştur. Bkz. Conac, **Capital**, s.173.

⁸⁹⁵ Enriques/Macey, s.1188, Conac, **Capital**, s.175. Öte yandan finansal anlaşmaların borç ilişkisine özel bir koruma sağlaması için alacaklının borçlunun mali gücünü araştırması, riskleri tespit etmesi ve buna göre kredi sözleşmesini müzakere etmesi gerektiği, bunun da işlem maliyetini artırdığı belirtilmektedir. Bkz. Sevi, Ali Murat, **Sermayenin Oluşturulması ve Pay Sahiplerine İade Edilmesi Yasası**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s.102.

⁸⁹⁶ Santella/Turini, s.434 ve sonra s.447, Enriques/Macey, s.1172. Gerçekten de bankadan kredi alan şirketin kredi ödemesi boyunca kâr dağıtımını yapmayacağı yönündeki hüküm, bu sözleşmeye taraf olmayan tedarikçilerin veya haksız fiil alacaklılarının da alacaklarını tahsil etmelerini bir ölçüde kolaylaştırmaktadır.

⁸⁹⁷ Schmidt, Klaus M., “**The Economics of Covenants as a Means of Efficient Creditor Protection**” European Business Organization Law Review C. 7, 2006, s.91, Enriques/Macey, s.1170, Conac, **Capital**, s.175. Öte yandan kâr dağıtım sınırlaması getiren sözleşme hükümleri bakımından bu etki sınırlı olacaktır, zira şirket söz konusu kârı dağıtmaya karar verildiğine göre, bu kaynağın bir yatırım amacıyla kullanılması amacı söz konusu değildir.

⁸⁹⁸ Sevi, **Sermayenin Oluşturulması**, s.101.

Amerikan hukuk sisteminde bilanço alacaklıyı ihtiyat yoluyla korumayı değil, alacaklının tam bilgi sahibi olması yoluyla kendisini korumasını teşvik etmektedir⁸⁹⁹.

b. Kâr Dağıtım Sınırlamalarının Geçerliliği

Şirketin dağıtabileceği kârı sınırlamaya yönelik bu gibi sözleşmelerin geçerliliği çok sorgulanmamıştır⁹⁰⁰. Ancak kanaatimizce söz konusu hükümlerin geçerliliği incelenmesi gereken önemli bir sorundur. Söz konusu anlaşmaların geçerliliğinin daha detaylı incelenmesi konusundaki ihtiyaç, kanaatimizce biri pratik diğeri teorik olmak üzere iki nedene dayanmaktadır.

Kâr dağıtımını sınırlamaya yönelik alacaklılar ile yapılan anlaşmalar bakımından ilk hukuki sorun kuramsal niteliktedir. İlgili hükümlerin organlar arasındaki yetki dağılımına etkisi bakımından konunun değerlendirilmesi gerekmektedir. TTK, şirket kârının nasıl değerlendirileceği konusundaki yetkiyi genel kurula bırakmış ve bunu bir devredilemez yetki olarak tanımlamıştır (TTK m.408). Bununla birlikte şirkete finansman sağlayacak kredi sözleşmesini yapmak yönetim kurulunun yetkisindedir. Ancak finansal anlaşmalar yoluyla yönetim kurulu, genel kurulun ne yönde karar alacağı yönünde bir taahhütte bulunmakta, hatta bu taahhüdün ihlali halinde de şirket için ağır ticari sonuçları üstlenmektedir⁹⁰¹. Söz konusu anlaşmalar, sadece yönetim kurulunun yetkisine giren alanlara ilişkin olmayıp, kâr dağıtım sınırlamasında olduğu gibi, bazen yönetim kurulunun yetkisinin dışına çıkıp genel kurulun yetkisine giren konuları da içermektedir⁹⁰². Bu durumda genel kurulun devredilemez yetkilerini düzenleyen TTK m.408 hükmü karşısında, söz konusu anlaşmaların akıbetinin ne olacağı sorunu ortaya çıkmaktadır⁹⁰³.

Pratik sebeplerden konuyu ele aldığımızda yaklaşırsak, kâr dağıtımına ilişkin yasak getiren anlaşmaların, azınlık pay sahiplerinin kâr payı talebi hakkını sınırlayıcı bir etkiye sahip olduğu görülebilir. Bir şirketin kredi almış olması, şirketin kâr etmesine ve kâr dağıtımına engel değildir. Örneğin şirketin kredi borcunu ödemesi uzun bir vadeye bağlanmışsa ve şirket bu dönem içerisinde dağıtılabılır kâr oluşturacak ölçüde

⁸⁹⁹ İki hukuk sistemi arasındaki söz konusu farklılığın tespiti için bkz. Kästle, s.70.

⁹⁰⁰ Alman hukuku bakımından aynı yönde tespit için bkz. Kästle, s.103.

⁹⁰¹ Bochmann, s.125.

⁹⁰² Kästle, s.102.

⁹⁰³ Anlaşmalar (*covenants*) köken itibariyle Amerikan hukukuna dayanmaktadır. Bkz. Lörsch, s.48. Amerikan hukukunda şirketin kâr dağıtımını konusunda yönetim kurulu karar aldığı için, Kıta Avrupası'nda karşılaşılan bu yetki sorunu Amerikan hukuku açısından söz konusu olmayacaktır. Bkz. Kästle, s.102.

kâr elde etmişse, şirketin kâr payı dağıtmasına kanunen bir engel bulunmamaktadır. Ne var ki, kâr dağıtım yasağı öngören bir kredi sözleşmesi karşısında artık genel kurulun bu yönde bir karar alması zorlaşmış olacaktır. Şöyle ki, böyle bir anlaşmanın mevcudiyetine rağmen genel kurulun kâr dağıtım kararı alması halinde, kredi verenin anlaşmaya aykırılık nedeniyle çeşitli hukuki yollara başvurması, hatta kredi sözleşmesini feshederek tüm kredi tutarının geri ödenmesini istemesi gibi riskler ortaya çıkabilir. Özetle bu durumda pay sahipleri ya kâr payı talebinden vazgeçecekler ya da şirketi hukuki ve finansal risklere açık hale getirmeyi göze alacaklardır. Bu ise pay sahibinin kâr payı hakkının genel kurulun onayı olmaksızın dolaylı olarak sınırlanması anlamına gelmektedir.

Özetle, gerek organlar arası yetki dağılımı sebebiyle gerekse pay sahibinin kâr payı hakkının korunması bakımından alacaklılar ile yapılan kâr dağıtımını sınırlayan anlaşmaların geçerliliğine şüphe ile yaklaşmak gerekmektedir. Konuya organlar arasındaki yetki dağılımı açısından bakıldığında, genel kurulun yetkisine dair konularda yönetim kurulu tarafından kabul edilen taahhütlerin geçerli sayılmaması gerektiği belirtilmektedir. Bu genel ilkeyi kâr dağıtımını sınırlayan anlaşmalar için de uygulamaya bir engel yoktur⁹⁰⁴. Nitekim, anonim şirketin kendi pay sahiplerine belirli miktarda kâr ödeneceği konusunda garanti vermesinin mümkün olmadığı belirtildiği dikkate alınır⁹⁰⁵, tersinin de yani şirketin kârın dağıtılmayacağı konusunda da alacaklılara bir garanti vermesinin de kabul edilmesi tutarlı olacaktır⁹⁰⁶.

Doktrinde kâr dağıtmama anlaşmasının geçerli olduğunu kabul eden görüş, söz konusu anlaşmanın etkisinden yola çıkarak bir değerlendirme yapmaktadır. Gerçekten de söz konusu anlaşmalar geçerli sayılsa dahi, şirketin kâr dağıtıp dağıtmayacağı ve dağıtacaksa hangi oranda dağıtacağı konusunda karar verme yetkisi yine TTK m.408 uyarınca genel kurula ait olacaktır⁹⁰⁷. Kâr dağıtmama anlaşması, eğer geçerli kabul edilirse, sonuçlarını şirket ile alacaklı arasındaki ilişkide gösterecektir⁹⁰⁸. Diğer bir ifade ile anlaşma, organlar arasındaki yetki dağılımına ilişkin olmayıp, şirketin daha sonra yapacağı veya yapmayacağı bir eylemin, şirketin yaptığı finansman sözleşmesine aykırılık teşkil edip etmeyeceğine dairdir. Yönetim kurulunun verdiği

⁹⁰⁴ Kästle, s.103, Bochmann, s.125 vd. Karma nitelikteki finansman işlemlerinde benzer bir değerlendirme için bkz. Lörsch, s.69.

⁹⁰⁵ Egger, s.227, Vischer, **OFK**, s.1660. Öte yandan böyle bir garantinin üçüncü bir kişi tarafından verilmesine bir engel yoktur. Vischer, **OFK**, s.1610.

⁹⁰⁶ Egger, s.227.

⁹⁰⁷ Kästle, s.104.

⁹⁰⁸ Kästle, s.104.

kâr dağıtmama taahhüdü, hukuken pay sahibini bağlamayacak ve pay sahibi serbestçe oy kullanabilecektir⁹⁰⁹.

Kanaatimizce bu yorum, iktisadi gerçeklik ile örtüşmemektedir. Zira kâr dağıtmama anlaşmaları çoğu zaman verilen kredinin geri çağırılması gibi şirket açısından ağır yaptırımlara tabi kılınmaktadır. Bu durumda hukuken kâr dağıtmama kararı alma yetkisi genel kurulda olsa da genel kurulun yönetim kurulu tarafından verilen taahhüde aykırı bir karar alması şirket açısından olumsuz sonuçlar doğuracaktır. Kanun kâr dağıtım kararı alma yetkisini genel kurula bırakırken, bu kararın gerektirdiği bağımsızlığı da tanımaktadır⁹¹⁰.

Kâr dağıtmama anlaşmalarının geçerli sayılması gerektiği yönündeki bir gerekçe ise söz konusu anlaşmaların iktisadi etkisine dairdir. Kâr dağıtmama anlaşmasının pay sahibinin kâr payı hakkını dolaylı olarak sınırladığı açıktır. Ne var ki, yönetim kurulunun yetkisi kapsamında olan birçok işlem bakımından da aynı sonuca varılması mümkündür. Örneğin alacaklı finansal anlaşma yerine artan risk faktörü sebebiyle daha yüksek bir faiz oranı ile kredi kullandığında, dolaylı olarak pay sahibinin kâr payı azalmış olacaktır⁹¹¹. Eğer yönetim kurulunun kârı azaltacak kararları almaya yetkisi varsa, kârın şirket bünyesinde tutulmasını taahhüt etme yetkisinin bulunduğu iddia edilmektedir⁹¹².

Kâr payı hakkını sadece bir malvarlığı hakkı olarak düşünürsek, bu gerekçe tutarlıdır. Gerçekten de yönetim kurulu şirket malvarlığı üzerinde tasarruf yetkisine sahip olduğundan, pay sahiplerinin kâr payını etkileyecek eylem ve işlemlerde bulunabilir. Bu durumda kârın dağıtılmayacağına yönelik taahhütlerde de bulunmasına izin verilmelidir. Ne var ki Birinci Bölüm'de de açıklamaya çalıştığımız üzere, kâr payı hakkı sadece pay sahibinin malvarlığı hakkına ilişkin değildir. Pay sahibi, şirket kârının dağıtılıp dağıtılmayacağına karar vererek şirket yönetimine dolaylı olarak katılma hakkına da sahip olmaktadır. Ayrıca yönetim kurulu kararlarından farklı

⁹⁰⁹ Käßtle, s.104. Belirtmek gerekir ki, uygulamada bu gibi kredi sözleşmelerinde şirket tüzel kişiliğı dışında, çoğunluk pay sahiplerinin de sözleşmeye taraf olması söz konusudur. Bu olasılıkta çoğunluk pay sahibi kendisine ait oy hakkının nasıl kullanılacağı konusunda bir taahhütte bulunduğu için bu taahhüt geçerli olacaktır.

⁹¹⁰ Bochmann, s.125.

⁹¹¹ Bu hallerde finansal anlaşmalardan farklı olarak mevcut kârın dağıtılmaması değil, toplam kârın azaltılması söz konusu olduğu için sonuçların pay sahipleri bakımından daha ağır olduğu da ileri sürülebilir.

⁹¹² Eğer yönetim kurulundan pay sahibinin kâr payı hakkını iktisadi olarak sınırlayacak kararları alma yetkisini tümünden alırsak, bu sefer de hemen hemen her işlem yönetim kurulunun yetkisi dışında kalır. Bkz. Käßtle, s.105.

olarak, azınlık pay sahiplerinin şirket genel kurulu kararlarına karşı iptal davası açarak hukuki denetim yollarını işletme imkanı bulunmaktadır. O nedenledir ki, yönetim kurulunun şirket kârını azaltacak işlemleri yapma yetkisi bulursa da şirketin mevcut kârının nasıl kullanılacağına karar verme yetkisi genel kurula aittir.

c. Kâr Dağıtım Sınırlamasının Sonuçları

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, savunduğumuz görüş uyarınca yönetim kurulunun kredi sözleşmelerinde şirketin kâr dağıtımında bulunmayacağı yönündeki taahhütleri, bu konuda karar vermeye yetkili organ genel kurul olduğu için kesin hükümsüzdür⁹¹³. O nedenle de söz konusu taahhüt şirket ile alacaklılar arasındaki ilişkide bir sonuç doğurmayacaktır. Ayrıca bu taahhüde aykırı genel kurul kararlarının da iptali söz konusu olmayacaktır.

Öğretide savunulduğu üzere, alacaklılar ile yapılan kâr dağıtım sınırlaması anlaşmalarının geçerli sayılması halinde, ortaya çıkacak sonuçlara da değinmek gerekir. Alacaklılara yönelik bir taahhüt içeren bir kâr dağıtım yasağı anlaşması şirketin organları arasındaki yetki dağılımını değiştirmeyecektir. Bu nedenle şirketin kâr dağıtıp dağıtmayacağı ve dağıtacaksa hangi oranda dağıtacağı konusunda karar verme yetkisi yine TTK m.408 uyarınca genel kurula ait olacaktır⁹¹⁴.

Kâr dağıtmama anlaşması, eğer geçerli kabul edilirse, sonuçlarını şirket ile anlaşmanın tarafı olan alacaklı arasındaki ilişkide gösterecektir⁹¹⁵. Şirket söz konusu anlaşmaya aykırılık sebebiyle ortaya çıkan zarardan dolayı sorumlu olacak, eğer kararlaştırılmışsa cezai şart ödeyecektir⁹¹⁶. Ayrıca alacaklının sözleşmenin feshini talep etmesi imkânı da bulunmaktadır⁹¹⁷. Ancak ilave etmek gerekir ki, şirket adına kâr dağıtmama taahhüdünde bulunan yönetim kurulu üyelerinin, şirketin bu taahhüt sebebiyle bir zarara uğraması halinde, kusurları bulunduğu ölçüde zarardan sorumlu olacakları da öğretide belirtilmektedir⁹¹⁸.

III. Dağıtılacak Kârın Belirlenmesi: Genel Kurulun Dağıtım Kararı

Yukarıda, kârın kaynakları ışığında dağıtılabilecek kârın nasıl tespit edilebileceği açıklanmıştır. Dağıtılabılır kâr, şirketin dağıtma kararı alabileceği azami tutarı

⁹¹³ Bochmann, s.126.

⁹¹⁴ Kästle, s.104.

⁹¹⁵ Kästle, s.104.

⁹¹⁶ Kästle, s.105.

⁹¹⁷ Kästle, s.106.

⁹¹⁸ Kästle, s.106.

gösterir. Ancak şirketin dağıtılabilir kârın tamamını dağıtması gerekli değildir. Şirket, ne oranda dağıtım yapacağı konusunda karar alarak, dağıtılacak kârı da tespit edecektir. Bu karar genel kurul tarafından alınacaktır. Bu bölümde şirketin genel kurul kararı alması sürecine ilişkin temel bilgiler verilerek, kâr payı dağıtımı bakımından özellik arz eden konulara değinilecektir.

Öte yandan şirketin kâr dağıtım kararı alma süreci, sadece genel kurul toplantısında karar alınmasından ibaret değildir. Kâr payı dağıtım kararı alınmasına giden süreçte, yapılması gereken ve pay sahiplerinin kâr payı hakkı bakımından önem taşıyan çeşitli işlemler vardır. Örneğin finansal tabloların hazırlanması, onaylanması, denetlenmesi ve genel kurul tarafından onaylanması gerekmektedir. Ayrıca kanun koyucu, pay sahiplerinin yeterince bilgi edinebilmesi için, belirli şartlar altında finansal tabloların görüşülmesinin ertelenmesine de olanak tanımaktadır. İlaveten şirket yönetim kurulunun kâr payı dağıtım önerisinde bulunması gerekmektedir. Özetle kanun koyucu kâr payı dağıtım kararı alınmasını, genel kurul kararı öncesinden başlayan sıkı şekil şartlarına bağlayarak, şirketin kaynaklarının pay sahiplerine aktarılmasını bir düzene sokmayı hedeflemiştir⁹¹⁹. O nedenle genel kurulun kâr dağıtım kararını ele almadan önce, öncesi süreçteki işlemlere de değinilecektir.

A. Dağıtılacak Kâr Payının Belirlenmesinin Öncülü Olan İşlemler

1. Finansal Tabloların Hazırlanması

a. Genel Olarak

Dağıtılabilir kârın tespitinin bilanço uyarınca yapıldığına yukarıda değinilmiştir. Bu durumda bilançonun ve daha genel anlamıyla finansal tabloların hazırlanması kâr payı dağıtımını öncesinde önemli bir basamağı oluşturmaktadır.

Finansal tablolar yönetim kurulu tarafından hazırlanır (TTK m.514). Dağıtılabilir kârın tespitinde her ne kadar bilanço temel bir konumda bulunsu da finansal tabloların bir bütün olarak ele alınması gerekmektedir. Finansal tabloların bir bütün içerisinde ele alınması, sahiplerinin tam ve gerçek bilgiye ulaşmasını sağlayacaktır. Bu nedenle bilanço dışında gelir tablosu veya finansal tabloların eklerinin de hukuka uygun olması gerekmektedir. Aksi takdirde bilançonun onayı kararının iptal edilmesi mümkün olacaktır⁹²⁰.

⁹¹⁹ Dubs, s.447.

⁹²⁰ Windbichler, s.436.

Finansal tabloların hazırlanması işlemi, sadece ilgili değerlerin tablolara işlenmesi veya bilanço kalemlerindeki değerlerin tespit edilmesi için cebir işlemlerinin yapılmasından ibaret değildir. Finansal tabloların hazırlanması, karşılık ayrılması konusunda karar verilmesi veya şirket varlıklarının değerlerinin tespit edilmesi gibi yönetim kurulunun karar alması gereken konuları da içermektedir. Bu nedenle de finansal tabloların hazırlanması yönetim kurulunun devredilemez yetkileri arasındadır (TTK m.375 f.1-c). Ancak bu durum finansal tablolar hazırlanırken, yönetim kurulunun şirket içinden veya dışından yardım alamayacağı anlamına gelmemektedir.

Kanun koyucu, finansal tabloların hazırlanması bakımından bir süre sınırlaması getirmiştir. TTK m.514 uyarınca yönetim kurulu finansal tabloları ve eklerini yönetim kurulu faaliyet raporu ile birlikte⁹²¹, faaliyet yılının bitiminden itibaren üç ay içerisinde genel kurula sunmakla yükümlüdür⁹²². Ancak bu süreye uyulmaması finansal tabloların geçersizliği sonucunu doğurmayacak, sadece tabloların geç hazırlanmasından doğabilecek zararlar sebebiyle yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna yol açabilecektir.

Finansal tabloların hazırlanması gerek içerik gerekse sunuş şekli bakımından çeşitli kurallara tabidir. Finansal tablolara ilişkin maddi ve şekli kurallar bütünü, muhasebe standartlarını oluşturmaktadır. Diğer bir ifade ile şirketin uygulaması gereken muhasebe standartları, şirketin finansal tablolarının nasıl hazırlanması gerektiği konusundaki ilkeleri ortaya koymaktadır. Yönetim kurulu şirketin uygulaması gereken raporlama standartlarını dikkate alarak finansal tabloları hazırlamakla yükümlüdür.

b. Uygulanacak Finansal Raporlama Sistemi

i. Genel Açıklamalar

TTK yasalaşma sürecinde, ticaret şirketlerinin muhasebe sistemi bakımından esaslı değişiklikler getirmeyi hedeflemiştir. TTK'nın öngördüğü en önemli değişikliklerden biri, uluslararası ticari uygulama ile uyumlu yeni bir raporlama sistemi getirmektir. 6102 sayılı TTK m.64 uyarınca, gerçek kişilerin ve ticaret şirketlerinin finansal

⁹²¹ Şirketin faaliyet raporu genel kurula sunulacağı için, çağrılı genel kurul yapılacak hallerde faaliyet raporunun daha erken hazırlanması fiili bir zorunluluk haline gelmektedir. Bkz. Kendigelen, **İlk Tespitler**, s.421 dn.301.

⁹²² Söz konusu süre 6335 sayılı kanun öncesindeki dönemde altı ay olarak belirlenmiştir. Ancak bu durumda şirketlerin olağan genel kurul toplantılarını yaptıkları dönemde, finansal tabloların onaylanmaması söz konusu olabilecektir. O nedenle 6335 sayılı kanun ile yapılan değişikliğin sistemin tutarlılığı için yerinde olduğu belirtilmektedir. Bkz. Kendigelen, **İlk Tespitler**, s.90.

tablolarının AB hukukunda da kısmen zorunlu hale gelen⁹²³ UFRS⁹²⁴ ile uyumlu olarak⁹²⁵ hazırlanan Türkiye Muhasebe Standartları uyarınca tutulması öngörülmüştür. Bu şekilde tüm şirketler⁹²⁶ bakımından yeknesak ve kapsamlı⁹²⁷ bir muhasebe standardı benimsenmesi hedeflenmişti. UFRS ile tam uyumlu olması gereken TMS'nin hazırlanması konusunda ise Kamu Gözetim Kurumu ("KGK") yetkilendirilmiştir⁹²⁸ (6102 sayılı TTK m.88).

Sonuç olarak 6102 sayılı Kanun ile kabul edilen TTK düzenlemesi, UFRS ile tam uyumlu bir TMS sistemi tesis edilmesini öngörmekte ve şirketlerin finansal tablolarının bu raporlama sistemine göre belirlenmesini zorunlu kılmaktaydı. Bu sistem uyarınca, vergi mükellefiyeti bakımından da TMS'ye göre düzenlenen ticari bilanço esas alınıp, vergi hukuku kurallarına göre gerekli düzeltmeler yapılarak şirketlerin vergi yükü tespit edilecekti. Bu sayede TTK kapsamında, tüm şirketler için tek bir muhasebe sistemi benimsemesi sağlanacaktı.

Ne var ki, 6335 sayılı Kanun ile TTK'da yapılan değişiklikler yoluyla yukarıda açıklanan sistem terk edilmiştir. 6335 sayılı Kanun m.8 ile 6102 sayılı TTK m.64'te değişiklik yapılarak aşağıdaki fıkra eklenmiştir: *"(5) Bu Kanuna tabi gerçek ve tüzel kişiler, 4/1/1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanununun defter tutma ve kayıt zamanıyla ilgili hükümleri ile aynı Kanunun 175 inci ve mükerrer 257 nci maddelerinde yer alan yetkiye istinaden yapılan düzenlemelere uymak zorundadır. Bu Kanunun defter tutma, envanter, mali tabloların düzenlenmesi, aktifleştirme, karşılıklar, hesaplar, değerlendirme, saklama ve ibraz hükümleri 213 sayılı Kanun ile*

⁹²³ UFRS kurallarının AB hukukundaki gelişimi hakkında açıklama için bkz. Tekinalp, **UFRS**, s.33-35.

⁹²⁴ UFRS'nin hukuki niteliği ve söz konusu raporlama sistemine ilişkin genel bilgiler için bkz. Tekinalp, **UFRS**, s.37 vd.

⁹²⁵ Tekinalp'e göre uyumluluk ile kast edilen özdeşliktir ve TMS'nin UFRS kuralları ile tam olarak örtüşmesi gerekmektedir. Bkz. Tekinalp, **UFRS**, s.35.

⁹²⁶ 6102 sayılı kanun sisteminde tüm şirketlerin TMS'yi uygulaması öngörülmüş olmakla birlikte, tüm şirketleri aynı TMS kurallarına tabi kılmak amaçlanmamıştır. KOBİ niteliğindeki şirketler için genel TMS kuralları dışında özellikli kurallar getirilmesi ve böylece KOBİ'lerin muhasebe sisteminin görece daha kolaylaştırılması planlanmaktaydı. Bkz. Tekinalp, **UFRS**, s.36.

⁹²⁷ Aslında ETTK döneminde finansal tabloların hazırlanmasına ilişkin bazı kurallar yer almakta ve bu kurallar belirli ölçüde bir yeknesaklığı sağlamaktaydı. Ancak ETTK'de yer alan kurallar, muhasebe standartlarının aksine oldukça sınırlı düzenlemeler getirdiğinden, kapsamlı bir kurallar sistemi teşkil etmemektedir. Ancak muhasebe standartları, finansal tablolar bakımından kapsamlı kurallar getirmek suretiyle ihtiyaçları karşılayacak bir sistem teşkil etmektedir. Hatta TTK'da raporlama standartlarına yapılan atıf karşısında artık finansal tablolara ilişkin kural getirilmesine ihtiyaç olmadığı görüşü doktrinde dile getirilmiştir. Bkz. Kendigelen, **İlk Tespitler**, s.92-93.

⁹²⁸ Bu yetki, kanunun ilk halinde Türkiye Muhasebe Standartları Kurumu'na ("TMSK") verilmiş olup daha sonra 660 Kanun Hükmünde Kararname ile kurulan Kamu Gözetimi Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu'na ("KGK") devredilmiş ve TMSK lağvedilmiştir. R.G. 02.11.2011, S.28103.

diğer vergi kanunlarının aynı hususları düzenleyen hükümlerinin uygulanmasına, vergi kanunlarına uygun olarak vergi matrahının tespit edilmesine ve buna yönelik mali tabloların hazırlanmasına engel teşkil etmez”.

Söz konusu değişiklikle şirketlerin vergi yükümlülüklerini yerine getirmeleri bakımından, vergi hukuku kurallarına dayanan finansal tablo hazırlama yükümlülüğü muhafaza edilmektedir. Buna göre, şirketlerin TDHP uyarınca finansal tablolarını hazırlamaları ve ardından vergi mevzuatı uyarınca belirtilen düzeltmeleri yaparak mali amaçlı finansal tablolarını oluşturmaları gerekecektir. Söz konusu değişikliğin altında TMS’ye uygun finansal tablo hazırlanmasının vergi kaybına yol açacağı endişesinin yattığı belirtilmektedir⁹²⁹.

Bu değişim, 6102 sayılı TTK’nın hazırlanış felsefesinin tam tersi bir sonuç doğurmuştur. 6102 sayılı TTK, finansal tabloların ticari amaçla tutulmasını, vergiye ilişkin hesaplamaların ise bu bilanço esas alınarak yapılmasını teyit etmeyi hedeflemekteydi. Diğer bir ifade ile ticari finansal tabloları esas, mali finansal tabloları ile asıl tabloların uyarlanması yoluyla hazırlanan türev nitelikte görmekteydi. Halbuki, 6335 sayılı Kanun hükümlerine göre, vergi hukuku kurallarına uygun olarak ayrı bir bilanço tutulması her koşulda zorunlu hale gelirken, KGK’nın belirleyeceği şirketler bakımından ayrıca TMS’ye dayanan bir bilanço hazırlanması söz konusu olmaktadır. Üstelik bu bilançolar farklı muhasebe standartlarına (TDHP-TMS) dayandığı için aralarında bir “asli-türev” bağlantısı kurulması da mümkün değildir. Özetle, mali bilançonun türev niteliğini teyit etmek amacıyla çıkılan kanunlaşma süreci, mali bilançonun bağımsızlığının tesisi ile sonuçlanmıştır.

Finansal raporlama standartlarındaki çeşitlilik daha sonra KGK tarafından hazırlanan ve 29.07.2017 tarihinde Resmi Gazete’de yayınlanan “Büyük ve Orta Boy İşletmeler İçin Finansal Raporlama Standardı Hakkında Tebliğ” ve “Büyük ve Orta Boy İşletmeler İçin Finansal Raporlama Standardı” (BOBİ Frs) ile daha da artmıştır. TMS uygulamasının getireceği maliyet dikkate alınarak TMS’ye kıyasla daha basit bir finansal raporlama sistemi getirilmesi ihtiyacı karşısında⁹³⁰, TMS’ye kıyasla daha

⁹²⁹ Kendigelen, **İlk Tespitler**, s.88. Kendigelen’e göre, şirketlerin finansal tablolarına ilişkin sistemde bu ölçüde bir değişikliğe gitmek yerine, vergi oranının uyarlanması yoluyla sorunun çözülmesi düşünülebilecek bir çözüm olurdu. Kendigelen, **İlk Tespitler**, s.88.

⁹³⁰ Bkz. KGK BOBİ Frs sistemleri hakkında açıklama (Erişim: [https://www.kgk.gov.tr/DynamicContentDetail/5151/Bu%CC%88yu%CC%88k-ve-Orta-Boy-I%CC%87s%CC%A7letmeler-I%CC%87c%CC%A7in-Finansal-Raporlama-Standard%C4%B1-\(BOBİ%CC%87-FRS\)](https://www.kgk.gov.tr/DynamicContentDetail/5151/Bu%CC%88yu%CC%88k-ve-Orta-Boy-I%CC%87s%CC%A7letmeler-I%CC%87c%CC%A7in-Finansal-Raporlama-Standard%C4%B1-(BOBİ%CC%87-FRS))), Erişim tarihi: 22.07.2020).

kolay bir geçiş sağlanacak yeni bir muhasebe standardı da getirmiştir. Bu şekilde, vergi mevzuatı uyarınca zorunlu olan TDHP ve bazı şirketler için zorunlu olan TMS'ye ilaveten üçüncü bir finansal raporlama standardı da Türk hukukunda yerini almıştır.

ii. Şirketin Finansal Tablolarında Uygulayacağı Muhasebe Standardı

Yukarıda açıklandığı üzere, Türk hukukunda anonim şirketlerin finansal tabloları bakımından TDHP, TMS ve BOBİ Frs olmak üzere üç set muhasebe standardı bulunmaktadır. Bunlardan TDHP, vergi mevzuatı uyarınca zorunlu olduğundan tüm şirketler bakımından TDHP uyarınca finansal tablo hazırlanması zorunludur. Bu finansal tablolar uyarınca hazırlanan finansal tablolar şirketin mali yükümlülüklerinin belirlenmesi bakımından esas alınacaktır.

Bunun dışında anonim şirketlerin başka TMS veya BOBİ Frs uyarınca finansal tablo hazırlaması gerekip gerekmediği sorusu ortaya çıkmaktadır. Bu konudaki genel ilke, KGK tarafından alınan “Türkiye Muhasebe Standartları (TMS) Uygulama Kapsamına İlişkin Kurul Kararı” ile giderilmiştir⁹³¹. Söz konusu kararın 3.maddesine göre, kararın ekinde yer alan şirketlerin TMS uyarınca finansal tablo hazırlaması gerekmektedir. Yine aynı madde uyarınca bağımsız denetime tabi olmakla birlikte, kararın ekinde listede yer almayan şirketler finansal tablolarını BOBİ Frs kuralları uyarınca tutacaktır. Karar, bağımsız denetim kapsamında olmayan şirketler bakımından ise vergi mevzuatı uyarınca tutulması zorunlu olan TDHP uyarınca finansal tabloların hazırlanacağını belirtmektedir⁹³².

KGK'nın ilgili kararı, anonim şirketlerin türlerine ve ölçeklerine göre uygulayacakları finansal tabloları belirlemektedir. Yukarıda da belirtildiği üzere, şirketin kâr dağıtımı bakımından esas alınacak olan ticari kâr⁹³³, KGK kararı ışığında şirketin uygulayacağı finansal tablolara göre belirlenecektir.

⁹³¹ Erişim:

[https://www.kgk.gov.tr/Portalv2Uploads/files/Duyurular/v2/Kurul%20Kararlar%C4%B1/TMS%20Kurul%20Kararlar%C4%B1/TMS%20Uygulama%20Kapsam%C4%B1na%20C4%B0li%C5%9Fkin%20Kurul%20Karar%C4%B1%20G%C3%BCncel\(1\).pdf](https://www.kgk.gov.tr/Portalv2Uploads/files/Duyurular/v2/Kurul%20Kararlar%C4%B1/TMS%20Kurul%20Kararlar%C4%B1/TMS%20Uygulama%20Kapsam%C4%B1na%20C4%B0li%C5%9Fkin%20Kurul%20Karar%C4%B1%20G%C3%BCncel(1).pdf), Erişim tarihi: 22.07.2020

⁹³² Bununla birlikte KGK, TDHP uyarınca finansal raporlarını hazırlayacak şirket bakımından da bazı uyum kuralları getirmiştir. TDHP uyarınca finansal raporlarını hazırlayan şirketler KGK tarafından hazırlanan ve 30.12.2014 tarihinde Resmi Gazete’de yayınlanan “Bağımsız Denetime Tabi Olup TMS’leri Uygulamayan Şirketlerin Finansal Tablolarının Hazırlanmasında ve Sunulmasında Uygulanacak İlave Hususlar” kararında belirtilen kurallara uygun olarak finansal tablolarını hazırlamak zorundadırlar.

⁹³³ Kârın farklı tanımları ve kâr dağıtımı konusunda ticari kârın esas alınacağı yönünde bkz. İkinci Bölüm-I-A-5.

iii. Uygulanacak Muhasebe Standartlarının Şirket Tarafından Belirlenmesi

Türk hukukunda oluşan çoklu finansal raporlama sistemi düzeninin getirdiği ikinci bir sorun ise, muhasebe standardının belirlenmesi sürecine ilişkindir. KGK tarafından alınan Türkiye Muhasebe Standartları (TMS) Uygulama Kapsamına İlişkin Kurul Kararı, şirketlerin uygulayacakları muhasebe standartları konusunda tercih yapmasına olanak tanımaktadır. Karara göre, BOBİ Frs uyarınca finansal tablo hazırlayacak şirketler, dilerlerse TMS'yi uygulayabileceklerdir. Yine karara göre, TDHP uyarınca finansal tablo hazırlayacak olan şirketler ise tercih ederlerse BOBİ Frs yahut TMS uyarınca finansal tablo hazırlayabileceklerdir.

Belirtmek gerekir ki, şirketin ihtiyari olarak uygulayacağı finansal tabloları değiştirebilmesi, TTK sistemine yabancıdır. Daha önce belirtildiği üzere 6102 sayılı TTK, TMS'ye dayanan tek bir finansal raporlama sistemini öngörmekteydi (TTK m.514). O nedenle de kanunda şirketin muhasebe sistemleri arasında bir tercih yapılması ihtimalini düzenlememiştir. Bu nedenle de şirketin finansal tablolarının hazırlanmasında hangi muhasebe sisteminin nasıl belirleneceği konusunda bir hüküm yer almamaktadır. KGK kararı ile tanınan finansal raporlama standardını seçme imkânı, bu tercihin hangi organ tarafından ve hangi usul ile yapılacağı sorununun ortaya çıkarmaktadır. TTK hükümleri düzenlenirken, böyle bir seçim imkânı öngörülmediğinden, burada bir kanun boşluğu bulunmaktadır.

Pozitif hukukta bu boşlukta doldurulması bakımından TTK m.375 f.1-c bendinin kıyasen uygulanması düşünülebilir. Bu hüküm uyarınca şirket yönetim kurulu şirketin muhasebe düzeninin kurulmasından sorumludur. Uygulanacak raporlama sistemleri de muhasebe düzeninin önemli bir parçası olduğuna göre, yönetim kurulunun uygulanacak finansal raporlama sistemini tespit etmesi uygun bir çözüm olacaktır.

Öte yandan pozitif hukuk bakımından kabul ettiğimiz bu çözüm *de lege feranda* açıdan tatmin edici değildir. Finansal tablolar, pay sahiplerinin bilgi alma hakkı bakımından özel bir önem taşırlar. Zira finansal tabloların hazırlanması ve pay sahiplerinin incelenmesine sunulması, pay sahiplerinin bilgi alma hakkının ilk ve en önemli basamağını oluşturmaktadır. İlaveten söz konusu kurallar şirketin finansal durumunun belirlenmesini sağladığından, pay sahiplerinin kâr payı hakkı bakımından

da doğrudan etkiye sahiptirler⁹³⁴. Diğer bir ifade ile finansal tablolar ile verilecek bilginin alıcı pay sahipleri olduğuna göre, pay sahiplerinin uygulanacak raporlama standartları üzerinde söz hakkı olması doğru olacaktır.

Örneğin çoklu raporlama sisteminin söz konusu olduğu İsviçre hukukunda, azınlık pay sahiplerine bu yönde bir yetki tanınmıştır. İBK m.962 f.2 uyarınca, şirket sermayesinin %20'sini⁹³⁵ temsil eden paylara sahip olan kişilerin talebi üzerine, şirketin finansal tablolarının tanınmış muhasebe standartlarından⁹³⁶ birine göre hazırlanması gerekmektedir⁹³⁷. Esasen İsviçre hukukundaki düzenleme de eksiksiz değildir. Örneğin söz konusu talebin ne kadar süre önceden ileri sürülmesi gerektiği⁹³⁸ yahut talebe rağmen finansal tabloların tanınmış raporlama kurallarına uygun düzenlenmemesinin sonuçları⁹³⁹ gibi önemli bazı konular kanunda düzenlenmemiştir. Ancak yine de pay sahiplerinin raporlama standartlarının belirlenmesindeki menfaatinin ve hakkının ortaya konulması bakımından hüküm doğru bir örnektir ve Türk hukukunda gelecekteki yasama çalışmalarında üzerinde tartışılmasında yarar vardır.

2. Kâr Dağıtım Önerisinin Hazırlanması

Anonim şirketin kâr dağıtım sürecine ilişkin önemli işlemlerden bir tanesi de yönetim kurulunun kâr dağıtım önerisini hazırlamasıdır. Kâr dağıtım önerisi, hukuki dayanağını TTK m.437'de bulur. TTK m.437'ye göre, yönetim kurulu tarafından hazırlanan kâr dağıtım önerisi de pay sahibinin bilgi alma hakkı⁹⁴⁰ kapsamında özel olarak düzenlenmiştir.

⁹³⁴ Bauen/Bernet/Rouiller, s.128. Nitekim İBK Reformu'ndan önce şirketin finansal düzenine ilişkin kuralların, pay sahiplerinin kâr payı alma ve tasfiye bakiyesine katılma haklarından sonra düzenlenmesinin ilgili hükümler arasındaki bağlantıyı teyit ettiği belirtilmektedir. Bkz. Von Büren/Stoffel/Weber, s.242.

⁹³⁵ Tasarı aşamasında bu oranın diğer azlık hakları gibi %10 olarak düzenlendiği, ancak kötüye kullanma riskine karşı daha sonra bu oranın yükseltildiği belirtilmektedir. Bkz. Torrión/Barak, **CR, Art 962**, para.9.

⁹³⁶ Tanınmış muhasebe standartlarını belirleme yetkisi, federal hükümete verilmiştir. Federal Hükümet'in bu kapsamda IFRS, Küçük ve Orta İşletmeler İçin IFRS (IFRS for SME), Fachempfehlungen zur Rechnungslegung (Swiss GAAP FER), United States Generally Accepted Accounting Principles» (US GAAP) ve International Public Sector Accounting Standards (IPSAS) olmak üzere çeşitli muhasebe standartlarına bu statüyü verdiği belirtilmektedir. Bkz. Nuehaus/Kunz, **Basler Kommentar, Art 962a**, para.9.

⁹³⁷ Tanınmış standartlar arasından hangisinin uygulanacağı konusunda karar verme yetkisi, şirketin yönetim organındadır (İBK m.962 f.3). Talepte bulunan azınlık pay sahiplerinin uygulanacak tanınmış raporlama sistemini seçme yetkileri bulunmamaktadır. Bkz. Torrión/Barak, **CR, Art 962**, para.11.

⁹³⁸ Torrión/Barak, **CR, Art 962**, para.10, Nuehaus/Kunz, **Basler Kommentar, Art 962a**, para.23.

⁹³⁹ Nuehaus/Kunz, **Basler Kommentar, Art 962a**, para.25.

⁹⁴⁰ TTK m.437 f.1'de düzenlenen bilgi alma hakkının pay sahibinin pasif bilgi alma hakkı olarak nitelendirilebileceği yönünde bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-II**, s.50.

Kâr dağıtım önerisinde yönetim kurulu, şirket menfaatleri açısından yararlı gördüğü kâr dağıtım politikası uyarınca bir dağıtım önerisi hazırlayacaktır. Kâr dağıtım önerisinde yönetim kurulu kâr dağıtımını yapılıp yapılmayacağını, kâr dağıtım tutarını ve eğer nakit dışı bir yolla kâr dağıtımını yapılacaksa bu durumu belirtebilir⁹⁴¹. Yönetim kurulu tabloyu hazırlarken, kanunda veya şirket esas sözleşmesinde dağıtım politikasına ilişkin hükümleri dikkate almak zorundadır⁹⁴².

Kâr dağıtım tablosunun içeriği ve şekli konusunda TTK hükümleri arasında bir düzenleme yer almamaktadır. O nedenle finansal tablolara hâkim olan açıklık ilkesi çerçevesinde, pay sahiplerinin kolaylıkla anlayacağı şekilde bir kâr dağıtım tablosu hazırlanması yeterli olacaktır. Ancak halka açık anonim ortaklıklar bakımından kâr payı dağıtım önerisine ilişkin özel bir düzenleme bulunmaktadır. Kâr Payı Tebliği m.8 uyarınca, payları halka arz edilmiş olan veya halka arz edilmiş sayılan anonim ortaklıklarda yönetim kurulu, kâr dağıtım önerisi ile birlikte bir kâr dağıtım tablosunu da hazırlamak zorundadır. Kâr dağıtım tablosunun içeriği SPK Kurulu tarafından belirlenmektedir.

Yönetim kurulu tarafından hazırlanan kâr payı dağıtım önerisi, şirketin finansal tabloları, yönetim kurulunun faaliyet raporu ve denetim raporu gibi maddede belirtilen diğer belgeler ile birlikte⁹⁴³ genel kurul toplantısından en az on beş gün önce pay sahiplerinin incelemesi için şirket merkezinde ve varsa şubelerde hazır bulundurulmalıdır (TTK m.437). Halka açık şirketlerde ise ilave yollar ile kâr payı önerisinin duyurulması gerekmektedir. Kâr Payı Tebliği m.8 uyarınca kâr payı dağıtım önerisinin, özel durum açıklaması hükümlerine tabi olacak şekilde açıklanması gerekmektedir. Aynı madde kâr dağıtım tablosunun açıklanması bakımından da bir son tarih belirleyerek, kâr dağıtım tablosunun en geç genel kurul gündeminin ilan edildiği tarihte açıklanması gerektiğini düzenlemiştir.

Kâr dağıtım önerisi, genel kurulun dağıtılacak kârı belirlemesi bakımından bağlayıcı değildir⁹⁴⁴. Genel kurul, yönetim kurulu tarafından hazırlanan öneriyi aynen

⁹⁴¹ Üçışık/Çelik, s.354.

⁹⁴² Üçışık/Çelik, s.354.

⁹⁴³ Maddede belirtilen belgelerin sınırlı sayıda olduğu yönünde bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-II**, s.53.

⁹⁴⁴ Örnek olarak bkz. Gürbüz Usluel, s.67, Kurer/Kurer, **Basler Komm-2012**, s.719. Alman hukukunda da durum aynıdır. Bkz. Reul, s.403. Öte yandan farklı hukuk sistemlerinde bu konuda farklı yaklaşımlar geliştirildiğini belirtme ihtiyacı hissediyoruz. Örneğin Norveç hukukunda dağıtılacak kârı belirleyen organ yönetim kurulu olsa da genel kurul dağıtımına karar verebileceği azami miktar, yönetim kurulu tarafından hazırlanan kâr dağıtım önerisinde belirtilen miktardır. Bkz. Truyen, Filip, “**Shareholder Conflicts in Small and Medium Sized Companies- Remedies for Shareholder**”

kabul edebileceği gibi dilediği değişiklikleri yaparak dağıtılacak kârı belirlemeye de yetkilidir. Bu durumda kâr dağıtım önerisinin ne gibi bir işlevi olduğu sorusu akla gelebilir. Kanaatimizce bağlayıcı olmamakla birlikte yönetim kurulunun kâr dağıtım önerisi hazırlamasının iki işlevi vardır. İlk amaç yönetim kurulunun genel kurulu yönlendirme olanağına kavuşmasıdır. Her ne kadar şirketin kârının nasıl kullanılacağı nihai olarak pay sahiplerinin yetkisinde olsa da yönetim kurulu şirketin ticari faaliyetleri, büyüme imkanları ve olası riskler hakkında daha fazla bilgi sahibidir. O nedenle, yönetim kurulu kâr dağıtım önerisinde bulunarak, hem şirketin geleceği ile ilgili öngörülerini pay sahiplerine aktarmakta hem de onları yönetim kurulunun beklentileri yönünde oy kullanmaya yönlendirmektedir⁹⁴⁵.

Bunula birlikte kâr dağıtım önerisinin tek işlevi yönetim kuruluna genel kurul kararını yönlendirme imkânı vermesi değildir. Zira böyle olsaydı kanunda bu yönde bir zorunluluk bulunmasaydı dahi yönetim kurulunun kâr dağıtım önerisi hazırlaması mümkün olurdu. Kanaatimizce kanun koyucunun kâr dağıtım önerisi hazırlanmasını bir zorunluluk olarak getirmesinin altında yatan sebep, pay sahiplerinin bilgi alma hakkının somutlaşmasını sağlamaktır. Kâr dağıtım önerisinin bilgi alma hakkına ilişkin TTK m.437’de düzenlenmesi de bu tespiti teyit etmektedir. Pay sahipleri şirket kârının nasıl kullanılacağı konusunda karar verecek olsalar da özellikle azınlık pay sahipleri şirketin mevcut ve gelecekteki finansal durumu hakkında sınırlı bir bilgiye sahip olabilirler. Bu sınırlı bilgi çerçevesinde şirketin kâr dağıtım politikası konusunda oy kullanabilmek için bir değerlendirme yapmaları zorlaşabilir. Kâr dağıtım önerisi, şirketin kâr dağıtım politikasını somutlaştırarak, bir anlamda bir referans noktası oluşturarak, yönetim kurulundan pay sahiplerine doğru bir bilgi akışı sağlamaktadır. Bu açıdan kâr dağıtım önerisi, yönetim kurulunun şirket menfaatleri bakımından en doğru kâr politikasının ne olacağı konusundaki görüş beyanı niteliği taşır. Pay sahipleri de bu referans noktasından yararlanarak oy haklarını kullanabileceklerdir.

Bu noktada sorulması gereken bir soru da yönetim kurulunun kâr dağıtım önerisi hazırlamamasının sonucunun ne olacağıdır. Bu durumda kanaatimizce kâr dağıtım önerisinin hazırlanmamasının genel kurulun alacağı kâr dağıtım kararına engel teşkil

Abuse of Authority and Improper Retention of Dividends”, Shareholder Conflicts (Ed: Paul Krüger Andersen/Nis Jul Claussen/Rolf Skog), Thomson-Sweet&Maxwell Yayınevi, 2006, s.149. İsveç hukukunda da aynı kural benimsenmiştir. Bkz. Giertz, Magdalena/Hemström, Carl, **Corporations and Partnerships in Sweden**, 2. Bası, Wolter Kluwer, 2015, s.48, Skog/Fäger, s.108. Danimarka hukukunda da benzer bir düzenleme bulunmaktadır. Bkz. Bang/Heering (Varrenti/de las Cuevas), s.190. İngiltere bakımından aynı yönde bkz. Summerfield/McKenzie (Varrenti/de las Cuevas), s.90.

⁹⁴⁵ Üçışık/Çelik, s.354, Spörri, s.80.

etmemesi gerekir. Nihayetinde kâr dağıtım kararı konusunda yetki genel kuruldadır. Üstelik genel kurulun bu yetkisi bağlı bir yetki değildir. Diğer bir ifade ile genel kurul kâr dağıtım önerisi ile bağlı olmadığı gibi, karar yetkisi sadece yönetim kurulundan gelen önerinin onaylanması veya reddedilmesi ile de sınırlı değildir. Diğer bir anlatımla genel kurul konu hakkında sadece “evet” veya “hayır” şeklinde bir karar vermemekte, dağıtılabılır kârı ve pay sahiplerinin kâr payı hakkını gözetmek suretiyle dilediği değişiklikleri yapabilmektedir. Genel kurul yönetim kurulundan gelen öneri üzerinde değişiklik yaparak farklı bir dağıtım kararı alabildiğine göre, sırf kâr dağıtım önerisinin hazırlanmaması, genel kurulun kâr dağıtım kararı almasına engel teşkil etmemelidir⁹⁴⁶.

3. Finansal Tabloların ve Kâr Dağıtım Önerisinin Denetlenmesi

Bağımsız denetime tabi anonim şirketlerde⁹⁴⁷, finansal tablolarının ve kâr dağıtım önerisinin⁹⁴⁸ bağımsız denetimden geçmesi gerekmektedir. Denetim işleminin tamamlanması için, ilgili denetim raporunun genel kurula sunulmuş olması gerekmektedir⁹⁴⁹. İlâveten denetçi kâr dağıtım önerisini incelerken, önerilen dağıtımın kanunda izin verilen miktarı aşmadığını da incelemeli ve dağıtım önerisi kanunun izin verdiği dağıtım miktarını aşıyorsa bu hususu raporda belirtmelidir⁹⁵⁰.

Finansal tabloların ve kâr dağıtım önerisinin denetime sunulması için, yönetim kurulunun alacağı bir karar ile onaylanması gerekmektedir⁹⁵¹. Daha sonrasında

⁹⁴⁶ Belirtmek isteriz ki, bu sonuç sadece kâr dağıtım önerisinin sunulmamasına ilişkindir. Eğer kâr dağıtım önerisinin sunulmaması, şirket finansal tablolarının tutulması konusundaki bir anlaşmazlıktan kaynaklanıyorsa ve yönetim kurulu kâr dağıtım önerisi dışında finansal tabloları da genel kurula sunmamışsa bu durumda kâr dağıtım kararı alınamayacaktır. Zira aşağıda daha detaylı belirtileceği üzere, kâr dağıtım kararı alınması için finansal tabloların onaylanmış olması gerekmektedir.

⁹⁴⁷ TTK hükümleri bağımsız dış denetime tabi olan şirketleri sınırlandırmıştır. 6102 sayılı TTK’nın ilk halinde, tüm anonim şirketler bakımından bağımsız denetim zorunluluğu getirilmişti. Ancak 6335 sayılı kanun ile bağımsız denetime tabi olan şirketler çerçevesi sınırlandırılmış ve bağımsız denetime tabi olacak şirketleri belirleme yetkisi Bakanlar Kuruluna bırakılmıştır. 2.7.2018 tarihli 700 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile de bağımsız denetime tabi olan şirketleri belirleme yetkisi Cumhurbaşkanı’na bırakılmıştır.

⁹⁴⁸ Pulaşlı, **Şerh II**, s.1079. İsviçre hukukunda finansal tablolar dışında, yönetim kurulunun kâr dağıtım önerisinin de denetim kapsamında olduğu açık şekilde düzenlenmiştir (İBK m.728a f.1 b.2). Türk hukukunda denetime ilişkin TTK m.397 hükmü, kâr payı dağıtım önerisinden bahsetmemek, sadece finansal tabloların ve faaliyet raporunun bağımsız denetim kapsamında olduğunu belirtmektedir. Ancak Şirketlerin Yıllık Faaliyet Raporunun Asgari İçeriğinin Belirlenmesi Hakkında Yönetmelik m.12-d bendi, kârın nasıl dağıtılacağına ilişkin önerinin faaliyet raporunda yer alması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Üçışık/Çelik, s.397. Bu nedenle de kâr dağıtım önerisi, faaliyet raporunun bir parçası olduğundan, bağımsız denetimin de kapsamına girmektedir.

⁹⁴⁹ Von Büren/Stoffel/Weber, s.213.

⁹⁵⁰ Dubs, s.460.

⁹⁵¹ Üçışık/Çelik, s.132, Poroy/Tekinap/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-I**, s.468.Öte yandan, bağımsız denetimin bir süreç olduğu göz önünde bulundurulmalıdır. Denetçinin denetim sırasında bilgi ve belge talep etmesi buna bağlı olarak finansal tablolarda düzeltme talep etmesi mümkündür. Denetim

bağımsız denetçi, söz konusu finansal tablolar ve kâr dağıtım önerisi üzerinde denetim standartlarına uygun olarak finansal tablolara ve kâr dağıtım önerisine ilişkin denetimi gerçekleştirecektir. Eğer finansal tablolar denetim için denetçiye sunulduktan sonra meydana gelen olaylar denetim raporunu etkileyebilecek nitelikteyse, finansal tabloların tekrar denetlenmesi gerekir (TTK m.397 f.3).

Kanunun denetime tabi olan bir finansal tablonun denetimden geçmemesi halinde, düzenlenmemiş sayılacağı da yine açık hükümle düzenlenmiştir (TTK m.397 f.6). Denetimden geçmemiş finansal tablolar uyarınca yapılan dağıtım kararı batıldır⁹⁵². Bu durumda denetlenmemiş finansal tablolara dayanarak kâr dağıtımı yapılması mümkün değildir. Bağımsız denetim sürecinin sonunda, denetçinin finansal tablolara ilişkin görüş vermesi de gerekmektedir. Denetçinin olumlu veya sınırlı olumlu görüş vermesi halinde, finansal tabloların genel kurulun onayına sunulması mümkündür. Eğer denetçi olumsuz görüş vermiş yahut görüş vermekten kaçınmışsa, ilgili finansal tabloların onay için genel kurula sunulması mümkün olmayacaktır. Bu durumda ilgili finansal tablolar, kâr dağıtım işlemi için esas alınamaz⁹⁵³.

4. Finansal Tabloların Genel Kurul Tarafından Onaylanması

a. Genel Olarak

Pay sahibinin bir yılda alacağı kâr payının belirlenmesi net dönem kârının belirlenmesi ve sonra kârın nasıl kullanılacağı şeklinde iki aşamada gerçekleşmektedir⁹⁵⁴. Kâr dağıtım kararı yahut yedek akçe ayrılması kararının alınabilmesi için öncelikle, şirketin finansal tablolarının genel kurul tarafından

işleminin dönemselsel değil de şirket ile denetçinin teması ile yürütülen bir süreç olduğu üzerine bkz. Altay, Anlam, “**Bağımsız Denetim Karşısında Anonim Ortaklık Organlarının İşleyişi**”, Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan, Galatasaray Üniv. Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2010/1, C. II, s.967 vd. ve özellikle s.975.

⁹⁵² Dubs, s.446, Von Büren/Stoffel/Weber, s.213, Üçışık/Çelik, s.91. İsviçre Federal Mahkemesi’nin finansal tabloların denetlenmemesi halinde bilançonun onaylanması kararının iptalinin istenebileceği yönündeki kararları bulunduğu belirtilmektedir. Bkz. BGE 81 II 463 ve BGE 92 II 246 (naklen Locher, s.44 dn.8.).

⁹⁵³ Badak, s.166, Üçışık/Çelik, s.135. Öğretide denetçinin finansal tabloların onaylanmaması yönünde tavsiyede bulunması halinde dahi, genel kurulun onay kararı verebileceği yönünde görüş ileri sürülmüştür. Bkz. Dubs, s.459. Kanaatimizce bu görüş denetçi görüşüne bağlanan sonuçları ve bertaraf edeceği için isabetli bir çözüm değildir. Ancak İsviçre Federal Mahkemesi’nin bilançonun onaylanması kararının iptalinin istenebileceği yönündeki kararları dikkate alındığında (bkz. Önceki dipnot) İsviçre hukuku bakımından tutarlı bir yorum olduğu savunulabilir.

⁹⁵⁴ Egger, s.12.

onaylanması gerekir⁹⁵⁵. Finansal tabloların onaylanması, genel kurulun devredilemez yetkileri arasındadır (TTK m.408)⁹⁵⁶.

Finansal tabloların genel kurulun onayına sunulması için, yukarıda da belirtildiği üzere finansal tabloların denetimden geçmiş olması gerekmektedir. Finansal tablolar ancak denetçi tarafından incelenmiş ve sonrasında denetçi tarafından olumlu ya da sınırlı olumlu görüş verilmişse genel kurulun onayına sunulabilecektir. Denetçi tarafından olumlu görüş verilmesi halinde, genel kurul yönetim kurulu tarafından düzenlenen finansal tabloları aynen onaylayabilir. Öte yandan, denetçinin sınırlı olumlu görüş verdiği hallerde, genel kurulun denetçi tarafından olumlu görüşünü sınırlandırmasına sebep olan eksiklik ve hataları gidererek, diğer bir ifade ile finansal tabloları düzelterek onaylayabileceği belirtilmektedir⁹⁵⁷.

Pay sahibinin bilgi alma hakkı ile finansal tabloların onaylanması arasında sıkı bir ilişki vardır. O nedenle kanun koyucu finansal tabloların pay sahiplerinin incelenmesi için şirket merkezinde genel kuruldan en az on beş gün önceden hazır bulundurulması gerektiğini, ayrıca pay sahiplerinin bilanço ve gider tablosu sureti almaya hakkı olduğunu belirtmiştir (TTK m.437).

Yine bilgi alma hakkı bağlamında, TTK m.407 f.2 uyarınca toplantıya katılması gereken kişilerin toplantıda bulunmaları özel önem taşımaktadır. Bu kişilerin toplantıya katılmaları, pay sahiplerinin bilgi alma hakkı bakımından özel olarak önem taşıdığından bu kişilerin, özellikle de denetçinin toplantıya katılmaması genel kurulu kararının iptaline yol açabilecektir⁹⁵⁸.

Genel kurulun finansal tabloları onaylama yetkisi, salt bir onay işleminden ibaret değildir. Genel kurul önerilen finansal tabloları onamaktan kaçınabileceği gibi, finansal tablolarda değişiklik de yapabilecektir⁹⁵⁹. Genel kurul, yönetim kurulu

⁹⁵⁵ Örnek olarak bkz. Birsal, s.34, Gürbüz Usluel, s.68. İsviçre hukuku bakımından Spörri, s.68.

⁹⁵⁶ İsviçre hukuku bakımından aynı yönde Spörri, s.68.

⁹⁵⁷ Üçışık/Çelik, s.88.

⁹⁵⁸ Pulaşlı, **Şerh II**, s.1068.

⁹⁵⁹ Egger, s.13, Locher, s.42, Spörri, s.73 vd., Üçışık/Çelik, s.93. Bu husus Türk-İsviçre hukukunu yakın ilişkide olduğu Alman hukukundan ayıran özelliklerden biridir. AktG m.174 uyarınca şirketin finansal tabloları yönetim organı ve gözetim organı tarafından hazırlandığı takdirde, genel kurul söz konusu finansal tablolar ile bağlı kalmaktadır. Genel kurulun finansal tablolara müdahale yetkisi, ancak kanunda belirtilen hallerden birinin varlığında söz konusu olur. Öğretide finansal tabloların kesinleşmesi için genel kurulun onayına nadiren ihtiyaç olduğu belirtilmektedir. Bkz. Windbichler, s.433.

Öte yandan organlar arası ilişkide genel kurulun üst organ işlevinin terk edilmesi ve organlar arasında iş bölümü anlayışının gelişmesi karşısında, genel kurulun finansal tablolar değiştirme

tarafından hazırlanan finansal tabloları olduğu gibi onaylayabileceği gibi, tekrar hazırlanması için reddederek yönetim kuruluna iade etme yoluna da gidebilir⁹⁶⁰. Ayrıca, genel kurulun finansal tablolarda sorunlu gördüğü hususları değiştirerek, düzeltilmiş finansal tabloları onaylaması da ihtimal dahilindedir⁹⁶¹.

b. Görüşmelerin Ertelenmesini İsteme Hakkı

Genel kurulda kâr dağıtım kararı alınması sürecine ilişkin önem taşıyan hususlardan biri de azınlık pay sahiplerine tanınmış olan finansal tabloların müzakeresinin ertelenmesini talep etme hakkıdır. TTK m.420 f.1’de bu hak şu şekilde düzenlenmiştir: “*Finansal tabloların müzakeresi ve buna bağlı konular, sermayenin onda birine, halka açık şirketlerde yirmide birine sahip pay sahiplerinin istemi üzerine, genel kurulun bir karar almasına gerek olmaksızın, toplantı başkanının kararıyla bir ay sonraya bırakılır*”. Hükümde finansal tabloların görüşülmesinin ertelenmesi halinde, finansal tablolar ile bağlantılı konuların görüşülmesinin de erteleneceği açık şekilde düzenlenmiştir. Esasen finansal tablolar ile bağlantılı konular ile ne anlaşılması gerektiği öğreti ve yargı kararlarında çeşitli tartışmalara sebep olmuştur⁹⁶². Bununla birlikte, çalışmamızın konusu olan kâr payı dağıtımı konusunun finansal tablolar ile bağlantılı olduğu konusu aşikâr olup öğretide de finansal tabloların ertelenmesi halinde genel kurulun kâr dağıtımı konusunda karar veremeyeceği yönünde görüş birliği bulunmaktadır⁹⁶³. Bu nedenle söz konusu hakkın nasıl

yetkisinin de sorgulanmaya açık olduğu belirtilmektedir. Bu konudaki görüşler bakımından bkz. Spörri, s.77.

⁹⁶⁰ Locher, s.44.

⁹⁶¹ Locher, s.44. Ancak söz konusu değişikliğin esaslı olması halinde, finansal tabloların değiştirilmiş halinin de bağımsız denetçinin denetiminden geçmesi gerektiği belirtilmektedir. Bkz. Locher, s.44.

⁹⁶² Finansal tabloların görüşülmesinin ertelenmesi halinde hangi konularda karar alınmasının da erteleneceği konusunda detaylı incelemeler için bkz. Memiş, Tekin/Şimşek, Bahar, “**Azlığın Finansal Tabloların Müzakeresini Erteleme Hakkı Üzerinde Değerlendirmeler**”, Prof. Dr. Sabih Arkan’a Armağan, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2019, s.799 vd., Akipek, Seda, “**6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Azlığın Finansal Tablolarının Müzakeresini Erteleme Hakkı**”, Rona Aybay’a Armağan- Legal Hukuk Dergisi Özel Sayı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2014, s.301 vd., Altay, S. Anlam, “**Yönetim Kurulunun Seçiminin Finansal Tabloların Müzakeresiyle İlişkisi**”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2019/2, s.494. ETTK döneminde yayınlanmış olmakla birlikte TTK bakımından da geçerliliğini taşıyan bazı çalışmalara örnek olarak bkz. Teoman, Ömer, “**Azınlığın Bilanço Görüşmelerinin Ertelenmesini İsteme Hakkı (TTK m.377) Konusundaki Yargıtay Kararlarının Değerlendirmesi**”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu I, 1988., s.87 vd., Çamoğlu, Ersin, “**Azınlığın Bilanço Erteleme Gündemdeki Diğer Maddeleri Nasıl Etkiler**”, Bilgi Toplumunda Hukuk-Ünal Tekinalp’e Armağan, Beta Yayıncılık, 2003, s.289 vd.

⁹⁶³ Altay, **Finansal Tablolar**, s.499, Memiş/Şimşek, s.809, Çamoğlu, **Bilanço Erteleme**, s.290, Akipek, s.301, Bozbel, Savaş, “**Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Azınlığın Bilanço Görüşmelerini Erteleme (Yeni TTK m.420)**”, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013, s.351.

kullanılması gerektiği konusunda kısa bir açıklama yapmanın yararlı olacağı düşüncesindeyiz.

Finansal tabloların görüşülmesinin ertelenmesine ilişkin TTK m.420 hükmünde söz konusu hakkın kullanılması sermayenin onda birine, halka açık şirketlerde yirmide birine sahip pay sahiplerinin istemine bağlanmıştır⁹⁶⁴. Diğer bir ifade ile görüşmelerin ertelenmesini talep etme hakkı bireysel bir hak olmayıp teknik anlamda azınlık teşkil eden pay sahiplerine tanınmış bir haktır.

Kanun söz konusu azınlık hakkının tek taraflı irade beyanı ile kullanılmasını öngörmüştür⁹⁶⁵. Hak sahiplerinin beyanda bulunması üzerine, genel kurul gündeminde yer alan finansal tablolar ile ilgili maddelerin görüşülmesinin ertelenmesi gerekmektedir⁹⁶⁶. Azınlığın talebinin genel kurul tarafından onaylanması gerekli olmadığı gibi, azınlığın talebi üzerine genel kurulun reddi yönünde bir karar alarak görüşmelere devam etmesi de hakkın ihlali teşkil edecektir (TTK m.420 f.1).

Finansal tabloların ve bağlantılı konuların görüşülmesinin ertelenmesi talebinde bulunma hakkının sınırları konusunda öğretilerde farklı yaklaşımlar bulunmaktadır. Bu tartışmalar esasen, erteleme talebinde bulunulması sırasında gerekçe gösterilmesinin gerekip gerekmediği ve erteleme talebinin dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmesinin mümkün olup olmayacağı eksenlerinde toplanmaktadır.

Yargıtay kararlarında da yansımaları bulan ve hâkim görüş olarak tanımlanabilecek görüş uyarınca finansal tabloların görüşülmesinin ertelenmesini isteme hakkı kanunda düzenlenmiş bir hak olduğundan, bu hakkın kullanılması dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmemektedir. Bu yaklaşımın bir sonucu olarak da azınlık pay sahipleri erteleme talebinde bulunurken gerekçe belirtmek zorunda

⁹⁶⁴ Öğretilerde bu eşiklerin yükseltilmesinin mümkün olmadığı, ancak azaltılmasının mümkün olduğu belirtilmektedir. Bkz. Memiş/Şimşek, s.791, Bozbel, s.352.

⁹⁶⁵ Teoman konuyu ele alırken “azınlık hakları, azınlığın tek yanlı irade açıklamaları ile kullanılma ve kural olarak genel kurulun onayına bağlı bulunmayan haklardır” ifadesine yer vermektedir. Bkz. Teoman, **Görüşmelerin Ertelenmesi**, s.82. Kanaatimizce bu değerlendirmeye şüphe ile yaklaşmak gerekir. Kanun birçok azınlık hakkının netice doğurması için tek taraflı irade beyanını yeterli bulmamış, azınlığın ilgili hakkı dava açmak suretiyle kullanmasına olanak tanımıştır. Bu gibi mahkeme müdahalesini gerektiren azınlık haklarına azınlığın genel kurulu toplantıya çağırma yetkisi veya haklı sebeple fesih davası açılması örnek gösterilebilir. O nedenle TTK m.420 hükmünde düzenlenen finansal tabloların görüşülmesinin ertelenmesinin mahkeme müdahalesi aranmaksızın kullanılacak bir hak olmasının özellikli bir durum olduğu kanaatindeyiz.

⁹⁶⁶ Belirtmek gerekir ki, her ne kadar ilgili hükmün başlığı “toplantının ertelenmesi” olsa da madde tüm toplantının ertelenmesini değil, finansal tabloların ertelenmesini düzenlemiştir. O nedenle de bu hakkın kullanılmasına rağmen, gündeme bağlılık kuralı çerçevesi içerisinde ve finansal tablolar ile bağlantılı olmayan konuların görüşülmesine devam edilmesi mümkündür. Hem bu sonuç hem de madde başlığının maddenin içeriğini isabetli aktarmadığı yönünde bkz. Memiş/Şimşek, s.797, Bozbel, s.349.

değillerdir⁹⁶⁷. Öğretideki bir diğer görüşe göre ise, hakkın kötüye kullanılması tüm haklar bakımından geçerli olduğundan⁹⁶⁸, bilanço görüşmelerinin ertelenmesini talep etme hakkının da dürüstlük kuralına aykırı şekilde kullanılması ihtimal dahilindedir. Bu ilkenin bir uzantısı olarak da azınlık pay sahiplerinin erteleme talebinde bulunmaları halinde, erteleme taleplerinin gerekçesini de belirtmeleri gerekmektedir. Bu şekilde bir uyuşmazlık halinde, talebin dürüstlük kuralına aykırı olup olmadığının değerlendirilmesi⁹⁶⁹ de mümkün olacaktır⁹⁷⁰.

Bu noktada azınlık pay sahiplerinin erteleme talebinde bulunmasının sonuçlarına da kısaca değinilmesi gerekir. Erteleme halinde, finansal tabloların onaylanması ve bununla bağlantılı bir konu olan kâr dağıtım-yedek akçe ayrılması konularında karar alması mümkün olmayacaktır⁹⁷¹. Azınlığın erteleme talebine rağmen, finansal tabloların görüşülmesi ve kâr dağıtım kararı alınması halinde ise ilgili kararların iptalinin mahkemeden istenebileceği kabul edilmektedir⁹⁷².

TTK m.420 f.1 hükmü uyarınca, ertelenen gündem maddelerine ilişkin olarak bir ay sonra yeni bir genel kurul toplantısının yapılması gerekecektir. Aynı madde erteleme kararının TTK m.414'te belirtilen usule uygun olarak pay sahiplerine

⁹⁶⁷ Teoman, **Görüşmelerin Ertelenmesi**, s.83, Çamoğlu, **Bilanço Ertelemesi**, s.288. Bu görüşün hâkim görüş olduğu yönünde bkz. Akipek, s.291. Bu yöndeki Yargıtay kararlarına örnek olarak bkz. 11.HD. 31.05.2017 E.2016/440 K.2017/3247 (naklen Memiş/Şimşek, s.791), 11. HD. 27.10.1961 E.961/1147 K.961/13496 (naklen Akipek, s.291).

⁹⁶⁸ Oğuzman/Barlas, s.267.

⁹⁶⁹ Azınlığın erteleme talep edebilmek için gerekçe göstermesi şartının aranması, söz konusu gerekçelerin kim tarafından ve nasıl değerlendirileceği sorularını da beraberinde getirmektedir. Öğretide genel kurul toplantı başkanının gerekçeleri incelemesi gerektiği ve “ilgisiz ve kötüniyetli” erteleme taleplerini dikkate almayabileceği belirtilmektedir. Bkz. Memiş/Şimşek, s.796. Elbette ki, toplantı başkanının gerekçeleri ilgisiz ve kötüniyetli bularak talebi reddetmesi, bir uyuşmazlık halinde hâkim tarafından da değerlendirilecektir. *Bozbel* ise kötüniyetli erteleme taleplerinin sonuçlarının da maddede açıkça belirtilmesinin daha yerinde bir düzenleme olacağını belirtmektedir. Bkz. *Bozbel*, s.350.

⁹⁷⁰ Memiş/Şimşek, s.792 vd. ayrıca özellikle hakkın kullanımının hakkın kötüye kullanılması teşkil edebileceği yönünde bkz. s.816 vd. Aynı yönde bkz. Akipek, s.292. Yazar, Genel Kurul Yönetmeliği m.28 f.3 hükmünde yer alan “*Azlık pay sahipleri tarafından finansal tablolar hakkında ileri sürülecek tüm itirazların ilk toplantıda yapılması ve bunların tutanağa yazılması zorunludur*” ifadesinin bu görüşe pozitif hukuk bakımından da önemli bir dayanak olduğunu belirtmektedir. *Bozbel* ise TTK m.420 f.2'de gerekçe belirtilmesinden bahsedildiği için talepte bulunan azınlığın gerekçe göstermek zorunda olduğunu belirtmektedir. Bkz. *Bozbel*, s.353.

⁹⁷¹ Bahtiyar, Mehmet/Hamamcıoğlu, Esra, **Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantıları**, Beta Yayınları, İstanbul, 2014, s.110. Öte yandan, finansal tablolar ile bağlantılı olmayan konular hakkında genel kurulun karar almasına bir engel bulunmadığını hatırlatmak isteriz.

⁹⁷² *Bozbel*, s.353, Bahtiyar/Hamamcıoğlu, s.110 dn.29. Bu sonucun TTK m.446 hükmü ile bir uyumsuzluk içerisinde olduğuna değinmek gerekir. TTK m.446 uyarınca ilan edilen toplantı gündeminde bulunmayan bir konuda karar alınması halinde, bu karara karşı iptal davası açılırken pay sahibinin toplantıda bulunması şartı aranmazken, bu durumun alınan karara etki etmiş olması şartı aranmaktadır. Halbuki, gündemde olan ancak TTK m.420 uyarınca bir sonraki toplantıya ertelenmesi gereken konularda karar alınması halinde, etki kuralı aranmaksızın iptal kararı verilecektir.

bildirilmesini de öngörmüştür. Bununla birlikte, bu bildirimin işlevselliği ve gerekliliği tartışmaya açıktır. Şöyle ki, erteleme kararının bildirilmesini öngören TTK m.420 f.1 hükmü, yeni toplantıya ilişkinin çağrının kanunda belirtilen usule uygun olarak çağrı yoluyla yapılması gerektiğini belirtmiştir. Diğer bir ifade ile yeni toplantının yapılması konusunda bir çağrı yapılacağından pay sahipleri toplantı hakkında bilgi sahibi olacaklardır. Bu durumda önceki toplantının ertelendiğine ilişkin bir çağrının yapılmasının fiilen önemli bir işlevi olmayacaktır. Nitekim Yargıtay da verdiği bir kararda ertelenen toplantının tarihi, yeri ve gündeminin ilan edilecek olmasından dolayı, bir önceki toplantının ertelendiğine dair kararın ilan edilmemiş olmasının genel kurul toplantısına katılmayı etkileyecek bir yönü olmadığını ve bu nedenle de kararın iptali edilemeyeceğini belirtmiştir⁹⁷³. Yargıtay'ın bu yaklaşımı ışığında toplantının ertelendiğine ilişkin ilanın yapılmaması halinde, yeni toplantıya ilişkin ilanın hukuka uygun şekilde yapılması şartıyla, genel kurul kararının iptal edilemeyeceği sonucuna varılabilecektir.

Erteleme kararı üzerine genel kurulun bir ay sonra ertelenen konuları karara bağlamak üzere toplanması gerekmektedir. Yargıtay kanunda belirtilen sürenin asgari süre olduğu ve toplantının bir aydan daha fazla ertelenebileceğine hükmetmiştir⁹⁷⁴. Öğretideki görüşler de Yargıtay'ın bu kararı ile uyumludur⁹⁷⁵.

TTK m.420 f.1'de tanınan erteleme talep hakkının amacı, pay sahiplerinin finansal tablolar ile ilgili olarak daha fazla bilgi alabilmeleri ve bu bilgileri değerlendirerek oy haklarının kullanılabilmeleridir. Bu nedenle finansal tablolar ile ilgili itiraza uğrayan hususlar⁹⁷⁶ hakkında pay sahiplerine objektif olarak yeterli derece bilgi verilmemesi halinde, toplantının bir kez daha erteleneceği hükümde belirtilmiştir. TTK m.420 f.2 uyarınca dürüst resim ilkesine uygun olarak cevap verilmemiş olması halinde, azınlık pay sahiplerinin toplantının bir kez daha ertelenmesini talep etme imkânı olacaktır.

c. Finansal Tabloların Onaylanmasının Sonuçları

⁹⁷³ 11.HD. 14.10.1982 E.3556 K.3887 (naklen Akipek, s.298)

⁹⁷⁴ 11. HD. 14.10.1982 E.3556 K.3887 (naklen Akipek, s.296).

⁹⁷⁵ Teoman, **Görüşmelerin Ertelenmesi**, s.84, Bozbel, s.354. ETTK döneminde başlayan tartışmanın kanunda açık bir düzenleme ile giderilememiş olmadığı yönünde bkz. Akipek, s.296.

⁹⁷⁶ Toplantının ikinci kez ertelenmesi imkânı, sadece tutanağa geçirilmiş itirazların yanıtlanmaması halinde söz konusu olacaktır. Bkz. Memiş/Şimşek, s.793, Akipek, s.298. O nedenle de erteleme hakkının ilk kez kullanılması için gerekçe ileri sürülmesi şartı aranmayacağı görüşü kabul edilse bile, ikinci kez erteleme hakkının kullanılabilmesi için ilk erteleme talebindeki itirazların belirtilmesi gerekecektir. Bu nedenle öğretide, ilk erteleme talebinde bulunurken gerekçe ileri sürülmesinin azınlık pay sahiplerinin de lehine olduğu savunulmaktadır. Bkz. Memiş/Şimşek, s.793.

Finansal tabloların genel kurul tarafından onaylanması ile birlikte, finansal tablolar hukuki değer kazanmış olacaklardır. Başta kâr dağıtımı veya yedek akçe ayrılmasında olduğu gibi net dönem kârı yahut yıllık kâr gibi bilanço kalemlerini esas alan düzenlemeler bakımından onaylanmış bilançoda yer alan tutarlar esas alınacaktır⁹⁷⁷.

Finansal tabloların onaylanması, ayrıca kâr dağıtım kararı alınmadan pay sahibinin kâr payı alacağının doğması anlamına gelmez⁹⁷⁸. Kural olarak⁹⁷⁹ genel kurulun ayrıca net tutarda kâr dağıtılacağı konusunda da karar vermesi gerekmektedir⁹⁸⁰. Aksi takdirde sadece finansal tabloların onaylanmasından dolayı pay sahibinin kâr payı alacağı doğmaz.

B. Kâr Dağıtımına İlişkin Genel Kurul Kararı

1. Genel Açıklamalar

Anonim şirketin kâr dağıtımı, genel kurulun kâr dağıtımına yönelik bir karar vermesi ile mümkündür. Genel kurul, onaylanmış ve eğer gerekiyorsa bağımsız denetimden geçmiş finansal tablolar uyarınca şirketin kârının nasıl kullanılacağı konusunda bir kararı alacaktır. Genel kurulun bu kararı esasen kârın dağıtılması veya şirket bünyesinde tutulması (yedek akçe ayrılması) olarak ikiye ayrılmaktadır. Bu nedenle kârın kullanılması ile kast edilen, kârın dağıtılması veya kârın yedek akçe olarak şirket bünyesinde muhafaza edilmesi arasında bir tercih yapılmasıdır.

Kâr dağıtım kararı, genel kurul kararlarının tabi olduğu genel geçerlilik koşullarına tabidir. Genel kurul kararının geçerliliğine veya genel kurulun sürdürülmesine ilişkin kurallar, kâr dağıtım kararı bakımından da aynen uygulanacaktır. Çalışmanın odak noktası kâr payı hakkının korunması olduğundan, genel kurul kararlarının geçerliliğine ilişkin tüm konulara bu bölümde yer verilmeyecektir. Bu bölümde, alması sürecinde, genel kurul kararlarının geçerliliğine ilişkin koşullardan kâr payı dağıtım kararı bakımından özellik gösteren konulara değinilecektir.

Anonim şirketlerde kâr dağıtım kararı konusunda yetkili organ genel kuruldur. Üstelik bu yetki TTK m.408 f.2-d hükmü uyarınca devredilemez bir yetki olup esas

⁹⁷⁷ Spörri, s.79.

⁹⁷⁸ Gürbüz Usluel, s.68, Üçışık/Çelik, s.92, Egger, s.179.

⁹⁷⁹ Bu kuralın istisnaları hakkında bkz. Üçüncü Bölüm-IV-1-Kâr Payı Alacağının Doğuşu.

⁹⁸⁰ Bu durum pay sahiplerinin kâr payı hakkı ile intifa senedi sahiplerinin kârdan alacakları pay arasında bir farklılığa yol açmaktadır; çünkü intifa senedi sahiplerinin kârdan alacakları pay bakımından alacak hakkının doğması ayrıca bir dağıtım kararı alınmasına gerek yoktur (TTK m.348). İntifa senedi sahibinin hakları bakımından detaylı açıklama için bkz. Üçüncü Bölüm-II-C-İntifa Senedi Sahipleri.

sözleşme ile yönetim kuruluna, belirli pay sahiplerine veya başka bir organa/komiteye devredilemez. Öte yandan şirketin fesih sürecine girmesinin genel kurulun bu yetkisine bir etkisi olup olmadığı tartışmalıdır. İsviçre öğretisinde çoğunluk görüşü, şirketin feshine karar verilmesi halinde, artık genel kurulun kâr dağıtım kararı veremeyeceği yönündedir⁹⁸¹. Eğer bu görüş kabul edilirse, genel kurulun kâr dağıtım yetkisi fesih sonrasındaki süreçte askıya alınmaktadır. Öte yandan bir diğer görüşe göre, fesih kararı genel kurulun kâr dağıtım kararı verme yetkisini kaldırmamaktadır. Bu nedenle de genel kurul, eğer serbest malvarlığı bulunuyorsa, kâr dağıtım kararı verebilecektir⁹⁸².

Genel kurul kararı, bir esas sözleşme değişikliği niteliğinde değildir. Bu durumun iki pratik sonucu bulunmaktadır. Kâr payı dağıtım kararının esas sözleşme değişikliği olmamasının ilk sonucu, yetersayılara ilişkindir. Kanun kâr dağıtım kararı alınması bakımından özel bir nisap öngörmemiştir⁹⁸³. Bu nedenle de genel kurulun karar almasına ilişkin genel nisap olan TTK m.418 uyarınca nisabın belirlenmesi gerekir⁹⁸⁴. TTK m.418 uyarınca, kanunda veya esas sözleşmede, aksine daha ağır nisap öngörülmüş bulunan haller hariç olmak üzere, genel kurul sermayenin en az dörtte birini karşılayan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin varlığıyla toplanır⁹⁸⁵ ve kararlar toplantıda hazır bulunan oyların çoğunluğu ile alınır⁹⁸⁶. Buna göre, toplantı yetersayısı ilk toplantı için şirket sermayesinin %25'ini temsil eden paylarken, karar yetersayısı katılan payların sahip olduğu oyların çoğunluğu olmaktadır. TTK m.418 ayrıca ilk toplantıda belirtilen toplantı yetersayısına ulaşamadığı takdirde, ikinci toplantıda toplantı yetersayısı aranmayacağını da belirtmektedir.

⁹⁸¹ Bu görüşün İsviçre hukukunda yerleşik görüş olduğu yönünde bkz. Vischer, s.561 vd.

⁹⁸² Vischer, **Dividend in Liquidation**, s.561.

⁹⁸³ Gürbüz Usluel, s.68.

⁹⁸⁴ Yanlı, **AŞ'de Kâr Dağıtımı**, s.23 dn.50, Yavuz, s.71, Üçışık/Çelik, s.397. Halka açık anonim şirketler bakımından da kanunda özel bir hüküm bulunmadığından, SPK m.29 f.3 hükmü uyarınca, halka açık anonim ortaklıkların kâr dağıtım kararları da TTK m.418 hükmünde belirtilen yetersayılar ile alınacaktır.

⁹⁸⁵ Bu karar yetersayı sadece genel kurul toplantısının başlangıcında değil, toplantı sırasında korunacaktır. Bkz. Tekinalp, **Yeni Hukuk**, s.322.

⁹⁸⁶ Eğer oy haklarının donmasına veya oydan yoksunluğa ilişkin bir neden mevcutsa, ilgili oy hakları toplam oy haklarından düşülecek ve çoğunluk, kalan oyların toplamı bakımından hesaplanacaktır. Bkz. Bahtiyar, Mehmet, **Anonim Şirketler Genel Kurulunda Toplantı Yetersayısının "Toplantı Süresince Korunması" Şartına İlişkin TTK m.418/1 Hükümünün Değerlendirilmesi**, Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2017, s.63-64.

Kâr payı dağıtım kararının esas sözleşme değişikliği teşkil etmemesinin ikinci sonucu, kararın tescil ve ilanı zorunluluğunun bulunmasıdır⁹⁸⁷. Genel kurul kararı, toplantı tutanağının imzalanması ile birlikte geçerlilik kazanacak ve hukuki sonuçlarını doğuracaktır. O nedenle de genel kurul kararı ile birlikte pay sahibinin kâr payı alacağı doğacaktır. Bu açıdan genel kurul kararı, bir hukuki ilişkiyi kuran, değiştiren veya sona erdiren bir etkiye sahiptir⁹⁸⁸.

Hakkın niteliğindeki bu dönüşümün bilanço düzeni bakımından da etkisi vardır. Genel kurulda kâr dağıtım kararı alınmadan önce yedek akçeler ve yıllık kâr olarak özkaynaklarda yer alan değer, kâr dağıtım kararı ile birlikte şirket açısından bir borç yani bir dış kaynak haline dönüşecektir. Bu nedenle karar alındıktan sonra yıllık kâr ve dağıtımına karar verilen yedek akçelerin silinerek, dağıtım tutarının kısa vadeli borç olarak dış kaynaklara yazılması gerekecektir⁹⁸⁹.

2. Genel Kurul Kararının Konusu

Kâr payı dağıtımını yapılabilmesi için, genel kurulun kâr payı dağıtımını hakkında karar alması gerekmektedir. Genel kurulun bu konuda aldığı kararın konusunun ne olduğunun tespit edilmesi önemlidir. Bu noktada genel kurul kararının kârın dağıtılması yahut yedek akçe ayrılması kararı olarak anlaşılması olarak iki ihtimal bulunmaktadır. Bu durum dağıtım-ayırma ikilemi⁹⁹⁰ olarak ifade edilebilecek bir duruma yol açmaktadır⁹⁹¹. Türk öğretisindeki çalışmalarda sıklıkla “şirketin kâr dağıtım kararı almasından” bahsedilmektedir⁹⁹². Buradan hareketle, genel kurulun kararının konusunun şirketin dağıtacağı kârı belirlemek olduğu sonucuna varılabilir.

⁹⁸⁷ Karş. Pulaşlı, “Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Sakatlığı Ve Müeyyidesi” Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVII, Y.2013, Sa. 1-2, s.887. Her ne kadar yazar kâr payı dağıtımına ilişkin kararlarda özel bir açıklama yapmamışsa da ticaret siciline tescil ettirilmeyen hiçbir genel kurul kararının geçerli olmayacağını belirttiğinden, yazarın aksi görüşte olduğu sonucuna varılmaktadır.

⁹⁸⁸ Dubs, s.448.

⁹⁸⁹ Bucheler, s.300.

⁹⁹⁰ Elbette dağıtım-ayrım kararlarının kendi içinde çeşitlendirilmesi de mümkündür. Örneğin genel kurul dilerse dağıtılacak kârın bir kısmının yönetim kurulu üyelerine kazanç payı olarak dağıtılmasını kararlaştırabilir. Yahut ayrılacak yedek akçelerin bir kısmı için amaç hükmü öngörürken bir kısmını serbest yedek akçe olarak ayırabilir. Ancak nihayetinde tüm bu alt ayrımlar genel kurulun dağıtım-ayrım ikileminin alt kırılımlarını oluşturmaktadır.

⁹⁹¹ Alman hukukunda genel kurulun net dönem kârına ilişkin olarak verebileceği üç farklı karar olduğu belirtilmektedir. Buna göre genel kurul, ilgili kârın dağıtılmasına, kârın yedek akçelere ayrılmasına veya bir sonraki seneye aktarılmasına karar verebilmektedir. Bkz. Reul, s.403. Daha önce açıkladığımız gibi, Alman hukukunda yedek akçeler ile aktarılan kârın kullanılması önemli farklıklar olduğu için Alman hukukunda böyle bir ikilemden bahsetmek mümkün değildir.

⁹⁹² Örnek olarak bkz. Badak, s.193, Üçışık/Çelik, s.356, Canözü, s.93. Alman hukukunda da yerleşik ifadenin kâr dağıtım kararı alınması olduğu yönünde bkz. Schüppen, s.574.

Buna göre, genel kurulun önündeki soru “ne kadar kâr dağıtılacak” sorusudur ve genel kurul kararı bu soruya yanıt vermektedir.

Kanaatimizce bu anlatım, bir bütün içerisinde ele alındığında TTK hükümlerinin kâr payı hakkına bakışını aktarmak bakımından isabetli değildir. Kanaatimizce genel kurulun finansal tabloların onaylanmasından sonra, net dönem kârı hakkında aldığı karar, “dağıtılacak kârın belirlenmesi” değil, “ayrılacak yedek akçe miktarının belirlenmesi” kararı olarak anlaşılmalıdır. Diğer bir ifade ile genel kurul kararı şirketin dağıtacağı kârı değil, şirketin ayıracağı yedek akçeyi belirlemektedir⁹⁹³.

İlk bakışta bu ayrımın tamamen kuramsal bir ayrım olduğu düşünülebilir. Zira net dönem kârı bakımından ayırma-dağıtma ikilemi, karşısında dağıtılmayan tutara karar vermek, dolaylı olarak dağıtılacak tutara da karar vermek anlamına gelecektir⁹⁹⁴. Fakat anonim şirketin karar alma süreçleri ve genel kurul kararlarına karşı başvurulabilecek hukuki yolları dikkate aldığımızda, genel kurul kararının konusunun kâr dağıtımını mı yoksa yedek akçe ayrımını mı olduğu uygulama bakımından sonuçlar doğurmaktadır.

Öncelikle pay sahipliğinin %50-%50 bölündüğü anonim şirketlerde genel kurul kararının konusu önem taşır. Eğer şirket kararının konusunun “kâr dağıtımını” olduğu kabul edilirse, çoğunluk sağlanamadığı için şirket kâr dağıtım kararı alamayacaktır. Ancak genel kurul kararının konusunun yedek akçe ayrılması olduğu sonucuna varılırsa, bu durumda eşitlik halinde yedek akçe ayrılmasına ilişkin karar alınamamış olacaktır. Daha önce detaylı olarak açıkladığımız üzere, şirketin net dönem kârını dağıtması esas olduğundan, yedek akçe ayırma kararı almaması net dönem kârının dağıtılması sonucunu doğuracaktır. O nedenle kararın konusu, %50-%50 ortaklıklarında kilitlenmenin ortaya çıkartacağı sonuç bakımından önemlidir⁹⁹⁵.

Bu konudaki ikinci pratik sonuç ise iptal davası bakımından kendini göstermektedir. Öğretide genel kabul edilen görüş, iptal davası sonucunda mahkemenin şirket adına işlem tesis edemeyeceği, sadece şirket organı tarafından alınan kararı iptal edebileceği belirtilmektedir. Eğer şirket genel kurulunun aldığı kararın dağıtım kararı olduğu kabul edilirse, bu durumda iptal davası da genel kurulun dağıtım kararının iptali anlamına gelecektir. İptal davasının kabul edilmesi halinde, şirketin dağıtım yönünde aldığı karar iptal edilecek ve şirket baştan itibaren dağıtım

⁹⁹³ Alman hukuku bakımından aynı yönde bkz. Schüppen, s.573.

⁹⁹⁴ Örneğin 100TL’lik net dönem kârının 30TL’sinin dağıtılmasına karar vermekle 70TL’sinin yedek akçe olarak ayrılmasına karar vermek arasında ekonomik anlamda bir farklılık olmayacaktır.

⁹⁹⁵ Schüppen, s.577.

kararı almamış sayılacaktır. Öte yandan, genel kurul kararının konusunun yedek akçe ayırmaya yönelik olduğu kabul edilirse, bu durumda mahkemenin vereceği iptal kararın şirketin dağıtım kararını değil, şirketin net dönem kârının şirket bünyesinde tutulması kararını konu edinecektir. Bu durumda mahkeme iptal davası sonucunda kararı iptal ettiği takdirde, genel kurul yedek akçe ayrılması yönündeki kararı iptal etmiş olacaktır.

İptal kararının dağıtım kararına yönelik mi yoksa yedek akçe ayrılması konusundaki karara ilişkin mi olduğu konusu, pay sahibinin iade yükümlülüğüne de etki edebilir. Şöyle ki, eğer iptal davası sonucunda dağıtım kararı iptal edilirse, bu durumda pay sahiplerine dağıtılmasına karar verilen tutar hukuki dayanaktan yoksun kalmış olacak ve iadesi gerekecektir. Özellikle şirketin haksız yere kâr dağıtımından imtina etmesi sebebiyle iptal kararının verildiği hallerde tutarsız bir sonuç ortaya çıkacaktır; zira şirketin az kâr dağıtımında bulunduğu iddiası ile iptal davası açan pay sahiplerinin aldıkları kâr payı haksız alınmış bir kâr payı oluşturacaktır⁹⁹⁶. Öte yandan kararının konusunun yedek akçe ayrılması olduğu kabul edilirse, iptal kararı pay sahiplerine ödenmesi gereken kâr payı hakkına etki etmeyecek ve pay sahiplerinin kâr payı hakkı bu durumdan etkilenmeyecektir.

Bu pratik farklılıklar dikkate alındığında, genel kurul kararının konusunun kâr dağıtımına yönelik mi yoksa yedek akçe ayırmaya yönelik mi olduğu sorusuna cevap verilmesi de önemli hale gelmektedir. Kanaatimizce bu konuda kâr payının kaynaklarına göre bir ayırım yapılması gerekmektedir. Şirketin net dönem kârı bakımından genel kurulun alacağı karar yedek akçe ayırma kararı olarak anlaşılmalıdır. Dar anlamda kâr payı hakkının verdiği yetkiler konusunu incelerken detaylı olarak ele aldığımız üzere⁹⁹⁷, anonim şirketin net dönem kârını dağıtması esas olup şirkete kanun ve varsa esas sözleşme hükümleri uyarınca yedek akçe ayırma yetkisi tanınmıştır. Gerek olağan genel kurulun içeriğine ilişkin TTK m.409 f.1 hükmü gerek kâr payı hakkına ilişkin TTK m.507 gerekse olağanüstü yedek akçe ayırma ilişkin TTK m.523 hükümlerinin bir arada yorumlanması sonucunda net dönem kârı dağıtımının esas olduğu, net dönem kârından genel kurul kararı ile yedek akçe

⁹⁹⁶ Ancak bu durumun pay sahiplerinin kâr payının iadesi zorunluluğu doğurduğu sonucuna varacağı konusuna tereddütle yaklaşmak gerekir. Zira öncelikle pay sahiplerinin aldıkları kâr payının haksız olması için alınan kısmın haksız olduğunu bilmeleri gerekmektedir. İkinci olarak, haklı sebep olmaksızın kâr payı dağıtımından imtina edilmesi sebebiyle kararın iptal edilmesi, şirketin daha yüksek bir kâr dağıtım kararı almasının gerektiğini göstermektedir. Bu durumda şirketin daha sonra fazlası ile pay sahiplerine dağıtacağı tutarın iadesini istemesi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecektir.

⁹⁹⁷ Bkz Birinci Bölüm II-B-1.b- Kâr Dağıtımına Zorlama Yetkisi.

ayrılmasının bu esastan bir sapma teşkil ettiği ve genel kurul iradesinin de bu sapmayı sağladığı sonucuna varmaktayız. Bu durumda ise net dönem kârı bakımından genel kurul kararının konusu, şirketin yedek akçe ayırmasına yönelik olacaktır.

Kâr payının diğer bir kaynağı olan serbest yedek akçelerden yapılacak dağıtım bakımından ise tersi bir sonuca varmak gerekecektir. Şöyle ki, serbest yedek akçenin kâr payı olarak dağıtılmasına izin verilmekle birlikte, bu konuda şirket açısından bir zorunluluk getirilmemiştir. Şirket genel kurulunun iradesi bu serbest yedek akçelerin çözülmesine yönelikse, genel kurul kararının konusu da serbest yedek akçelerin çözülerek dağıtılması olacaktır.

Tüm bunlara ilaveten, hangi kaynaktan dağıtılsa dağıtılsın, genel kurulun kâr payının ödeme zamanını kararlaştırma yetkisi ve kâr payı olarak nakit dışı malvarlığı dağıtma yetkisi de bulunduğu unutulmamalıdır. Kâr payı bakımından genel kural kâr payı alacağının genel kurul kararı ile doğması ve alacak hakkının konusunun bir miktar nakit para olmasıdır. Ancak genel kurul bu genel ilkelerden ayrılabilir⁹⁹⁸. Eğer bu gibi genel kuraldan ayrılan ilave kararlar mevcutsa, bunların da her birinin ayrı bir genel kurul kararı olarak dikkate alınması gerekecektir⁹⁹⁹.

Sonuç olarak şirket genel kurulunun kararının konusunu basit şekilde dağıtım kararı yahut yedek akçe kararı olarak nitelendirmek mümkün değildir. Genel kurul kararının konusu, şirket iradesine bağlanan sonuca göre değişiklik göstermektedir ki, bu imkân da net dönem kârı bakımından yedek akçe ayırma imkanıyken serbest yedek akçeler bakımından kâr payı olarak dağıtım kararı alma imkanındır. O nedenle genel kurul kararının konusu ve buna bağlı sonuçların bu ayrımlar dikkate alınarak yapılması gerektiği kanaatindeyiz.

3. Gündeme Bağlılık

Genel kurul kararlarında geçerli olan ilkelerden biri de gündeme bağlılık ilkesidir. TTK m.413 f.2 uyarınca gündemde bulunmayan maddelerin genel kurulda karara bağlanması mümkün değildir. Bu kural uyarınca genel kurulun kârın dağıtımı konusunda karar alacağına dair gündemde bir madde bulunması gerekmektedir.

⁹⁹⁸ Bu konuda detaylı açıklama için bkz. Üçüncü Bölüm-IV- Dağıtım Katılmanın Sonucu: Kâr Payı Alacağı.

⁹⁹⁹ O nedenle İsviçre hukukunda kâr dağıtımı konusunda alınacak kararın dağıtım kararı ("distributionbeschluss") ve ayarlama kararı ("ausrichtungbeschluss") olarak iki basamaklı olduğu belirtilmektedir. İlk karar dağıtılacak kâr payı tutarının belirlenmesine, ikinci karar ise dağıtım zamanı veya dağıtım yöntemi gibi konulara ilişkindir. Bkz. Spörri, s.82-83.

TTK m.413 hükmünde, gündemin genel kurulu toplantıya çağıran tarafından belirleneceği belirtilmektedir¹⁰⁰⁰. Bunun dışında şirket sermayesinin en az yüzde onunu temsil eden pay sahipleri, TTK m.411 uyarınca genel kurulu toplantısında kâr dağıtımına ilişkin bir madde eklenmesini isteyebileceklerdir¹⁰⁰¹. Aynı imkân TTK m.410 f.2'de belirtilen şartların bulunması halinde, tek bir paya sahip olan kişiler tarafından da kullanılabilir¹⁰⁰².

Bilindiği gibi genel kurul toplantıları olağan ve olağanüstü olmak üzere ikiye ayrılır. Her ne kadar iki toplantı türünde genel kurulun yetkileri bakımından bir farklılık bulunmasa da kanun olağan genel kurul toplantısında bazı hususların görüşülmesi zorunluluğu getirmiştir (TTK m.409). Finansal tabloların onaylanması ve dağıtılacak kâr oranlarının belirlenmesi de olağan genel kurul toplantısında tartışılması gereken hususlardan biri olarak sayılmıştır.

Bu durum, beraberinde bir sorun getirmektedir. Olağan genel kurul gündemi belirlenirken ve pay sahiplerine duyurulurken, şirketin kâr dağıtımı konusunda karar alacağına dair bir gündem maddesi bulunmaması halinde, şirket genel kurulunda kârın kullanımına dair bir karar alınması halinde gündeme aykırılık söz konusu olacak mıdır? Öğretide olağan genel kurul gündeminde kârın kullanılması konusunda karar alınacağı belirtilse de gündemde bu konuya yer verilmemesi halinde, genel kurulun kâr dağıtımı konusunda karar almasının gündeme aykırılık teşkil edeceği belirtilmektedir¹⁰⁰³. Kanaatimizce sorunun çözümü bakımından gündeme bağlılığın amacı dikkate alınmalıdır. Gündeme bağlılık ilkesinin amaçlarından bir tanesi pay sahiplerinin oy kullanacakları konuda bilgi edinmelerine olanak tanımaktır. Her ne kadar kanunda olağan genel kurulun içeriğinde kârın kullanımı konusunda karar alınması bulunsu da bu hususun pay sahiplerine gönderilen gündemde yer almaması hukuka aykırı olacaktır. Öte yandan böyle bir hukuka aykırılığın somut olayda bir etkisi bulunması gerekir. Örneğin pay sahibi gündemde yer almasa bile yönetim kurulu üyeleri tarafından bu konuda bilgilendirildiğinde, bu hususun salt gündemde yer almamasına dayanarak iptali isteyememelidir. Aynı şekilde TTK m.437 f.1 uyarınca kâr dağıtım önerisinin de şirket merkezinde hazır bulunması gerektiğinden bu belgeleri

¹⁰⁰⁰ TTK m.410 uyarınca genel kurulu toplantıya çağırmaya yetkili organ aslen yönetim kurulu olsa da belirli şartlarla azlığın veya sınırlı hallerde tek pay sahibinin dahi genel kurulu toplantıya çağırması olasılığı bulunmaktadır. TTK m.413'te gündemi belirleyecek kişinin somut olarak değil, genel bir ifade ile belirlenmesinin sebebi bu farklı ihtimalleri dikkate almasıdır.

¹⁰⁰¹ Gürbüz Usluel, s.68.

¹⁰⁰² Gürbüz Usluel, s.68.

¹⁰⁰³ Badak, s.196.

inceleyen bir pay sahibi de kâr dağıtım kararı konusunda hazırlıksız sayılamaz. Bu gibi hallerde, gündeme usulüne uygun ilan edilmese bile, gündemin eksik ilanının somut olaya bir etkisi olmadığı için, genel kurul kararının iptali de istenememelidir. Kanaatimizce böyle bir yorum TTK m.446 hükmü ile uyumlu olacaktır.

4. Genel Kurulda Bulunma Zorunluluğuna Aykırılık

TTK, genel kurul toplantılarında en az bir yönetim kurulu üyesinin, varsa murahhas müdürlerin ve denetçinin bulunmasını zorunlu kılmıştır (TTK m.407). Her ne kadar TTK pay sahiplerinin genel kurul toplantılarına elektronik ortamda katılmalarına yönelik bir olanak getirmiş olsa da toplantıda bulunmakla yükümlü olan yönetim kurulu üyeleri ve denetçi bakımından bunun mümkün olmadığı ve bu kişilerin genel kurula fiilen katılması gerektiği belirtilmektedir¹⁰⁰⁴.

Yönetim kurulu üyesinin genel kurul toplantısına katılmamasının yaptırımının ne olacağı kanunda açık şekilde düzenlenmemiştir¹⁰⁰⁵. Bir görüşe göre, katılmakla yükümlü kişilerin genel kurul toplantısında bulunmaması halinde, bu konudaki itiraz tutanağa geçirilirse finansal tabloların onaylanmasına ve kârın kullanımına ilişkin kararların iptalinin istenmesi mümkündür¹⁰⁰⁶. Diğer bir görüşe göre ise Gerekçe, katılma yükümlülüğüne aykırılığın geçerliliğe etki etmeyeceğini belirttiği için sırf bu hükmün ihlalinin genel kurul kararlarının iptalini istemek için bir dayanak sayılması mümkün değildir¹⁰⁰⁷. Ancak her koşulda, denetçinin toplantıda bulunmamasının pay sahiplerinin zarara uğramasına yol açması halinde sorumluluğu söz konusu olacaktır¹⁰⁰⁸.

Yönetim kurulu üyesi gibi, kanun denetçinin de genel kurul toplantısına katılımını zorunlu kılmıştır. Denetçinin toplantıya katılmamasının hukuki sonucu bakımından da kanunda bir belirsizlik bulunmaktadır. Ancak öğretide, denetime ilişkin konularda pay sahibi soru sormuş ve bu sorular yanıtsız kalmışsa, finansal tabloların onaylanması ve kârın kullanımına dair kararların iptalinin mümkün olduğu belirtilmektedir¹⁰⁰⁹.

¹⁰⁰⁴ Bahtiyar/Hamamcıoğlu, s.76.

¹⁰⁰⁵ Bunun bir eksiklik olduğu yönündeki haklı eleştiri için bkz. Moroğlu, **Genel Kurul**, s.124, Bahtiyar/Hamamcıoğlu, s.74.

¹⁰⁰⁶ Pulaşlı, **GK Kararları**, s.890. Ancak bunun için pay sahibinin bu konudaki itirazını tutanağa geçirmesi gerektiği belirtilmektedir.

¹⁰⁰⁷ Moroğlu, **Genel Kurul**, s.124. Yazar bu durumda şartları varsa, katılma yükümlülüğünü ihlal eden kişilere karşı sorumluluk davası açılabileceğini belirtmektedir.

¹⁰⁰⁸ Tekinalp, **Yeni Hukuk**, s.301.

¹⁰⁰⁹ Pulaşlı, **GK Kararları**, s.891.



Üçüncü Bölüm: Dağıtılan Kâra Katılma Yetkisi ve Kâr Payı Alacağı

Birinci bölümde kâr payı hakkı incelenirken, kâr payı hakkının pay sahibine iki temel yetki verdiği açıklanmıştı. Bu yetkilerden ilki şirketin kâr dağıtım kararı alması halinde dağıtıma katılma yetkisi, diğer ise şirketi kâr payı dağıtımına zorlama yetkisidir. Dağıtılan kâra iştirak yetkisi uyarınca pay sahibi, şirket tarafından dağıtıma karar verilen tutardan sahip olduğu paylara denk düşen miktarda kâr payı almaya hak kazanmaktadır. Bu şekilde, dar anlamda kâr payı hakkı, pay sahibi bakımından belirli oranda bir kâr payı alacağına dönüşmektedir.

Bu bölümde, kâr dağıtımına katılma yetkisi ve bunun sonucunda ortaya çıkan kâr payı alacağı hakkına ilişkin kurallar ele alınacaktır. Bu bağlamda ilk olarak, hak sahibinin tespit edilmesi önem taşımaktadır. Kâr dağıtımına katılma yetkisi, pay sahipliğine tanınmış bir yetkidir¹⁰¹⁰. O nedenle pay sahipliği sıfatının kazanılması yollarının kâr payı hakkı bakımından gösterdiği özelliklere değinilecektir. Bu bağlamda özellikle pay sahipliğinin kazanılma anı ile kâr dağıtımına iştirak yetkisi arasındaki ilişki ele alınacaktır.

Hemen belirtmek isteriz ki, pay sahipliği konumu ile kâr payı hakkı arasındaki bağ bozulmaz nitelikte değildir. Bazı hallerde, pay sahibi kâr payı hakkından yararlanma imkanından yoksun bırakılmaktadır. Bu nedenle de pay sahibi sıfatının tespiti bazı hallerde kâr payı hakkı sahibinin kim olduğunu belirlemek için de yeterli olmayacaktır. Çalışmamızda bu şekilde pay sahipliği sıfatı ile kâr payı hakkı sahipliğinin örtüşmediği hallere de değinerek hak sahipliği sıfatına ilişkin çerçevenin çizilmesi hedeflenmektedir.

Anonim şirketlerde dağıtılan kârdan pay alan, diğer bir ifade ile dağıtılan kâra katılan tek grup pay sahipleri değildir. Kanun yönetim kurulu üyeleri, şirket çalışanları ve intifa senedi sahipleri gibi grupların da kârdan pay almasına ilişkin özel düzenlemeler getirmiştir. Her ne kadar çalışma konumuz anonim şirketlerde pay sahiplerinin kâr payı hakkı olsa da bu hak dağıtılan kârı paylaşmak bakımından sözü geçen diğer gruplar ile bir yarış içerisindedir. Diğer bir ifade ile kârdan pay alacak

¹⁰¹⁰ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-I**, s.626, Yüksel, **Yeni Paylar**, s.393.

diğer gruplar, pay sahibinin kâr payı hakkı bakımından fiilen sınırlayıcı bir rol üstlenmektedirler. O nedenle de pay sahibinin kâr payı hakkının anlaşılabilmesi için, diğer grupların kâr payı hakkına ilişkin genel kuralların açıklanmasında yarar bulunmaktadır.

Bilindiği üzere pay sahipliği hakları ile sahip olunan pay miktarı arasındaki ilişkiye göre pay sahipliği hakları bir tasnife tabi tutulmaktadır. Sorumluluk davası açma, genel kurula katılma ve bilgi alma hakkı gibi haklar bakımından pay sahibinin sahip olduğu pay sayısının bir önemi yoktur. Ancak bazı pay sahipliği hakları bakımından sahip olunan pay miktarı önem taşır. Bu haklar bakımından da bir ayırım yapılması mümkündür. Buna göre, bazı haklar pay sahibinin sahip olduğu pay miktarına göre oransal bir artış gösterirken, ki bunlara oransal haklar denir, bazı haklar pay sahibinin sahip olduğu payların belirli bir eşiği aşması halinde kullanılabilir. Bu ikinci grup haklara ise azınlık hakları denilmektedir. Kâr payı hakkı oransal haklara benzerlik göstermektedir. Ancak kâr payı hakkının kendine has özelliklerinden dolayı, oransallık ilkesinin bir miktar değiştirilerek kâr payın iştirak yetkisinin sermaye için yapılan ödemeler ile oranlı olduğu düzenlenmiştir. Ayrıca esas sözleşme düzenlemeleri yoluyla, bu farklılaşmış oransallık uygulamasından sapılması veya imtiyazlı paylar yoluyla bu kurala istisnalar getirilmesi de mümkündür.

Bu bölüm altında son olarak ise, dağıtılan kâr payına katılma yetkisinin sonucu olarak kâr payı alacağına değinilecektir. Dağıtılan kâra iştirak, pay sahibi lehine bir alacak hakkı doğurur. Bir alacak hakkı olarak, kâr payı alacağının konusu, muacceliyeti veya ifasına ilişkin özellikli durumlara ilişkin açıklamalar ile kâr payı alacağının özellikleri ortaya konulacak ve bu şekilde dağıtılan kâra iştirak yetkisinin sonucu da açıklanmış olacaktır.

I. Hak Sahipliğinin Başlangıcı

A. Genel Olarak

Kâr payı hakkı, paya bağlı bir haktır¹⁰¹¹. Bunun sonucunda pay sahipliği sıfatının kazanılması ile birlikte, pay sahibi de kural olarak kâr payı hakkını kazanmış olur. O nedenle pay sahipliği sıfatının kazanılması çoğu zaman kâr payı dağıtımına iştirak yetkisinin de kazanılması anlamına gelir. Bu bağlamda ilk olarak, pay sahipliği

¹⁰¹¹ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-I**, s.626, Yüksel, **Yeni Paylar**, s.393.

sıfatının nasıl kazanıldığı ve kâr payı hakkının pay sahipliği sıfatının iktisabı ile ilişkisine kısaca değinilecektir.

Bilindiği üzere pay sahipliğinin kazanılması, şirkete sermaye taahhüdünde bulunarak yeni oluşturulan payların iktisabı yoluyla (aslen iktisap) veya mevcut payların pay sahibinden devralınması (devren iktisap) yoluyla gerçekleşebilir. İki iktisap türüne ilişkin süreç farklılık göstermektedir. O nedenle aşağıda iki farklı iktisap yöntemi ve bunun sonuçları bakımından ayrı ayrı açıklama yapılacaktır.

1. Aslen İktisap Halinde

Anonim şirketlerde pay iktisabının ilk türü, aslen iktisaptır. Aslen iktisap payın, çıkartılmasıyla beraber birinci elden iktisap edilmesi anlamına gelmektedir. Aslen iktisap anonim şirketin kuruluşunda veya sermaye artırımında pay bedelini taahhüt yoluyla gerçekleşir¹⁰¹². Aslen iktisap teşkil eden işlemlerde, paylar ilgili işlemin ticaret siciline tescili ile doğmaktadır¹⁰¹³. Bu nedenle de payların doğması ile birlikte, payların sahibi kâr payı hakkı da dahil olmak üzere, ortaklık haklarını kazanmış olacaktır.

Ancak bu noktada aslen pay iktisabının kâr dağıtımına katılma yetkisi bakımından özel durumuna değinmek gerekir. Pay sahibinin şirketten aldığı kâr payı, pay sahiplerinin şirkete getirdiği sermayenin işletilmesi sonucu elde edilen bir semere niteliğindedir. Bu durumda paylardan doğan kâr payı hakkının payların doğumundan önce şirket tarafından elde edilen kârın dağıtılmasına iştirak yetkisi verip vermediği sorusu ortaya çıkmaktadır. Daha açık bir ifade ile aslen iktisap edilen paylar, iktisap öncesinde şirket tarafından elde edileni ancak iktisap sonrasında dağıtımına karar verilen kâra katılma yetkisi verecek midir?

Halka açık anonim ortaklıklar bakımından SPK m.19 f.3 hükmü bu soruya açık bir yanıt vermektedir. SPK m.19 f.3 hükmü uyarınca “*Halka açık ortaklıklarda kâr payı, dağıtım tarihi itibarıyla mevcut payların tümüne, bunların ihraç ve iktisap tarihleri dikkate alınmaksızın eşit olarak dağıtılır*”¹⁰¹⁴. Bu nedenle, eğer dağıtım zamanında

¹⁰¹² Meier-Hayoz/Forstmoser, s.504, Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-I**, s.581, Pulaşlı, **Şerh II**, s.1810. Ayrıca birleşme, bölünme ve tür değiştirme işlemlerinde de payın aslen iktisap edildiği yönünde bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-I**, s.581, Pulaşlı, **Şerh II**, s.1810.

¹⁰¹³ Anonim şirketin kuruluşu işlemin bakımından bkz. Pulaşlı, **Şerh II**, s.1811. Sermaye artırımları bakımından ise bkz. Üçışık/Çelik, s.314, Yüksel, **Yeni Paylar**, s.391.

¹⁰¹⁴ ESPK döneminde, ihraç tarihlerine bakılmadan kâr payına katılacak paylar “hesap dönemi sonu itibarıyla mevcut olan” paylardı. Bu hükme göre, hesap dönemi sonrasında, ancak dağıtım öncesinden

aslen iktisap gerçekleşmişse, bu paylar da dağıtılan kâr payına iştirak etme yetkisi verecektir. Bu hüküm uyarınca, kâr payı hakkı bakımından esas alınacak an, kâr dağıtım kararının alındığı an olmayıp dağıtım zamanıdır.

Kapalı anonim şirketler bakımından ise bu konuda açık bir hüküm bulunmamaktadır. TTK m.508 hükmü, kâr payı hakkının pay sahibinin şirkete yaptığı ödemelerle orantılı olduğunu belirtmektedir. Öğretide bu hükümden yola çıkarak, pay sahibinin sermaye getirmek suretiyle elde edilmesine katkıda bulunmadığı kârın dağıtımına iştirak edemeyeceği belirtilmektedir¹⁰¹⁵. Bu sonuç, pay sahibi açısından kârın şirkete getirilen sermayenin semeresi olması ile tutarlıdır¹⁰¹⁶. Sonuç olarak, pay sahibi aslen iktisap yoluyla pay sahipliğini ve buna bağlı olarak da dar anlamda kâr payını iktisap edecek olsa da kâr dağıtımına katılma yetkisi, pay iktisabından önce elde edilen kârın dağıtımı bakımından geçerli olmayacaktır.

Kapalı anonim şirketler bakımından bizim de kabul ettiğimiz bu sonuç, bir başka önemli soruya yol açmaktadır. Acaba net dönem kârı bakımından tutarlı olan bu çözüm, serbest yedek akçelerden yapılacak dağıtımlar bakımından da geçerli olacak mıdır? Diğer bir anlatımla, pay sahibinin payı iktisap etmesinden önce şirketin elde ettiği kârdan ayrılan yedek akçelerin dağıtımına karar verilmesi halinde, söz konusu paylar serbest yedek akçelerden yapılacak dağıtıma katılma hakkına sahip olacak mıdır?

Tespit edebildiğimiz kadarı ile öğretide payların kârdan yararlanma tarihi incelenirken, kâr payının kaynağına göre bir ayırım yapılmamaktadır. Ancak kanaatimizce böyle bir ayırım hem uygulama kolaylığı hem de menfaatler dengesi bakımından anlamlı olacaktır. Öncelikle serbest yedek akçelerden yapılacak dağıtımlara iştirak yetkisi için payın serbest yedek akçenin dayanağı olan olayın varlığı

ihraç edilmiş paylar kâr dağıtımına hak kazanmamış olacaktır EPSK dönemindeki düzenleme, uyarınca her ne kadar kıst el yevm kuralı uygulanmasa da oransallık ilkesinden sınırlı bir sapma olarak değerlendirilmesi mümkündür. SPK m.19 hükmü ise kâr payına hak kazanılması bakımından kâr dağıtım tarihi dikkate alınacağını belirtmektedir. Bu durumda dağıtım anında mevcut olan payların tamamı kâr payına hak kazanacaktır. O nedenle kâr payı hakkı bakımından eski-yeni pay ayırımı tamamen kaldırılmıştır. Bkz. Çetin/Töremiş/Cantimur, s.61-62.

¹⁰¹⁵ Üçışık/Çelik, s.315, Yüksel, **Yeni Paylar**, s.393, Badak, s.172-173. Aksi yönde bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-I**, s.626. Konunun İsviçre hukukunda da tartışmalı olduğu yönünde bkz. Yüksel, **Yeni Paylar**, s.395, dn.57.

¹⁰¹⁶ Üçışık/Çelik, s.315, Yüksel, **Yeni Paylar**, s.393. Nitekim bu sebeple iç kaynaklardan artırım sonucunda çıkan bedelsiz payların dağıtılan net dönem kârına katılma bakımından mevcut paylar ile aynı şekilde katılma yetkisi verdiği belirtilmektedir. Zira, iç kaynaklardan yapılan artırım da aynen kâr payı hakkı gibi anonim ortaklığın sermayesinin işletilmesinden elde edilen bir artı değer sermaye olarak şirkette tutulmasına dayanmaktadır. Bkz. Üçışık/Çelik, s.315.

sırasında mevcut olmasını aramak, pay sahiplerinin kâr payına katılma oranlarının tespiti bakımından önemli hesaplama ve öngörü zorluklarını beraberinde getirecektir. O nedenle böyle bir yorumun gerek pay sahipleri gerekse şirket bakımından getireceği hesap yükünü göz önünde bulundurmak gerekir. Üstelik bu hesap her zaman mümkün de olmayabilir. Unutmamak gerekir ki, yedek akçeler fiktif bilanço kalemleridir ve bu kalemler birleşerek bir yedek akçe havuzu oluşturmaktadır. Şirketin bazı yıllarda kâr bazı yıllarda zarar etmesi ve bazı yıllarda ise kâr dağıtımını yapması halinde, yapılacak dağıtımın hangi yıl kârından ayrılan yedek akçe olduğunun tespiti anlamlı bir ayırım değildir. Böyle bir yaklaşım, farklı zamanlarda doldurulan bir havuzda eski su-yeni su ayırımı yapmaya benzer ve kaçınılmaz olarak yapay sonuçlar doğuracaktır. Üstelik böyle bir ayırım yapmayı haklı kılan bir menfaat de bulunmamaktadır. İlk bakışta şirkete sermayeyi daha önce getiren pay sahiplerinin şirket değerinin oluşmasında daha fazla katkısı olduğu, o nedenle de net dönem kârından olduğu gibi bir anlamda birikmiş kârı gösteren yedek akçelerden yapılan dağıtım bakımından da dağıtıma katılma yetkilerinin korunması gerektiği düşünülebilir. Ne var ki, kıdemli pay sahiplerinin bu menfaati farklı şekillerde korunabilir. Sermaye artırımında payların primli ihracı, şartları varsa kurucular için intifa senedi çıkartılması, mevcut payların imtiyazlı hale getirilmesi yahut rüçhan haklarının satışı gibi yollarla şirkete daha erken aşamada yatırım getiren pay sahiplerinin mali menfaatlerinin korunması mümkündür. Bu gibi yollarla kıdemli pay sahiplerinin korunması mümkünken, şirketin finansal düzenini oldukça karmaşık hale getirmeye ihtiyaç bulunmadığı kanaatindeyiz.

Son olarak eklemek gerekir ki, şirket esas sözleşmesinde açık bir düzenleme getirilerek, halka açık anonim ortaklıklarda olduğu gibi, kapalı anonim ortaklıklarda da payların ihraç zamanına bakılmaksızın tüm payların kâr dağıtımına iştirak edeceğinin kararlaştırılması mümkündür¹⁰¹⁷. Bu şekilde hem paylar arasındaki eski-yeni ayrımı kısmen giderilmiş olacaktır hem de yukarıda aksettirmeye çalıştığımız serbest yedek akçelerden yapılacak dağıtımlara ilişkin belirsizlik giderilmiş olacaktır.

Eklemek isteriz ki, bu konuda mehz İsviçre hukukundaki çözüm de üzerinde düşünülmesi gereken bir çözüm sunmaktadır. İBK m.650 f.2 b.3, sermaye artırımında ihraç edilen yeni payların hangi tarihten itibaren kâra iştirak yetkisi vereceğinin

¹⁰¹⁷ Gürbüz Usluel, s.156.

belirlenmesi gerekliliğini düzenlemektedir¹⁰¹⁸. Sermaye artırımından böyle bir düzenleme yapılması, anonim şirkette pay sahipleri arasındaki menfaat dengesine göre bir belirleme yapmayı teşvik edeceği için uyumsuzlukların engellenmesi için iyi bir çözüm olacaktır. Bununla birlikte, sermaye artırımında böyle bir belirleme yapılmaması halinde, yedek hukuk kuralı olarak, yeni çıkartılan payların ihraç öncesinde elde edilen net dönem kârından yapılan dağıtıma iştirak yetkisi vermemekle birlikte, serbest yedek akçelerden yapılacak ayrıma katılma yetkisi vereceğinin düzenlenmesi pozitif hukuktaki durumu kanuna aktararak şüpheleri giderecektir.

2. Devren İktisap Halinde

Pay sahipliğinin diğer kazanılış şekli, mevcut bir payı pay sahibinden devralınmasıdır. Devren iktisap olarak ifade edilen bu durumda, şirket payları mevcut pay sahibinden yeni pay sahibine geçmektedir¹⁰¹⁹. Devren iktisap sonucunda yeni pay sahibi ortaklık haklarını, kâr payı hakkı da dahil olmak üzere devralmaktadır. Bu nedenle aşağıda anonim şirketlerde pay devrine ve bu devir işlemlerinin kâr payı hakkının geçişine ilişkin özelliklerine değinilecektir. Son bölümde ise, devren iktisap yoluyla elde edilen payların kâr payı dağıtımına katılma yetkisi ile olan ilişkisi açıklanacaktır.

a. Genel Olarak Payın Devri ve Pay Defterine Kayıt

Anonim şirketlerde pay devrinin şekli, pay devrinin senede bağlanıp bağlanmamasına göre farklılık arz eder. Eğer devre konu pay için hamiline yazılı senet çıkartılmışsa senetlerin devredilmesi ortaklık haklarının devri için yeterlidir. Nama yazılı senet çıkartılmış payların devri için ise senedin ciro edilmesi ve yeni pay sahibine teslim edilmesi gerekir. Eğer paylar için senet çıkartılmamışsa, ortaklık haklarının nasıl devredileceği konusunda bir hüküm bulunmasa da öğretide senede bağlanmamış payların da devredilebileceği, bu devre alacağın temlik hükümlerinin kıyasen uygulanacağı kabul edilmektedir¹⁰²⁰. Bu nedenle de pay sahibinin yazılı bir devir beyanında bulunması, ortaklık haklarının devralana geçmesi için yeterli olmaktadır.

¹⁰¹⁸ İlgili hükmün sermaye artırımı bakımından Türk hukukuna alınmadığı, ancak birleşme sözleşmesi (TTK m.146) ve bölünme sözleşmesi bakımından (TTK m.167) bu yönde düzenleme bulunduğu dair bkz. Yüksel, **Yeni Paylar**, s.397-398.

¹⁰¹⁹ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-I**, s.548, Pulaşlı, **Şerh II**, s.1811.

¹⁰²⁰ Birçok yazar yerine örnek olarak bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-I**, s.548, Pulaşlı, **Şerh II**, s.1811. İsviçre hukukundan örnek olarak bkz. Benz, Ulrich, **Aktienbuch und Aktionärswechsel**, SSHW Schulthess Verlag, 1981, s.77.

Yukarıda belirtilen ilkeler uyarınca payın devredilmesi, ortaklık haklarının ve eğer senet çıkartılmışsa senet üzerindeki mülkiyetin devrini de beraberinde getirmektedir. Devir işleminin gerçekleşmesi ile birlikte pay devrinin sonuçları doğmuş ve devralan kişi, ortaklık haklarını kazanmış olur¹⁰²¹. Bununla birlikte nama yazılı pay senetler ile senede bağlanmamış paylar bakımından devralanın ortaklık haklarını kullanabilmesi, diğer bir ifade ile şirkete karşı ileri sürebilmesi için pay sahibinin pay defterine kaydedilmesi gerekmektedir (TTK m.499 f.4). Aslında söz konusu kayıt, pay sahipliğinin kazanılması için açıklayıcı niteliktedir¹⁰²². Pay defterine kayıt şartına tabi olan pay sahipleri bakımından söz konusu kayıt yapılmadan, ortaklık hakları şirkete karşı ileri sürülemez¹⁰²³.

Ortaklık haklarının şirkete karşı ileri sürülebilmesi, diğer bir ifade ile kullanılabilmesi için pay defterine kayıt şartı, kâr payı hakkı bakımından da bazı sonuçlar doğurmaktadır. Öncelikle şirket, pay defterine kaydedilmemiş kişiye kâr payı ödemesi yapmak zorunda değildir. Pay sahibi devir ile birlikte kâr payı hakkını kazanmış olsa dahi, şirketten öncelikle pay defterine kaydını talep edecek, ancak bu kayıttan sonra kâr payı hakkının ödenmesini talep edebilecektir. İkinci olarak, ortaklık haklarının kullanılması konusunda şirket, pay defterinde kayıtlı olan kişilerin hak sahibi olduğunu varsayarak hareket edebilecektir. Bu nedenledir ki, şirket pay defterinde kayıtlı olan kişiye kâr payı ödemeyerek kâr payı alacağını ifa borcundan kurtulur¹⁰²⁴. Öğretide belirtildiği üzere, pay sahibinin yanlış beyanı sonucu yapılan kayıtlar bakımından da aynı sonuç kabul edilmektedir. Buna göre, şirket, TTK m.500 uyarınca pay defterinde düzeltme yapmadan önce pay sahibi olarak kayıtlı kişiye kâr payı ödemesinde bulunmuşsa, kâr payının ödenmesi borcu sona ermiş olacaktır¹⁰²⁵.

Ekleme gerekir ki, pay sahipliği sıfatının kazanılması için pay defterine kayıt açıklayıcı niteliktedir. Bu nedenle pay defterine kayıt gerçekleşmeden de pay

¹⁰²¹ Pay devrinin şirketin onayına tabi tutulması halinde, pay devir işlemi şirketin onayı ile gerçekleşecektir. Açıklama için bkz. Aşağıda b-Bağlı Nama Yazılı Payların Durumu.

¹⁰²² Örnek olarak bkz. Meier-Hayoz/Forstmoser, s.506, Benz, s.114, Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-II**, s.131, Pulaşlı, **Şerh II**, s.1816.

¹⁰²³ Bu açıdan payın mülkiyetinin ve hatta pay sahipliği haklarının kazanılabilmesi ile bu hakların kullanılabilmesi, birbiri ile bağlantılı iki farklı durumdur. Bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-II**, s.126, Benz, s.115.

¹⁰²⁴ Akın, Murat Yusuf, **Anonim Ortaklıkta Bağlı Nama Yazılı Hisseler**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s.193.

¹⁰²⁵ Akın, **Bağlı Nama Yazılı Hisseler**, s.211. Şüphesiz ki, pay defterindeki durumun gerçek durumu yansıtmadığının şirket tarafından bilinmesi halinde, şirketin ifası şirketin sorumluluğunu sona erdirmeyecektir.

sahipliğine bağlı haklar devralana geçecektir¹⁰²⁶. Bu durum kâr payı hakkı bakımından pratik sonuçlar doğurmaktadır. Örneğin pay sahibi payları iktisap etmiş olmasına rağmen, pay defterine kayıt gerçekleşene kadarki zamanda genel kurul tarafından pay dağıtım kararı alınırsa, devralan pay sahibi dağıtılan kâra katılma yetkisine sahip olacaktır. Şirket kâr payı alacağını ifa etmediği takdirde ise, pay sahibinin açacağı alacak davası öncesinde ayrıca pay defterine kayıt talebinde bulunması zorunlu olmayacaktır.

b. Bağlı Nama Yazılı Payların Durumu

TTK m.490 uyarınca anonim şirket paylarının devri kural olarak serbesttir. Bu nedenle de devir işlemi için şirketin onayının alınması zorunluluğu bulunmamaktadır. Bununla birlikte kanun koyucu, belirli hallerde borsaya kote edilmemiş¹⁰²⁷ nama yazılı payların devrini şirketin onayına tabi kılmıştır. Bu şekilde şirket paylarının devrinin şirketin devre onay vermesi şartına bağlanması, öğretide¹⁰²⁸ “bağlam” olarak isimlendirilmektedir¹⁰²⁹. Bağlam hukuki kaynağına göre, kanuni bağlam ve esas sözleşmeye dayanan (esas sözleşmesel) bağlam olarak ikiye ayrılmaktadır¹⁰³⁰. Kanuni bağlam TTK m.491’de düzenlenmiştir. Buna göre, paylardan doğan sermaye taahhüdü henüz ifa edilmemişse ilgili payların devredilmesi şirketin onayına tabi kılınmıştır. Kanuni bağlamın söz konusu olması için şirket esas sözleşmesinde bu konuda hüküm bulunması zorunluluğu yoktur. Esas sözleşmesel bağlam ise, şirket esas sözleşmesinde şirket paylarının devrinin şirketin onayına bağlanması halinde söz konusu olmaktadır. TTK m.492 f.1, şirket esas sözleşmesinde yer alan bir hükümle şirket paylarının devrinin şirket onayına tabi kılınabileceğini belirtmişken, takip eden hükümlerde esas

¹⁰²⁶ Benz, s.116, Akın, **Bağlı Nama Yazılı Hisseler**, s.192, Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-II**, s.131.

¹⁰²⁷ Aslında TTK m.495 hükmü borsaya kote edilmiş paylar bakımından da bir bağlam rejimi düzenlemiştir. Ne var ki, Borsa İstanbul AŞ Kotasyon Yönergesi söz konusu hükmü fiilen uygulanamaz hale getirmiştir. Yönergede payların borsaya kote edilmesi için paylar üzerinde devir sınırlaması bulunmaması şartı getirilmiştir. O nedenle de bağlam hükümleri fiilen sadece borsaya kote olmayan paylar bakımından söz konusu olacaktır.

¹⁰²⁸ Bağlının kanuni bir tanım olmayıp öğreti tarafından geliştirildiği yönünde bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-II**, s.135.

¹⁰²⁹ Benzer esaslara dayanan birçok bağlam tanımı yerine örnek olarak bkz. Bozkurt, Tamer, **Anonim Şirketlerde Pay Devrinin Sınırlandırılması (Bağlam)- Die Vinkulierung**, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2016, s.11. Belirtmek gerekir ki, yazar bağlamın hukuki dayanağı ve etkisini de içeren daha geniş ve kapsamlı bir tanıma yer vermektedir. Ancak yazarın yaptığı kapsamlı tanımın özü ile burada aktardığımız tanım ile uyumlu olduğunu kanaatindeyiz.

¹⁰³⁰ Söz konusu kavramlara ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-II**, s.139 vd., Bozkurt, s.14. vd.

sözleşmede yapılabilecek düzenlemeye ilişkin esaslar ve esas sözleşme uyarınca getirilen bağlama dair sonuçlar düzenlenmiştir.

İster kanundan ister esas sözleşmeden doğsun, bağlamın söz konusu olduğu durumlarda, payların ve dolayısıyla ortaklık haklarının devralan kişiye geçişi kapalı anonim şirketlerde şirketin¹⁰³¹ onayı ile gerçekleşir¹⁰³². Bu durum kâr payı hakkının geçişi bakımından da geçerlidir. Bağlı paylarda taraflar arasında geçerli bir devir taahhüdü bulunsa ve hukuka uygun şekilde devir işlemleri yapılsa dahi, payları devralmak isteyen kişi, şirket onaylamadıkça kâr payı hakkı da dahil olmak üzere ortaklık haklarını iktisap etmiş olmayacaktır.

TTK m.491 ve TTK m.494 hükümleri, şirkete belirli şartlar altında devre onay vermekten kaçınma hakkı tanımaktadır¹⁰³³. Bu şartlar bulunmadığı takdirde, şirket devre onay vermek zorunda olup şirketin onayı ile birlikte paylar devralana geçecektir. Söz konusu şartların bulunması ve şirketin devre onay vermemesi halinde, pay devri gerçekleşmeyecek ve ortaklık haklarının tamamı devredende kalmaya devam edecektir (TTK m.494). Diğer bir ifade ile şirketin onayı, pay devrine yönelik bir koşul olarak düzenlenmiştir¹⁰³⁴.

Belirtmek gerekir ki, TTK’da kabul edilen bu çözüm ETTK döneminden farklılık göstermektedir. ETTK döneminde, şirketin pay devrine onay vermemesi halinde ortaklık haklarının durumunun ne olacağı konusunda öğretide farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bölünme teorisi olarak ifade edilen görüşe göre, bağlı nama yazılı payların devrine şirket onay vermediği takdirde, yönetime ilişkin ortaklık hakları devreden pay sahibinde kalırken, mali nitelikteki ortaklık hakları, ki kâr payı hakkının da bu nitelikte olduğu tartışmasızdır, devralana geçmektedir. Öğretideki diğer görüş

¹⁰³¹ Şirket adına devre onay vermeye yetkili organ yönetim kuruludur. Ancak esas sözleşmeye konulacak bir hükümle buy yetkinin genel kurula devredilmesi de mümkündür. Bkz. Akın, **Bağlı Nama Yazılı Hisseler**, s.185, Altay, Anlam, **“Türk ve İsviçre Anonim Ortaklıklar Hukuku’nda Esas Sözleşmesel Bağlam”**, İsviçre Borçlar Kanunu’nun İktibasının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukuku’nun Türk Ticaret Hukuku’na Etkileri, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s.573-574.

¹⁰³² Öğretide devir anının şirkete başvuru anı değil, şirketin onay anı olduğu ifade edilmektedir. Böckli, **Aktienrecht**, s.745, Akın, **Bağlı Nama Yazılı Hisseler**, s.112. Ancak borsaya kote şirketler bakımından farklı bir düzenleme mevcuttur. Borsaya kote şirketlerde payların borsadan iktisap edilmesi halinde iktisap anından itibaren haklar devralana geçerken, borsa dışı iktisaplarda hakların geçişi onay için şirkete başvurunun yapılması anı olarak düzenlenmiştir (TTK m.497).

¹⁰³³ Kanuni bağlam ve esas sözleşmede şirketin devre onay vermekten kaçınabileceği haller oldukça kapsamlı bir incelemeyi gerektirmekte ve birçok tartışmayı barındırmaktadır. Çalışma konumuzun odağından uzaklaşmamak adına, bu tartışmalara girilmemiştir. Bağlam kavramı ve şirketin onay vermekten kaçınabileceği hallere ilişkin kapsamlı çalışmalar için bkz. Akın, **Bağlı Nama Yazılı Hisseler**, Altay, **Esas Sözleşmesel Bağlam**, s.596 vd. İsviçre hukukundaki düzenlemelere genel bir bakış için bkz. Meier-Hayoz/Forstmoser, s.507 vd.

¹⁰³⁴ Bozkurt, s.15.

ise birlik kuramı olarak ifade edilmektedir. Birlik kuramı uyarınca, şirketin devre onay vermemesi halinde, pay devri gerçekleşmeyecek ve ortaklık haklarının tamamı devreden kişide kalacaktır¹⁰³⁵. ETTK döneminde bölünme teorisi kuvvetli şekilde savunulmuştur¹⁰³⁶. Bununla birlikte bölünme teorisi ortaklık haklarının ayrılmasına ve farklı kişilere ait olmasına yol açacağı için kanun koyucu tarafından uygun bir çözüm olarak kabul edilmemiş ve yukarıda açıklandığı üzere TTK'da birlik kuramı ekseninde bir çözüm benimsenmiştir.

Anonim ortaklık pay devrinde birlik kuramının kabul edilmesi karşısında pay devri işlemi ile birlikte ya tüm pay sahipliği hakları birlikte devredilecek ya da birlikte devredende kalacaktır. Bu sonucun alacağın temlikine ilişkin genel hükümlerle ilişkisine de kısaca değinmek gerekir. Özellikle de bağlı nama yazılı paylarda mali hakların pay sahipliğinden veya diğer ortaklık haklarından ayrı olarak devredilememesi karşısında, gelecekte doğacak¹⁰³⁷ kâr payı hakkının temlik konusunda bir soru akla gelmektedir. Genel kurulun dağıtım kararı sonucu doğmuş olan kâr payı alacağının temlik edilebilir olduğu konusunda herhangi bir tereddüt yoktur¹⁰³⁸. Acaba pay sahibi, pay sahipliğini ve dolayısıyla yönetsel hakları muhafaza ederken, gelecekte doğacak kâr payı haklarını, pay sahipliği sıfatından ayrı olarak devredebilecek midir? Öğreti bu soruya olumsuz yanıt vermektedir. Öğretide savunulan görüşe göre, pay sahibinin henüz doğmamış gelecekteki kâr payı haklarını temlik etmesi, mali haklar ile yönetime ilişkin pay sahipliği hakları arasında bir

¹⁰³⁵ Birlik teorisi ve bölünme teorisi konusundaki açıklamalar için bkz. Bozkurt, s.15 vd., Sevi, Ali Murat, **Anonim Ortaklıkta Payın Devri**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s.205 vd., Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku**, s.650 vd., Altay, **Esas Sözleşmesel Bağlam**, s.578 vd. İsviçre hukuku açısından bkz. Lutz, Peter, **Vinkulierte Namenaktien**, SSHW Schulthess, Zurich, 1988, s.40 vd.

¹⁰³⁶ Bölünme teorisini kabul eden yazarlara örnek olarak bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku**, s.652. Çalışmada ilgili bölümü yazan *Tekinalp*, bölünme teorisinin birçok sebeple eleştiriye açık olduğunu, ancak ETTK sisteminde azınlık pay sahiplerini koruyacak düzenlemelerin bulunmaması sebebiyle yine de bölünme kuramının tercihe şayan olduğunu belirtmektedir. İsviçre hukukunda da 1991 öncesinde bölünme teorisinin kabul edildiği yönünde bkz. Böckli, **Aktienrecht**, s.745, Meier-Hayoz/Forstmoser, s.509, Sevi, **Payın Devri-ETTK**, s.206. Bölünme teorisini savunan diğer yazarlara örnek olarak bkz. Sevi, **Payın Devri-ETTK**, s.211 vd.

¹⁰³⁷ Doğmuş kâr payı alacağının devrinin mümkün olduğu konusunda ise bir tereddüt bulunmamaktadır. Bkz. Locher, s.222, Üçışık/Çelik, s.372. Alman hukuku bakımından bkz. Wiegand, s.22.

¹⁰³⁸ Örnek olarak bkz. Böckli, **Aktienrecht**, s.746, Lutz, s.52, Akın, **Bağlı Nama Yazılı Hisseler**, s.114, Bozkurt, s.205.

ayrışmaya yol açacağından, böyle bir devrin yapılması birlik kuramını kabul eden sistem uyarınca mümkün değildir¹⁰³⁹.

Kanaatimizce konuya kâr payı hakkının farklı cephelerinden yaklaşmak mümkündür. TTK'da kabul edilen birlikte teorisi uyarınca, dar anlamda kâr payı hakkının diğer ortaklık haklarından ayrı olarak devrinin kabil olmadığı yönündeki görüşe katılıyoruz. Bu nedenle, bir kişinin dar anlamda kâr payı hakkından doğan kâr dağıtımına iştirak yetkisi ile şirketi kâr dağıtımına zorlama yetkilerini pay sahipliği sıfatından ayrı olarak iktisap etmesi mümkün değildir. Bununla birlikte, nitelik olarak bir alacak hakkı olan kâr payı alacağının temlik bakımından, alacağın temlikine ilişkin hükümlerin de göz ardı edilmemesi gerektiği kanaatindeyiz. Genel hükümler uyarınca belirli sınırlamalar çerçevesinde, henüz doğmamış bir alacağın temlik vaadi sözleşmesine konu olabileceği genellikle kabul edilmektedir¹⁰⁴⁰. Buradan hareketle, gelecekte dağıtılacak bir kâr payı alacağının henüz doğmamış alacakların temlikine ilişkin hükümler ışığında temlikinin de mümkün olması gerekir¹⁰⁴¹.

Temlik kabiliyeti bakımından kâr payı hakkı ile kâr payı alacağı arasında bir ayrım benimsemek ilk bakışta yapay görünebilir. Ancak ilk bölümde de ortaya koymaya çalıştığımız üzere dar anlamda kâr payı hakkı ile kâr payı alacağı birbirinden farklı nitelik gösteren ve hak sahibine farklı yetkiler veren haklardır. Dar anlamda kâr payı hakkı, kâr dağıtımına katılım yetkisinin dışında, kâr payı dağıtım kararı konusunda hukuki koruma talep etme haklarını da bünyesinde barındırmaktadır. Örneğin pay sahibinin kâr payı hakkının düzenli ve sistematik olarak ihlal edilmesi halinde, pay sahibinin TTK m.531 uyarınca haklı sebeple fesih davası açması imkanı bulunmaktadır. Bu açıdan dar anlamda kâr payı hakkı gerçek anlamda bir ortaklık hakkıdır. Halbuki kâr payı alacağı, hak sahibi bakımından salt malvarlıksal bir etki göstermekte ve hak sahibine sadece vadesinde borcun ifasını talep etme yetkisi tanımaktadır. Bu açıdan kâr payı alacağı, kaynağını ortaklıklar hukukunda bulsa da

¹⁰³⁹ Böckli, *Aktienrecht*, s.745, Bozkurt, s.16, Akın, *Bağlı Nama Yazılı Hisseler*, s.113. Bu bağlamda TTK m.494 hükmünün TBK m.183 f.2 kapsamında bir kanuni temlik engeli olduğu yönünde bkz. Böckli, *Aktienrecht*, s.746, Akın, *Bağlı Nama Yazılı Hisseler*, s.113

¹⁰⁴⁰ Eren, s.1234-1235, Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s.520. Bir diğer görüş, ise doğmamış alacaklar arasında bir ayrım yapmaktadır. Bu görüşe göre, henüz doğmamış bir alacak hakkı ancak alacağı temel olan alt ilişkinin kurulmuş olması şartıyla, beklenen hak devri olarak gerçekleştirilebilir. Bkz. Oğuzman/Öz, s.567. Kanaatimizce kâr payı alacağının doğacağı pay sahipliği ilişkisi mevcut olduğundan, bu görüş uyarınca ortaya koyan ölçütler de sağlanacağından gelecekte doğacak kâr payı alacağının temlikine bir engel bulunmamaktadır.

¹⁰⁴¹ Aynı yönde bkz. Lutz, s.52-53. Yazar ayrıca böyle bir çözümün, alacak hakkının borçlunun onayı olmaksızın devredilebileceğine ilişkin TBK m.183 ve İBK m.164 hükmü ile daha uyumlu olduğunu da belirtmektedir. Bkz.Lutz, s.53.

borçlar hukuku ilkelerine tabi bir borç ilişkisi doğurmaktadır¹⁰⁴². O nedenle ki, kâr payı alacağının temliki, ortaklığın işleyişi bakımından şirketin durumunda bir değişikliğe yol açmaz, sadece ödeme yapılacak kişiyi değiştirir. Örneğin, kâr payı alacağının devri halinde, şirketin yedek akçe ayırma kararına karşı iptal davası açma hakkı yine pay sahibinde kalmaya devam edecektir. O nedenle de gelecekte doğacak kâr payı alacağının temlikinin birlik kuramının getirmek istediği düzene aykırı olmadığı görüşündeyiz.

Bu bağlamda, kanaatimizce asıl yapay ayırım, doğmuş kâr payı alacağı ile doğmamış kâr payı alacağı arasında yapılan ayırım olacaktır. Şirket açısından doğmuş kâr payı alacağının temliki ile gelecekte doğacak kâr payı alacağının temliki arasında bir fark bulunmamaktadır. İki durumda da sadece şirketin ifada bulunması gereken kişi değişmektedir. Mevcut bir alacağın temliki ile gelecekte doğacak bir alacağın temliki arasındaki farklılık, temlik edenin menfaatlerinin ve kişilik haklarının korunmasına ilişkin olup borçlunun (şirketin) hukuki durumunu değiştirmemektedir. O nedenle de doğmuş kâr payı alacağının temliki ile gelecekte doğacak kâr payının temliki arasında şirketler hukuku bağlamında bir ayrımı gerekli kılan bir gerekçe kanaatimizce bulunmamaktadır.

c. Özel İktisap Halleri Bakımından

Esas sözleşmeye dayalı bağlam hükümleri, şirket paylarının devri açısından bazı iktisap hallerini farklı bir rejime tabi tutmuştur. Özel iktisap halleri¹⁰⁴³ olarak isimlendirilen miras, mirasın paylaşımı, eşler arasındaki mal rejimi hükümleri veya cebri icra yolu gibi¹⁰⁴⁴ kanunda sayılan devir yollarından biri ile payların devredilmesi halinde, şirket esas sözleşmesinde belirtilen haklı sebebe dayanarak onay vermekten kaçınmayacak ve devri sadece payları bizzat satın alma imkanına başvurarak engelleyebilecektir. Diğer bir ifade ile şirketin özel iktisap hallerinde pay devrine onay vermekten kaçınma yetkisi sınırlandırılmıştır.

¹⁰⁴² Meier-Hayoz/Forstmoser, s.496. Kâr payı alacağının doğması ile pay sahipliği haklarından bağımsız bir borçlar hukuku ilişkisi olduğu yönünde bkz. Wiegand, s.22.

¹⁰⁴³ Özel iktisap halleri kavramı için bkz. Bozkurt, s.213 vd., Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-II**, s.146. Özel iktisap halleri yerine, öğretide “bağlamın istisnaları” kavramı da kullanılmıştır. Bkz. Altay, **Esas Sözleşmesel Bağlam**, s.607.

¹⁰⁴⁴ Kanun sayılan devir yöntemleri bakımından sınırlı sayı ilkesinin geçerli olup olmadığı öğretide tartışmalıdır. Öğretide tespit edebildiğimiz kadarıyla çoğunluk görüşü bu haller bakımından sınırlı sayı ilkesinin geçerli olmadığı yönündedir. Bkz. Akın, **Bağlı Nama Yazılı Hisseler**, s.122, Bozkurt, s.229.

Özel iktisap hallerinin konumuz bakımından en önemli sonucu, ortaklık haklarının devrine ilişkin kabul edilen sistemde kendini göstermektedir. TTK m.494 f.2 hükmü uyarınca özel iktisap hallerinde, malvarlığına ilişkin haklar devir işlemi ile birlikte devralana geçmekte olup yönetime katılma hakları ise şirketin onayı ile devralana geçecektir. Diğer bir anlatımla, özel iktisap hallerinde devir sonucunda şirket onay verene kadarki süreçte mali haklar devralana geçerken, yönetime ilişkin haklar askıda kalmaktadır. Bu açıdan eski kanun döneminde çoğunluk görüşü olan bölünme kuramına benzer¹⁰⁴⁵ bir sonuç doğduğu söylenebilir.

Özel iktisap hallerine ilişkin kabul edilen bu sistemin, kâr payı hakkı bakımından nasıl bir sonuç doğuracağına da kısaca değinmek gerekir. Özel iktisap hallerinden birinin gerçekleşmesi üzerine, pay devri gerçekleşecek ve payı iktisap eden kişi, kâr payı hakkını kazanmış olacaktır. O nedenle de bu dönemde bir genel kurul toplantısı yapılması halinde, henüz yönetsel hakları iktisap etmemiş olan pay sahibi genel kurula katılamayacaksa da genel kurulda dağıtılmasına karar verilen kâr payına hak kazanacaktır. Bununla birlikte bu aşamada henüz pay defterine kayıt gerçekleşmediği için şirketin söz konusu kâr payı hakkını pay sahibine ödeyip ödemeyeceği sorusu ortaya çıkabilir. Esasen pay defterine kayıt, deftere kayıt zorunluluğu olan paylar bakımından, pay sahipliğinin geçişi bakımından zorunlu olmasa bile, yeni pay sahibinin bu hakları ileri sürmesi bakımından bir zorunluluktur. O nedenle de pay defterine kayıt gerçekleşene kadar yeni pay sahibi, şirketten kâr payı hakkının ödenmesini talep edemeyecektir. Pay defterine kaydın gerçekleşmesi ile birlikte, pay sahibi kâr payı hakkını şirkete karşı ileri sürme imkanına da kavuşmuş olacaktır.

d. Devren İktisapta Kâr Dağıtımına Katılma Yetkisi

Daha önce de belirttiğimiz üzere, kâr payı hakkı, paya bağlı bir haktır. O nedenle payın devri ile birlikte, paya bağlı olan dar anlamda kâr payı hakkı ve bu hak kapsamında kâr dağıtımına katılma yetkisi, payları devralan kişiye geçmiş olacaktır. Aslen iktisap başlığı altında ele aldığımız üzere, pay sahibinin kâr dağıtımına katılma

¹⁰⁴⁵ *Bozkurt*, bu durumun bölünme teorisi olara ifade edilemeyeceğini, zira bölünme teorisinde mali haklar ve yönetsel haklar bakımından iki farklı hak sahibinin bulunduğunu, ancak özel devir hallerinde bu şekilde iki farklı konumda hak sahibinden bahsedilemeyeceğini belirtmektedir. Bkz. *Bozkurt*, s.245. Yazarın belirttiği farklılığa katılmakla birlikte, kanaatimizce devir sonucunda ortaklık haklarındaki birliğin bozulması ve mali haklar ile yönetime ilişkin haklar bakımından farklı akıbetlerin ortaya çıkması sebebiyle bölünme teorisine benzeyen bir durumun ortaya çıktığını söylemek çok da isabetsiz değildir. Nitekim söz konusu özel iktisap hallerinin birlik kuralına bir istisna teşkil ettiği öğretilerde de dile getirilmektedir. Örnek olarak bkz. *Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku-II*, s.148.

yetkisinin bulunması, her dağıtıma katılabileceği anlamına gelmemektedir. Payların doğmasından önce elde edilen net dönem kârının dağıtılması halinde, pay sahibinin bu dağıtıma katılma yetkisi bulunmamaktadır. Acaba aynı kuralın devren iktisap bakımından da uygulanması ve pay sahibinin payları devralmadan önce elde edilen şirket kârının dağıtımına iştirak edemeyeceği savunulabilir mi?

Bu soruya olumsuz yanıt vermek gerekir. Zira kâr payı hakkının pay sahibine değil, paya tanınmasının bir sonucu olarak, kâr payı ilgili paylar üzerinde doğacaktır. O nedenle de pay sahibi payları iktisap ederken, payların mevcut olduğu dönemde elde edilen kârın dağıtımına katılma yetkisini de iktisap etmektedir. Bu durumda, aslen iktisap halinde kabul edilen çözüm devren iktisap bakımından uygulanamaz; çünkü aslen iktisap örneğinde mevcut olmayan, dolayısıyla sermayeye katılmayan paylardan dolayı kâr payı alınamayacağı sonucuna varılmaktadır. Halbuki, devren iktisap halinde, şirket kâr elde ettiği sırada paylar mevcuttur ve dolayısıyla paylar için yapılan ödemelerin semeresi olarak kâr dağıtımına iştirak yetkisi vermektedir.

Bu noktada bir ayrıma dikkat çekmek isteriz. Anonim şirket genel kurulu tarafından kâr dağıtım kararı verilmesi durumunda, mevcut pay sahibinin malvarlığında kâr payı alacağı doğacaktır¹⁰⁴⁶. Kâr payı alacağı, doğumu ile birlikte pay sahipliği sıfatından bağımsız bir hak niteliği kazanırken, dar anlamda kâr payı hakkından farklı olarak paya bağlı hak niteliğini kaybeder. O nedenle ki, devren iktisap ileride dağıtımına karar verilecek kâr payın katılma yetkisinin devri sonucunu doğurmakla beraber, doğmuş kâr payı alacağının devrine yol açmayacaktır¹⁰⁴⁷.

B. Pay Sahibinin Kâr Payı Hakkının Donması

Pay sahipliği sıfatı, kural olarak kâr payı hakkını da bahşeder. Ancak istisnai bazı hallerde, pay sahibinin kâr payı hakkı sınırlanmakta ve pay sahibinin dağıtıma katılma yetkisi geçici olarak askıya alınmakta yahut sınırlanmaktadır. Bu hallerde pay sahibi, ortaklık haklarına ve eğer çıkartılmışsa pay senetlerinin mülkiyetine sahip olsa dahi

¹⁰⁴⁶ Örnek olarak bkz. Gürbüz Usluel, s.191, Yüksel, **Yeni Paylar**, s.390, Üçışık/Çelik, s.294. Kâr payı alacağı hakkında detaylı açıklama için bkz. Aşağıda. Üçüncü Bölüm-IV- Dağıtıma Katılmanın Sonucu: Kâr Payı Alacağı.

¹⁰⁴⁷ Elbette tarafların pay devri ile birlikte, daha önceden doğmuş ve henüz ifa edilmemiş hatta muaccel olmamış kâr payı alacaklarının devri konusunda da anlaşma yapmaları mümkündür. Böyle bir devrin şekli ve sonuçları alacağın temlik hükümlerine tabi olacaktır.

kâr payı hakkından tam olarak yararlanamamaktadır. Bu gibi haller kanunda hakların donması¹⁰⁴⁸ olarak ifade edilmektedir.

Pay sahibinin kâr payı hakkının¹⁰⁴⁹ donduğu haller, şirketin kendi paylarını iktisap etmesi, karşılık iştirak ve TTK m.198’de düzenlenen bildirimin yapılmamasıdır. Bu hallerde kâr payı hakkı donacak ve pay sahibi dağıtılan kâra iştirak hakkından mahrum kalacaktır. Hemen belirtmek gerekir ki, kanunda belirtilen bu haller dışında, iradi olarak da kâr payı hakkının pay sahibi dışında bir başka kişi tarafından kullanılması söz konusu olabilir. Örneğin pay üzerinde intifa hakkı kurulması halinde, kâr payı hakkı da intifa hakkı sahibine ait olacaktır¹⁰⁵⁰. Ancak çalışmamızın odak noktasını kaybetmemek adına, bu bölümde sadece pay sahibinin kâr payı hakkından yararlanmasına kanundan doğan engeller ele alınacak, taraf iradelerine dayanan işlemler kapsam dışı bırakılacaktır.

1. Karşılıklı İştirak

i. Kavram ve Uygulama Alanı

Pay sahibinin kâr payı hakkından yararlanmasına engel olan hallerden bir tanesi TTK m.197’de düzenlenen karşılıklı iştiraktır. Karşılıklı iştirak, geniş anlamı ile iki sermaye şirketinin birbirlerinde ortaklık hakkı sahibi olmasını ifade eder¹⁰⁵¹. Karşılıklı iştirak, köpük sermaye oluşturulmasına, şirketin yönetim kurulunun dolaylı olarak kendi genel kurulu üzerinde söz sahibi olmasına ve ekonomik kriz dönemlerinde

¹⁰⁴⁸ Bu bölümde ele alacağımız karşılıklı iştirak ve TTK m.198 bildirimi bakımından kanun hakkın donması ifadesine yer vermektedir. Bu başlık altındaki bir diğer hal olan şirketin kendi paylarını iktisabı bakımından TTK m.389 hükmü hiçbir pay sahipliği hakkı verilmemesinden bahsetmektedir. Ancak bu maddenin de içeriği itibarıyla hakkın donması ile paralellik göstermesi sebebiyle, bu hali de hakların donması başlığı altında incelemeyi tercih ediyoruz.

¹⁰⁴⁹ Belirtmek gerekir ki, kanun koyucu bazı hallerde pay sahipliği haklarından yoksunluk konusunda ayırım yapmaktadır. Örneğin SPK m.26 zorunlu pay alım teklifinde bulunma zorunluluğuna uyulmaması halinde pay sahiplerinin oy haklarının donacağını belirtmektedir. Bu konudaki kapsamlı bir çalışma için bkz. Türkyılmaz, İsmail, **Sermaye Piyasası Hukukunda Pay Alım Teklifi Zorunluluğu, 12 Levha Yayınları**, İstanbul, 2015, s.168 vd. Bu durumda madde metninden anlaşılacağı üzere, sadece oy hakkı donacak olup kâr payı da dahil olmak üzere diğer pay sahipliği hakları etkilenmeyecektir. Bu durum kâr payı hakkının tüm ortaklık hakları ile birlikte donduğu hallerden ayrılmaktadır.

¹⁰⁵⁰ Pulaşlı, **Şerh II**, s.1833, Kendigelen, **İntifa Hakkı**, s.124. Pay üzerinde intifa hakkı tesis edilmesi sebebiyle pay sahibi ile intifa senedi sahibi arasındaki hukuki ilişkinin sonuçlarına dair kapsamlı açıklama için bkz. Kendigelen, **İntifa Hakkı**, s.124 vd.

¹⁰⁵¹ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-II**, s. 738, Okutan Nilsson, Gül, **“Şirketler Topluluğunda Karşılıklı İştirak”**, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı, “Türk Ticaret Kanununu Beklerken”, C.18, S.2, 2012, s.255 (Erişim: <http://dergipark.gov.tr/download/issue-file/425>, Erişim Tarihi: 23.08.2018), Gürbüz Usluel, s.177.

şirketlerin yaşadığı mali sıkıntıların birbirini etkileyerek zincirleme yıkıma yol açmasına sebep olduğu için hukuk sistemi tarafından sakıncalı addedilmektedir¹⁰⁵².

TTK’da karşılıklı iştiraki düzenlenirken karşılıklı iştirak halinde olan şirketlerden en az birinin diğerinin hâkimi konumunda bulunup bulunmamasına göre bir ayırım yapılmıştır. Eğer karşılıklı iştirak halindeki şirketler arasında hâkimiyet ilişkisi bulunmuyorsa, bu durumda “basit karşılıklı iştirak” durumundan bahsedilmektedir. Eğer karşılıklı iştirak halindeki şirketler arasında hâkimiyet ilişkisi bulunuyorsa, bu durumda “nitelikli karşılıklı iştirak” söz konusu olmaktadır¹⁰⁵³.

Basit karşılıklı iştirak hali esasen TTK m.197’de düzenlenmektedir. TTK m.197 uyarınca “(b)irbirlerinin paylarının en az dörtte birine sahip bulunan sermaye şirketleri karşılıklı iştirak durumundadır”. Bu hükümden de görüleceği üzere, karşılıklı iştirake¹⁰⁵⁴ hukuki sonuç bağlanması için, iştirak eden sermaye şirketlerinin ikisinin de birbirinde doğrudan ya da dolaylı olarak¹⁰⁵⁵ %25¹⁰⁵⁶ veya üzerinde paya sahip¹⁰⁵⁷ bulunması gerekmektedir. Diğer bir ifade ile kanun karşılıklı iştiraki mutlak şekilde hukuka aykırı kabul etmemiş, hukuk sisteminin müdahalesi için, karşılıklı iştirakin belirli bir eşiği aşması şartını aramıştır¹⁰⁵⁸. Bu eşiklerin altında kalan karşılıklı iştiraklere hukuki bir sonuç bağlanmamıştır¹⁰⁵⁹. O nedenle de karşılıklı iştirak

¹⁰⁵² Karşılıklı iştirakin sakıncaları için kapsamlı açıklamalar için bkz. Okutan Nilsson, **Şirketler Topluluğu**, s.162 vd., Akın, İrfan, s.73 vd.

¹⁰⁵³ Ayırım için bkz. Okutan Nilsson, **Şirketler Topluluğu**, s.194, Gürbüz Usluel, s.182-183, Akın, İrfan, s.77 vd. Alman hukukunda aynı ayırma örnek olarak Bkz. Fett, **Heidelberg Kommentar, Art 328**, s.2586.

¹⁰⁵⁴ Karşılıklı iştirak hali bakımından yaptırımların devreye girmesi için gerekli olan %25 eşiğinin aşılması, sadece basit karşılıklı iştirak hali için geçerlidir. Hâkimiyetin sağlanması şartıyla, nitelikli karşılıklı iştirak için belirli bir eşiğin aşılması şartı bulunmayıp yavru şirketin sahip olduğu tüm paylar bakımından nitelikli karşılıklı iştirakin sonuçları doğacaktır. Bkz. Okutan Nilsson, **Karşılıklı İştirak**, s.258 dn 11.

¹⁰⁵⁵ Fett, **Heidelberg Kommentar, Art 328**, s.2586.

¹⁰⁵⁶ Mehz Alman hukukunda %25 eşiğinin aşılmasının zorunlu olduğu, bu eşiğe ulaşılmasını yeterli gören Türk hukukunun mehz Alman hukukundan küçük de olsa bir sapma gösterdiği yönünde bkz. Okutan Nilsson, **Şirketler Topluluğu**, s.186 dn.516.

¹⁰⁵⁷ Belirtmek gerekir ki, karşılıklı iştirakin tespiti için yapılacak inceleme yalnızca sermaye katılım oranlarını dikkate almaktadır. Oy hakları veya yönetim kuruluna üye seçme imtiyazı gibi hâkimiyetin varlığı bakımından dikkate alınması gereken hususlar, karşılıklı iştirakin var olup olmadığının değerlendirilmesi bakımından bir önem taşımamaktadır. Bkz. Okutan Nilsson, **Şirketler Topluluğu**, s.187, Akın, İrfan, s.75. Aynı şekilde esas olan sermayeye katılım oranı olduğundan ödenen primler veya sermaye taahhüdünün ödenip ödenmemesi de karşılıklı iştirak bakımından önemli değildir. Bkz. Gürbüz Usluel, s.180. Oy haklarının toplam oy haklarına oranlanması yoluyla karşılıklı iştirakin tespit edilmesi gerektiği yönünde bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-II**, s. 739.

¹⁰⁵⁸ Okutan Nilsson, **Şirketler Topluluğu**, s.161.

¹⁰⁵⁹ Okutan Nilsson, **Şirketler Topluluğu**, s.192, Akın, İrfan, s.78.

hukuki/dar anlamı ile iki sermaye şirketinin birbirlerinde en az %25 ortaklık payına sahip olmasını ifade etmektedir¹⁰⁶⁰.

Basit karşılıklı iştirakin yaptırımı TTK m.201’de düzenlenmektedir. TTK m.201 uyarınca “*Bir sermaye şirketinin paylarını iktisap edip karşılıklı iştirak konumuna bilerek giren diğer bir sermaye şirketi, iştirak konusu olan paylardan doğan toplam oylarıyla diğer pay sahipliği haklarının sadece dörtte birini kullanabilir; bedelsiz payları edinme hakkı hariç, diğer tüm pay sahipliği hakları donar*”. Görüldüğü üzere TTK, oluşturduğu sakıncalara rağmen karşılıklı iştirake yol açacak işlemleri geçersiz saymamıştır. Bunun yerine karşılıklı iştirakin zararlarını bertaraf edecek ve karşılık iştirakin cazip hale gelmesini engelleyecek sonuçlar öngörerek ilgilileri karşılıklı iştiraktan caydırmayı tercih etmiştir¹⁰⁶¹.

Şirketlerin iştirak oranlarının hesaplanmasında TTK m.197 atfı ile TTK m.196 uygulanacaktır. Bu atıf yöntemi bir sorunu da beraberinde getirmektedir. TTK m.196 f.1, bir şirketteki hakimiyetin tespiti sırasında şirketin doğrudan veya dolaylı olarak iktisap ettiği kendi paylarının toplam paylardan düşüleceğini belirtmektedir. Aynı kuralın karşılıklı iştirakin tespiti bakımından da uygulanıp uygulanmayacağıının doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, şirketlerin karşılıklı iştirak oranları hesaplanırken şirketin kendi iktisap ettiği payların toplam paylardan düşülmemesi gerekir¹⁰⁶². Öte yandan diğer bir görüş, şirketin iktisap ettiği kendi paylarının toplam paylardan düşülmesi ve %25’lik eşiğin kalan paylar bakımından değerlendirilmesi gerektiği yönündedir¹⁰⁶³.

Bunun dışında karşılıklı iştirak oranlarının hesaplanmasında, şirketlerin dolaylı olarak sahip oldukları payların da dikkate alınması gerektiği konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Bu bağlamda karşılıklı iştirak tespit edilirken, hâkim şirketin bağlı şirketinin malvarlığında bulunan payların hâkim şirketin malvarlığında bulunan paylara eklenmesi ile birlikte değerlendirme yapılması gerekir¹⁰⁶⁴.

¹⁰⁶⁰ O nedenle de çalışmada karşılıklı iştirak işbu hukuki/dar anlamıyla kullanılacaktır.

¹⁰⁶¹ Gürbüz Usluel, s.178. Bu tercihin başka hukuk sistemlerinde de yapıldığı, zira karşılıklı iştirakin şirketler topluluklarının bir gerçekliği olduğu belirtilmektedir. Bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-II**, s. 738.

¹⁰⁶² Okutan Nilsson, **Şirketler Topluluğu**, s.191. Aynı görüşte Gürbüz Usluel, s.181.

¹⁰⁶³ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-II**, s. 739, Akın, İrfan, s.76. Yazar, bu sonucun mehz Alman hukukundan farklı olmakla birlikte karşılıklı iştirakin yönetime olan etkisini daha iyi yansıttığı için daha isabetli bir tercih olduğunu belirtmektedir. Bkz. Akın, İrfan, s.77 dn.186.

¹⁰⁶⁴ Okutan Nilsson, **Şirketler Topluluğu**, s.189-190, Akın, İrfan, s.76, Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-II**, s. 740.

Karşılıklı iştirakin diğer bir görünümü olan nitelikli karşılıklı iştirak halinde ise gerek hukuk sisteminin müdahalesinin şartları gerekse hukuki sonuçlar bakımından farklı bir rejim ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki, TTK m.201 f.2 uyarınca basit karşılıklı iştirak hükümleri nitelikli karşılıklı iştirak bakımından uygulanmayacaktır. Ancak bu durum nitelikli karşılıklı iştirak halinde bir yaptırım bulunmadığı anlamına da gelmemektedir. Nitelikli karşılıklı iştirak halinde, karşılıklı iştirak ilişkisi hâkim şirket ile yavru şirket arasında olduğundan, hâkim şirket yavru şirket kanalıyla kendi paylarını iktisap etmektedir. Bu durumda ise TTK m.201 f.2 uyarınca her ne kadar karşılıklı iştirak hükümleri uygulanmayacaksa da hâkim şirketin iktisap ettiği paylar bakımından şirketin kendi paylarını taahhüt veya iktisap etmesi hükümlerine bağlanan sonuçlar devreye girecektir¹⁰⁶⁵.

ii. Yaptırım Uygulanacak Şirket

TTK m.201 hükmünde açıkça ifade edildiği üzere, basit karşılıklı iştirak halinde maddede belirtilen yaptırımın uygulanması için, şirketlerin karşılıklı iştirak haline bilerek¹⁰⁶⁶ girmesi gereklidir. Bu düzenlemenin adalet anlayışının bir gereği olduğu, zira bazı durumlarda şirketin karşılıklı iştiraki engellemesi mümkün olmayabileceği belirtilmektedir¹⁰⁶⁷.

Bilerek karşılıklı iştirakte bulunma şartı, iktisap sırası bakımından şirketler arasında bir ayırım yapılmasını gerektirmektedir. Karşılıklı iştirakte bulunan şirketlerden öncelikli olarak iktisapta bulunan şirketin karşılıklı iştiraki bilerek oluşturması kural olarak mümkün değildir¹⁰⁶⁸. Zira onun pay iktisabı sırasında henüz

¹⁰⁶⁵ Şirketin kendi paylarını iktisap etmesi halinde TTK m.389 uyarınca söz konusu paylardan doğan pay sahipliği hakları, bedelsiz pay alma hakkı saklı olmak üzere, kullanılamaz. Bu düzenlemenin kâr payı hakkı bakımından da sonuçları vardır, ancak şirketin kendi paylarını iktisabının kâr payı hakkına etkisi aşağıda incelendiği için bu kısımda bu konuya değinilmeyecek ve sadece basit karşılıklı iştirak konusu incelenecektir. Şirketin kendi paylarını iktisap etmesi halinde bunun kâr payı hakkına etkisi için Üçüncü bölüm-I-B-3-Şirketin Kendi Paylarını İktisabı.

¹⁰⁶⁶ Kanun metninde “bilerek” ifadesine yer verilmiş olup bunun sadece müspet vukuf hali ile sınırlı olduğu, “bilmesi gereken halleri” kapsayacak şekilde genişletilemeyeceği yolunda bkz. Okutan Nilsson, **Şirketler Topluluğu**, s.199. Aynı yönde bkz. Gürbüz Usluel, s.186. Alman hukukunda bu yönde bkz. Fett, **Heidelberg Kommentar, Art 328**, s.2586. Öte yandan *Tekinalp*, “bilmek” kavramının “bilincinde ve ayırdında olması ve bunu bilebilecek durumda bulunması” anlamına geldiğini belirttiğinden aksi görüşte olduğu çıkarımı yapılabilir. Bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-II**, s. 741.

¹⁰⁶⁷ Okutan Nilsson, **Şirketler Topluluğu**, s.198. Örneğin şirket payları hamiline yazılı ise, bu durumda şirket ortaklık yapısının güncel durumunu bilmeyebilir. İlaveten şirket paylarının devrini şirketin onayına tabi kılan bağlam hükümlerinin bulunmaması veya bağlam hükümlerinin şirkete verdiği yetkinin sınırlı olması halinde, şirketin payların iktisabına engel olması da mümkün olmayabilir. Bu gibi hallerde, karşılıklı iştirak kendi etki alanının dışındaki sebeplerden gelişen şirket aleyhine hukuki sonuçlar öngörmek adil olmayacaktır.

¹⁰⁶⁸ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-II**, s. 741.

bir karşılıklı iştirak hali bulunmamaktadır. TTK m.201 uyarınca yaptırıma bağlanan karşılıklı iştirak, sonradan iktisap eden şirketin iktisabı ile birlikte doğmaktadır.

Ancak ilk iktisabı yapan şirket bakımından TTK m.201’de belirtilen yaptırımın uygulanmaması, bir sorunu da beraberinde getirmektedir. İlk iktisabı gerçekleştiren şirket, TTK m.198 uyarınca yapması gereken bildirimini yapmadığı takdirde, ikinci iktisabı yaparak karşılıklı iştiraki oluşturan şirket, eğer başka bir şekilde bu durumu da öğrenmemişse, “bilerek karşılıklı iştirak oluşturma” şartını sağlamadığı için TTK m.201’de belirtilen yaptırıma tabi olmayacaktır. Öte yandan ilk iktisabı gerçekleştiren şirket bakımından ise, iktisap gerçekleştirildiği sırada basit karşılıklı iştirak bulunmadığından, TTK m.201’deki yaptırımın uygulanması mümkün olmayacaktır. Bu durumda hukuk düzeninin sakıncalı gördüğü karşılıklı iştirak haline, TTK m.201 bağlamında bir yaptırım uygulanmayacaktır.

İlk bakışta bu konuda bir sorun olmadığı düşünülebilir. Zira bu durumda ilk iktisabı gerçekleştiren şirket, TTK m.198’de düzenlenen bildirimini yapmadığı için maddede belirtilen yaptırım ile karşılaşacaktır. Ancak unutmamak gerekir ki, TTK m.198’de getirilen yaptırımlar sadece ilgili bildirimler yapılana kadar geçerlidir ve ilk iktisabı gerçekleştiren şirketin iktisap bildirimini yapmasıyla beraber, donan ortaklık hakları tekrar kullanılabilir hale gelecektir. Acaba bu durumda ilk iştiraki yapan şirket bakımından TTK m.201 uyarınca hakların donması yaptırımını uygulamak mümkün müdür?

Akın’a göre, bu soruya olumlu yanıt vermek gerekir. Yazara göre ilk iktisabı gerçekleştiren şirketin ilgili bildirimde bulunmaması halinde, bir diğer şirket iyiniyetli olarak karşılıklı iştirake yol açacak bir iktisapta bulunursa, bu durumda TTK m.201’de belirtilen yaptırım ilk iktisabı gerçekleştiren şirket bakımından uygulanacaktır¹⁰⁶⁹. Bu sonuç mehzaz kanun ile paralel bir sonuçtur. APOK m.328’e göre, karşılıklı iştirak oluşmasından sonra, bu duruma vakıf olan¹⁰⁷⁰ veya kendisine bildirimde bulunulan şirket, karşılıklı iştirak sonucuna bağlanan hakların sınırlandırılması yaptırımına katlanacaktır. Diğer bir ifade ile “*hukuk güvenliği sebebiyle karşılıklı iştirak durumundaki her iki şirket de kendiliğinden yaptırıma tabi tutulmamış, ya karşılıklı iştirak durumunun doğacağını bile bile diğer şirketin hisselerini iktisap eden şirket, ya da gereken bildirimleri yapmayarak diğer şirketin bilmeden karşılıklı iştirak durumu*

¹⁰⁶⁹ Akın, İrfan, s.82.-83.

¹⁰⁷⁰ Burada müspet vukufun aranacağı yönünde örnek olarak bkz. Hüffer, Uwe/Koch, Jens, **Aktiengesetz**, BECK, 2018, para.3.

*yaratmasına sebep olan şirket pay sahipliği haklarının sınırlandırılması yaptırımına tabi tutulmuştur*¹⁰⁷¹”. Görülmektedir ki, hüküm yaptırım uygulanacak şirketi belirlerken, kimin karşılıklı iştirake yol açtığını değil, kimin iyiniyetli olduğunu ve kanunda getirilen bildirim yükümlülüğüne daha önce riayet ettiğini esas almıştır¹⁰⁷².

Kanaatimizce AktG m.328 ışığında varılan bu sonuç, Türk hukukundaki düzenlemeye uygun olmayacaktır. Türk hukukunda TTK m.201 “*iktisap edip karşılıklı iştirak konumuna bilerek giren*” şirketi yaptırıma tabi tutmaktadır. Diğer bir ifade ile TTK m.201 kapsamındaki yaptırım bildirimin yapılmamasına değil, karşılıklı iştirake yol açan iktisaba bağlanmaktadır. Bu nedenle kanaatimizce, ilk iktisabı gerçekleştiren şirket, eğer TTK m.198 uyarınca bildirimini gerçekleştirmezse TTK m.198 kapsamındaki yaptırımlara katlanacaksa da bu bildirim yapılmadığı için bir başka şirket daha sonra gerçekleştireceği iştirak ile karşılıklı iştirake yol açarsa, bu durumda ne ilk iktisap eden ne de ikinci iktisap eden şirket hakkında TTK m.201 hükmü uygulanacaktır.

Bu açıklamalar sonucunda belirtmek gerekir ki, TTK m.198 uyarınca getirilen bildirim yükümlülüğüne riayet edilsin veya edilmesin, öncelikle iktisapta bulunan şirket bakımından TTK m.201 hükmünün uygulanması kural olarak mümkün değildir¹⁰⁷³. Öte yandan, karşılıklı iştirak konusunda tarafların bir anlaşması varsa, bu durumda pay iktisabı gerçekleştiği sırada gelecekte gerçekleşecek karşılıklı iştirak bilindiği için, artık TTK m.201’deki yaptırımın uygulanmasına da bir engel bulunmayacağı belirtilmektedir¹⁰⁷⁴. Ayrıca ilk iktisap eden şirket bakımından ilgili bildirim yapılana kadar TTK m.198 kapsamında pay sahipliği haklarının donması yine de caydırıcı bir etki gösterecektir.

¹⁰⁷¹ Okutan Nilsson, **Karşılıklı İştirak**, s.261.

¹⁰⁷² Emmerich, Volker/Habersack, Mathias, Aktien und GmbH **Konzernrecht**, C.H.BECK, 2016 para.13. Aslında bu durumda karşılıklı iştirak konumunda bulunan şirketler arasında bir “düello” ortaya çıkmakta ve daha hızlı bildirimde bulunan şirket, iktisap ettiği paylardan doğan ortaklık haklarını sınırlandırmaya tabi olmadan kullanabilmektedir. Söz konusu bildirimin karşılıklı iştirakin yaptırımına karşı koruyucu etkisi olduğu yönünde bkz. Grunewald, **Münchener Kommentar zum Aktiengesetz** (Ed: Grunewald, Barbara/ Schaal, Hans-Jürgen), CH. Beck, 2017, para.7.

¹⁰⁷³ Unutmamak gerekir ki, TTK m.198’de belirli eşikleri aşan pay iktisaplarının ticaret siciline bildirilmesi gerekmektedir. Karşılıklı iştirak bakımından da sınır oluşturan %25 eşiği de TTK m.198 uyarınca bildirim eşiklerinden biridir. Bu nedenle karşılıklı iştirak halindeki şirketlerden öncelikle iktisabı gerçekleştiren, TTK m.201’deki yaptırımdan kurtulsa dahi TTK m.198 uyarınca bildirimde bulunma yükümlülüğünün bulunduğu unutulmamalıdır. Bkz. Okutan Nilsson, **Şirketler Topluluğu**, s.199. TTK m.198 uyarınca bildirimin yapılmamasının sonuçları hakkında açıklama için Üçüncü Bölüm-I-B-2- TTK m.198 Bildiriminin Yapılmaması.

¹⁰⁷⁴ Akın, İrfan, s.83.

Yukarıda belirtildiği gibi nadiren karşılaşılabilecek anlaşmalı iktisaplar bir kenara bırakılırsa, bilerek karşılıklı iştirake yol açacak olan sonradan iktisabı gerçekleştiren şirkettir. Ancak bunun için, sonraki iktisabı yapan şirketin, bu iktisabın karşılıklı iştirake yol açacağını bilmesi gerekmektedir. Payları daha önce iktisap eden şirketin TTK m.198’de belirtilen bildirim yapması halinde, daha sonradan iktisabı gerçekleştirip karşılıklı iştirak eşiğini aşan şirketin durumu bilmediğini ileri sürmesi mümkün olmayacaktır¹⁰⁷⁵. Ne var ki, bu bildirimin yapılmaması da tek başına sonradan iktisap eden şirketin karşılıklı iştirak durumunu bilmediği anlamına gelmeyecektir. Söz konusu bildirim olmasa bile şirket bir başka yolla iktisabın karşılıklı iştirak sonucunu doğurabileceğini öğrenebilir. Böyle bir durumda ise, payları sonra iktisap eden şirket TTK m.201 hükümleri uyarınca karşılıklı iştirakin olumsuz sonuçlarına katlanacaktır¹⁰⁷⁶.

TTK m.198 uyarınca bildirim yapılmadığı takdirde, karşılıklı iştirak bakımından önem taşıyan nokta, sonradan iştirak eden şirketin karşılıklı iştirak halini bilip bilmediğidir. Doktrinde şirketin pay sahiplerini bilmesinin esas olduğundan hareketle, sonradan iktisap eden şirketin ilk iktisabı bilmediğini ispat etmesi gerektiği, o nedenle de ispat yükünün ikinci iktisabı gerçekleştiren şirkete ait olduğu belirtilmektedir¹⁰⁷⁷.

iii. Yaptırım

TTK m.201 uyarınca “... iştirak konusu olan paylardan doğan toplam oylarıyla diğer pay sahipliği haklarının sadece dörtte birini kullanabilir; bedelsiz payları edinme hakkı hariç, diğer tüm pay sahipliği hakları donar”. Bu hükümden de anlaşılacağı üzere, bilerek karşılıklı iştirak oluşturan şirketin uhdesinde bulunan paylardan doğan bedelsiz pay edinme hariç tüm haklar¹⁰⁷⁸, konumuz bakımından önemli olan kâr payı hakkı da dahil olmak üzere, donacaktır¹⁰⁷⁹.

Türk hukukunda karşılıklı iştirak halindeki şirketlerin sahip olduğu hakların tamamının %25’i donmaktadır. Bu yaptırım mehz Alman hukukundan farklıdır.

¹⁰⁷⁵ Akın, İrfan, s.82, Okutan Nilsson, **Şirketler Topluluğu**, s.200.

¹⁰⁷⁶ Okutan Nilsson, **Şirketler Topluluğu**, s.200, Akın, İrfan, s.83.

¹⁰⁷⁷ Akın, İrfan, s.83, Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-II**, s. 741-742.

¹⁰⁷⁸ Paydan doğan hakların doğmasına ilişkin yaptırım, paya bağlı imtiyazlara da şamildir. Eğer ilgili paylar kâr payında imtiyaz tanıyorsa, o zaman ilgili imtiyazlardan yararlanırken de karşılıklı iştirake bilerek sebebiyet veren şirkete ait paylardaki imtiyazlar sınırlamaya tabi olacaktır. Okutan Nilsson, **Şirketler Topluluğu**, s.201, Akın, İrfan, s.85.

¹⁰⁷⁹ Bu açıdan bakıldığında, basit karşılıklı iştirak halindeki yaptırımın kapsamının pay sahipliği haklarından sadece oy haklarının donması sonucunu doğuran nitelikli karşılıklı iştirak halinden daha geniş olduğu söylenebilir. Karşılaştırma için bkz. Okutan Nilsson, **Karşılıklı İştirak**, s.266.

AktG m.328 hükmü uyarınca Alman hukukunda karşılıklı iştirak halinde pay sahiplerinin kullanabilecekleri haklar için sahip olunan hakların %25'i oranında bir tavan getirilmektedir. Pay sahipleri haklarını bu tavana kadar tam olarak kullanabilseler de sınırı aşan iktisaplardan doğan hakları kullanamayacaklardır. O nedenle karşılıklı iştirak halindeki şirketin %30 veya %40 paya sahip olması arasında bir fark olmamakta, her koşulda haklar kanunda izin verilen eşiğe kadar kullanılabilir. Oysa Türk hukukunda karşılıklı iştirak halinde, iştirak halindeki şirketin sahip olduğu payların %25'ine tekabül eden oranda haklar kullanılabilir. Buna bağlı olarak örneğin karşılıklı iştirak halindeki şirket payların %30'una sahipse pay oranı sanki %7,5 oranında paya sahipmiş gibi, payların %40'ına sahipse sanki %10'una sahipmiş gibi dikkate alınacaktır. Basit karşılıklı iştirak için, iştirak eden şirketin kural olarak¹⁰⁸⁰ payların %50'sine veya daha azına sahip olması gerektiğinden, basit karşılıklı iştirak halinde paylardan dolayı kullanılacak haklar tüm payların %12,5'inden aza denk gelecektir¹⁰⁸¹.

Madde metninde yer alan “donma” ifadesi ile ne anlaşılması gerektiği uygulamada tereddüt yaratabilir. Nitekim mehz Alman hukukunda da karşılıklı iştirak sonucunda donan hakların kullanılamaz hale mi geldiği, yoksa karşılıklı iştirakin ortadan kalkmasını takiben hakların “çözülmesinin” mümkün mü olduğu konusunda bir tartışma yapıldığı aktarılmaktadır¹⁰⁸². Bu tartışma pratik açıdan oldukça önemlidir. Zira eğer hakların karşılıklı iştirak sebebiyle sadece “askıya alındığı” ve karşılıklı iştirak sona erdikten sonra bu hakların geriye dönük olarak kullanılacağı kabul edilirse, karşılıklı iştirakin ortadan kalkması ile birlikte hakların tekrar talep edilebilir hale gelmesi söz konusu olacaktır. Bu konu özellikle kâr payı hakkı bakımından özel önem taşır. Eğer karşılıklı iştirak halindeki “donma” yaptırımı, hakkı ortadan kaldırmayıp sadece askıya alıyorsa, şirketin bu paylar için ödenmesi gereken kâr payını muhafaza etmesi ve karşılıklı iştirak sona erince pay sahibine ödemesi gerekecektir. Halbuki, eğer karşılıklı iştirak hakkın ilgili dönemde yok olması sonucunu doğuruyorsa, pay sahibi karşılıklı iştirakin bulunduğu dönemde kâr payı hakkını kesin olarak kaybetmiş olacaktır.

¹⁰⁸⁰ Elbette ki, imtiyazlar veya başka yollarla %50'den yüksek oranda paya sahip olan pay sahibinin hâkimiyete sahip olmaması da ihtimal dahilindedir. O nedenle bu önermenin mutlak olduğu düşünülmemelidir.

¹⁰⁸¹ Alman hukuku ile Türk hukuku arasındaki bu farklılık hakkında açıklama için bkz. Okutan Nilsson, **Şirketler Topluluğu**, s.201, Akın, İrfan, s.84.

¹⁰⁸² Okutan Nilsson, **Şirketler Topluluğu**, s.203.

Söz konusu tartışma Alman hukukunda 1998 tarihinde yapılan düzenlemeyle hakların karşılıklı iştirak döneminde “var olmadığının” kabul edilmesi yoluyla çözülmüştür¹⁰⁸³. Türk hukukunda kabul gören görüşün aynı yönde olduğu belirtilmelidir. Buna göre karşılıklı iştirak süresince, pay sahibi kâr payı hakkını kesin olarak kaybedecektir¹⁰⁸⁴.

Kâr payı hakkı genel kurulun dağıtım kararı alması ile doğduğundan, karşılıklı iştirak sebebiyle kâr payı hakkının donması için, karşılıklı iştirakin dağıtım kararının alındığı sırada mevcut olması gerekmektedir. Genel kurul kâr dağıtım yönünde karar almadan önce karşılıklı iştirak son bulmuşsa, bu durumda artık hakların donmasından bahsedilemeyecektir ve pay sahibi kâr payı hakkından yararlanabilecektir¹⁰⁸⁵.

Basit karşılıklı iştirak sebebiyle hakların donması halinde, pay sahibinin kâr dağıtımına katılma yetkisi sadece dörtte bir oranında olacaktır. Diğer bir ifade ile söz konusu paylar dağıtılan kâra katılma yetkisi vermeyecektir. Bu durumda şirketin dağıtmaya karar verdiği toplam kâr, donan payların varlığından etkilenmeyecek, ancak pay başına dağıtılan kâr payı miktarı artacaktır¹⁰⁸⁶. Bu kuralı şöyle bir örnekle açıklamak mümkündür: (A) A.Ş.’nin toplam 100 adet payının 40 tanesinin (B) A.Ş.’ye, (B)’A.Ş.’nin toplam 200 payının 60 tanesinin de (A).AŞ.’ye ait olduğunu varsayalım. (A) A.Ş.’nin 700.000 TL kâr payı dağıtmaya karar vermesi halinde, (B) A.Ş.’nin sahip olduğu payların dörtte biri kâr payı hakkını haiz olacaktır. Bu nedenle de 700.000 TL’lik dağıtılacak kâr payı, 100 adet paya değil 70 paya [60 adet yaptırımsız pay+ 10 adet yaptırımlı pay (B) A.Ş.’ye ait 40 adet payın dörtte biri]] bölünecek ve pay başına 7.000TL değil 10.000TL kâr payı ödenecektir.

Söz konusu yaptırım sistemi, kâr payı hakkı bağlamında bir soruyu da beraberinde getirmektedir. Acaba donan paylara tekabül eden kâr payının pay sahiplerine dağıtılmaması ve şirket bünyesinde tutulması kararlaştırılabilir mi? Somutlaştırmak gerekirse, yukarıda açıklanan örnekte pay başına yine 7.000TL kâr payı ödenmesi,

¹⁰⁸³ Okutan Nilsson, **Şirketler Topluluğu**, s.204.

¹⁰⁸⁴ Okutan Nilsson, **Şirketler Topluluğu**, s.206, Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-II**, s. 741, Gürbüz Usluel, s.188. Hakların donması sonucunu doğuran bir diğer hüküm ise TTK m.198’de belirtilen bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesidir. Söz konusu bildirimin yapılmaması sonucuna ilişkin çalışmalarda donmanın sonuçları bakımından aynı yöndeki görüşler için bkz. Yanlı Veliye/Okutan Nilsson, Gül, “**Türk Ticaret Kanunu’nun 198. Maddesi Uyarınca Bildirim Yapılmamasının Anonim Şirketteki Oy Haklarına Etkisi**”, Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan, 12 Levha, İstanbul, 2017, s.775. Alman hukukunda düzenlemenin farklılıkları bakımından ayrıca bkz. Okutan Nilsson, **Şirketler Topluluğu**, s.518.

¹⁰⁸⁵ Okutan Nilsson, **Şirketler Topluluğu**, s.203.

¹⁰⁸⁶ Okutan Nilsson, **Şirketler Topluluğu**, s.206-207.

ancak donan haklara karşılık gelen 300.000TL’ye denk gelen kısmın yedek akçe olarak şirkette tutulmasına ilişkin bir karar alınması mümkün müdür? Doktrinde karşılıklı iştirake ilişkin hükümlerin emredici niteliğinden hareketle böyle bir düzenlemenin mümkün olmadığı, hatta esas sözleşme ile dahi bu yönde bir hüküm getirilemeyeceği sonucuna varılmaktadır¹⁰⁸⁷. Kanaatimizce böyle bir yorum kanunun amacına daha uygundur. Zira karşılıklı iştirak halinin oluşmasına yol açan organ yönetim kuruludur. Karşılıklı iştirak halinde yaptırıma tabi paylara ilişkin kâr payı hakkının şirkette tutulması, yönetim kurulu üyelerine üzerinde tasarruf edebilecekleri daha fazla kaynak bırakılması anlamına gelmektedir. Bu sonuç kanunun karşılıklı iştiraktan caydırma amacı ile uyumlu olmayacaktır. O nedenle esas sözleşme ile dahi bu yönde bir düzenleme getirilmesine imkan tanımamak gerekir.

2. TTK m.198 Bildiriminin Yapılmaması

a. Genel Açıklamalar

TTK’nın getirdiği önemli değişikliklerden biri de şirketler topluluğuna ilişkin kapsamlı düzenlemelerdir. Şirketler topluluğu hükümleriyle azınlık pay sahiplerini ve alacaklıları koruyucu bazı hükümler getirilmiş olsa da bu hükümlerin işlerlik kazanabilmesi için, şirketin ortaklık yapısının kolaylıkla tespit edilebilmesi gerekir. Bu hedef ışığında kanun koyucu, belirli eşikleri aşan pay iktisaplarının ticaret siciline tescilini ve ilanına yönelik bir yükümlülük getirmiştir (TTK m.198)¹⁰⁸⁸.

TTK m.198’de getirilen bildirim yükümlülüğünün konumuz bakımından önemi 2. fıkrada getirilen yaptırımdan kaynaklanmaktadır. TTK m.198 f.2 uyarınca “*Birinci fıkra*da öngörülen bildirim ile tescil ve ilan yükümlülüğü yerine getirilmediği sürece, ilgili paylara ait oy hakkı dâhil, diğer haklar donar...”. Madde metninde de anlaşılabacağı üzere, TTK m.198 f.1’de belirtilen bildirim yapılmadığı takdirde, tüm

¹⁰⁸⁷ Okutan Nilsson, **Şirketler Topluluğu**, s.207, Gürbüz Usluel, s.190, Akın, İrfan, s.87 dn.213.

¹⁰⁸⁸ TTK m.198 düzenlemesi şu şekildedir: “*Bir teşebbüs, bir sermaye şirketinin sermayesinin, doğrudan veya dolaylı olarak, yüzde beşini, onunu, yirmisini, yirmibeşini, otuzüçünü, ellisini, altmışyedisini veya yüzde yüzünü temsil eden miktarda paylarına sahip olduğu veya payları bu yüzdelerin altına düştüğü takdirde; teşebbüs, durumu söz konusu işlemlerin tamamlanmasını izleyen on gün içinde, sermaye şirketine ve bu Kanun ile diğer kanunlarda gösterilen yetkili makamlara bildirir. Payların yukarıda belirtilen oranlarda kazanılması veya elden çıkarılması, yıllık faaliyet ve denetleme raporlarında ayrı bir başlık altında açıklanır ve sermaye şirketinin internet sitesinde ilan edilir. Payların yüzdelerinin hesaplanmasında 196 ncı madde uygulanır. Teşebbüsün ve sermaye şirketinin yönetim kurulu üyeleriyle yöneticileri de, kendilerinin, eşlerinin, velayetleri altındaki çocuklarının ve bunların, sermayelerinin en az yüzde yirmisine sahip bulundukları ticaret şirketlerinin o sermaye şirketindeki payları ile ilgili olarak bildirimde bulunurlar. Bildirimler yazılı şekilde yapılır, ticaret siciline tescil ve ilan olunur.*”

ortaklık hakları¹⁰⁸⁹ donacağından, ilgili pay sahibinin kâr payı hakkı da bu durumdan etkilenecektir¹⁰⁹⁰. O nedenle bu bölümde TTK m.198 hükmünde getirilen bildirim yükümlülüğünün şartları bakımından kısa bir açıklama yapılması yararlı olacaktır.

b. Bildirim Yükümlülüğünün Şartları ve Bildirim Yükümlüsü

TTK m.198 hükmü incelendiğinde, bildirim yükümlülüğünün iki bölümde düzenlendiği görülmektedir. Hüküm öncelikle bir teşebbüsün bir şirkette belirli eşikleri aşan veya bu eşiklerin altına düşmesine yol açan iktisapların bildirimine ilişkin bir düzenleme getirmiştir. Bununla beraber TTK m.198 ayrıca, iktisap eden teşebbüsün yönetim kurulu üyelerinin ve yönetim kurulu üyeleri ile belirli bir yakınlıkta bulunan kişilerin de payları iktisap edilen hedef şirketteki paylarının açıklanması için, bu kişileri de bildirim yükümlülüğüne dahil etmiştir.

TTK m.198'in getirdiği bu iki kademeli düzenleme ışığında, bildirim yükümlülüğünün şartlarını bildirim yükümlüsüne göre ayrı ayrı ele almak uygun olacaktır. Bu bağlamda ilk olarak asıl bildirim yükümlüsü olan teşebbüsün iktisabını ve daha sonra da diğer bildirim yükümlüsü olarak tanımlanabilecek yönetim kurulu üyeleri ve onlarla yakın ilişkideki kişiler tarafından yapılacak bildirimin şartları aşağıda kısaca ele alınacaktır.

i. İktisap Eden Teşebbüs Bakımından

TTK m.198 ile getirilen düzenleme uyarınca, bir sermaye şirketinde belirli eşikleri aşan oranda pay iktisap eden veya bu eşiklerin altına düşme sonucunu doğuran işlemleri yapan teşebbüslere bildirim yükümlülüğü yüklenmiştir. Kanun bildirim yükümlüsünü “teşebbüs” olarak tanımlamıştır. O nedenle iktisabın bir gerçek kişi veya tüzel kişi tarafından yapılması, hükmün uygulanması bakımından bir farklılığa yol açmaz¹⁰⁹¹.

Vurgulamak gerekir ki, TTK m.198 uyarınca bildirim yükümlülüğü her koşulda doğmaz. TTK m.198 muhtelif eşikler belirlemiş ve sadece pay sahibinin bu eşikleri aşmasına veya bu eşiklerin altına düşmesine yol açacak iktisaplar sonucunda bildirim

¹⁰⁸⁹ TTK m.198 hükmü bedelsiz pay alma hakkı bakımından açık bir istisna getirmemektedir. Bu durum, ortaklık haklarının donduğu diğer bir durum olan karşılıklı iştirake ilişkin TTK m.201 düzenlemesinden ayrılmaktadır. *Okutan Nilsson*, bedelsiz pay alma hakkının donmasının dengesiz derecede ağır bir yaptırım olduğunu, zira bu şekilde ilgili payların şirket sermayesi içinde oranının düşmesine, diğer bir ifade ile kalıcı olarak erimesine yol açacağını belirtmektedir. Bkz. *Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu*, s.529.

¹⁰⁹⁰ Yanlı/Okutan Nilsson, *Bildirim*, s.774.

¹⁰⁹¹ Okutan Nilsson, *Şirketler Topluluğu*, s.521-522.

yükümlülüğünün doğacağını ortaya koymaktadır¹⁰⁹². TTK m.198 uyarınca bu eşikler, %5, %10, %20, %25, %33, %50, %67 ve %100 olarak belirlenmiştir. Bu eşikler, keyfi olarak belirlenmiş olmayıp şirketler topluluğunda azınlık pay sahiplerinin veya alacaklıların korunması amacına hizmet eden hükümlerin uygulanması bakımından önem taşıyan eşiklerdir¹⁰⁹³.

İlgili eşiklerin tespitinde, doğrudan iktisap edilen paylara ilaveten, dolaylı olarak sahip olunan paylar da dikkate alınacaktır. Bu bağlamda, bir teşebbüsün doğrudan iktisap ile ilgili eşikleri aşması mümkün olduğu gibi, dolaylı iktisap yoluyla da ilgili eşikleri aşması mümkündür¹⁰⁹⁴.

Dolaylı iktisap vasıtasıyla kanunda belirtilen eşiklerin aşılması halinde, bildirim yükümlülüğü hem doğrudan hem de dolaylı iktisap eden iştiraklerin üzerinde olacaktır. Ancak doğrudan iktisap eden iştirak ilgili bildirimde bulunmuşsa, dolaylı iktisap ile ilgili eşikleri aşan teşebbüsün ayrıca bildirimde bulunmasına gerek bulunmadığı belirtilmektedir¹⁰⁹⁵.

Bildirimin konusu, bildirim yükümlüsünün sahip olduğu tüm paylardır. Bildirim yükümlülüğünün doğması halinde, sadece eşiği aşan payların değil, pay sahibinin sahibi olduğu tüm payları kapsayacak şekilde olması gerektiği belirtilmektedir. Diğer bir ifade ile bildirim yükümlülüğünün doğması için kanunda belirtilen eşikler dikkate alınıyorsa da bu eşiklerin aşılması üzerine yapılacak bildirim yükümlüsünün sahip olduğu tüm payları konu edinmektedir¹⁰⁹⁶.

ii. Yönetim Kurulu Üyeleri ve Bunların Yakınları Bakımından

TTK m.198 hükmünün bildirim yükümlülüğü getirdiği diğer bir grupsa eşikleri aşan veya eşiklerin altına düşen teşebbüsün ve hedef şirketin yöneticileri ve yöneticileri ile ilişkili kişilerdir. Maddenin ilgili kısmı şu şekildedir: “*Teşebbüsün ve sermaye şirketinin yönetim kurulu üyeleriyle yöneticileri de, kendilerinin, eşlerinin, velayetleri altındaki çocuklarının ve bunların, sermayelerinin en az yüzde yirmisine sahip bulundukları ticaret şirketlerinin o sermaye şirketindeki payları ile ilgili olarak*

¹⁰⁹² Mehaz Alman hukukunda bildirim yükümlülüğü bakımından tek bir eşik bulunduğu ve bu eşiğin sermayenin %25’i olduğu yönünde bkz. Yanlı/Okutan Nilsson, **Bildirim**, s.775.

¹⁰⁹³ Öte yandan ilgili eşiklerin aşılması muhakkak hakimiyet tesis edilmesi anlamına gelmez. O nedenle de bildirimde bulunacak teşebbüsün “hakim teşebbüs” konumunda olması gerekli değildir. Bkz. Okutan Nilsson, **Şirketler Topluluğu**, s.518.

¹⁰⁹⁴ Okutan Nilsson, **Şirketler Topluluğu**, s.523-524.

¹⁰⁹⁵ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-II**, s.744.

¹⁰⁹⁶ Okutan Nilsson, **Şirketler Topluluğu**, s.523, Pulaşlı, **Şerh I**, s.515.

bildirimde bulunurlar”. Teşebbüse ilaveten yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve bunlara ilişkin kişiler bakımından da bildirim yükümlülüğü getirilmesinin amacı, teşebbüsün güvendiği kişiler vasıtasıyla kendi hesabına pay edinmediğinin belirlenmesinin sağlanmasıdır¹⁰⁹⁷.

Madde metninden de anlaşılacağı üzere, kanun hem eşikleri aşan veya eşiklerin altına düşen teşebbüsün hem de payları üzerinde işlem yapılan hedef şirketin yönetim kurulu üyelerini, yöneticilerini¹⁰⁹⁸ ve bunlarla ilişkili kişileri bildirim yükümlülüğü kapsamına almaktadır¹⁰⁹⁹. İlişkili kişilerin kapsamı oldukça geniş tanımlanmıştır. Yönetim kurulu ve yöneticilerin yakın akrabaları ile birlikte, bu kişilerin birlikte veya ayrı ayrı¹¹⁰⁰ en az yüzde yirmi oranında paya sahip oldukları şirketlerin sahip olduğu paylar da bildirim kapsamındadır.

c. Bildirim Usulü ve Süresi

TTK m.198’in son cümlesi, bildirim yazılı şekilde yapılacağını açıkça düzenlemiştir. Bununla birlikte kanundaki düzenleme, bildirim hangi süre içerisinde ve kimin tarafından yapılacak başvuru üzerine yapılacağı gibi konularda boşluklar içermektedir¹¹⁰¹.

Bu konuda Ticaret Sicili Yönetmeliği m.107 hükmü, getirdiği düzenlemeler ile bildirim usulüne ilişkin soruları büyük oranda gidermiştir. İlgili düzenlemeye göre, TTK m.198 uyarınca bildirim yükümlülüğünün doğmasına yol açan bir iktisap gerçekleştiğinde, iktisabı yapan kişi 10 gün içinde bu durumu payları iktisap edilen şirkete bildirmekle yükümlüdür. Bildirimi alan şirket ise ilgili ticaret siciline 10 gün içerisinde bu durumun tescil ve ilan edilmesi için başvuruda bulunmakla yükümlüdür. Diğer bir ifade ile pay iktisabını takiben 20 gün içerisinde durumun tescil edilmesi gerekmektedir.

¹⁰⁹⁷ Okutan Nilsson, **Şirketler Topluluğu**, s.522. Öte yandan yazar salt ilişkili kişi olmanın, payların teşebbüs hesabına elde bulundurulduğunun kabul edilmesi için yeterli olmadığını, başka olguların da bu yargıyı desteklemesi gerektiğini belirtmektedir.

¹⁰⁹⁸ Madde metninde yönetici kavramının kullanılması, kavramın barındırdığı belirsizlik sebebiyle eleştirilmiştir. Belirliliğin sağlanabilmesi için bu madde kapsamında yönetici kavramı ile TTK m.367 uyarınca yönetim kuruluna ait yetkilerin devredildiği kişilerin anlaşılması gerektiği öne sürülmektedir. Bkz. Okutan Nilsson, **Şirketler Topluluğu**, s.520.

¹⁰⁹⁹ Okutan Nilsson, **Şirketler Topluluğu**, s.519.

¹¹⁰⁰ %20 eşiği incelenirken, ilişkili kişilerin sahip oldukları toplam payın dikkate alınması gerektiği yönünde bkz. Okutan Nilsson, **Şirketler Topluluğu**, s.521.

¹¹⁰¹ Yanlı/Okutan Nilsson, **Bildirim**, s.775.

Söz konusu süre, payın devrinden başlar. Pay defterine yazımın ne zaman gerçekleştiği, süre bakımından etkiye sahip değildir¹¹⁰². Öte yandan bağlı paylarda, pay iktisabı şirketin onayı ile gerçekleştiğinden, ilgili sürenin başlaması için şirketin pay devrine onay vermesi gerektiği göz ardı edilmemelidir¹¹⁰³.

TTK m.198 uyarınca yapılması gereken bildirimin tek yükümlüsünün iktisap eden şirket olmadığına değinmiştik. Yönetim kurulu üyeleri ve onların kanunda belirtilen yakınları, yani diğer bildirim yükümlülükleri bakımından sürenin ne zaman başlayacağı sorunu da ortaya çıkmaktadır. Öğretide iktisap eden teşebbüsten farklı olarak diğer bildirim yükümlülerinin iktisap hakkında bilgileri olmayacağından hareketle, bu kişiler için ilgili sürenin şirkete yapılan bildirimden başlaması gerektiğini savunulmaktadır¹¹⁰⁴.

d. Bildirimin Yapılmamasına Bağlanan Yaptırım

TTK m.198 f.2 uyarınca ilgili bildirimin yapılmamasının yaptırımı, paylardan doğan tüm ortaklık haklarının donmasıdır. Hakların donması halinde, pay sahibi hakları bildirim yapılana kadar kullanılamayacağı gibi, aynı zamanda bildirimin yapılmasından sonra geriye dönük olarak haklarını kullanamayacak, özellikle de kâr payı hakkını talep edilemeyecektir¹¹⁰⁵. Örneğin, şirketin dağıtacağı kâr yaptırım konusu paylar yokmuş gibi bölünecek ve diğer pay sahiplerinin paylarına düşen temettü miktarı artacaktır¹¹⁰⁶.

Donma yaptırımının uygulanmaması için, bildirim yükümlülüğü bulunan kişilerin tescil talebinde bulunması ve tescil için gerekli giderleri ödemesinin yeterli olduğu belirtilmektedir. Gerçekten de her ne kadar kanun tescil ve ilandan bahsetmiş olsa da ilanının yapılması ilgililerin etki alanının dışında kaldığından, ilanının elde olmayan sebeplerden gecikmesi halinde bildirim yükümlülerinin yaptırıma tabi tutulması adil olmayan sonuçlara yol açabilecektir¹¹⁰⁷.

¹¹⁰² Yanlı/Okutan Nilsson, **Bildirim**, s.776 dn.11.

¹¹⁰³ Okutan Nilsson, **Şirketler Topluluğu**, s.525.

¹¹⁰⁴ Okutan Nilsson, **Şirketler Topluluğu**, s.526.

¹¹⁰⁵ Yanlı/Okutan Nilsson, **Bildirim**, s.775. Alman hukukunda düzenlemenin farklılıkları bakımından ayrıca bkz. Okutan Nilsson, **Şirketler Topluluğu**, s.518.

¹¹⁰⁶ Okutan Nilsson, **Şirketler Topluluğu**, s.529.

¹¹⁰⁷ Okutan Nilsson, **Şirketler Topluluğu**, s.526. Hakların donması kavramı TTK m.198'e özgü olmayıp aynı zamanda karşılıklı iştirakin sonucu olarak da yine "hakların donması" kavramına yer verilmiştir. Hakların donması kavramı ve bu durumun sonuçları hakkında kapsamlı açıklama için bkz. Yukarıda Karşılıklı İştirak.

Bu yaptırımın ne zaman devreye gireceği sorusu yanıtlanması gereken diğer bir konudur. Ticaret Sicili Yönetmeliği yürürlüğe girmeden önce doktrinde hakların iktisap ile birlikte donacağı görüşü savunulmuştur¹¹⁰⁸. Bununla birlikte Ticaret Sicili Yönetmeliği m.107 hükmü karşısında bu görüşün geçerliliğinin kalmadığı, Ticaret Sicili Yönetmeliği düzenlemesi ile belirlenen toplam 20 günlük sürenin sona ermesi ile birlikte ortaklık haklarının donacağı kabul edilmektedir¹¹⁰⁹.

TTK m.198 ile getirilen yaptırım kalıcı bir yaptırım olmayıp, ilgilileri tescili yapmaya zorlamaya yöneliktir. Bu nedenle bildirimin yapılması ile birlikte, donan haklar tekrar canlanacaktır (TTK m.198 f.2). Ancak yukarıda da belirttiğimiz gibi, hakların tekrar canlanması geriye dönük bir etki doğurmayacak ve kâr payı hakkına dayanarak bir talepte bulunma imkânı tanımayacaktır.

Bildirimin nihai olarak payları iktisap edilen şirket tarafından yapılması beraberinde bir sorunu getirmektedir. Şirket bu bildirimi yapmadığı takdirde, pay sahibinin menfaatlerini korumak konusunda başvurabileceği bir hukuki yol olup olmadığı sorusu akla gelmektedir. Doktrinde, şirketin belirtilen süre içerisinde ticaret siciline tescil için başvuruda bulunmaması halinde, iktisabı gerçekleştiren pay sahiplerinin bizzat ticaret siciline başvurarak tescilin yapılmasını sağlama imkânı olduğu belirtilmektedir¹¹¹⁰.

3. Şirketin Kendi Paylarını İktisabı

Birinci bölümde de belirttiğimiz üzere, anonim şirketin kendi paylarını iktisap etmesi, şirket malvarlığının pay sahiplerine dağıtılması sonucunu doğuran, dağıtım işlemi niteliğindeki işlemlerden biridir. Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde şirketin kendi paylarını iktisap etmesine çekince¹¹¹¹ ile yaklaşılmış ve bu konuda katı sınırlamalar getirilmiştir. Nitekim ETTK döneminde de şirketin kendi paylarını ivaz karşılığı iktisap etmesi kural olarak yasaklanmıştı. Ne var ki, kendi paylarını iktisap etmesinin şirkete sağladığı bazı faydalar¹¹¹² dikkate alınarak, TTK m.379 hükmü ile

¹¹⁰⁸ Okutan Nilsson, **Şirketler Topluluğu**, s.527. Aksi yönde bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-II**, s.744.

¹¹⁰⁹ Yanlı/Okutan Nilsson, **Bildirim**, s.777, Pulaşlı, **Şerh I-** s.514.

¹¹¹⁰ Yanlı/Okutan Nilsson, **Bildirim**, s.784.

¹¹¹¹ Şirketin kendi paylarını iktisap etmesinin olumsuz etkilerine yönelik açıklamalar için bkz. Pulaşlı, **Şerh II**, s.1773 vd., Ayan, Özge, “**Anonim Şirketin Genel Kurul Kararı İle Kendi Paylarını İktisap Etmesi Veya Rehin Almasının Koşulları (TTK 379)**”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVII, Y.2013, Sa. 1-2, s.190 vd.

¹¹¹² Bu faydalar hakkında açıklamalar için bkz Pulaşlı, **Şerh II**, s.1776 vd., Last, Jens, **Der Erwerb eigener Aktien als Ausschüttungsinstrument**, Berliner Wissenschaftsverlag, 2016, s.15 vd.

birlikte anonim şirketin kendi paylarını iktisap etmesine belirli sınırlar içerisinde izin verilmiştir.

TTK rejiminde anonim şirketin kendi paylarını iktisap edebilmesi, çeşitli koşullara tabidir. İlk olarak TTK m.379 f.2 uyarınca şirketin kendi paylarını iktisap edebilmesi için genel kurulun yönetim kuruluna yetki vermesi zorunludur, ki maddede bu yetkinin en fazla beş sene süre ile verilebileceği düzenlenmiştir. Ayrıca şirketin iktisap edebileceği paylar şirket sermayesinin en fazla %10'u ile sınırlandırılmıştır (TTK m.379 f.1). Bunun dışında kanun koyucu şirketin kendi paylarını iktisap etmesinin sermayenin ve bağlı malvarlığının iadesi yasağını ihlal etmemesi için¹¹¹³, şirket bakımından bir mali yeterlilik şartı da benimsemiştir. TTK m.379 f. 3 uyarınca *“...İktisap edilecek payların bedelleri düşüldükten sonra, kalan şirket net aktif, en az esas veya çıkarılmış sermaye ile kanun ve esas sözleşme uyarınca dağıtılmasına izin verilmeyen yedek akçelerin toplamı kadar olmalıdır”*.

Bu belirtilen şartların gerçekleşmesi halinde, anonim şirket kendi paylarını hukuka uygun olarak iktisap edebilecektir. Kanundaki şartların sağlanmaması halinde ise, anonim şirketin kendi paylarını iktisap etmesi hukuka aykırı olacaktır. Ancak anonim şirketin kendi paylarını iktisap etmesinin hukuka aykırı olması, iktisabın geçersizliği sonucunu doğurmaz¹¹¹⁴. Kanunda belirtilen şartlar sağlanmadığı takdirde, iktisap hukuka olaksa da payların anonim şirkete devrine engel olmayacaktır. Şirketin kendi paylarını hukuka aykırı olarak iktisap etmesi, payların elde çıkartılması yahut yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu gibi konularda farklılık yaratacaktır¹¹¹⁵.

Anonim şirketin kendi paylarını iktisap etmesinin çalışma konumuz olan kâr payı hakkı ile olan bağlantısı, şirket tarafından iktisap edilen paylardan doğan ortaklık haklarının kullanılması konusunda kendini göstermektedir. TTK m.379 hükmü anonim şirketin kendi paylarını belirli sınırlar çerçevesinde iktisap etmesine imkân tanımakla birlikte, TTK m.389 uyarınca söz konusu haklardan doğan pay sahipliği hakları, bedelsiz pay alma hakkı saklı olmak üzere, kullanılamaz. Üstelik bu madde bakımından anonim şirketin kendi paylarını iktisabının hukuka uygun olup olmaması

¹¹¹³ Pulaşlı, **Şerh I**, s.1783.

¹¹¹⁴ Pulaşlı, **Şerh I**, s.1790.

¹¹¹⁵ Şirketin kendi paylarını iktisabında hukuka aykırılığın etkisi konusundaki tartışmalar için bkz. Pulaşlı, **Şerh I**, s.1789 vd., Ayan, s.198, Çapa, Mehmet Sadık, **6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim ve Limited Şirketlerin Kendi Paylarını İktisap Etmesi**, 12 Levha, İstanbul, 2013, s.93 vd.

da bir fark yaratmayacaktır¹¹¹⁶. Bu şekilde anonim şirketin kendi paylarını iktisap etmesine belirli bir çerçevede izin verilirken, anonim şirket yönetim kurulunun bu paylardan doğan hakları kullanmasından doğabilecek olumsuz sonuçların da bertaraf edilmesi sağlanmaktadır.

TTK m.389 hükmü, şirketin kendi paylarını iktisap etmesi halinde, bedelsiz pay alma hakkı hariç, hiçbir hakkın kullanılamayacağını açık şekilde düzenlemiştir. Bu durumda kullanılamayacak haklar arasında kâr payı hakkı ve bu haktan doğan tüm yetkilerin de bulunduğu konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır¹¹¹⁷.

O zaman ele alınması gereken konu, anonim şirketin kendi paylarını iktisap etmesinin bu paylardan doğan kâr payı hakkına ve özellikle de kâr dağıtımına katılma yetkisine etkisidir. Bu etki konusunda kanunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Diğer bir ifade ile hakların kullanılamaması ile ne kast edildiği açık değildir. İsviçre öğretisinde, bu durumda şirketin kâr payı dağıtımına iştirak edeceği, ancak kâr payı alacağının doğması ile birlikte alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi sebebiyle borcun sona ereceği savunulmaktadır¹¹¹⁸. Ancak İBK m.659a hükmü Türk hukukundan farklı olarak, şirketin kendi iktisap ettiği paylar sebebiyle malvarlığı haklarının doğmayacağı yönünde açık bir düzenleme getirmemektedir. O nedenle de İsviçre öğretisinde kabul edilen çözümün Türk hukuku bakımından uygulanabilirliğine şüphe ile yaklaşılmalıdır.

Türk hukukunda öğretilde savunulan bir görüşe göre, anonim şirket kendi paylarını iktisap ettiği takdirde, şirkete ait paylara tekabül eden kâr payının şirket bünyesinde tutulması gerekmektedir¹¹¹⁹. Bu görüşü savunan yazarlar arasında şirket payları için ödenecek kârın nasıl kullanılacağı konusunda görüş ayrılığı bulunmaktadır. Bir görüşe göre, şirket tarafından iktisap edilen paylardan ötürü pay sahipliği haklarının

¹¹¹⁶ Ayoğlu, Tolga, “Anonim Ortaklıkların Kendi Paylarını İktisap Etmeleri ve Karşılıklı Katılmalar Meselesi”, İsviçre Borçlar Kanunu’nun İktibasının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukuku’nun Türk Ticaret Hukuku’na Etkileri, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s.543.

¹¹¹⁷ Belirtmek gerekir ki, bu düzenleme mehz İsviçre hukukundan ayrılmaktadır. İBK m.659a hükmü uyarınca şirketin kendi paylarını iktisap etmesi halinde oy hakkı ve bununla bağlantılı hakların donması söz konusu olmaktadır. Madde metni, malvarlığı haklarına ilişkin açık bir sınırlama getirmemektedir. Nitekim bu nedenle şirketin iktisap ettiği kendi paylarından dolayı mali hakların devam edeceği belirtilmektedir. Bkz. Trueb, **Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Personengesellschaften -Aktiengesellschaft**, 3. Bası, Schulthess, 2016, Art659a, s.437. Groner, Roger, **Erwerb Eigener Aktien**, Helbing&Lichtenhahn, 2003, s.376. Bu açıdan Türk hukukundaki düzenleme, şirketin iktisap ettiği kendi paylarının hiçbir hak vermeyeceğini belirten AktG m.71b düzenlemesine daha yakındır.

¹¹¹⁸ Trueb, **Handkommentar, Art659a**, s.437. Groner, s.376.

¹¹¹⁹ Çapa, s.112, Üçışık/Çelik, s.318. ETTK hükümleri ışığında aynı sonuç için bkz. Ateşagaoglu, s.102 vd.

kullanılamaması geçici bir durumdur ve payların yeni sahibine devredilmesi ile birlikte ortaklık hakları tekrar kullanılabilir duruma gelmektedir. Bu durumda ise paylara tekabül eden kâr payının payı devralan kişiye faizi ile birlikte ödenmesi gerekmektedir¹¹²⁰. Bununla birlikte bazı yazarlar şirket tarafından iktisap edilen payların için ödenen kâr payının yedek akçe hesabına aktarılması görüşünü¹¹²¹ savunurken bazı yazarlar kâr payı ödemesinin şirketin ilgili dönem kârına eklenmesini ve bu şekilde tekrar kâr dağıtımına dahil edilmesi gerektiğini¹¹²² savunmaktadırlar.

Öğretideki diğer bir görüşe göre ise, şirket kendi paylarını iktisap ettiği takdirde kâr payı hakkı bakımından bu paylar dikkate alınmamalı ve kâr dağıtımı diğer paylara yapılmalıdır¹¹²³. Kanaatimizce bu ikinci çözüm, karşılıklı iştirak ve TTK m.198’de belirtilen bildirimin yapılmaması hallerindeki ile eş bir sonuç verdiği için tutarlı olacaktır. Her ne kadar, TTK m.389 hükmü TTK m.201 ve TTK m.198’de olduğu gibi “hakların donmasından” değil de şirketin iktisap ettiği payların herhangi bir hak kazandırmayacağından bahsetmiş olsa da bu ifade farklılığının içeriğe dair bir ayrışmayı gerektirdiğini gösteren bir sebep bulunmamaktadır. O nedenle şirketin kendi paylarının iktisabının sonuçlarını da pay sahipliği haklarının donduğu diğer haller ile paralel yorumlamak gerektiği görüşündeyiz¹¹²⁴. Bu durumda genel kurul tarafından dağıtılmasına karar verilen tutara şirket tarafından elde bulundurulmuş paylar katılmayacak, dağıtılmasına karar verilen tutar diğer paylar arasında bölüşülecektir.

II. Kâr Dağıtımına Katılacak Kişiler ve Pay Sahibinin Durumu

Anonim ortaklık kârına katılma yetkisi bulunan tek grup pay sahipleri değildir. Pay sahibi dışındaki kişilere de kârdan pay alma yetkisi tanınması mümkündür. Bu gruplar, yönetim kurulu üyeleri, şirket çalışanları, intifa senedi sahipleri ve borçlanma aracı sahipleri olarak dört grup altında incelenebilir. Söz konusu gruplara kâra katılma yetkisi tanınması halinde, anonim şirketin elde ettiği kâr pay sahipleri ile birlikte bu

¹¹²⁰ Üçışık/Çelik, s.318.

¹¹²¹ Ayoğlu, **Kendi Paylarını İktisap**, s.543.

¹¹²² Çapa, s.113.

¹¹²³ Aydın, **Kendi Payını İktisap**, s.286, Pulaşlı, **Şerh II**, 1794.

¹¹²⁴ Hükmün bu şekilde yorumlanması, şirketin iktisap ettiği kendi paylarını kâr payına iştirakten mahrum bırakacaktır. O nedenle de geçici olarak payların değerinin düşmesi ihtimal dahilindedir. Bu durumda yönetim kurulunun payları elde çıkartırken bu değer düşüklüğünü dikkate alarak hareket etmesi gerektiği ve kâr dağıtım kararı alınması ile kâr payı ödemesi arasında kalan pay değerinin düşük olduğu dönemde payları elden çıkartmaktan imtina etmesinin daha yerinde olduğu belirtilmektedir. Bkz. Last, s.100-101.

kişilere de dağıtılacaktır. Bu şekilde, şirket sermayesine katılmadan kârdan pay alabilecek gruplar oluşmaktadır¹¹²⁵.

Pay sahibi dışında kişilere de kârdan pay verilmesi, beraberinde üç önemli sorunu doğurmaktadır. Öncelikle, pay sahiplerinin aksine bu kişilere kârdan pay verilmesi konusunda kanundan doğan bir zorunluluk bulunmamaktadır. Bu kişilere verilecek kâr dağıtımına katılma yetkisi, şirket iradesine dayanmaktadır. Kanun koyucu, şirketin bu kişilere kâr dağıtımını konusunda iradesini nasıl ortaya koyacağı konusunda düzenlemeler getirilmesi gerekmektedir.

İkinci olarak belirtmek gerekir ki, kârdan pay alacak kişiler kâr dağıtımına katılma yetkisine sahip olsalar da diğer ortaklık haklarına sahip değildir. Bu nedenle bu kişilerin kâr payına katılma yetkilerini nasıl koruyacakları sorusu ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki, dar anlamda kâr payı pay sahibine şirketin kâr dağıtım kararlarına karşı hukuki yollara başvurma yetkisi de tanınmaktadır. Ancak pay sahibi dışında kalan kâra katılacak diğer kişiler bakımından böyle bir yetki bulunmamaktadır. O nedenle bu kişilerin kâr payı haklarının nasıl ve ne ölçüde korunacağı sorusu da önem kazanmaktadır.

Son olarak, pay sahibi dışında kişilere kâra katılma yetkisi verilmesi, kâra katılacak kişiler arasında da bir menfaat çatışmasının doğmasına yol açacaktır. Bu çatışma sonucunda kâra katılacak kişilerin korunması gerektiği kadar, pay sahiplerinin kâr payı hakkının da korunması gerekmektedir. O nedenle de kâra katılacak kişilere tanınacak hakkın sınırlarının belirlenmesi ve pay sahiplerinin kâr payı hakkının nasıl korunacağının da bu bağlamda ele alınması gerekmektedir.

Kâra katılacak kişilere ilişkin yukarıda aktarmaya çalıştığımız sorulara, aşağıda her bir grup için ayrı ayrı açıklama yapılacaktır.

A. Yönetim Kurulu Üyeleri

Yönetim kurulu üyelerinin şirketin yönetimi için harcadıkları emek karşılığında bir ücret almaları olağandır. Hatta yönetim kurulu üyelerine ücret ödenmesinin zorunlu olup olmadığı konusunda tartışmalar da bulunmaktadır¹¹²⁶. Yönetim kurulu üyelerinin

¹¹²⁵ Ateşgözoğlu, s.110.

¹¹²⁶ Doktrinde bir görüşe göre yönetim kurulu üyelerine ücret ödenmesi zorunludur. Bkz. Özer, Mali Haklar, s.224. İsviçre hukukunda da bu görüşün baskın olduğu belirtilmektedir. Bkz. Yanlı, Veliye, “Yönetim Kurulu Üyelerine Sağlanacak Mali Haklar ile İlgili Bazı Değerlendirmeler”, Batider C.33 S.4, 2017, s.43 dn.4. Diğer bir görüşe göre ise yönetim kurulu üyelerine ücret ödeyip ödememek tamamen şirketin takdirindedir. Bkz. Yanlı, **YK Mali Haklar**, s.42 vd. Fakat her şart altında

ücret hakkı, çeşitli şekillerde kararlaştırılabilir. Yönetim kurulu üyelerine yıllık sabit bir ücret ödenebileceği gibi, şirketin performansına bağlı prim veya ikramiye gibi ödemeler de yapılması mümkündür. Bu ödemelerin yapılması için kural olarak şirketin kâr elde etmesi gerekmez¹¹²⁷. Şirketin yönetim kurulu üyelerine ödeyeceği mali haklar sınırlı sayıda değildir. TTK m.394'ün madde gerekçesinde yönetim kurulu üyelerine tanınacak mali hakların sınırlı sayıda olduğu belirtilse de emredici hükümlere aykırılık teşkil etmemek şartıyla şirket farklı türde mali haklar ödenmesini kararlaştırabilecektir¹¹²⁸.

Yönetim kurulu üyelerine tanınacak mali haklardan biri de yıllık kârdan pay verilmesidir (TTK m.394). Bu hüküm uyarınca şirket, yönetim kurulu üyelerinin bir kısmına¹¹²⁹ veya tamamına tutarı esas sözleşme ile veya genel kurul kararı ile yıllık kârdan pay ödeyebilir. Yönetim kuruluna şirketin net dönem kârından ödenecek tutara kazanç payı denilmektedir (TTK m.511)¹¹³⁰. Kazanç payı, yönetim kurulu üyelerinin ücretini kısmen şirketin elde edeceği kâr ile orantılı hale getirerek, daha verimli çalışmalarını teşvik etme amacı taşır¹¹³¹.

halka açık şirketlerde kurumsal yönetim ilkeleri uyarınca bağımsız yönetim kurulu üyelerine bağımsızlıklarını koruyacak seviyede ödeme yapılması zorunludur. Bkz. Yanlı, **YK Mali Haklar**, s.44.

¹¹²⁷ Yanlı, **YK Mali Haklar**, s.45. Elbette şirketin kârlılık durumunun bir performans ölçütü olması ve prim yahut ikramiye gibi mali haklarda bir dikkate alınacağının belirtilmesi mümkündür.

¹¹²⁸ Yanlı, **YK Mali Haklar**, s.45, Özer, s.219-220, Kırca/Şehirali Çelik/ Manavgat, s.731.

¹¹²⁹ Yönetim kurulu üyelerinin mali hakları bakımından şirketin eşit davranma yükümlülüğünün bulunmadığı yönünde bkz. Yanlı, **YK Mali Haklar**, s.54 vd. Bununla birlikte, genel kurulun yönetim kurulu üyelerine verilecek toplam kazanç payını belirledikten sonra, yönetim kurulu üyelerinin bu toplam tutarın üyeler arasındaki taksimi yönetim kuruluna bırakılmışsa, yönetim kurulunun taksim kararını objektif ölçütlere göre alması gerektiği belirtilmektedir. Aksi durumda, mali hakları kısıtlanan yönetim kurulu üyeleri görevden ayrılmaya zorlanarak genel kurula ait olan yönetim kurulu üyesini seçme yetkisi, fiilen yönetim kuruluna aktarılmış olacaktır. Bkz. Yanlı, **YK Mali Haklar**, s.57.

¹¹³⁰ Leu, Daniel, **Variable Vergütungen für Manager und Verwaltungsräte**, SSHW Schulthess, 2005, s.108. Yönetim kurulu üyelerine mali haklar tanınırken karma nitelikte haklar da tanınabilmektedir. Örneğin yönetim kurulu üyeleri lehine kâra katılmalı intifa senet çıkartılabilir. Bu gibi hallerde de verilen mali hak kazanç payı olarak ifade edilmese de tanınan mali hakkın kazanç payına ilişkin hükümlere uygun olması gerekmektedir. Teoman, Ömer, **Anonim Ortaklıkta İntifa Senetleri**, Üniversite Kitabevi, İstanbul, 1978, s.132.

¹¹³¹ Chenaux/Gachet, **CR, Art 677**, para. 1, Vogt, **Basler Kommentar, Art 677**, para 2, Gürbüz Usluel, s.139, Yanlı, Veliye, “**Yönetim Kurulu Üyelerinin Kazanç Payı ile İlgili Bazı Sorunlar**”, Prof. Dr. Ali Necip Ortan’a Amağan, Legal Hukuk Dergisi C.8 S.32, 2019, s.1157, Pulaşlı, **Şerh II**, s.1408. Öte yandan Türk hukuku gibi şirketlerde çoğunlukla hâkim pay sahibinin bulunduğu ve bu hâkim pay sahibinin yönetim üzerinde etkin gözetim uyguladığı ülkelerde, kazanç payı ödemesinin çok yaygın olmadığı belirtilmektedir. Bkz. Gürbüz Usluel, s.139. İsviçre hukukunda da vergi yüküne etkisi sebebiyle kazanç payı uygulamasının uygulamada sık tercih edilen bir yol olmadığı yönünde bkz. Böckli, **Aktienrecht**, s.163, Meier-Hayoz, Arthur/Forstmoser, Peter/Iordanov, Peter, **Droit Suisse des Sociétés**, Stämpfli Verlag, 2015, s.634, Chenaux/Gachet, **CR, Art 677**, para. 2, Spörri, s.117.

TTK m.339 f.2-f bendi uyarınca yönetim kurulu üyelerine kazanç payı verilebilmesi için, esas sözleşmede buna izin veren bir hüküm bulunması gerekir¹¹³². Böyle bir hüküm bulunması şartıyla, genel kurul yönetim kurulu üyelerinin tümüne veya bazılarına¹¹³³ kazanç payı dağıtılmasına karar verebilir. Esas sözleşmede yer alacak hükümler genel kurula kazanç payı dağıtımını konusunda yetki verebileceği gibi bir yükümlülük de yükleyebilir¹¹³⁴. Eğer şirket esas sözleşmesinde kazanç payı dağıtımını zorunluluğu getirilmiş ve dağıtım oranı da belirlenmişse, genel kurulun kazanç dağıtımını konusunda bir kararı olmasa, hatta genel kurul kazanç payı dağıtmama kararı alsa bile, yönetim kurulu üyeleri bakımından bir alacak hakkı doğacaktır¹¹³⁵. Esas sözleşmede kazanç payı ödenebileceği konusunda genel kurula yetki verilmişse yahut bu konuda bir zorunluluk getirilmesine rağmen kazanç payı oranını belirleme yetkisi genel kurula bırakılmışsa, kazanç payının alacak hakkına dönüşmesi genel kurulun bu konuda alacağı karar ile olacaktır¹¹³⁶. O nedenle de genel kurul esas sözleşmedeki hükme aykırı olarak kazanç payı dağıtmama kararı aldığı takdirde,

¹¹³² Yanlı, **YK Mali Haklar**, s.45, Badak, s.231, Gürbüz Usluel, s.141, Özer, s.229, Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-I**, s.369, Şener, s.408. İsviçre hukukunda aynı yönde bkz. Leu, s.108, Meier-Hayoz/Forstmoser/Iordanov, s.634, Visser, **OFK**, s.1664, Böckli, **Aktienrecht**, s.1524, Vogt, **Basler Kommentar, Art 677**, para 6, Chenuaux/Gachet, **CR, Art 677**, para. 6. İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu yöndeki kararı için bkz. BGE 84 II 552-553. Aksi yönde Pulaşlı, **Şerh I**, s.1411. Yazar bu görüşe dayanak olarak TTK m.394 hükmünde yer alan "esas sözleşmeyle veya genel kurul kararıyla belirlenmiş olmak şartıyla huzur hakkı, ücret, ikramiye, prim ve yıllık kârdan pay ödenebilir" ifadesine dayanmaktadır. Nitekim aynı görüşlerin İsviçre hukukunda da savunulduğu belirtilmektedir. Bu yöndeki tespit için bkz. BGE 84 II 552-553 ve Spörri, s.114. Öte yandan öğretide ilgili maddenin genel kurul kararıyla kazanç payı tutarının belirlenmesi ihtimaline yönelik olduğu öne sürülmektedir. Bkz. Yanlı, **Kazanç Payı**, s.1161, Badak, s.232 dn.42. Diğer bir görüşe göre ise ilgili maddede yönetim kurulunun ücretine ilişkin çeşitli hakların sayıldığı, hükmün genel kurulun kazanç payı haricindeki haklar tanıyabilecek şekilde anlaşılması gerekir. Bkz. Gürbüz Usluel, s.141.

¹¹³³ Kazanç payı verilmesi bakımından tüm yönetim kurulu üyelerine eşit davranılması zorunlu olmayıp yönetim kurulu üyelerinin performanslarına ve donanımlarına göre üyelerden bir kısmına kazanç payı verilmesi kararlaştırılabilir. Öte yandan yönetim kurulu üyeleri bakımından farklı kararlar alınmasının performansa ilişkin ölçütlere dayanmaması halinde bu farklılık dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecektir. Bkz. Kırca/Şehirali Çelik/Manavgat, s.742, Gürbüz Usluel, s.146. Ayrıca esas sözleşme hükmü, genel kurul kararı veya yönetim kurulu kararında yönetim kurulu üyelerinin farklı tutarda kazanç payı alacağı kararlaştırılmadığı takdirde, dağıtımın eşit yapılacağı varsayılmalıdır. Bkz. Chenuaux/Gachet, **CR, Art 677**, para. 11.

¹¹³⁴ Yanlı, **Kazanç Payı**, s.1163.

¹¹³⁵ Yanlı, **Kazanç Payı**, s.1165, Üçışık/Çelik, s.451, Gürbüz Usluel, s.147, Özer, s.244, Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-I**, s.369, Vischer, **OFK**, s.1665, Vogt, **Basler Kommentar, Art 677**, para 3a, Spörri, s.107. Bu nedenle şirket esas sözleşme hükmüne rağmen, pay sahipleri yönetim kurulu üyelerinin performansları sebebiyle kazanç payı almamaları gerektiği görüşünde oldukları takdirde, finansal tabloları onaylamaktan kaçınmalı ve yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna gitmelidirler. Bkz. Üçışık/Çelik, s.451.

¹¹³⁶ Yanlı, **Kazanç Payı**, s.1162, Vischer, **OFK**, s.1665, Spörri, s.107. Şirket esas sözleşmesinde kazanç payı verilebileceğinin ilişkin bir hüküm bulunmadan, sadece yönetim kurulu üyesi ile yapılan sözleşmede kazanç payı ödeneceğinin kararlaştırılması ise mümkün değildir. Bu durumda ilgili sözleşme hükmünün kesin hükümsüz olduğu kabul edilmektedir. Bkz. Yanlı, **Kazanç Payı**, s.1170, Chenuaux/Gachet, **CR, Art 677**, para. 6. Benzer şekilde şirket ile yönetim kurulu üyeleri arasında yapılan münferit sözleşmelerin de esas sözleşme düzenlemeleri ile uyumlu olması gerekmektedir. Bkz. Özer, s.207 ve sonra tekrar s.217.

yönetim kurulu üyeleri genel kurul kararına karşı iptal davası değil¹¹³⁷, şirkete karşı alacak davası açacaklardır¹¹³⁸.

Dağıtılacak kazanç payının yönetim kurulu üyeleri arasında nasıl dağıtılacağı konusunda da kanunda bir düzenleme yer almamaktadır. Bu konuda genel kurulun karar alabileceğine şüphe yoktur. Ayrıca dağıtılacak toplam tutar esas sözleşme düzenlemesi veya genel kurul kararı ile belirlenmişse, bu durumda üyeler arasında paylaşım konusunda yönetim kurulunun karar alabileceği belirtilmektedir¹¹³⁹. Yönetim kurulu üyelerinin kazanç payına dayanacak olan yılın tamamında faaliyet göstermedikleri takdirde, ne oranda kazanç payı alacakları konusunda da bir düzenleme yoktur. Hâkim görüşe göre, bu durumda yönetim kurulu üyesinin görev yaptığı süreye oranlı olarak kazanç payına hak kazanması gerekir¹¹⁴⁰.

TTK hükümleri, yönetim kurulu üyelerine dağıtılabilir kazanç payı verilebilmesi için iki adet önkoşul getirmektedir¹¹⁴¹. Yönetim kurulu üyelerine kazanç payı dağıtılabilmesi için pay sahiplerine ödenmiş sermayenin %5'i oranında kâr payı ödenmesi gerekmektedir (TTK m.511). Kanunda pay sahipleri lehine kararlaştırılan tutar ödenmeden kazanç payı dağıtımı yapılması halinde, kararın kanuna aykırılık sebebiyle iptali mümkün olacaktır¹¹⁴². Kazanç payı dağıtılabilmesi için gereken bir diğer ön koşul, kanuni yedek akçe ayırımının yapılmasıdır (TTK m.511). Bu konuda ortaya çıkan sorun, esas sözleşme ile ayrılması zorunlu tutulan diğer yedek akçelerin durumunun ne olduğudur. Öğretide bu konu tartışmalıdır. Bir görüşe göre, TTK m.511 sadece kanuni yedek akçelerin ayrılmasından bahsetse de esas sözleşme uyarınca

¹¹³⁷ Yönetim kurulu üyelerinin kazanç payı konusundaki kararlara karşı iptal davası açma yetkisi bulunmadığı yönünde detaylı açıklama için bkz. Yanlı, **Kazanç Payı**, s.1168 vd., Chenaux/Gachet, **CR, Art 677**, para. 17. Böyle bir davada mahkeme tarafından şirket organı yerine karar verilemeyeceği için yönetim kurulu üyesinin menfaatinin bulunmadığı yönünde bkz. Özer, s.231.

¹¹³⁸ Gürbüz Usluel, s.147, Üçışık/Çelik, s.452, Vogt, **Basler Kommentar, Art 677**, para. 12, Pulaşlı, **Şerh II**, s.1409.

¹¹³⁹ Özer, s.245.

¹¹⁴⁰ Örnek olarak bkz. Vischer, **OFK**, s.1665, Pulaşlı, **Şerh I**, s.1412, Gürbüz Usluel, s.140, Kırca/Şehirli Çelik/Manavgat, s.743, Vogt, **Basler Kommentar, Art 677**, para. 16, Spörri, s.113. Azınlıkta kalan görüşe göre ise, sadece süre ölçütü dikkate alınmamalı, yönetim kurulu üyelerinin yaptıkları katkıya uygun olarak kazanç payına hak kazanmalıdırlar. Bkz. Badak, s.237.

¹¹⁴¹ Belirtmek isteriz ki, söz konusu önkoşullar kazanç payı dağıtımına özgü önkoşullardır. Burada belirtilenlere ilaveten finansal tabloların hazırlanması, denetlenmesi ve genel kurul tarafından onaylanması gibi kâr dağıtımına ilişkin şekli şartlar kazanç payı dağıtımı bakımından da geçerlidir. Bkz. Böckli, **Aktienrecht**, s.1524, Vischer, **OFK**, s.1665, Chenaux/Gachet, **CR, Art 677**, para. 6.

¹¹⁴² Öğretide bu durumda kararın butlanının söz konusu olduğu ileri sürülmüştür. Bkz. Özer, s.243. Ancak kanaatimizce bu durumda pay sahibinin malvarlığı hakkının arızı olarak ihlal edilmesi söz konusudur. Ayrıca böyle bir ihlal şirketin dağıtacağı toplam tutarı da artırmadığı için sermayenin korunması ilkesine aykırılık da teşkil etmeyecektir. Bu bağlamda kararın butlanı yerine iptalinin istenebileceğinin kabul edilmesinin daha uygun bir çözüm olacağı kanaatindeyiz.

ayrılması zorunlu olan yedek akçeler de ayrılmadan kazanç payı ödenemez¹¹⁴³. Öğretide diğer görüşe göre ise bu konuda esas sözleşmeye dayanan yedek akçenin türüne göre bir ayırım yapılmalıdır. Esas sözleşme hükmünün kanuni yedek akçe ayırımına ilişkin şartları ağırlaştırılması halinde, bu ayırımın öncelikli olacağı, öte yandan şirket esas sözleşmesinde kanuni yedek akçeden bağımsız ihtiyari yedek akçe ayrılması kararlaştırılmışsa, bu ayırım zorunluluğunun kazanç payı ödenmesine engel olmadığı belirtilmektedir¹¹⁴⁴. Kanaatimizce esas sözleşme ile kazanç payı ile yedek akçe bakımından öncelik sırasının belirlenmesi konusunda şirkete serbesti tanınmalıdır. Nihayetinde gerek esas sözleşmeye dayanan yedek akçe gerekse kazanç payı iradi niteliktedir ve şirket bu konuda esas sözleşmede düzenleme getirmekte serbesttir. Bu durumda şirket esas sözleşmesinde yedek akçe ve kazanç payı arasındaki öncelik ilişkisinin de şirket tarafından tayini mümkün olmalıdır. Bu noktada sorun, şirket tarafından bu konuda belirlemenin yapılmaması halinde, örneğin bir maddede yedek akçe ayrılmasına başka bir maddede ise kazanç payı dağıtımına ilişkin hüküm bulunması ihtimalinde, ilgili hükümlerin nasıl uygulanacağı noktasındadır. Bu durumda şirket esas sözleşmesindeki hükmün nasıl yorumlanacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Kanaatimizce böyle bir durumda yedek akçe ayrılmasına ilişkin öncelikli olarak uygulanması gerekir; zira kazanç payı şirketin kâr dağıtımının ne kadarının pay sahiplerine ne kadarının ise yönetim kurulu üyelerine gideceği sorusunu ilgilendirir. Halbuki, yedek akçe ayrılması hükmü, daha temel bir sorun olan ne kadar dağıtım yapılacağı sorununa ilişkindir. Objektif yorum, yedek akçe ayrılması zorunluluğu getiren şirketin bu zorunluluğu kâr dağıtımına göre öncelikli hale getirdiği gibi, kazanç payı dağıtımına da öncelikli kılmayı hedeflediği sonucuna götürecektir

Kazanç payının dağıtılabileceği kaynak konusunda öğretide farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre kazanç payı sadece net dönem kârından dağıtılabılır¹¹⁴⁵. Bu görüşe göre, kazanç payının net dönem kârı dışında kaynaklardan dağıtılması, kazanç payının performansla dayalı niteliği ile uyuşmayacaktır¹¹⁴⁶. Bu görüş kabul edilirse, kazanç payı ile pay sahiplerinin kâr payı arasında önemli bir

¹¹⁴³ Gürbüz Usluel, s.143 vd.

¹¹⁴⁴ Badak, s.234.

¹¹⁴⁵ Kırca/Şehirli Çelik/Manavgat, s.730, Özer, s.262. İsviçre hukuku bakımından aynı yönde bkz. Böckli, **Aktienrecht**, s.1524, Vischer, **OFK**, s.1665, Chenaux/Gachet, **CR, Art 677**, para. 13. Şirket esas sözleşmesinde net dönem kârı yerine yıllık kârdan dağıtım yapılabilmesine yönelik hüküm getirilebileceği yönünde bkz. Vogt, **Basler Kommentar, Art 677**, para. 7. Kanaatimizce bu esas sözleşme hükmü düzenleme, sadece net (dönem) kârından dağıtım yapılabilmesini düzenleyen TTK m.511 hükmü ile uyumlu olmayacaktır.

¹¹⁴⁶ Kırca/Şehirli Çelik/Manavgat, s.730.

farklılık ortaya çıkmaktadır; çünkü pay sahiplerine dağıtılacak kâr payı, net dönem kârı dışında serbest yedek akçelerden de dağıtılabilecekken, kazanç payının kaynağı sadece net dönem kârı olacaktır¹¹⁴⁷. TTK m.511’de kazanç payının sadece “net kârdan” yapılacağı belirtilmesi ve TTK m.394’te ise “yıllık kârdan” ödeme yapılacağı ifade edilmesi, bu görüşü desteklemektedir. Aksi görüşe göre ise, şirketin net dönem kârının bulunmaması, yönetim kurulu üyelerinin performansı bakımından tek başına bir ölçüt değildir. Şirketin zararı başka sebeplerden kaynaklanabilir, hatta yönetim kurulu üyelerinin başarılı performansı sebebiyle zararın asgariye indirilmesi dahi söz konusu olabilir¹¹⁴⁸. Bu nedenle serbest yedek akçelerden kazanç payı dağıtımına da izin verilmesi gerektiği ileri sürülmektedir¹¹⁴⁹. Kanaatimizce de genel kurulun şirketin serbest malvarlığı üzerinde takdir yetkisi bulunduğu, üstelik yönetim kurulu üyelerine kazanç payı dışında kalan mali haklar verebileceği düşünüldüğünde, serbest yedek akçelerin de kazanç payı olarak dağıtılmasına bir engel bulunmamalıdır. Şüphesiz ki, genel kurulun bu yönde alacağı bir karar, yönetim kurulu üyelerinin performansları veya kişisel donanımları gibi objektif gerekçelere dayanmıyorsa yahut pay sahiplerinin kâr payı hakkının sınırlanması amacıyla alınıyorsa, bu durumda dürüstlük kuralına aykırılık sebebiyle kararın iptali gündeme gelecektir.

Kanun kazanç payı tutarı konusunda bir düzenleme getirmemiştir. Kazanç payına ilişkin esas sözleşme hükmünde, dağıtılacak oranın da belirlenebileceği konusunda bir şüphe yoktur¹¹⁵⁰. Ancak şirket esas sözleşmesinde kazanç payı oranına ilişkin belirleme yapılmadığı takdirde, kazanç payı tutarının nasıl belirleneceği sorusu ortaya çıkmaktadır. Öğretide çoğunlukla kabul edilen görüşe göre, TTK m.394 hükmü uyarınca bu durumda kazanç payı genel kurul tarafından belirlenecektir¹¹⁵¹. Bu şekilde, şirket esas sözleşmesinde kazanç payı oranı yahut tutarı konusunda bırakılan

¹¹⁴⁷ Öte yandan kazanç payını düzenleyen esas sözleşme hükmünde, dağıtımın net dönem kârı dışından farklı bir ölçüte bağlanarak düzenlenmesinin de mümkün olduğu belirtilmektedir. Bkz. Üçışık/Çelik, s.451.

¹¹⁴⁸ Ekonomik olarak sıkıntı içinde olan şirketlerde yönetim kurulu üyelerinin daha fazla mesai harcamak zorunda olmalarına rağmen kazanç payı alamadıkları yönünde bkz. Leu, s.109-110.

¹¹⁴⁹ Yanlı, **Kazanç Payı**, s.1171. İsviçre öğretisinde serbest yedek akçelerden dağıtım mümkün görmemekle beraber, geçmiş yıldan aktarılan kârdan kazanç payı dağıtılabileceğine yönelik bir görüş de yer almaktadır. Bkz. Vogt, **Basler Kommentar, Art 677**, para. 9.

¹¹⁵⁰ Yanlı, **YK Mali Haklar**, s.50, Badak, s.235, Gürbüz Usluel, s.145. Ne var ki, esas sözleşme ile belirlemenin şirketin yıllık değerlendirme yapma imkânını sınırlandırdığı için yaygın olmadığı belirtilmektedir. Bkz. Yanlı, **YK Mali Haklar**, s.50.

¹¹⁵¹ Örnek olarak bkz. Yanlı, **Kazanç Payı**, s.1164, Badak, s.235, Gürbüz Usluel, s.145, Üçışık/Çelik, s.452, Özer, s.244, Pulaşlı, **Şerh I**, s.1409.

boşluğun genel kurul kararı ile tamamlanması mümkün olacaktır¹¹⁵². Öte yandan öğretide bu çözümün tatminkâr olmadığı ve kazanç payı oranının şirket esas sözleşmesinde belirtilmesinin zorunlu olmasının pay sahiplerinin kâr payı hakkının korunması bakımından daha isabetli olacağı *de lege feranda* savunulmaktadır¹¹⁵³. Kanaatimizce pay sahiplerinin gerek kâr payı gerekse kazanç payı dağıtımını konusunda uzun vadeli öngörülerde bulunma becerisi sınırlı olduğundan, bu oranın esas sözleşmede öngörülmesi hem kolay olmayacak hem de olaya uygun sonuçlar vermeyecektir¹¹⁵⁴. O nedenle de esas sözleşmede dağıtım oranının belirtilmesi yönündeki görüşün altında yatan fikre hak vermekle birlikte, kazanç payları yoluyla kâr payı hakkının sınırlandırılması bakımından daha etkin bir korumanın genel kurul kararlarının iptali¹¹⁵⁵ ve genel kurul yerine dağıtıma karar verilmesi yoluyla sağlanmasının hukuk politikası açısından daha verimli olacağı kanaatindeyiz¹¹⁵⁶.

Yönetim kurulu üyelerinin kazanç payı almasının pay sahiplerinin kâr payı hakkı ile olan ilişkisine de kısaca değinmek gerekmektedir. Öncelikle TTK m.511 pay sahiplerine %5'lik kâr dağıtımını yapılmadan kazanç payı dağıtılamayacağını düzenlemektedir. Bu nedenle genel kurulun kâr dağıtımını konusunda karar almadan, kazanç payı konusunda karar alınması halinde, karar batıl olacaktır¹¹⁵⁷. Ancak kanunda, dağıtılacak kazanç payı bakımından başka bir sınır getirilmemiştir¹¹⁵⁸.

Kazanç payının pay sahiplerinin kâr payı hakkını kısıtlamak amacıyla kullanılması olasılık dahilindedir. Özellikle yönetim kurulu üyelerinin çoğunluk pay sahipleri arasından seçildiği hallerde, kazanç payı da dahil olmak üzere yönetim kurulu üyelerinin ücretleri yoluyla şirket kaynaklarının çoğunluk pay sahiplerine aktarılması sağlanmakta, buna karşılık kâr dağıtımından kaçınılarak azınlık pay sahipleri kâr payı hakkından mahrum bırakılmaktadır. Bu nedenle kazanç payının şirketin ekonomik

¹¹⁵² Ancak genel kurulun bu konudaki yetkisinin TTK m.408 uyarınca devredilmez bir yetki olduğu ve bu belirleme bakımından yetkinin yönetim kuruluna devredilemeyeceği kanaatimizce haklı olarak belirtilmektedir. Bkz. Badak, s.236. Bununla birlikte, öğretide dağıtılacak azami tutarın genel kurul tarafından belirlenmesi şartıyla yönetim kuruluna da yetki verilebileceği belirtilmektedir. Bkz. Gürbüz Usluel, s.145, Kırca/Şehirali Çelik/Manavgat, s.742.

¹¹⁵³ Badak, s.236.

¹¹⁵⁴ Bu nedenle yönetim kurulu üyelerinin mali hakları konusunda esas sözleşmede kapsamlı düzenlemeler bulunmasının nadiren karşılaşılabilecek bir durum olduğu, sıklıkla bazı konularda genel kurula karar yetkisinin bırakıldığı belirtilmektedir. Bkz. Özer, s.322.

¹¹⁵⁵ Eğer hukuka aykırılık dağıtımına karar verilen kazanç payının yüksekliğinden kaynaklanıyorsa, bu durumda mahkemenin kazanç payı dağıtımını kararını kısmen iptal etmesi gerektiği yönünde bkz. Kırca/Şehirali Çelik/Manavgat, s.753.

¹¹⁵⁶ Bu konuda bkz. Dördüncü Bölüm-II-Kâr Dağıtım Davası.

¹¹⁵⁷ Gürbüz Usluel, s.144.

¹¹⁵⁸ Spörri, s.116.

durumu ve yönetim kurulu üyelerinin iş yükü dikkate alınarak belirlenmesi gerekmektedir¹¹⁵⁹. Ayrıca, şirketin kârlılık durumundaki değişikliğin de bir ölçüt olarak dikkate alınması mümkündür¹¹⁶⁰. Genel kurul, kazanç payını belirlerken pay sahiplerinin kâr payı hakkını sınırlayacak kadar yüksek oranda dağıtım karar veremez¹¹⁶¹. Esasen genel kurulun yönetim kurulu üyeleri için takdir ettiği ücretin hukuki denetime tabi tutulması bir yerindelik denetimine yol açacaktır. Ancak yönetim kurulu üyelerine tanınan kazanç payının pay sahiplerinin kâr payı hakkını ortadan kaldırmaya yönelik olması halinde, bu yerindelik denetiminin yapılması zorunludur¹¹⁶².

Kabul etmek gerekir ki, söz konusu açıklamalar kazanç payına ilişkin soyut sınırlamalardır ve meselenin her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir. Halbuki, Kâr Payı Tebliği m.5 f.4 düzenlemesi kazanç payının pay sahiplerinin menfaatlerini aşırı sınırlamaması için, somut bir ölçüt getirerek kazanç payının pay sahiplerinin kâr payı hakkının dörtte birini aşamayacağını düzenlemiştir. Her ne kadar pozitif hukukta, söz konusu sınırlamanın kapalı şirketler bakımından doğrudan uygulanması mümkün değilse de gelecekte yapılacak yasama faaliyetleri bakımından kapalı şirketler bakımından da benzer sınırlamalar getirilmesi üzerinde düşünülmesi gereken bir konudur.

B. Şirket Çalışanları

Anonim şirketin kâr dağıtım kararına iştirak edecek gruplardan bir diğeri de şirket çalışanlarıdır¹¹⁶³. Şirket çalışanlarının şirket kârına katılmaları iki şekilde gerçekleşir. Bu hallerden biri, şirketin kârından alınacak payın işçinin iş sözleşmesi uyarınca hak kazanacağı ücretin bir kısmını oluşturmasıdır. Bu durumda, şirket çalışanına aralarında iradi olarak kurulan iş sözleşmesi uyarınca şirket kârına bağlı olarak bir ücret ödeme taahhüdünde bulunmaktadır. İşçinin şirket kârına bağlı olarak ücret alması, taraflar arasındaki sözleşmeye dayanmaktadır ve şirket bakımından da bir borç teşkil edecektir.

¹¹⁵⁹ Leu, s.109, Gürbüz Usluel, s.146, Badak, s.236, Pulaşlı, **Şerh II**, s.1409.

¹¹⁶⁰ Vogt, **Basler Kommentar, Art 677**, para. 7.

¹¹⁶¹ Yanlı, **Kazanç Payı**, s.1165, Vogt, **Basler Kommentar, Art 677**, para. 8, Spörri, s.114.

¹¹⁶² Leu, s.109. Bununla birlikte mahkemenin genel kurul kararına karşı müdahalede çekingen davranması gerektiği ve açık şekilde bir ihlal olmadığı sürece genel kurulun takdir yetkisine riayet etmeleri gerektiği de belirtilmektedir. Bkz. Vogt, **Basler Kommentar, Art 677**, para. 8.

¹¹⁶³ Yanlı, **YK Mali Haklar**, s.64, Badak, s.237, Üçışık/Çelik, s.454, Gürbüz Usluel, s.153.

Kanaatimizce bu durumda şirket çalışanın gerçek anlamda kâr dağıtımına katılmasından bahsetmek mümkün değildir. Öncelikle şirket çalışanlarına ödenecek tutar, şirket açısından ödenmesi zorunlu bir gider niteliğindedir¹¹⁶⁴. Bu ödeme, çalışan bakımından ise ücrete ek ödeme olarak tanımlanmaktadır¹¹⁶⁵. Nasıl maaş veya ek mali haklar gibi çalışana ödenen diğer ücret kalemleri şirket kârının azalmasına yol açıyorsa, çalışana kâr ile orantılı olarak yapılacak ödemelerin de gerçek anlamda kârın azalmasına yol açacaktır. Bu durumda iş sözleşmelerinde kâra oranlı olarak ödeme yapılacağının kararlaştırıldığı hallerde gerçek anlamda kârdan pay alma söz konusu değildir¹¹⁶⁶.

Bu kabul beraberinde bazı pratik sonuçları da getirecektir. Öncelikle, iş sözleşmesi uyarınca çalışana kâra oranlı olarak yapılacak ödemelerin kârın paylaşımı olarak nitelendirilmemesi, yetkili organın tespiti bakımından önem taşır. TTK m.408 uyarınca şirket kârının nasıl kullanılacağına karar verecek organ genel kurul olsa da şirket adına taahhütte bulunmaya ve şirketi borç altına sokmaya yetkili organ yönetim kuruludur. Çalışanlara ödenecek ücretin belirlenmesi konusunda yetkili organ da bu nedenle yönetim kurulu olacaktır. Kanaatimizce iş sözleşmesi kapsamında kâra oranlı ödeme yapılacak olması halinde de yetkili organ yönetim kuruludur¹¹⁶⁷.

Kâra oranlı ücret belirlenmesinin bir diğer sonucu, bu şekilde kâra orantılı ödemelerin şirketin yıllık kârının azalmasına yol açacak olmasıdır. Söz konusu ücretler, şirket bakımından bir gider niteliğinde olduğundan, bu tutarların mali yıl içinde elde edilmesi gereken kârdan düşülmesi ve yıllık kâr yahut net dönem kârı tutarının buna göre tespit edilmesi gerekir. Bu açıdan bakıldığında, çalışanlara kâr ile orantılı ödeme yapılması, kâra katılacak diğer kişilerin kâr payı hakkına göre önceliklidir.

Bu açıklamalar ışığında şirket çalışanlarının şirketin kârına oranlı olarak ücrete ilave ödeme almaları, gerçek anlamda bir kâr paylaşımı niteliğinde değildir. Bu durumda şirketin çalışana ödeyeceği ücret söz konusudur ve ödenecek tutarın kâra

¹¹⁶⁴ Üçışık/Çelik, s.456.

¹¹⁶⁵ Badak, s.238. Yönetim kurulu üyelerinin aynı zamanda şirketle olan iş sözleşmelerinden kaynaklanan kâra oranlı mali haklar bakımından aynı yönde bkz. Visher, **OFK**, s.1664.

¹¹⁶⁶ Yönetim kurulu üyelerinin kazanç payı bakımından benzer bir tespit için bkz. Spörri, s.105. Yazara göre, yönetim kurulu üyelerinin ücretlerinin değişken ölçütlere göre belirlenmesi, bu ücret unsurları bakımından bir kazanç payının varlığının kabulü anlamına gelmemelidir. Aynı gerekçe ile çalışanlara yapılacak ödemelerin de şirketin kârına oranlı olmasının, kârdan pay alma olarak değerlendirilmemesi gerekecektir.

¹¹⁶⁷ Üçışık/Çelik, s.454.

oranlı olarak değişmesi, çalışanın ücretine ilişkin kurallardan sapılması anlamına gelmemektedir¹¹⁶⁸.

Kanaatimizce bu şekilde çalışan ücretinde şirket kârına oranlı bir ödeme yapılabilmesi için şirket esas sözleşmesinde bir hüküm bulunması zorunluluğu bulunmaktadır. Öğretide şirket çalışanlarına kârdan pay verilmesi için şirket esas sözleşmesinde hüküm bulunması ve genel kurulun bu konuda karar almış olması gerektiği belirtilmektedir¹¹⁶⁹. Esas sözleşmede hüküm bulunması şartı, şirketin tüm giderleri düşüldükten sonra kalan ve pay sahiplerinin kâr payı hakkının konusu olan kârın şirket çalışanlarına verilmesi bakımından gerekli görülmelidir. Ancak çalışanın mali hakları konusunda şirketin borç altına sokma konusunda yönetim kurulunun yetkisi bulunduğunu kabul etmek gerekir. Aksi durumda yönetim kurulunun şirket çalışanına prim ve ikramiye gibi değişken mali haklar tanıyabileceğini, ancak bu mali hakları tanımlarken şirket kârını bir ölçüt olarak kabul edemeyeceği sonucuna varılacaktır ki, kanaatimizce bu bir çelişki doğuracaktır.

Gerçek anlamda anonim şirket kârından pay almak ise, TTK m.522 ve TTK m.523 f.3 hükümlerinde düzenlenmektedir. TTK m.522 hükmüne göre, esas sözleşmede kararlaştırılması halinde, şirket kârından şirket çalışanları için yardım kuruluşları kurulmasına, bu kuruluşların sürdürülmesine veya bu amaç için çalışan kamu tüzel kişilerine vermek için ayırabilecektir. Ayrıca TTK m.523 f.3 hükmü uyarınca genel kurulun *“şirketin işçileri için yardım sandıkları ve diğer yardım örgütleri kurulması veya bunların sürdürülebilmesi amacıyla veya diğer yardım ve hayır amaçlarına hizmet etmek üzere”* yedek akçe ayırması mümkündür.

Hemen belirtmek gerekir ki, her iki madde de belirli bir amaç için yedek akçe ayrılmasından bahsedilmektedir. Ancak söz konusu yedek akçelerin amacı, şirket bünyesinde daimî olarak kalması yahut şirketin dağıtabileceği kârın doğrudan ya da dolaylı olarak artırılması değildir. Söz konusu yedek akçelerin amacı, işçiler lehine yardım amaçlı olarak kullanılması, diğer bir ifade ile harcanmasıdır. Bu nedenle her ne kadar, burada şeklen yedek akçe ayrılması söz konusu olsa da aslında TTK m.522’de yer alan esas sözleşme hükmü ve TTK m.523 f.3’de yer alan genel kurul kararı özleri itibariyle şirket kârının ayrılmasına yönelik değil, kullanılmasına yönelik

¹¹⁶⁸ Nitekim söz konusu kazançların da vergi hukuku bakımından ücret gibi vergilendirileceği belirtilmektedir. Bkz. Ateşgaoğlu, s.116.

¹¹⁶⁹ Yanlı, **YK Mali Haklar**, s.64.

kararlardır. Söz konusu iki madde kapsamında ise şirket çalışanlarının şirket kârından yararlanması mümkün olacaktır.

Şirket çalışanlarına bu şekilde kârdan pay sağlanması halinde, pay sahipleri ile çalışanlar arasında kârdan yararlanma konusunda dengein sağlanması gerekecektir. Pay sahiplerine kanun veya esas sözleşme ile tanınan kâr payı hakkını ihlal edecek şekilde çalışanlar için yedek akçe ayrılması hukuka aykırı olacaktır¹¹⁷⁰. Bu konuda halka açık anonim ortaklıklarda daha somut düzenlemeler getirilmiştir. Kâr Payı Tebliği m.5 f.3 uyarınca kanun, esas sözleşme ve kâr dağıtım politikasında pay sahiplerine dağıtımı öngörülen oranda dağıtım yapılmadan, şirket çalışanlarının da dahil olduğu çeşitli gruplara kâr payından ödeme yapılmayacağı açık şekilde düzenlenmiştir.

C. İntifa Senedi Sahipleri

1. Genel Açıklamalar

Anonim ortaklıkta kâr payı alabilecek kişiler arasında yer alan bir diğer grup da intifa¹¹⁷¹ senedi¹¹⁷² sahipleridir. İntifa senetleri “*anonim ortaklık malvarlığına*

¹¹⁷⁰ Badak, s.238.

¹¹⁷¹ Bu noktada ortaklıklar hukukundaki intifa senedi kavramı ile medeni hukuktaki intifa hakkı kavramının farklı kavramlar olduğunu da işaret etmekte yarar vardır. Bu kavramların ayrılması, özellikle pay sahipliği hakları üzerinde intifa hakkı tanınması halinde daha büyük önem taşımaktadır. Bilindiği üzere intifa hakkı, söz konusu hak üzerinde tam bir yararlanma yetkisi verir. O nedenle ortaklık hakları üzerinde bir intifa hakkı bulunması halinde, hak sahibi malvarlığı hakları ile sınırlı olmayacak şekilde tüm hakları kullanma yetkisi kazanır. Halbuki intifa senedi, sahibine pay sahipliği haklarının tamamı üzerinde değil, sadece intifa senedinde belirtilen malvarlığı haklarından yararlanma yetkisi vermektedir. Bu konuda detaylı açıklama için bkz. Teoman, **İntifa Senetleri**, s.1, Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-II**, s.166-167.

¹¹⁷² İntifa senetlerinde mündemiç olan hak, aslında senedin varlığına bağlı değildir ve senet çıkartılmamış olsa da bir “intifa senedinden” bahsedilebilir Bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-II**, s.167, Rampini/Spillman **Basler Kommentar**, s.563.

Belirtmek gerekir ki, söz konusu hakkın senedin varlığından ayrı olması karşısında, bu hakkı tanımlamak için “intifa senedi” kavramının kullanılması yanıltıcı olmaktadır. Zira ilgili hak senede bağlanmadan da varlık kazanmaktadır. Bu ihtimalde hakkı ifade etmek için “senetsiz intifa senedi” gibi anlamsız bir kavram doğacaktır. Bu yönde bkz. Teoman, **İntifa Senetleri**, s.1-2, İmregün Oğuz, “**Anonim Ortaklıklarda Kurucu Senetleri**”, İÜHFM, C.45, S. 1-4, Doğumunun 100. Yılında Atatürk'e Armağan, 1981, s.481. Nitekim doktrinde de intifa senedinin temsil ettiği hakka vurgu yapmak için “intifa hakkı” kavramını kullanmaktadır. Örnek olarak bkz. Teoman, **İntifa Senetleri**, s.1. Öte yandan kanun koyucu ise, ilgili hakkı her zaman senetle birlikte değerlendirerek TTK’da intifa senedi ifadesini tercih etmiştir. Nitekim *Kendigelen*, aslında senede bağlanması zorunlu olmayan ve senetten önce de var olmasına rağmen, bu hakkın intifa hakkından ayırt edilmesini kolaylaştırması sebebiyle “intifa senedi” ifadesinin tercih edilmesinin isabetli olduğunu belirtmektedir. Bkz. *Kendigelen*, Abuzer, “**Türk Ticaret Kanunu Tasarısında İntifa Senetleri**”, *Batider* C.25 S.2 2009, s.58, Gürbüz Usluel, s.122. Uygulamada ve doktrinde yerleşmiş olduğundan kanundaki ifadeye uygun olarak bu çalışmada da aslen senetle mündemiç olan hakkı ifade etmek için “intifa senedi” kavramı tercih edilmiştir.

Bununla birlikte, kavrama yöneltile eleştirilerin haklılığı da açıktır. O nedenle de intifa senedi yerine hem senet kavramından ziyade hak kavramına vurgu yapacak hem de medeni hukuktan doğan intifa hakkı kavramından ayırtırmayı sağlayacak bir kavramın benimsenmesi ihtiyacı bulunmaktadır.

katılmaktan doğan ve sahiplerine pay sahiplerine özgü yönetime katılma hakları dışında, net dönem kârına katılma, tasfiye artığından yararlanma ve yeni payları alma faydalanma malvarlıksal haklardan bir kısmını veya tamamını veren, anonim ortaklık ile intifa haklarının ilk edinenleri arasında kurulan sözleşmeye dayanılarak oluşturulan bir hak” olarak tanımlanabilir¹¹⁷³. İntifa senetleri, anonim ortaklıkta sermayeyi temsil etmemek ve sahibine ortaklık haklarının tamamını vermemekle birlikte, malvarlıksal haklar sağlamaktadır¹¹⁷⁴.

İntifa senetlerinin verdiği hakkın niteliği konusunda doktrinde farklı tanımlamalar yapılmaktadır. Bir görüşe göre intifa senetleri sahiplerine şarta bağlı bir hak tanımaktadır¹¹⁷⁵. Diğer bir görüşe göre ise, intifa senedi anonim şirket malvarlığına katılma hakkı veren özellikli bir haktır¹¹⁷⁶. Hangi görüş kabul edilirse edilsin, intifa senedi sahiplerinin anonim ortaklıkta pay sahibi sıfatının bulunmadığı kesindir.

İntifa senedi çıkartılması için şirket esas sözleşmesinde bu konuda yetki veren bir hüküm bulunması gerekmektedir¹¹⁷⁷. Hüküm bulunması şartıyla, şirket genel kurulu alacağı bir karar ile intifa senedi çıkartılmasına karar verebilir. Genel kurulun alacağı intifa senedi çıkartma kararı bir esas sözleşme değişikliği olmadığından, yeter sayılar TTK m.418 uyarınca belirlenecektir¹¹⁷⁸.

Bu açıdan bakıldığında intifa senedinin hukuki dayanağı, şirket esas sözleşmesi ve şirket genel kurulunun bu konuda alacağı karardır. Ancak buna rağmen söz konusu

“İntifa” kelimesi günümüz Türkçesinde “yararlanma” anlamına gelmektedir (bkz. TDK Çevrimiçi Sözlük inceleme tarihi 23.06.2018). Kanaatimizce hakkı tarif etmek için “yararlanma hakkı”, hakkın senede bağlanması halinde de “yararlanma senedi” kavramını bu yöndeki ihtiyacı karşılayabilir.

¹¹⁷³ Belirtmek isteriz ki, bu tanım esasen doktrinde *Teoman* tarafından yapılan tanıma dayanmaktadır. Bkz. Teoman, **İntifa Senetleri**, s.92-93. Ancak *Teoman*’ın yaptığı tanım, tartışmalı bazı hususları da içerdiğinden bazı değişikliklerle farklı görüşleri de kapsayacak şekilde tanımın genişletilebileceği kanaatideyiz.

¹¹⁷⁴ Bu tanıma küçük ifade değişiklikleriyle benimseyen yazarlara örnek olarak bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-II**, s.166, İmregün, **Kurucu Senetleri**, s.480.

¹¹⁷⁵ İmregün, **Kurucu Senetleri**, s.478 ve sonra s.486, Ünal, Oğuz Kürşat, **“Katılma İntifa Senetleri (KİS)”**, Batider C.19 S.3, s.82, Moroğlu, Erdoğan, **“Kurucu İntifa Hakkı Sahiplerinin Kâr Payı Talep Hakları ve Yargıtay Kararları”**, Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul, 1998, s.400.

¹¹⁷⁶ Trigo Trindade, **CR**, s.545. Rampini/Spillman, **Basler Kommentar**, s.562, Teoman, **İntifa Senetleri**, s.77.

¹¹⁷⁷ Kurucular lehine intifa senedi çıkartılabilmesi için esas sözleşme hükmünün kuruluşta bulunması gerektiği, ancak diğer intifa senetleri bakımından şirket esas sözleşmesi değiştirilerek de intifa senedi çıkartılması düzenlenebileceği yönünde bkz. Teoman, **İntifa Senetleri**, s.98. Şirket esas sözleşmesinde çıkartılacak intifa senetlerinin sayısı ve bu senetlere verilecek hakların kapsamının belirtilmesi gerektiği yönünde bkz. Rampini/Spillman, **Basler Kommentar**, s.563, Teoman, **İntifa Senetleri**, s.100.

¹¹⁷⁸ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-II**, s.177.

ilişkinin bir ortaklık ilişkisi olarak tanımlanamayacağı belirtilmektedir¹¹⁷⁹. Doktrinde şirket ile intifa senedi sahibi arasındaki hukuki ilişkinin bir sözleşme ilişkisi olduğu kabul edilmektedir¹¹⁸⁰. Bu nedenle intifa senedi sahiplerinin şirket bakımından üçüncü kişi konumundadır¹¹⁸¹. Bu tanımlama, özellikle taraflar arasındaki ilişkinin değiştirilmesi veya şirket organlarının intifa hakkı sahiplerinin menfaatlerini ihlal edecek kararlar almaları halinde önem kazanmaktadır. Zira şirket alacağı bir karar ile intifa senedi sahiplerinin menfaatlerini ihlal edemez veya intifa senetlerine tanınan hakları sınırlandıramaz¹¹⁸².

Kanun intifa senetlerine her türlü ortaklık hakkının verilmesini kabul etmemiştir¹¹⁸³. TTK m.503 uyarınca intifa hakkı sahiplerine verilecek haklar şunlarla sınırlıdır:

- i) net kâra katılma,
- ii) tasfiye sonucuna katılma,
- iii) yeni çıkarılacak payları alma.

Bununla birlikte intifa senetleri bu haklardan sadece birini tanıyabileceği gibi, birkaç hakkı birden kümülatif olarak da tanıyabilir¹¹⁸⁴.

İntifa senetlerinin sahiplerine tanıyacağı haklar bakımından yapılan bu sınırlamanın tahdidi olduğu belirtilmektedir¹¹⁸⁵. O nedenle de kural olarak intifa senedi

¹¹⁷⁹ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-II**, s.167, Pulaşlı, **Şerh II**, s.2192. ETTK döneminde intifa senedi sahipleri kurulunun bulunması ve bu kurulun şirketin intifa senedi sahiplerinin menfaatlerini etkileyen kararları onaylaması karşısında adi ortaklık benzeri bir ilişkinin doğduğu da ileri sürülmüşse de mevcut TTK düzenlemesi karşısında artık bu görüşün ileri sürülmesinin mümkün olmadığı belirtilmektedir. Bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-II**, s.168.

¹¹⁸⁰ Moroğlu, **Kurucu İntifa Senetleri**, s.400, Kırca/Şehirali Çelik/Manavgat, s.290. İntifa senetlerinin bir türü olan katılma intifa senetlerinin çıkartılması aşamasında hazırlanana izahnamenin söz konusu sözleşmenin içeriğini belirlediği yönünde bkz. Ünal, s.79.

¹¹⁸¹ İmregün, **Kurucu Senetleri**, s.478, Pulaşlı, **Şerh III**, s.2192. İntifa senedi sahiplerinin ortak konumunda bulunmamalarının pratik bir sonucu da intifa senedinden doğan alacak hakkının tabi olduğu zamanaşımı süresinde kendini göstermektedir. Buna göre taraflar arasında bir ortaklık ilişkisi bulunmadığı için zamanaşımı süresi de beş yıl değil, genel hüküm uyarınca on yıldır. Bkz. Moroğlu, **Kurucu İntifa Senetleri**, s.427, Teoman, **İntifa Senetleri**, s.241. Bu yöndeki Yargıtay kararı için bkz. 11.HD. 4.12.1997 E.97/7206 K.97/8822 (naklen Moroğlu, **Kurucu İntifa Senetleri**, s.427).

¹¹⁸² Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-II**, s.167, İmregün, **Kurucu Senetleri**, s.487, Kırca/Şehirali Çelik/Manavgat, s.290.

¹¹⁸³ Rampini/Spillman, **Basler Kommentar**, s.563.

¹¹⁸⁴ Teoman, **İntifa Senetleri**, s.38, Rampini/Spillman, **Basler Kommentar**, s.564, Moroğlu, **Kurucu İntifa Senetleri**, s.398, Trigo Trindade, **CR**, s.545.

¹¹⁸⁵ Bu düzenlemenin tahdidi nitelikte olduğu ve kanunda belirtilenler dışında başka bir hakkın kıyas yoluyla dahi verilemeyeceği yönünde bkz. Ünal, s.81-82 ve s.84.

sahiplerine kanunda belirtilenlerden başka haklar tanınamayacaktır. İntifa senedi sahiplerine oy kullanma ve iptal davası açmak gibi yönetsel haklar verilemez¹¹⁸⁶.

Öte yandan kanunun izin verdiği bu hakların kullanılabilmesi ve muhafaza edilebilmesi için bazı ilave haklar ile desteklenmesi gerekmektedir. Doktrinde esasen kanunda belirtilen hakların muhafaza edilmesi amacına dayanan bazı koruyucu haklar verilebileceği kabul edilmektedir¹¹⁸⁷. Bu bağlamda intifa senedi sahiplerinin genel kurul toplantılarına katılarak toplantıları izleme hakkı tanınabileceği belirtilmektedir¹¹⁸⁸. Aynı şekilde intifa senedi sahiplerine genel kurula katılma ve soru sorma hakkı verilebileceği de savunulmaktadır¹¹⁸⁹.

2. İntifa Senedi Sahiplerine Net Dönem Kârına Katılma Hakkı Tanınmasına İlişkin Hükümler

Yukarıda da belirtildiği üzere, intifa senedi sahiplerine tanınabilecek haklardan bir tanesi de şirketin net dönem kârın katılma hakkıdır. Bu durumda intifa senedi sahiplerinin hakları ile pay sahiplerinin kâr payı hakları arasında bir kesişim ortaya çıkmaktadır. O nedenle de intifa senedi sahiplerine tanınan net dönem kârından yararlanma hakkının daha detaylı olarak incelenmesinde yarar vardır.

TTK'nın intifa senedi sahiplerine tanınabilecek net dönem kârına katılma hakkına ilişkin açıklamalarına geçmeden önce, intifa senedi sahibi ile şirket arasındaki ilişkinin bir sözleşme ilişkisi olduğunu hatırlatmak gerekir. Bu ilişki bir sözleşme ilişkisi olduğundan, sözleşme serbestisi çerçevesinde tarafların kanunda yer alan düzenlemelerden farklı hükümler getirebilecekleri ve kâr payına katılma hakkını şekillendirebilecekleri göz ardı edilmemelidir¹¹⁹⁰. O nedenle intifa senedi sahiplerinin hakkı bakımından şirket esas sözleşmesi vasıtasıyla daha farklı düzenlemeler getirilebilir. Bununla birlikte, intifa senedi sahiplerine tanınan haklar dolaylı olarak pay sahibinin haklarının da sınırlanması anlamına gelmektedir. O nedenle de kanun koyucu bazı sınırlamalar getirmiştir. TTK'da yer alan düzenlemeler, şirketle intifa

¹¹⁸⁶ Rampini/Spillman, **Basler Kommentar**, s.564, Teoman, **İntifa Senetleri**, s.215, Moroğlu, **Kurucu İntifa Senetleri**, s.398, Trigo Trindade, **CR**, s.546. *Teoman*, ETTK zamanında intifa senedi sahiplerine verilecek hakları genişletmeye yönelik yorumların isabetli olmadığını belirtmektedir. Bkz. Teoman, **İntifa Senetleri**, s.216. Öte yandan yine mali haklarla bağlantılı olması sebebiyle intifa senetlerinin belirli bir bedel karşılığında şirket tarafından geri alınmasına ilişkin düzenlemeler de getirilebileceği belirtilmektedir. Bkz. Trigo Trindade, **CR**, s.546.

¹¹⁸⁷ Trigo Trindade, **CR**, s.545.

¹¹⁸⁸ Pulaşlı, **Şerh III**, s.2192.

¹¹⁸⁹ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-II**, s.167.

¹¹⁹⁰ İntifa senetlerine ilişkin getirilebilecek düzenlemeler hakkında açıklamalar için bkz. Teoman, **İntifa Senetleri**, s.238 vd., Trigo Trindade, **CR**, s.546.

senedi sahibi arasındaki sözleşmedeki serbestinin sınırlarını da çizen nisbi emredici nitelikte hükümlerdir. Diğer bir ifade ile esas sözleşme ile intifa senedi sahiplerine kanunda belirtilenlerden daha sınırlı bir hak verilebilir, ancak kanunda belirtilenin ötesinde bir hak tanınması mümkün değildir.

İntifa senedi sahiplerine tanınabileceğini belirttiği hak “*net dönem kârına*”¹¹⁹¹ katılma hakkıdır. Bu nedenle eğer şirket net dönem kârı elde edememişse, ilgili dönemde intifa senedi sahipleri lehine bir alacak hakkı doğmayacaktır. Net dönem kârının tespiti için, öncelikle geçmiş yıllardan aktarılan zararların kapatılması gerektiğinden, eğer yıllık kâr geçmiş yıl zararlarını kapatmaya yetmiyorsa, net kâr bulunmadığından intifa senedi sahiplerine de dağıtım yapılmayacaktır¹¹⁹².

Net dönem kârının tespiti şirketin yıllık bilançosuna göre yapılır (TTK m.508 f.2)¹¹⁹³. Bu nedenle intifa senedi sahipleri bilanço kurallarına uygun olarak ayrılan amortismanlar veya kendiliğinden oluşan gizli yedek akçelere katlanmak zorundadırlar¹¹⁹⁴. Yıllık bilanço, şirketin gelir kalemlerini ayrı ayrı değerlendirmedikten, net dönem kârının şirketin işletme konusundan doğması

¹¹⁹¹ Bu noktada TTK’nın intifa senetleri bakımından getirdiği düzenlemedeki ifade seçiminin de özensiz olduğunu ne yazık ki belirtmekte gerekmektedir. Adi intifa senetlerine ilişkin TTK m.503 hükmü, “net kâra” katılımdan bahsetmektedir. Kurucu intifa senetlerine ilişkin hüküm ise, “dağıtılabilir kâra” katılma hakkından bahsetmektedir. Söz konusu uyumsuzluğun tespiti için bkz. Gürbüz Usluel, s.128.

Kanaatimizce iki madde hükmündeki ifade yerinde değildir. Kanaatimizce TTK m.348 “dağıtılabilir kâr” ifadesine yer vermiştir. Ancak dağıtılabilir kâr, dağıtılmasına izin verilen yedek akçeleri de içerir. Bu durumda eğer şirkette serbest yedek akçe mevcutsa, dağıtılabilir kâr miktarı dönemsel kârı aşmaktadır. TTK m.348 uyarınca, intifa senedi sahiplerine dağıtılacak kısmın genel kurul kararından bağımsız olduğu dikkate alındığında, kanun koyucunun tercihinin dağıtılabilir kâra katılma hakkı vermek olmadığı sonucuna varılabilir. Bkz. Gürbüz Usluel, s.129.

TTK m.503’teki “net kâr” ifadesi de isabetli değildir. Zira TTK finansal tabloların yıllık olmasından dolayı, net dönem kârını esas alarak düzenlemeler getirmektedir. Bu nedenle de TTK m.503’teki “net kâr” ifadesi ile net dönem kârı ifadesinin kastedildiği açıktır. Bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-II**, s.180.

¹¹⁹² Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-II**, s.180.Pulaşlı, **Şerh III**, s.2197.

¹¹⁹³ Teoman, intifa senedi çıkartılmasına ilişkin esas sözleşmede intifa senedi sahiplerinin katılacağı yıllık kârın nasıl tespit edileceğinin kararlaştırılabileceğini belirtmektedir. Bkz. Teoman, **İntifa Senetleri**, s.226. Ne var ki, kanaatimizce yıllık kâr yıllık bilançoya göre belirleneceğini belirten TTK m.508 f.2 hükmü karşısında, intifa senedi çıkartılması konusunda takdir yetkisinin önemli derecede sınırlandırılmışı söylemek gereklidir. Üstelik, yıllık kârı daha yüksek belirleyerek intifa senedi sahiplerine dağıtım olanağı veren bir düzenleme hem intifa senetlerine ilişkin getirilen münferit hükümlere hem de genel olarak sermayenin korunması ilkesine aykırılık teşkil edecektir. Net dönem kârının yıllık bilanço dışında başka bir şekilde belirlenmesinin TTK m.340’a aykırı olacağı yönünde bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-II**, s.180.

Bununla birlikte, sözleşme serbestisi çerçevesinde intifa senedi sahiplerinin kârdan alacakları payların belirlenmesi mümkün olduğuna göre, bilançoda belirlenen yıllık kârı aşmayacak şekilde intifa senetleri sahiplerinin katılacakları matrahın tespit edilmesi mümkün olmalıdır. Örneğin intifa senetlerinin operasyonel kâr veya bilanço kârından daha düşük olanın belirli bir oranına katılmasına ilişkin bir düzenlemeye izin vermekte bir sakınca bulunmamaktadır.

¹¹⁹⁴ Teoman, **İntifa Senetleri**, s.227 ve s.230.

zorunlu değildir. Şirketin sahip olduğu taşınmazların veya iştirak hisselerinin satışından elde edilen kârın da net dönem kârının belirlenmesinde dikkate alınması gerekmektedir¹¹⁹⁵.

Tekinalp intifa sahiplerinin yararlanabileceği net dönem kârın çıkarma primlerinin dahil olmadığını belirtmektedir¹¹⁹⁶. Yazarın çıkarma primlerinin pay sahiplerine dağıtımını da kabul etmediği dikkate alındığında¹¹⁹⁷ bu görüşü tutarlıdır. Gerçekten de çıkarma primlerinin yedek akçe olarak ayrılmasını öngören TTK m.519 f.2 hükmü karşısında, çıkarma primleri doğrudan yedek akçe teşkil edecektir ve net dönem kârına dahil edilmeyecektir. Bu nedenle her ne kadar *Tekinalp*'ten farklı olarak çıkarma primlerinin serbest yedek akçe niteliği kazanmaları şartıyla pay sahiplerine kâr payı olarak dağıtılabileceği görüşünde olsak dahi¹¹⁹⁸, çıkarma primlerinin intifa senedi sahiplerinin faydalanacağı net dönem kârına dahil edilemeyeceği görüşündeyiz.

TTK m.509 hükmü ışığında, şirketin serbest yedek akçelerden pay sahiplerine kâr payı dağıtması mümkündür. Öte yandan kanun açık şekilde net dönem kârına katılma hakkı tanıdığı için, yedek akçelerin çözülmesi yoluyla dağıtılan kısım bakımından intifa senedi sahiplerinin bir talep hakkı bulunmamaktadır¹¹⁹⁹. Bununla birlikte kanun hakkın konusunu dağıtılan kâr olarak değil de net dönem kârı olarak belirttiğinden, intifa senedine ilişkin esas sözleşme hükmünde aksine sonucu varmayı gerektiren bir düzenleme yoksa, genel kurulun yedek akçe ayırma kararı intifa senedi sahiplerinin alacağı kâr payı miktarını azaltmayacaktır¹²⁰⁰.

İntifa senetleri bakımından tartışılacak diğer bir konu ise, intifa senetleri ile dağıtılabilecek kârın hangi andaki sermayeye göre hesaplanacağıdır. Bu sorunu farazi bir örnek ile açıklamak daha yararlı olacaktır. Örneğin 20 yıl önce 50.000TL sermaye ile kurulan bir şirketin kuruluşu için gösterdikleri çaba sebebiyle kurucular lehine intifa senedi çıkartıldığını, geçen sürede şirketin büyüdüğünü ve sermayesini 250.000TL'ye çıkardığını varsayalım. Acaba bu durumda intifa senedi sahiplerinin net dönem kârına katılma hakkı, şirketin tüm net dönem kârı üzerinde mi olacak, yoksa intifa senedinin çıkartıldığı dönemdeki sermaye mevcut sermayenin %20'si olduğu

¹¹⁹⁵ Pulaşlı, **Şerh III**, s.2197.

¹¹⁹⁶ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-II**, s.180. Bu yönde bkz. Yargıtay 11. HD. 06.04.2001 E.431 K.2884 (naklen Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-II**, s.180)

¹¹⁹⁷ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-II**, s.323.

¹¹⁹⁸ Bu konudaki tartışma için bkz. İkinci Bölüm-II-A-2-b-ii-02-Çıkarma Primleri.

¹¹⁹⁹ Kırca/Şehirali Çelik/ Manavgat, s.296.

¹²⁰⁰ Aksi görüş için bkz. Teoman, **İntifa Senetleri**, s.233.

için intifa hakkı sahipleri toplam kârın %20'si üzerinde mi katılma hakkına sahip olacaklardır?

ETTK döneminde bu konuda her iki yönde de görüşler ileri sürülmüştür¹²⁰¹. Yargıtay'ın kararları da zaman içerisinde farklılık göstermiştir. Ne var ki, Yargıtay'ın 2001 yılındaki kararı ise soruyu intifa senedi sahipleri lehine yorumlamış ve intifa senedinin sadece çıkartıldığı zamandaki sermayeye karşılık gelen kâra değil, tüm kâra katılma hakkı verdiği sonucuna varmıştır¹²⁰².

Ticaret Kanunu Tasarısı m.348 intifa hakkının tanındığı dönemdeki sermayeye bakılmaksızın net dönem kârına katılma hakkı verileceğini öngörmekteydi. Bu düzenleme Yargıtay'ın 2001 tarihli içtihadının yasada yerini alması sonucunu doğuracaktı. İlgili düzenleme TBMM'de kabul edilen bir önerge ile değiştirilmiş ve kâra katılma hakkının tanındığı dönemdeki sermayenin dikkate alınmayacağına ilişkin açık düzenleme kaldırılmıştır. Bununla birlikte, her ne kadar söz konusu ifade yasalaşma sürecinde tasarı metninden çıkartılmış olsa da pozitif hukuk bakımından ilgili hükmün tasarıdaki ifade ile paralel şekilde yorumlanması ve şirketin mevcut sermayesi uyarınca kurucu intifa senetlerine düşen kârın tespit edilmesi gerektiği kabul edilmektedir¹²⁰³. İlk bakışta böyle bir yorumun yasalaşma sürecini dikkate almadığı fikri oluşabilir. Ancak kanaatimizce tasarı metninde değişiklik yapan önergenin gerekçesi, bu yönde bir yorumun önünü kapatmamaktadır¹²⁰⁴. Zira önerge gerekçesinden anlaşıldığı üzere, kanun koyucu Yargıtay'ın bu konudaki içtihadının farkında olup söz konusu içtihadın muhafazasını arzu etmektedir. Yargıtay içtihadı intifa senedi sahiplerinin kârın tamamına katılması gerektiği yönünde olduğuna göre, kanun koyucunun amacı bu içtihadın değiştirilmesi olamaz. Kanaatimizce önergenin amacı, esasen doktrinde de savunulduğu üzere intifa senedi sahiplerinin tüm kâra katılmasının esas olduğu yönündeki içtihadı muhafaza ederken, somut olayın

¹²⁰¹ Bu konudaki tartışmanın tarihi gelişimi bakımından bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-II**, s.173. ETTK döneminde yargı kararlarının kapsamlı değerlendirilmesi için bkz. Teoman, Ömer, **“Kurucu İntifa Senedi Sahiplerinin Kârdan Pay Alma Haklarının İlk Esas Sermaye Tutarı ile Sınırlı Olup Olmadığı Sorunu”**, Otuz Yıl Ticaret Hukuku-Tüm Makalelerim-Cilt II, Beta Yayınları, İstanbul, 2001, Moroğlu, **Kurucu İntifa Senetleri**, s.409 vd.

¹²⁰² 11. HD. 31.05.201 E.3163 K.4878 (naklen Kendigelen, **Tasarıda İntifa Senetleri**, s.62).

¹²⁰³ Kırca/Şehirli Çelik/Manavgat, s.292, Gürbüz Usluel, s.131.

¹²⁰⁴ Önergenin Gerekçesi şu şekildedir: “Tasarının bu maddesinin birinci fıkrasında yer alan *“mevcut sermayeye göre”* ibaresi bir taraftan Yargıtay'ın bu konudaki kararlarından doğan oluşturulmuş hukukun ve birikimin muhafazası, diğer taraftan da nesnel adaletin sağlanması için hükümden çıkarılmıştır”

(Erişim:

https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/ab_uyum_kom2.birlesim_baslangic_ab2?P4=20839&P5=B&p_age1=51&page2=51, Erişim tarihi: 23.07.2018).

şartlarında adaletin tesisi için farklı bir yorum yapılması gerektiği takdirde hâkimi yersiz şekilde sınırlandırmamaktır.

İntifa senedi sahiplerinin kâr payına katılma oranları kural olarak intifa senedi çıkartılmasına izin veren esas sözleşme hükmünde belirtilmelidir. Diğer bir ifade ile, esas sözleşmede sadece intifa senedi çıkartılacağı değil, çıkartılacak intifa senetlerinin tanıyacağı hakların da belirtilmesi gerekmektedir. Kanun, intifa senedi sahiplerine net dönem kârına katılma hakkı verilmesi bakımından intifa senetlerinin türüne göre bir ayırım yaptığından genel bir kuraldan bahsetmek isabetli değildir. O nedenle de tanınabilecek hakkın sınırları her bir intifa senedi için ayrı ayrı değerlendirilmelidir¹²⁰⁵.

Net dönem kârının tespit edilmesi için finansal tabloların genel kurul tarafından onaylanması zorunludur (TTK m.408 f.2-d). İlâveten intifa hakkı sahipleri lehine bir alacak hakkı doğması için genel kurulun ayrıca bir kâr dağıtım kararı almasının zorunlu olup olmadığı konusunda farklı görüşler bulunmaktaydı.

Doktrinde bir görüşe göre, intifa senedi sahipleri lehine alacak hakkının doğması için, sadece finansal tabloların onaylanması ve net dönem kârının tespit edilmesi yeterli olmayıp aynı zamanda genel kurulun kâr dağıtım kararı vermesi de gerekmektedir¹²⁰⁶. Nitekim İsviçre hukukunda da intifa senedi sahiplerinin alacak hakkının dağıtım kararı ile birlikte doğduğu kabul edilmektedir¹²⁰⁷. ETTK döneminde *Moroğlu* tarafından savunulan görüşe göre ise, finansal tabloların onanması kararı ile birlikte intifa senedi sahiplerinin alacak hakkı muaccel hale gelmektedir. Diğer bir ifade ile intifa senedi sahibi lehine alacak hakkının doğması için genel kurulun kâr dağıtımını konusunda ayrıca karar almasına gerek yoktur¹²⁰⁸.

TTK düzenlemesi ile birlikte bu konudaki tartışmanın intifa senedi sahipleri lehine çözüldüğünü söylemek mümkündür. TTK m.348 uyarınca şirket kâr dağıtımını konusunda karar almasa dahi, intifa senedi sahipleri kârdan paya hak kazanmaktadırlar (TTK m.348). Söz konusu hüküm kurucu intifa senetlerine yönelik getirilmiş olsa da tüm intifa senetleri için geçerli olacağı kabul edilmektedir¹²⁰⁹. Bu nedenle de şirket

¹²⁰⁵ İntifa senedinin türüne göre net dönem kârına katılma hakkı bakımından getirilen sınırlamalar aşağıda açıklanmıştır. Bkz. Aşağıda 3-İntifa Senedi Türleri.

¹²⁰⁶ Teoman, **İntifa Senetleri**, s.236.

¹²⁰⁷ Rampini/Spillman, **Basler Kommentar**, s.564.

¹²⁰⁸ Moroğlu, **Kurucu İntifa Senetleri**, s.400 ve sonra s.422.

¹²⁰⁹ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-II**, s.181. Aynı sonucu kabul eden yazarlara örnek olarak bkz. Kırca/Şehirali Çelik/Manavgat, s.296.

genel kurulu finansal tabloları onayladığı takdirde, intifa hakkı sahiplerinin alacak hakkı doğacaktır. Bu hakkın doğması ile birlikte her bir intifa senedi sahibi söz konusu hakkı şirkete karşı ileri sürebilir ve talepte bulunabilir¹²¹⁰. Ayrıca intifa senedi sahipleri doğrudan icra takibi yoluna da başvurabileceklerdir¹²¹¹.

Söz konusu düzenleme, doktrin tarafından olumlu bulunmaktadır. *Kendigelen*'e göre, genel kurul toplantısına katılma ve kararı etkileme imkânı bulunmayan pay sahiplerinin genel kurul kararına bağlanmamasının yerinde bir tercih olduğunu belirtmektedir¹²¹². Kanaatimizce de intifa senedi sahiplerinin net dönem kârına katılacağı belirtildiğinden, net dönem kârının finansal tabloların onaylanması ile belirli hale gelmesi karşısında, kanun koyucunun tercihi teknik olarak da isabetli görünmektedir.

İntifa senedi sahiplerinin alacak hakkının doğması, her ne kadar genel kurulun kâr dağıtım kararı ile bağlantılı olmasa da finansal tabloların genel kurul tarafından onaylanmasını gerektirmektedir. Bu nedenle de genel kurulun haksız yere finansal tabloları onaylamaktan kaçınması ihtimali gündeme gelmektedir. Şirketin intifa senedi sahiplerinin menfaatlerini ihlal etmek için genel kurul toplantısı yapmaktan imtina edilmesi veya yapılan genel kurul toplantısında kârın tespitinden kaçınılması halinde, intifa senedi sahiplerinin yoksun kaldıkları haklarını dava yoluyla talep edebilecekleri belirtilmektedir¹²¹³. İlk bakışta bu çözüm “mahkemenin şirket organı yerine karar veremeyeceği” yönündeki genel ilkeye aykırı gibi görünebilir. Ne var ki, şirket ile intifa senedi sahibi arasındaki sözleşmesel ilişki uyarınca, intifa senedi sahibine net dönem kârına oranla bir ödeme yapması, bunun içinse genel kurulun finansal tabloları onaylamak suretiyle net dönem kârını tespit etmesi gerekmektedir. Bu durumda şirket organı olan genel kurul, şirket adına bir irade açıklamasında bulunmakla yükümlüdür. Haklı bir sebep bulunmaksızın bu irade açıklamasından kaçınması, intifa senedi sahibi ile arasındaki sözleşmeye aykırılık teşkil etmektedir. Her ne kadar İsviçre hukukundan farklı olarak, Türk hukukunda mahkemenin borçlu yerine irade açıklamasında

¹²¹⁰ Ünal, s.82.

¹²¹¹ Bu durumda alacak hakkı bilançonun onaylanması ile doğduğundan, borçlu sıfatını haiz şirket tarafından belirlenebilir olduğu için icra takibine itiraz edilmesi halinde icra inkâr tazminatına hükmedilebileceği yönünde bkz. Moroğlu, **Kurucu İntifa Senetleri**, s.429. Aynı sonucu kabul eden yargı kararı için bkz. 11.HD 27.11.1997 E.97/6789 K.97/8612 (naklen Moroğlu, **Kurucu İntifa Senetleri**, s.429).

¹²¹² Kendigelen, **Tasarıda İntifa Senetleri**, s.64. Aynı yönde bkz. Pulaşlı, **Şerh III**, s.2196-2197. *Moroğlu* ise, ETTK döneminde aynı gerekçe ile bu görüşü savunmuştur. Bkz. Moroğlu, **Kurucu İntifa Senetleri**, s.401.

¹²¹³ Kendigelen, **Tasarıda İntifa Senetleri**, s.64.

bulunabileceğine dair açık bir hüküm yer almasa da böyle bir imkânın bulunduğu kabul edilmektedir. Bu nedenle de intifa senedi sahibinin açacağı davada, mahkemenin vereceği kararın borçlunun iradesi yerine geçmesi suretiyle, finansal tabloların onaylanması sonucunu doğurmasında kanaatimizce bir tutarsızlık bulunmamaktadır.

İntifa senedi sahiplerinin kâr payı hakkının ne zaman muaccel olacağı konusunda açık bir hüküm yoktur¹²¹⁴. Ancak esas sözleşmede bir hüküm bulunmayan hallerde genel hükümler yoluyla sorunun çözülmesi gerekmektedir. TTK m.348 hükmü ışığında ilgili alacak hakkı, kârın tespiti ile doğmaktadır. Buradan hareketle muacceliyetin de tespit edilmesi mümkün görünmektedir. TBK m.90 uyarınca, borcun doğduğu anda muaccel olması esas olduğundan, dağıtılabılır kârın varlığının tespiti anında intifa senedi sahipleri için alacak hakkının doğduğu ve muaccel olduğu sonucuna varmak yerinde olacaktır¹²¹⁵.

Temerrüt bakımından ise doktrinde farklı görüşler yer almaktadır¹²¹⁶. *Moroğlu*, kârın tespiti ile birlikte muacceliyete ilaveten temerrüdün de gerçekleştiğinin kabul edilmesi görüşündedir. Yazara göre borcun borçlu tarafından bilinmesi gereken hallerde temerrüt için ihtara gerek olmadığından, burada da borçlu bakımından ihtarsız temerrüt sonucu kabul edilmelidir¹²¹⁷. Diğer bir görüşe göre ise borçlar hukukunda kural olarak temerrüt için ihtar zorunlu olduğundan, TBK m.117 uyarınca intifa senedine dayanan borçlar bakımından da şirket ihtar üzerine temerrüde düşmelidir¹²¹⁸.

Son olarak intifa senedi sahiplerinin haksız olarak kâra katılmaları halinde ne olacağı sorununa da değinmek gerekmektedir. Özellikle gerçekte var olmayan bir kâr (fiktif kâr) içeren finansal tablolar onaylanmışsa, buna binaen intifa senedi sahiplerine yapılan ödemeler hukuka aykırı hale gelecektir. Acaba bu durumda, haksız kâr payı hakkını düzenleyen TTK m.512 hükmü intifa senedi sahiplerine de uygulanacak mıdır? Belirtmek gerekir ki, madde hükmü sadece pay sahiplerinin alacağı kâr payından bahsetmektedir. Bunula birlikte *Teoman* söz konusu hükmün intifa senedi

¹²¹⁴ Kendigelen, **Tasarıda İntifa Senetleri**, s.66.

¹²¹⁵ Kendigelen, **Tasarıda İntifa Senetleri**, s.64, Gürbüz Usluel, s.132. Pulaşlı, **Şerh III**, s.2198-2199.

¹²¹⁶ Belirtmek gerekir ki, söz konusu tartışmalar esasen adi intifa senetleri ve kurucu intifa senetleri bakımından karşımıza çıkmaktadır. Katılma intifa senetlerini düzenleyen ... numaralı tebliğde bu senetlerin hesap döneminin sona ermesinden itibaren ... kadar ödenmesi gerektiği açıkça düzenlendiğinden gerek muacceliyet gerekse temerrüt tarihi bakımından bir tereddüt bulunmamaktadır.

¹²¹⁷ Moroğlu, **Kurucu İntifa Senetleri**, s.423.

¹²¹⁸ Kendigelen, **Tasarıda İntifa Senetleri**, s.65, Pulaşlı, **Şerh III**, s.2198-2199. *Kırca/Şehirali Çelik/Manavgat* da aynı çözümü kabul etmekle birlikte, ilgili dönemin sonunda ihtar olmasa bile kendiliğinden temerrüdün gerçekleşeceğini belirtmektedirler. Bkz. *Kırca/Şehirali Çelik/Manavgat*, s.297.

sahiplerini de kapsayacak şekilde genişletilmesi ve intifa senedi sahiplerinin iade borcunun da ancak kötü niyetli şekilde alınan kâr payı ile sınırlı olması gerektiği görüşündedir¹²¹⁹.

Kanaatimizce intifa senedi sahibi ile pay sahibi açısından korunan menfaatler bakımından bir paralellik kurulması mümkündür. TTK m.512 pay sahipleri bakımından bir ayrıma gitmese de hükmün asıl etkisi, şirkete sermaye getiren, ancak yönetime aktif katılmayan, şirketin yönetiminin ve denetçisinin verdiği bilgilere güvenen pay sahiplerinin korunması noktasında kendini göstermektedir¹²²⁰. Bu açıdan şirketin gelişimine belirli bir dönemde katkı yapmış ancak sonrasında şirket yönetiminde rol almayan intifa senedi sahipleri bakımından da benzer bir durumun varlığı savunulabilir. O nedenle de pay sahiplerinin kâr payı hakkı bakımından TTK m.512 ile korunan menfaatin intifa senedi sahipleri bakımından da mevcut olduğu söylenebilir. Ne var ki, TTK m.512 hükmü niteliği itibarıyla genel hükümlere bir istisna teşkil eder. Şirketin pay sahiplerine kâr dağıtımının hukuka aykırı olması halinde, pay sahibine yapılan kâr payı alacağına yönelik ödeme, genel hükümler ışığında sebepsiz zenginleşme teşkil edecektir. Sebepsiz zenginleşmede borçlunun iyiniyeti sorumluluğun kapsamına etki etse de sorumluluğun doğuşu bakımından önem taşımaz. Halbuki TTK m.512 haksız yere alınan kâr payının iadesi için pay sahibinin kâr payı alırken hukuka aykırılığı bilmesi şartını getirerek genel hükme bir istisna getirmektedir¹²²¹. Kanaatimizce TTK m.512'nin bu istisna niteliği, hükmün kıyasen uygulanması bakımından da bir sınırlama getirmektedir. İstisnalar sınırlı yorumlanır ilkesi gereği, intifa senedi sahiplerinin haksız aldığı kâr payına da uygulanacak şekilde genişletilmesi doğru olmayacağından, TTK m.512 hükmü sadece pay sahiplerinin aldığı kâr payı bakımından uygulanmalıdır¹²²². Kanaatimizce bu durumda genel hüküm ışığında sorunun sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde çözülmesi gerekecektir.

¹²¹⁹ Teoman, **İntifa Senetleri**, s.242. Aynı yönde bkz. Pulaşlı, **Şerh II**, s.1851, Turanlı/Seyman Korkmaz, s.31. İsviçre hukuku bakımından bkz. Chenaux, **CR, Art 678**, para.6, Vogt, **Basler Kommentar, Art 678**, para.30, Spörri, s.91.

¹²²⁰ Vogt, **Basler Kommentar, Art 678**, s.686, Spörri, s.7-8.

¹²²¹ Spörri, s.7-8, Vischer, **OFK, Art 678**, para.3, Vogt, **Basler Kommentar, Art 678**, s.678.

¹²²² Aynı yönde bkz. Visser, **OFK, Art 678**, para.4.

3. İntifa Senedi Türleri

Türk hukukunda¹²²³ intifa senetleri, veriliş sebepleri uyarınca i) adi intifa senetleri, ii) kurucu intifa senetleri, iii) katılma intifa senetleri olmak üzere üç grupta toplanabilir¹²²⁴.

TTK'da intifa senetleri “*kurucu intifa senetleri ve diğer intifa senetleri*” olarak iki ayrı şekilde düzenlenmiştir. İntifa senetlerinin üçüncü türü olan katılma intifa senetleri ise SPK kapsamında çıkartılan Pay Tebliği'nde düzenlenen ve nakit karşılığı çıkartılmaları sebebiyle TTK'da yer alan intifa senetlerinden ayrılan bir diğer intifa senedi türüdür¹²²⁵.

Yukarıda da belirtildiği gibi, söz konusu ayırım özellikle intifa senedi sahibinin net dönem kârına katılma hakkının kapsamı ve sınırı bakımından önem taşımaktadır. O nedenle de her bir senet türü bu bağlamda ayrı ayrı değinilecektir.

a. Adi İntifa Senetleri

Adi intifa senetleri¹²²⁶, TTK m.502-503 hükümlerinde düzenlenmiştir. TTK m.502 hükmü uyarınca, adi intifa senedi verilebilecek kişiler sınırlandırılmıştır. Kanunda sayılan bu kişilerin sınırlı sayıda olduğu ve bu niteliği taşımayan kişilere adi intifa senedi verilemeyeceği kabul edilmektedir¹²²⁷.

TTK m.503 uyarınca lehine intifa senedi düzenlenebilecek olanlar;

- i) bedeli kanuna uygun olarak yok edilen payların sahipleri,
- ii) alacaklılar¹²²⁸,

¹²²³ Tasnif için bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-II**, s.172. Benzer tasnif için bkz. Pulaşlı, **Şerh III**, s.2193. Senetlerin çıkartılması zamanına göre yapılan tasnif için bkz. Teoman, **İntifa Senetleri**, s.18 vd.

¹²²⁴ Belirtmek gerekir ki, doktrinde “intifa hisse senedi” olarak tanımlanan bir türden daha bahsedilmektedir. Bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-II**, s.172, Pulaşlı, **Şerh III**, s.2194. Bu intifa senetlerinde pay bedelleri amorti edilmekle birlikte, senet sahibine hala ortaklık hakları tanımaya devam etmektedir. Kanaatimizce bu senetler, ortaklık hakları vermesine binaen klasik anlamda intifa senedi tanımına girmemektedirler. Üstelik Türk hukukunda da bu konuda bir düzenleme bulunmadığından, bu çalışmadan intifa hisse senetleri dikkate alınmamıştır.

¹²²⁵ Söz konusu tasnif için bkz. Gürbüz Usluel, s.122.

¹²²⁶ Aslında kanunda “adi intifa senetleri” ifadesi kullanılmamaktadır. TTK m.502 ve TTK m.503 hükümleri sadece intifa senetlerinden bahsetmektedir. Bununla birlikte “intifa senedi” kavramı bu senetlerin özel türleri olan kurucu intifa senetleri ve katılma intifa senetleri de dahil eden bir çatı kavram olduğundan, kurucu intifa senetlerini ve katılma intifa senetlerinin dışında kalan bir kavram ihdas edilmesi ihtiyacı vardır. Bu türdeki senetlere adi/olağan intifa senedi denilmesi mümkündür. Daha yakın tarihli çalışmalarda adi intifa senedi kavramına yer verildiği için bu çalışmada da aynı kavram tercih edilmiştir.

¹²²⁷ İmregün, **Kurucu Senetleri**, s.481.

¹²²⁸ Alacaklılar için intifa senedi çıkartılması imkânı ile alacağın sermaye olarak getirilmesi arasındaki farka dikkat edilmesi gerekmektedir. Katılma intifa senetleri dışındaki senetler bir bedel

iii) bunlara benzer sebeple ilgili olan kişilerdir¹²²⁹

Belirtmek gerekir ki, doktrinde *Tekinalp*, hükmün düzenlendiği dönemin iktisadi şartları dikkate alındığında bu kişilerin anonim şirketin finansal düzeninin kurulması ve güçlenmesi için “fedakârlıkta bulunan kişiler” olarak görüldüğünü ve kanun hükmünün bu bakış açısı ile yorumlanması gerektiğini belirtmektedir¹²³⁰. Bu nedenle şirketin herhangi bir alacaklısı için intifa senedi çıkartamayacağını, madde kapsamındaki alacaklının alacaklarını silen, ödeme koşullarını iyileştiren veya alacağının tasfiyede son sıraya gitmesine rıza göstererek anonim şirketin kredi alma kabiliyetini artıran alacaklıların anlaşılması gerektiğini belirtmektedir¹²³¹.

TTK m.503 uyarınca adi intifa senetlerinin sahibine verebilecek haklardan bir tanesi de net dönem kârına katılmadır. TTK m.502 aslında adi intifa senetlerine tanınabilecek hakların içeriği bakımından kapsamlı bir düzenleme getirmemekte, bu senetler hakkında kurucu intifa senetlerini düzenleyen TTK m.348 hükmüne atıf yapmaktadır. Bu ise, TTK m.348’de yer alan intifa senetlerinin kâra katılma hakkına ilişkin sınırlamaların adi intifa senetlerine de uygulanıp uygulanmayacağı sorununu beraberinde getirmektedir¹²³². Bu konuda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre TTK m.348’de getirilen sınırlama sadece kurucular için getirilmiş bir sınırlama olup adi intifa senetlerine tanınacak hak bakımından dikkate alınmamalıdır¹²³³. Diğer görüşe göre ise, TTK m.502 hükmünde TTK m.348’e yapılan genel atıf karşısında TTK m.348’de belirtilen %10’luk üst sınırın adi senetler bakımından da uygulanması gerekecektir¹²³⁴. Kanaatimizce kurucu intifa senetleri

karşılığı çıkartılmazlar. O nedenle alacaklının alacak hakkını şirkete getirmesi karşılığında adi intifa senedi çıkartılması mümkün değildir. Alacaklı lehine adi intifa senedi çıkartılması alacaklının şirketten olan alacağından feragat etmesi veya ödeme konusunda bir kolaylık tanınması gibi hallere ilişkindir. Bkz. Trigo Trindade, **CR**, s.545.

¹²²⁹ Doktrinde şirketle ilgililer ifadesi ile çalışanlar ve yönetim kurulu üyelerini kast edildiği belirtilmektedir. Bkz. Teoman, **İntifa Senetleri**, s.177 vd., Gürbüz Usluel, s.135-136. Nitekim İBK m.657’de çalışanlar açıkça zikredilmiştir.

¹²³⁰ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-II**, s.178.

¹²³¹ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-II**, s.179.

¹²³² Gürbüz Usluel, s.130.

¹²³³ Kırca/Şehirali Çelik/Manavgat, s.293, Gürbüz Usluel, s.130. TTK ile benzer düzenlemeler içeren ETTK bakımından aynı sonuç için bkz. Teoman, **İntifa Senetleri**, s.238.

¹²³⁴ Kendigelen, **Tasarıda İntifa Senetleri**, s.67. Bununla beraber yazar bu çözümün beraberinde başka sorunlar da getirdiğini eklemektedir. Bu bağlamda TTK m.348’de belirtilen %10’luk sınırın tüm intifa senetleri için ortak bir sınır mı olduğu, yoksa kurucu intifa senetleri ile adi intifa senetleri için ayrı ayrı mı hesaplanması gerektiği sorunu ortaya çıkmaktadır. Bkz. Kendigelen, **Tasarıda İntifa Senetleri**, s.67. Adi intifa senetlerinin farklı sıfattaki kişiler için çıkartılabileceği, hatta farklı zamanlarda farklı tertiplerle çıkartılabileceği nazara alındığında, kanaatimizce yazarın belirttiği sorunun söz konusu sınırın her bir intifa senedi türü için ayrı ayrı uygulanmasının gerekip gerekmediği şeklinde genişletilmesi de mümkündür.

bakımından getirilen bu sınırlama, pay sahiplerinin kâr payı hakkının korunması amacına dayandığından, sınırlamanın sadece kurucu senetleri için uygulanması amaca uygun olmayacaktır. Bu nedenle kurucu intifa senedi sahipleri bakımından getirilen sınırlamanın adi intifa senetleri bakımından da uygulanması gerektiği görüşündeyiz.

b. Kurucu İntifa Senetleri

Anonim şirketler aslen sermayeye dayalı kapitalist yapılanmalardır. Anonim şirket, pay sahiplerinin şirkete sermaye getirmesi, bu sermayenin işletilmesi ve sermayenin işletilmesi sonucunda elde edilen kârın ortaklara dağıtılması döngüsüne dayanmaktadır. Kural olarak şirketin kurucularının anonim ortaklığı kurmak için harcadıkları emek veya gösterdikleri çaba, onların sahip olacakları haklar bakımından bir önem taşımaz. Bununla birlikte, bir anonim şirketin kurulması sürecinin gerektirdiği fikişel üretim ve gayretin göz ardı edilmesi de her zaman mümkün değildir. Bu nedenle hukuk sistemleri uzunca bir süredir¹²³⁵, şirketin kuruluşu sırasında gösterdikleri çabalar sebebiyle kurucular lehine intifa senedi çıkartılmasına olanak sağlamışlardır. TTK m.348 f.1 uyarınca da kuruculara kuruluştaki çabaları için para veya bedelsiz pay verilmesi mümkün olmamakla birlikte, kurucular lehine çıkartılacak intifa senetleri vasıtasıyla net dönem kârından pay alma hakkı tanınabilir¹²³⁶.

Kurucu intifa senetleri¹²³⁷, intifa senetlerinin özel bir türüdür¹²³⁸. O nedenle kural olarak intifa senetleri için yapılan açıklamalar kurucu intifa senetleri bakımından da geçerlidir¹²³⁹. Bununla birlikte kurucu intifa senetleri, adi intifa senetlerine kıyasla kişi çevresi bakımından daha katı şekilde sınırlanmıştır. Kurucu intifa senetleri sadece kurucular lehine çıkartılabilmesi sebebiyle diğer intifa senetlerinden ayrılır. TTK m.337 uyarınca kurucu, pay taahhüt ederek esas sözleşmeyi imzalayan kişidir. Kurucu

¹²³⁵ Kurucu intifa senedinin ilk kez Süveyş Kanalı'nın yapımı için kurulan Süveyş Kanalı Yapımı A.Ş.'nin kuruluşu sırasında Ferdinand de Lesseps'e verildiği belirtilmektedir. Bkz. Moroğlu, **Kurucu İntifa Senetleri**, s.397 dn.1.

¹²³⁶ Kurucu intifa senedi sahiplerine, net dönem kârına katılmak dışındaki diğer hakların, yani tasfiye bakiyesine katılma ve öncelikli pay alım hakkı tanınması imkânı ise doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, TTK m.348 ve TTK m.339 f.2-f hükümleri sadece kâra katılmadan bahsettikleri için soru olumsuz yanıtlanmalıdır. Bkz. Kırca/ Şehirli Çelik/Manavgat, s.291, Gürbüz Usluel, s.124. İntifa senetleri sahiplerine verilebilecek hakları düzenleyen TTK m.503'ün kurucu intifa senetleri bakımından da uygulanacağından hareketle soruyu olumlu yanıtlayan yazarlara örnek olarak bkz. Teoman, **İntifa Senetleri**, s.127, Moroğlu, **Kurucu İntifa Senetleri**, s.398.

¹²³⁷ Literatürde kurucu intifa senedi yerine "kurucu payları" ifadesinin de kullanıldığı, ancak bu ifadenin ortaklık payları ile karıştırılma tehlikesi karşısında isabetli olmadığı belirtilmektedir. Bkz. İmregün, **Kurucu Senetleri**, s.480.

¹²³⁸ İmregün, **Kurucu Senetleri**, s.477, Gürbüz Usluel, s.123.

¹²³⁹ Moroğlu, **Kurucu İntifa Senetleri**, s.398.

sıfatı bulunmayan, ancak şirketin kuruluşu için çaba sarf etmiş kişiler için kurucu intifa senedi değil, adi intifa senedi çıkartılabilir¹²⁴⁰.

Kurucu intifa senetleri bakımından da şirket esas sözleşmesinde hüküm bulunması gerekmektedir. ETTK m.402 f.2, kurucular lehine intifa senedi çıkartılmasına izin veren hükmün kuruluş aşamasında esas sözleşmede bulunmasını zorunlu kılmaktaydı¹²⁴¹. Ne var ki, TTK m.502’de bu yönde bir sınırlama bulunmamaktadır. Bu nedenle de şirketin kuruluşu aşamasında yer almasa bile esas sözleşme değişikliği ile kurucular lehine intifa senedi çıkartılması konusunda genel kurulun yetkilendirilmesinin mümkün olduğu belirtilmektedir¹²⁴². Bu noktada kurucular lehine tanınan menfaatler ile ilgili bilgilendirme yükümü getiren TTK m.349 f.2 hükmünün bir engel olup olmadığı sorusu akla gelebilir. *Gürbüz Usluel*, söz konusu hükmün esas sözleşme değişikliği yoluyla kurucular lehine bir menfaat sağlanmasına engel olmadığını belirtmektedir¹²⁴³.

Şirket esas sözleşmesinde kuruculara menfaat tanınacağı yönünde bir hüküm bulunması halinde, genel kurulun alacağı bir karar ile kurucu intifa senetleri çıkartılabilir. Genel kurulun alacağı bu karar kuruluş aşamasında verilebileceği gibi, kararın sonradan da alınabileceği belirtilmektedir¹²⁴⁴.

Kurucu intifa senetlerinin sermaye artırımı vesilesi ile de çıkartılıp çıkartılamayacağı doktrinde ve uygulamada incelenmiş bir sorundur. İlk bakışta “kurucu” intifa senetlerinin kuruluş dışında çıkartılması çelişkili görünebilir. Ancak kurucu intifa senetlerinin altında yatan temel mantık, iktisadi bir girişimin gerektirdiği sermayenin ve yatırım ortamının tedarik edilmesi için gösterilecek çabanın ödüllendirilmesidir. Bu bağlamda bir şirketin yeni yatırımlar yapabilmesi için sermaye sağlaması ve sermaye artırımına gitmesinde de aynı endişeler geçerli olabilir. Üstelik bu iktisadi benzerlik dışında, sermaye artırımında kuruluşla ilişkin bazı hükümlere atıf yapılması da (TTK m.459 f3) pozitif hukuk bakımından bir dayanak oluşturmaktadır. Doktrinde belirtilen bu gerekçeler ile sermaye artırımı vesilesi ile de kurucu intifa senedi çıkartılabileceği savunulmuştur¹²⁴⁵. Nitekim Yargıtay da sermaye artırımında

¹²⁴⁰ Teoman, **İntifa Senetleri**, s.132.

¹²⁴¹ Mehaz İBK m.657 f.5 düzenlemesi bu şarta hala yer vermektedir.

¹²⁴² Gürbüz Usluel, s.126.

¹²⁴³ Gürbüz Usluel, s.126.

¹²⁴⁴ Rampini/Spillman, **Basler Kommentar**, s.565, Gürbüz Usluel, s.126.

¹²⁴⁵ Teoman, **İntifa Senetleri**, s.113, İmregün, **Kurucu Senetleri**, s.484, Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-II**, s.169.

katkısı olan kişiler¹²⁴⁶ lehine kurucu intifa senedi çıkartılabileceği sonucuna varmıştır¹²⁴⁷.

Öte yandan doktrinde bu görüşe çıkan yazarlar olduğunu da belirtmek gerekmektedir. *Moroğlu*, ETTK dönemindeki çalışmasında sermaye artırımının bir kuruluş değil, bir esas sözleşme değişikliği olduğunu ve sermaye artırımını bir ek kuruluş olarak gören kuramın terk edildiğini belirterek, ETTK döneminde hâkim görüş olan sermaye artırımında kurucu intifa senedi çıkartılabileceği fikrini reddetmiştir. *Kırca/Şehirali Çelik/Manavgat* da sermaye artırımını vesilesi ile kurucu intifa senedi çıkartılmasının mümkün olmadığını belirtmektedirler. Yazarlar, ETTK m.392'den farklı olarak TTK m.459 f.3 sermaye artırımında kuruluş hükümlerinin tamamına değil, sadece belirli hükümlerine atıf yapmakta olup kurucu intifa senetlerine ilişkin TTK m.348 atıf yapılan maddeler arasında yer almadığını belirterek, kuruluş ile sermaye artırım arasında pozitif hukuku bakımından bir denklik tesis edilemeyeceğini belirtmektedirler¹²⁴⁸. İkinci olarak, yazarlar bir ticari faaliyetin başlangıcı aşamasında sarf edilen emek ve çabanın sermaye artırımına kıyasla çok daha fazla olması sebebiyle sermaye artırımında kurucu intifa senedi çıkartılmasının iktisadi açıdan da eş korumaları gerektirmediği kanaatinde dirler¹²⁴⁹. O nedenle eski dönemdeki hâkim görüşe bugün tereddütle yaklaşılması gerekmektedir.

TTK, kurucu intifa senetlerinde kâr dağıtımını bakımından bir anahtar içermektedir. TTK m.348 f.1'e göre net dönem kârından¹²⁵⁰ öncelikle TTK m.519 f.1 uyarınca yedek akçe ile pay sahipleri için yüzde beş kâr payı ayrılır¹²⁵¹ ve kurucu intifa senedi sahiplerine kalanın ise azami %10'u ödenebilir. Bu ifadeden de anlaşılacağı üzere, intifa senedi sahipleri, pay sahiplerine %5 kâr payı ödendikten¹²⁵² sonra kârdan pay

¹²⁴⁶ Tekinalp, genel kural olan "kuruluşta emeği bulunma" şartının sermaye artırımını bakımından da aranacağını ve sermaye tedarik edilmesinde katkısı bulunan kişilere verileceğini belirtmektedir. Bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-II**, s.169.

¹²⁴⁷ 11. HD. 19.04.1985 E.158 K.2344. (naklen Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-II**, s.169).

¹²⁴⁸ Kırca/ Şehirali Çelik/Manavgat, s.290-291.

¹²⁴⁹ Kırca/ Şehirali Çelik/Manavgat, s.291. Aynı yönde bkz. Gürbüz Usluel, s.125.

¹²⁵⁰ Madde metni dağıtılabılır kâr ifadesine yer verse de burada anlaşılması gereken net dönem kârı olduğu kanaatindeyiz. Zira dağıtılabılır kâr ifadesi serbest yedek akçelerin çözülmesi ile dağıtılacak kârı da içermektedir. TTK m.348 f.1'in ifadesinin TTK m.503'deki genel kurala aykırı olduğu, ancak bu hükmün genel kurala uygun olarak yorumlanması gerektiği konusunda bkz. Gürbüz Usluel, s.129.

¹²⁵¹ Maddede belirtilen yedek akçe ve pay sahiplerine dağıtılacak kâr payı oranının asgari sınırlar olduğu be yükseltilebileceği yönünde bkz. Moroğlu, **Kurucu İntifa Senetleri**, s.403.

¹²⁵² Aslında kanun hükmü, ayrıldıktan sonra ifadesine yer vermektedir. Ancak bu ifadeyi, TTK m.519 ışığında ödeme olarak anlamak gerektiği, zira burada ETTK'da yer alan ifadenin istemsiz şekilde muhafaza edildiği ve TTK m.519 ile uyum sağlanmasının unutulduğu belirtilmektedir. Bkz. Yanlı, **AŞ'de Kâr Dağıtımı**, s.22 ve dn.45.

alırlar¹²⁵³. Bu açıdan intifa senetlerinin verdiği kâr payın katılma hakkının, birinci temettüden sonra geldiği söylenebilir.

TTK m.348 kurucu intifa senetlerine ödenebilecek kâr payı oranını sınırlamıştır. Bu hükme göre, pay sahiplerine %5 kâr payı ödendikten sonra kalan net kârın en fazla %10'u kurucu intifa senedi sahiplerine ödenebilecektir¹²⁵⁴. Bu durumda söz konusu sınırın intifa senetleri için ortak olarak mı dikkate alınacağı, yoksa her bir intifa senedi türü için ayrı ayrı %10 sınırının mı belirleneceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Doktrinde savunulan bir görüşe göre, söz konusu sınırlama sadece kurucu intifa senedi sahipleri bakımından getirilmiş bir sınırlama olduğundan, adi intifa senedi sahiplerine yapılacak ödemeler TTK m.348'de yer alan %10 sınırı bakımından dikkate alınmayacaktır¹²⁵⁵. Ancak TTK m.348'e yapılan atıf sebebiyle farklı bir yorumun da yapılabileceği ve %10'luk sınırın intifa senetlerinin tamamı için getirilen ortak bir tavan olduğu, çıkartılan intifa senetlerinin hepsinin bu tavanı paylaşmak zorunda olduğu da doktrinde belirtilmektedir¹²⁵⁶. Yukarıda belirttiğimiz gibi¹²⁵⁷ %10'luk sınırın amacı pay sahiplerinin kâr payı hakkının korunması olduğundan, bu ikinci yorum amaca daha uygun niteliktedir.

c. Katılma İntifa Senetleri

Anonim şirketlerin finansman düzeninde, özsermayeye dahil olan ancak oy hakkı vermemesi sebebiyle anonim ortaklığın yönetimine ilişkin dengeleri değiştirmeyen bir finansman yönetimine ihtiyaç duyulmaktadır¹²⁵⁸. Bazı hukuk sistemlerinde oydan

¹²⁵³ *Tekinalp*, intifa senedi sahiplerine yapılacak ödemeden önce ilk kâr payı ayırımının yapılmasının yeterli olduğunu belirtirken, intifa senedi sahiplerine ödeme için ikinci temettü ödemesi yapılması yönünde bir zorunluluk getirilmesinin TTK m.340 hükmüne aykırılık teşkil edeceğini de belirtmektedir. Bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-II**, s.176. Kanaatimizce bu yoruma katılmak mümkün değildir. Öncelikle intifa senetleri çıkartmak şirket için ihtiyaridir. Bu durumda net dönem kârından yararlanma konusunda intifa senedi sahipleri ile pay sahipleri arasındaki çatışmadan pay sahiplerinden yana bir düzenleme getirmeyi tercih edebilme imkânına sahiptir. Örneğin intifa senetleri çıkartılırken, pay sahiplerine %5 yerine %15 ödeme yapıldıktan sonra intifa senedi sahiplerine ödeme yapılacağını kararlaştırabilmelidir. Kanaatimizce böyle bir yorum intifa senetlerinin sözleşmesel ilişki karakterine daha uygun düşecektir.

¹²⁵⁴ Şirketin sermaye artırımı vesilesi ile kurucu intifa senedi çıkartılması halinde, söz konusu %10 oranının kuruluşta çıkartılan paylar ile sermaye artırımı vesilesi ile çıkartılan paylar tarafından ortak bir sınır olduğu yönünde bkz. İmregün, **Kurucu Senetleri**, s.485.

¹²⁵⁵ Kırca/Şehirali Çelik/Manavgat, s.293, Gürbüz Usluel, s.130.

¹²⁵⁶ Kendigelen, **Tasarıda İntifa Senetleri**, s.67.

¹²⁵⁷ Bkz. Yukarıda a-Adi İntifa Senetleri.

¹²⁵⁸ Rampini/Spillman, **Basler Kommentar**, s.537, Tekinalp, Ünal, **“Katılma İntifa Senetleri”**, Batider, C.6 1971, s.298. Bu durum ortaklar arasındaki dengenin muhafaza edilmesi ihtiyacından kaynaklanabileceği gibi, belirli bir faaliyet alanında pay sahiplerinin belirli nitelikleri taşıması zorunluluğu (belirli bir meslek veya belirli bir uyruk) bulunan hallerde, bu nitelikleri taşımayan kişilerden finansman sağlanması bakımından da katılma intifa senetlerinden yararlanılabileceği yönünde bkz. Tekinalp, **Katılma İntifa Senetleri**, s.302.

yoksun paylar¹²⁵⁹ ile giderilen bu ihtiyaç, İsviçre hukukunda oluşturulan ve Türk hukukunda da benimsenen katılma intifa senetlerinin gelişmesini sağlamıştır.

Katılma intifa senetleri, hukuki düzenlemenin olmadığı 70’li ve 80’li yıllarda İsviçre’de uygulama tarafından geliştirilmiş ve oldukça rağbet görmüş bir finansman yöntemidir¹²⁶⁰. 1991 yılında yapılan şirketler hukuku reformu ile açık bir düzenlemeye kavuşmuştur¹²⁶¹. TTK’da yer bulmayan katılma intifa senetleri, Türk hukukunda SPK kapsamında çıkartılan Payı Tebliği m.36 ve devamı maddelerde düzenlenmiştir.

Pay Tebliği m.4 uyarınca katılma intifa senedi “*Ortaklıklar tarafından nakit karşılığı satılmak üzere ihraç edilen, net kardan pay alma, tasfiye sonucunda kalan tutara katılma veya halka açık olmayan ortaklık tarafından yeni çıkarılacak payları alma hakkı tanıyan pay benzeri menkul kıymetlerdir*”.

Katılma intifa senetleri de nitelikleri gereği intifa senedi olmakla birlikte, çıkartılma şartları bakımından adi intifa senetlerinden ve kurucu intifa senetlerinden ayrılmaktadır. Katılma intifa senetleri belirli bir nakit bedel karşılığında çıkartılırken (Pay Tebliği m.4), diğer intifa senetleri şirket menfaatleri için çaba gösteren kişiler lehine bedelsiz olarak çıkartılır. Katılma intifa senetlerinin çıkartılmasında nakit bir karşılık bulunması sebebiyle, bu senet türü diğer intifa senetlerinden ayrılmaktadır¹²⁶². Katılma intifa senetlerinde karşı edim belirli bir bedelin ödenmesi olduğundan, katılma senedi alabilecek kişiler bakımından da bir sınırlama da bulunmamaktadır¹²⁶³. Katılma intifa senetleri bu açıdan da kimler lehine çıkartılabileceği belirtilen adi intifa senetleri ile kurucu intifa senetlerinden ayrılmaktadır.

Katılma intifa senetleri ile oydan yoksun paylar arasındaki işlevsel yakınlık, katılma intifa senetlerine ilişkin düzenlemeler bakımından da kendini göstermektedir. Diğer intifa senedi türlerinden farklı olarak, katılma intifa senetlerinin nominal değeri bulunmakta olup esas sözleşmede hüküm bulunması şartıyla primli paylarda olduğu gibi katılma intifa senedinin nominal değer üstünde çıkartılması da mümkündür (Pay Tebliği m.36 f.2). Üstelik katılma senetleri karşılığında şirkete getirilen kaynak, aynen

¹²⁵⁹ Rampini/Spillman, **Basler Kommentar**, s.537. Tekinalp, **Katılma İntifa Senetleri**, s.299-300.

¹²⁶⁰ Rampini/Spillman, **Basler Kommentar**, s.538, Tekinalp, **Katılma İntifa Senetleri**, s.301, Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-II**, s.182. İsviçre’de katılma intifa senetlerinin geçirdiği tarihi sürecin detaylı incelemesi için bkz. Teoman, **İntifa Senetleri**, s.80 vd.

¹²⁶¹ Hukuki düzenlemeye kavuşmasın rağmen, finansal piyasalardaki gelişmeler sebebiyle aynı tarihlerde katılma intifa senetlerinin İsviçre’deki cazibesini yitirmeye başladığı aktarılmaktadır Rampini/Spillman, **Basler Kommentar**, s.538.

¹²⁶² Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-II**, s.177, Pulaşlı, **Şerh III**, s.2200.

¹²⁶³ Rampini/Spillman, **Basler Kommentar**, s.563.

pay bedeli olarak getirilen kaynaklar gibi şirket bakımından özsermaye niteliğindedir (Pay Tebliği m.36 f.3)¹²⁶⁴.

Pay Tebliği çıkartılabilecek katılma intifa senetlerinin azami ihraç tutarı bakımından bir sınırlama getirmektedir. Pay Tebliği m.36 f.3 uyarınca toplam ihraç tutarı, ödenmiş ya da çıkarılmış sermayenin yüzde ellisini geçemez. Bununla birlikte tebliğ düzenlemesi, katılma intifa senetleri sahiplerine net dönem kârına katılma hakkının sınırları konusunda bir açıklık içermemektedir. O nedenle de Pay Tebliği m.37 f.1 uyarınca esas sözleşmede belirtilmesi şartıyla, katılma intifa senedi sahiplerine tanınacak net dönem kârına katılma hakkı serbestçe belirlenebilecektir.

Pay Tebliği m.37 f.2 katılma intifa senedi sahiplerinin kârdan alacakları pay dağıtılmadan, TTK m.519 kapsamında pay sahiplerine dağıtılacak %5'lik ilk temettü hariç kâr dağıtımını yapılamayacağını ve yönetim kurulu üyelerine kârdan pay verilemeyeceğini düzenleyerek, katılma intifa senedi sahiplerinin kâr payı hakkını öncelikli bir konuma getirmektedir¹²⁶⁵. Halbuki, adi intifa senetleri ve kurucu intifa senetleri bakımından kanun benzer bir düzenleme getirmediğinden, adi ve kurucu intifa senetleri aleyhine düzenlemelere gidilmesi mümkündür. Bu açıdan bedel karşılığı çıkartılan katılma intifa senetlerinin daha ileri bir koruma getirdiği söylenebilir¹²⁶⁶.

Katılma intifa senetleri, koruyucu haklar bakımından da diğer intifa senetlerine göre daha korumalı bir konumdadır. Pay Tebliği m.39 ise katılma intifa sahiplerinin pay sahiplerinin bilgi alma hakkını düzenleyen TTK m.437 hükmünden yararlanarak bilgi alabileceklerini düzenlemiştir. Bu hükümler bir arada değerlendirildiğinde katılma intifa senetlerinde, intifa senetleri sahibine tanınan kârdan pay alma hakkı oldukça etkin bir korumaya sahip olduğu sonucuna varılabilir. Hatta getirilen korumanın kapsamı sebebiyle, katılma intifa senetlerinin sahipleri ile pay sahiplerinin kâr payı hakkının birbiri ile neredeyse eşit konuma geldiği savunulmaktadır¹²⁶⁷.

¹²⁶⁴ Bu konuda SPK düzenlemesi bulunmadan katılma intifa senetleri için gelen fonun özkaynak niteliğinde olduğu yönünde bkz. Tekinalp, **Katılma İntifa Senetleri**, s.298.

¹²⁶⁵ Ancak pay sahipleri lehine yapılacak %5'lik ilk temettü dağıtımının katılma intifa senetlerinin verdiği hakkı göre öncelikli olduğuna da tekrar işaret etmekte yarar vardır.

¹²⁶⁶ Söz konusu düzenlemenin pay sahiplerinin kâr payı hakkını korumaya yönelik TTK m.19 f.2 düzenlemesi ile uyumsuz olduğu yönünde bkz. Gürbüz Usluel, s.138.

¹²⁶⁷ Gürbüz Usluel, s.138.

4. Pay Sahiplerinin Kâr Payı Hakkının İntifa Senedi Sahiplerine Karşı Korunması

İntifa senedi sahiplerine şirketin net dönem kârına katılma hakkı tanınması, dolaylı olarak pay sahiplerinin kâr payı haklarının sınırlanması anlamına gelmektedir. Zira şirket net dönem kârının dağıtımında pay sahiplerine ilaveten intifa senetleri sahipleri de net dönem kârına katılacaklardır. Sonuç olarak intifa senedi çıkartılması, kâr payı hakkı bakımından “*paylaşılacak pastayı küçültmek*” suretiyle pay sahiplerinin menfaatlerini dolaylı olarak ihlal edecektir¹²⁶⁸. Bu nedenlerle intifa senetlerinin kâr payı dağıtım kurallarını dolanmak için kullanılabileceği endişesi göz ardı edilemez¹²⁶⁹.

Bu endişeler karşısında, pay sahiplerinin kâr payı hakkının korunabilmesi için intifa senedi çıkartılabilmesi konusunda bazı sınırlamalar getirilmesi ve bir dengenin sağlanması gereği ortaya çıkmaktadır. Nitekim kanun koyucu da bu yönde bazı düzenlemeler getirmiştir. Bu hükümlerin amacı, intifa senedi çıkartılmasına izin verirken, pay sahibinin kâr payı hakkının intifa senedi sahiplerinin talep hakları ile “sulandırılmasını” engellemektir.

Söz konusu sınırlamalarının birincisi ve belki de en önemlisi, intifa senedi çıkartılması için esas sözleşmede bir hüküm bulunması ve daha sonradan genel kurulun intifa senedi çıkarma yönünde karar alması zorunluluğudur. Bu şekilde, pay sahiplerinin kâr payı hakkını sınırlayıcı etkiye sahip olan intifa senetlerinin ihracı süreci, pay sahiplerinin doğrudan kontrolünde yürütülmektedir. Pay sahiplerinin menfaatlerinin korunması için intifa senedi çıkartılmasının esas sözleşmeye ve genel kurulun iradesine dayanması bu açıdan önem taşımaktadır¹²⁷⁰. İlaveten yönetim kurulu kararlarının aksine, genel kurul kararlarına karşı iptal davası açılabilmesi imkânının bulunması sebebiyle, pay sahiplerinin genel kurul kararlarına karşı daha etkin bir hukuki denetimden yararlanması olanağı bulunmaktadır.

İntifa senetleri üzerinde rüçhan hakkı bulunmamaktadır¹²⁷¹. Bu nedenle pay sahipleri çıkartılan pay senetlerini öncelikli alarak kâr payı haklarını koruma imkânından yoksun kalmaktadırlar. Bununla birlikte eşit işlem ilkesi sınırlı da olsa bir

¹²⁶⁸ İntifa senetleri ile pay sahiplerinin menfaatleri arasındaki çatışmalar konusundaki açıklamalar için bkz. Teoman, **İntifa Senetleri**, s.222 vd.

¹²⁶⁹ Öte yandan İsviçre hukukun intifa senetleri vasıtasıyla kâr payı dağıtımına ilişkin kuralların dolanılmasının yaygın bir uygulama olmadığı belirtilmektedir. Bkz. Rampini/Spillman, **Basler Kommentar**, s.563.

¹²⁷⁰ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-II**, s.168, Trigo Trindade, **CR**, s.548.

¹²⁷¹ Trigo Trindade, **CR**, s.548.

koruma imkânı getirmektedir. Eğer birden fazla pay sahibi intifa senedi çıkartılmasının şartlarını taşıyorsa, bu durumda şirket bunlardan sadece bir kısmına intifa senedi verilmesi yönünde bir karar alamayacaktır. Bu durum tüm pay sahiplerinin kâr payı hakkını mutlak şekilde korumasa da en azından intifa senetlerinin keyfi olarak pay sahipleri arasındaki dengenin bozulması amacıyla kullanılmasına engel olacaktır.

Bu genel düzenlemelere ilaveten, her bir intifa senedi türü bakımından da özel düzenlemeler karşımıza çıkmaktadır. Adi intifa senetlerine karşı koruma bakımından önem taşıyan ilk husus, adi intifa senedi çıkartılabilecek kişi bakımından getirilen sınırlamadır. Lehine adi intifa senedi çıkartılacak kişinin ortaklığa denk bir menfaat sağlamış olması gerekmektedir¹²⁷². Eğer bu şekilde denk bir edim bulunmaksızın intifa senedi çıkartılması söz konusu ise pay sahiplerinin intifa senedi çıkartılması kararına karşı iptal davası açabileceği belirtilmektedir¹²⁷³.

Ancak belirtmek gerekir ki, adi intifa senetleri bakımından getirilen bu hukuki koruma imkânı, kurucu intifa senetleri bakımından sınırlandırılmıştır. Kurucu intifa senetlerinin verilmesi konusunda kuruculara takdir yetkisi verildiği için, yargısal denetim imkânı bulunmamaktadır¹²⁷⁴. Ancak kanun koyucu söz konusu eksikliği, ilgililerin bilgilendirilmesi yoluyla kısmen gidermektedir. TTK m.349 f.2 kurucu intifa senetlerinin hangi gerekçe ile getirildiğinin açıklanmasını gerektirmektedir. Söz konusu düzenlemenin amacının kurucu intifa senetlerinin ihracına yönelik sınırlamalar getirerek kötüye kullanmaların önlenmesi olduğu belirtilmektedir¹²⁷⁵.

Katılma intifa senetlerine geldiğimizde ise, bu tipteki intifa senetlerinin pay sahiplerinin kâr payı hakkını sınırlandırıcı etkisinin önemli bir tehdit olmadığı, zira katılma intifa senedi bir bedel karşılığında çıkartılacağı için bu senetlerin çok sayıda çıkartılarak pay sahiplerinin menfaatlerinin ihlal edilmesinin veya değersizleştirilmesini düşük bir olasılık olduğu belirtilmektedir¹²⁷⁶. Üstelik Pay Tebliği m.36 uyarınca esas sözleşme hükmü çıkartılacak katılma intifa senetlerinin nominal değerlerini ve intifa senetlerine tanınacak hakların belirtilmesini şart

¹²⁷² Rampini/Spillman, **Basler Kommentar**, s.563, Trigo Trindade, **CR**, s.547.

¹²⁷³ Teoman, **İntifa Senetleri**, s.176, Rampini/Spillman, **Basler Kommentar**, s.563, Kendigelen **Tasarıda İntifa Senetleri**, s.60.

¹²⁷⁴ Kendigelen **Tasarıda İntifa Senetleri**, s.60.

¹²⁷⁵ Kendigelen **Tasarıda İntifa Senetleri**, s.59. Öte yandan yazar, söz konusu düzenlemenin sadece bilgi verme yükümlülüğü getirmesi karşısında bu amacın gerçekleşmeyeceği kanaatindedir.

¹²⁷⁶ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-II**, s.182.

koştuğundan katılma intifa senetlerinin kötüye kullanılması ve pay sahiplerinin kâr payı hakkını oransız derecede sınırlaması ihtimali düşüktür.

Kanun koyucu, halka açık anonim ortaklıklarda pay sahiplerinin kâr payı hakkı bakımından daha da korumacı bir yaklaşım sergilemektedir. Bu yaklaşım, halka açık anonim ortaklıklarda intifa senetlerine ilişkin çok daha sınırlayıcı hükümler getirilmesi yoluyla kendini göstermektedir.

Bu hükümlerden ilki kurucu intifa senetlerine yöneliktir. Kanun koyucu halka açık anonim ortaklıklarda pay sahiplerinin kâr payı hakkının korunması için keskin bir düzenleme getirmiştir. TTK m.348 f.2 düzenlemesi şu şekildedir: “*Bu kanunun yürürlüğe girmesinden sonra kurulan anonim şirketler, pay senetlerini halka arz etmeden önce kurucu intifa senetlerini, herhangi bir bedel ödemedi iptal ederler; aksi hâlde intifa senetleri kendiliğinden geçersiz sayılır*”. Kanun metninden anlaşılacağı üzere, halka arz edilecek¹²⁷⁷ şirketlerde çıkartılan kurucu intifa senetleri¹²⁷⁸ halka arzdan önce şirket iradesi ile veya halka arz ile birlikte kanun gereği ortadan kalkacaktır. Her iki durumda da ortadan kalkacak intifa senetleri için herhangi bir ödeme yapılmayacaktır¹²⁷⁹.

Hükmün Gerekçesi’nde kurucu intifa senetlerinin şirketlerin halka açılmasını engellediği, kurucu intifa senetleri pay senetleri borsada işlem gören şirketlerde hoş karşılanmadığı ve menkul kıymetler fonlarının şikayetlerine yol açtığı belirtilmiştir¹²⁸⁰. Sermaye piyasası yatırımcılarının kâr payı haklarını korumak amacıyla getirilen bu hüküm doktrin tarafından sonuçları sebebiyle oransız bulunmaktadır. *Teoman*, imtiyazlı paylara izin verilen halka açık anonim ortaklıklarda, çok daha sınırlı bir etkisi olan kurucu intifa senetlerinin reddedilmesinin çelişkili olduğunu belirtmektedir¹²⁸¹.

¹²⁷⁷ Ortak sayısı gereği halka arz edilmiş sayılan şirketlerin bu hüküm kapsamında olmadığı yönünde bkz. Teoman, Ömer, “**Yeni Ticaret Kanunu’nun Pay Senetlerini Halka Arz Eden Bir Anonim Ortaklığın Kurucu İntifa Senetlerinin İptal Edilmesini Öngören Düzenlemesi**”, *Batider*, C.27, S.2, 2011, s.9. Aynı yönde bkz. Gürbüz Usluel, s.128.

¹²⁷⁸ Her ne kadar TTK m.503’te adi intifa senetleri bakımından kurucu intifa senetlerine atıf yapılmışsa da bu atfın sadece hesaplama esasları ve koruma yöntemi ile sınırlı olduğu ve TTK m.348 f.2’de öngörülen hali kapsamadığı yönünde bkz. Kırca/ Şehirali Çelik/Manavgat, s.295.

¹²⁷⁹ Şirketin iptal edilecek senetler için bir ödeme yapma taahhüdünde bulunamayacağı yönünde bkz. Teoman, **Senetlerin İptal Edilmesi**, s.10-11.

¹²⁸⁰ Madde Gerekçeleri m.348. ETTK zamanında *Moroğlu* da kurucu intifa senetlerinin değişen şartlar karşısında bir yük haline gelebildiğini, o nedenle de aksine bir düzenleme yoksa kurucu intifa senetlerinin geçerliliğinin 40 yıl ile sınırlı olması gerektiğini savunmuştur. Bkz. Moroğlu, **Kurucu İntifa Senetleri**, s.415-416.

¹²⁸¹ Teoman, **Senetlerin İptal Edilmesi**, s.12.

Öte yandan *Kırca/Şehirali Çelik/Manavgat*, herhangi bir bedel karşılığında çıkartılmayan kurucu intifa senetlerine düzenli olarak kâr payı ödenmesi sonucunda yatırımcıların kâr payının azaltılmasının sermaye piyasası sistemine uygun düşmediğini, bu durumun pay değerlerini sürekli aşağıya çekeceğini belirterek TTK m.348 f.2 hükmünün hareket noktasını onaylar görünmektedir. Bununla birlikte yazarlar bedelsiz itfanın menfaat dengesine uygun olmadığını, bunun yerine belirli bir bedel karşılığı intifa senetlerini sona erdirmeye imkân veren bir düzenlemenin daha isabetli olacağını belirtmektedirler¹²⁸².

Halka açık anonim ortaklıklar bakımından pay sahiplerinin kâr payı hakkını sınırlayan diğer bir düzenleme ise Kâr Payı Tebliği m.5 f.4 düzenlemesidir. Bu hükme göre *“Esas sözleşmede söz konusu kişilere kâr payı dağıtılması hususunda hüküm bulunmasına rağmen, kâr payına ilişkin olarak herhangi bir oran belirlenmemişse; bu kişilere dağıtılacak kâr payı tutarı, imtiyazdan kaynaklananlar hariç her durumda pay sahiplerine dağıtılan kâr payının dörtte birini aşamaz”*. Bu düzenleme, intifa senedi sahiplerine yapılacak kâr dağıtımı konusunda bir sınırlama getirmektedir. Eğer şirket esas sözleşmesinde intifa senedi sahiplerine tanınacak kâra katılma hakkının oranı belirlenmemiş ve bu konu genel kurulun kararına bırakılmışsa, genel kurul intifa senedi sahiplerinin kâra katılma hakkını tanıırken pay sahiplerine dağıtılacak kârın dörtte birini aşmayacak bir hak tanıyabilecektir. Kâr Payı Tebliği bu düzenleme suretiyle halka açık anonim şirketlerde pay sahiplerinin kâr payı hakkını intifa senedi sahiplerinin hakları karşısında aşınmaya karşı korumayı hedeflemektedir.

Halka açık ortaklıklarda pay sahiplerinin kâr payı hakkını koruyan diğer bir düzenleme ise, hakların sırası bakımından kendini göstermektedir. SPK m.19 f.2 uyarınca pay sahiplerine belirlenen kâr payı nakden¹²⁸³ ödenmeden, kârdan pay alacak diğer kişilere ve bu kapsamda intifa senedi sahiplerine de ödeme yapılamayacaktır.

D. Kâr Payına Katılmalı Tahvil Sahipleri

Şirketin kârından pay alacak bir diğer grup ise, kâra katılmalı tahvil sahipleridir. Bilindiği üzere tahviller, ihraç eden şirket ile tahvil sahibi arasında kurulan bir ödünç

¹²⁸² Kırca/ Şehirali Çelik/Manavgat, s.294.

¹²⁸³ Kâr dağıtımının bedelsiz sermaye artırımı yoluyla yapılması halinde kanunda belirtilen şartın gerçekleşmediği, o nedenle de kârdan pay alacak kişilere ödeme yapılamayacağı yönünde bkz. Gürbüz Usluel, s.134.

sözleşmesine dayanarak çıkartılan borçlanma araçlarıdır¹²⁸⁴. Borçlanma Araçları Tebliği m.3 uyarınca tahvil, “*İhraççıların bu Tebliğ hükümlerine göre borçlu sıfatıyla düzenleyip sattığı ve nominal değerinin vade tarihinde veya vade tarihine kadar taksitler halinde yatırımcıya geri ödenmesi taahhüdünü içeren, vadesi 365 gün veya daha uzun olan borçlanma aracı*” olarak tanımlanmıştır.

Adi tahvillerde tahvil sahibi, tahvil tutarını şirkete ödemeyi taahhüt etmekte, bunun karşılığında ise belirlenecek vadede anaparayı ve kararlaştırılan edimi almaya hak kazanmaktadır. Tahvil sahibi yaptığı yatırım karşısında sabit veya değişken bir oranda faiz alabilir. Bunun dışında anapara ödemesinin de taksitle veya tek bir seferde yapılması kararlaştırılması mümkündür¹²⁸⁵. Kural olarak tahvil ödemeleri bakımından vade serbestçe belirlenebilmektedir¹²⁸⁶. Bunun dışında bir vade belirlenmiş olsa bile tahvil sahibine veya ihraççıya tahvil bedelinin bir kısmını veya tamamını erken itfa etme hakkı tanınması da mümkündür¹²⁸⁷.

Tahvilin bir türü olan kâra katılmalı tahvilin temeli TTK m.504 düzenlemesidir. TTK m.504 hükmünde yer alan “*her çeşidi ile tahviller*” ifadesi kâra katılmalı tahvile dayanak teşkil etmektedir¹²⁸⁸. Bununla birlikte kâra katılmalı tahviller hakkında daha kapsamlı düzenleme sermaye piyasası mevzuatında yer almaktadır¹²⁸⁹. Sermaye

¹²⁸⁴ Çatakoğlu, Buket, “**Tahvillere Sağlanan Kâr Payı Hakkı ve Hak Sahiplerinin Korunması**”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.22 S.3- Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan Sayısı, 2016, s.712. Benzer bir tanım için bkz. Pulaşlı, **Şerh III**, s.2202, Yanlı, Veliye, “**Sermaye Piyasası Hukukunda Hisse Senedine Dönüştürülebilir Tahviller**”, Prof. Dr. Belgin Erdoğan’a Armağan, Der Yayınları, İstanbul, 2011, s.877. Söz konusu senetler menkul kıymet niteliğinde olduğundan sermaye piyasası mevzuatına tabidir. O nedenle de bu senetlerin çıkartılması ve satışı için izahname düzenlenmesi ve ihraç belgesi alınması gerekecektir. Bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-II**, s.184. Borçlanma araçlarının çıkartılması konusundaki açıklamalar için örnek olarak bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-II**, s.187 vd, Pulaşlı, **Şerh III**, s.2203 vd.

¹²⁸⁵ Çatakoğlu, **Kâr Payı Hakkı**, s.712. Uygulamada genellikle taksitle geri ödemenin tercih edildiği belirtilmektedir. Bkz. Çatakoğlu, Buket, **Türk Sermaye Piyasası Hukukunda Borçlanma Araçları**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s.44.

¹²⁸⁶ Öte yandan Borçlanma Araçları Tebliği uyarınca tahvillerin vadesinin en az 365 gün olması gerekmektedir. Uygulamada genellikle iki yıl veya beş yıllık tahvillerin çıkartıldığı belirtilmektedir. Bkz. Adıgüzel, Burak, **Sermaye Piyasası Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s.154.

¹²⁸⁷ Yanlı, **Dönüştürülebilir Tahvil**, s.877.

¹²⁸⁸ Yanlı, Veliye, “**Kâr Payı Avansı Dağıtımı Hakkındaki Düzenleme (Sermaye Piyasası Kanunu’na Tabi Olmayan Şirketlerde)**”, Türk Ticaret Kanunu’na İlişkin İkincil Mevzuatın Değerlendirilmesi Sempozyumu, Kadir Has Üniversitesi, 15 Aralık 2013, s.17, Çatakoğlu, **Borçlanma Araçları**, s.245.

¹²⁸⁹ Tahviller menkul kıymet niteliğinde olduğundan bir sermaye piyasası aracıdır. O nedenle de ihraç eden şirket HAAO niteliğinde olsun veya olmasın, tahvil ihracı SPK hükümlerine tabi olacaktır. Bkz. Adıgüzel, s.152. Buna bağlı olarak kâra katılmalı tahvillerin de sermaye piyasası mevzuatı kapsamında düzenlenmiş olması makul bir tercihtir. Öte yandan tahvil ihracına ilişkin bazı konularda halka açık ortaklıklar ile kapalı ortaklıklar arasında farklı düzenlemelerin getirilebileceği göz ardı edilmemelidir. Örneğin tahvil tutarı bakımından üst sınır getiren TTK m.506 hükmünün kapalı ortaklar

Piyasası Kurulu tarafından çıkartılan II-31.1 sayılı Borçlanma Araçları Tebliği'nin 16.maddesi tahvil sahiplerine kârdan pay verilmesi imkanını açık şekilde düzenlemiştir¹²⁹⁰. Bu düzenleme uyarınca tahvil sahibinin yatırımının karşılığında faiz yerine veya faize ilaveten şirketin kârından pay verilmesi imkânı tanıyan tahviller “kâra katılmalı tahvil” olarak ifade edilmektedir¹²⁹¹.

Borçlanma Araçları Tebliği m.16 f.2, kâra katılmalı tahvillerde kârdan pay alma hakkının muhtelif şekillerde düzenlenmesine olanak tanımaktadır. Tebliğ'in 16.maddesinin 2.fıkrası uyarınca “a) Faiz ve buna ek olarak, tahvile kardan pay verilmesi, b) Kâr payının faizden daha az olması halinde, faiz ödenmesi; faiz getirisine eşit veya daha fazla kâr payı tahakkuk etmişse kâr payının ödenmesi, c) Bir faiz öngörülmesizin tahvile kârdan pay verilmesi şeklinde farklı düzenlemeler getirilmesi” mümkündür. İlgili hükümden de anlaşılmaktadır ki, tahvil sahibinin şirket kârından pay alması adi tahvillerdeki faiz ödemesini tamamen ikame edebileceği gibi, faiz ödeme borcu muhafaza edilirken ilaveten kâr payı ödemesi de kararlaştırılabilir. Diğer bir ihtimal ise faiz ve kâr payından ödenecek tutardan hangisi daha yüksekse, tahvil sahibinin bu miktara hak kazanacağını kararlaştırılmasıdır. Tahvil ihraç edilirken, kâra katılma şeklinin ve kârın hesaplanma şeklinin ihraç için hazırlanan izahname ve sirkülerde gösterilmesi gerektiği belirtilmektedir¹²⁹².

Kâra katılmalı tahvili, adi tahvillerden ayırt eden temel özellik, tahvil sahibinin kâr payına katılma hakkının şarta bağlı olmasıdır. Kâra katılmalı tahvilden doğan kârdan pay alma hakkı, adi tahvillerdeki faizden farklı olarak şirketin net dönem kârının bulunmasına bağlıdır. Bu nedenle de geciktirici şarta bağlı bir hak tanımaktadır¹²⁹³. Şirket genel kurulu tarafından bilançonun onaylanması sonucu net dönem kârının tespit edilmesine kadar, tahvil sahibinin kâra katılma hakkı ancak bir “beklenen hak” niteliğindedir. Şirketin genel kurulunun finansal tabloları tasdik ederek şirketin net dönem kârını kesinleştirmesi, tahvil sahiplerinin alacak haklarının doğması

için uygulanacağı, SPK ve SPK'ya bağlı ikincil mevzuat hükümleri ile halka açık ortaklıklar için başka düzenlemeler getirildiği belirtilmektedir. Bkz. Adıgüzel, s.152.

¹²⁹⁰ Belirtmek gerekir ki, kâra katılmalı ilgili tebliğden öncesine dayanmaktadır. Kâra katılmalı tahvillerin tarihi gelişimi hakkında açıklama için bkz. Çatakoğlu, **Kâr Payı Hakkı**, s.713.

¹²⁹¹ Çatakoğlu, **Kâr Payı Hakkı**, s.714. Öte yandan ETTK dönemindeki sermaye piyasası mevzuatında “kâra iştirakli tahviller” ifadesi kullanıldığını hatırlatmakta yarar vardır. Bkz. Çatakoğlu, **Kâr Payı Hakkı**, s.713.

¹²⁹² Üçışık/Çelik, s.350.

¹²⁹³ Çatakoğlu, **Kâr Payı Hakkı**, s.715.

bakımından bir önkoşuldur¹²⁹⁴. Şirketin kâr elde etmesi halinde, tahvil sahibi, şirket kârından pay alma imkanına sahip olacaktır.

Kâra katılmalı tahvil ihracı şirketin finansman ihtiyacının giderilmesi bakımından önemli bir işleve sahip olabilir. Zira birçok finansman yönteminde şirket faiz yükü altına girmeyi taahhüt etmektedir. Söz konusu faiz yükü şirketin finansal performansından bağımsız olduğu için, ticari faaliyetlerin kötü gittiği dönemlerde şirket için ağır bir yük oluşturabilmektedir. Elbette şirketin dış kaynaklardan sermaye artırımı yoluyla faiz borcu altına girmeksizin finansman sağlaması da mümkündür. Ancak bu durumda ortaklar arasındaki pay dengesinin bozulması ve yönetim konusunda bazı sorunların doğması riski bulunmaktadır. Bu açıdan kâra katılmalı tahvil ihracı bir yandan şirketin kendi finansal performansına uyumlu olarak finansmanın geri ödenmesine olanak verirken, bir yandan da şirket ortakları arasındaki dengeyi de muhafaza etmesi bakımından avantajlı bir finansman yöntemidir¹²⁹⁵.

Kâra katılmalı tahvil, adi tahvillerde olduğu gibi esasen bir ödünç sözleşmesine dayanmaktadır. Bir dönem öğretide kâra katılmalı tahvil sahiplerinin şirketle olan ilişkisinin bir ortaklık ilişkisi olduğu görüşü ileri sürülmüştür¹²⁹⁶. Ancak öğretilerdeki daha güncel bir görüşe göre, tahvil sahibi ile şirket arasında *affectio societatis* unsuru bulunmadığından, söz konusu ilişkiyi bir ortaklık ilişkisi olarak tanımlamak mümkün değildir. Tahvil sahibinin para ödünçü karşısında kârdan pay alması, tek başına ortaklık ilişkisinin varlığının kabulü için yeterli olmayacaktır. O nedenle de tahvil sahibi ile şirket arasındaki ilişkiyi bir çeşit tüketim ödünçü olarak kabul etmek gerekmektedir¹²⁹⁷. Tüketim ödünçü sözleşmesinde karşı edim olarak faiz ödenmesi zorunlu olmayıp taraflar başka bir karşı edim de kararlaştırabilirler. O nedenle de karşı edim olarak faiz ödemesine ilaveten veya faiz ödemesi yerine şirket kârından pay verilmesinin kararlaştırılması, tahvilin temelinde yatan ödünç sözleşmesi ilişkisinin niteliğinin değişmesi anlamına gelmemektedir¹²⁹⁸.

Kâra katılmalı tahviller de dahil olmak üzere tahvil sahiplerinin ortak sıfatının bulunmaması birtakım sonuçlar doğurmaktadır. Öncelikle tahvil ihracı yoluyla elde edilen kaynaklar, sermayenin aksine özkaynak niteliğinde olmayıp dış kaynak

¹²⁹⁴ Çatakoğlu, **Kâr Payı Hakkı**, s.715.

¹²⁹⁵ Çatakoğlu, **Kâr Payı Hakkı**, s.720.

¹²⁹⁶ Söz konusu görüşler için bkz. Çatakoğlu, **Kâr Payı Hakkı**, s.716.

¹²⁹⁷ Çatakoğlu, **Kâr Payı Hakkı**, s.717, Üçışık/Çelik, s.350.

¹²⁹⁸ Çatakoğlu, **Kâr Payı Hakkı**, s.717.

niteliğindedir. O nedenle de tahvil ihracı yoluyla elde edilen fonların bu durumu yansıtabilecek şekilde finansal tablolarda yer alması gerekmektedir. Ancak kâra katılmalı tahvil sahiplerinin ortak değil de alacaklı niteliğinde bulunmasının sonucu sadece finansal raporlamaya ilişkin değildir. Tahvil sahiplerinin alacak hakları, şirketin diğer alacaklıları ile aynı konumda olup tasfiye sürecinde pay sahiplerinin tasfiye bakiyesine göre öncelikli konumdadır. Pay sahipleri, tasfiye işlemleri tamamlandıktan sonra, eğer bir tasfiye bakiyesi kalırsa, bu bakiyeye payları oranında hak kazanacaklardır. Halbuki tasfiye ve özellikle iflas sebebiyle tasfiye halinde kâra katılmalı tahvil sahiplerinin alacakları iflas masasına kaydedilecek ve pay sahiplerine göre öncelikli olarak ödenecektir¹²⁹⁹.

Kâra katılmalı tahvil sahiplerinin kâr payı hakkının kapsamı konusunda esasen bir serbesti bulunmaktadır. Tahvil ihracı sırasında Borçlanma Araçları Tebliği m.16’da belirtilen yöntemlerden biri esas alınarak tahvil sahiplerine tanınacak kâr payı hakkı belirlenebilir. Ancak Tebliğ m.16 f.3’te tahvil sahiplerine tanınacak kâr payı hakkı konusunda bir sınırlama getirilmiştir. Hükme göre, *“Halka açık ortaklıklar açısından tahvillere ödenecek kar payı, ihraççıların esas sözleşmesinde veya kar dağıtım politikasında pay sahipleri için belirlenen kar payı miktarını azaltamaz”*. O nedenle genel kurulun tahvil çıkartma kararı sırasında pay sahiplerinin kâr payına ilişkin düzenlemeleri de göz önünde bulundurmaları gerekmektedir.

Borçlanma Araçları Tebliği m.16 f.5 *“Aynı koşullara sahip tahvillere ödenecek kâr payı, dağıtım tarihi itibarıyla mevcut tahvillerin tümüne, bunların ihraç ve vade tarihleri dikkate alınmadan dağıtılır”* açıklamasına yer vermektedir. Bu açıklamadan anlaşıldığı üzere kâra katılmalı tahviller bakımından borçlanma aracının çıkarıldığı tarih dikkate alınmayacak ve kistelyevm kuralı uygulanmayacaktır¹³⁰⁰.

Kâra katılmalı tahviller bakımından sorulması gereken önemli soru, tahvil sahiplerinin haklarının şirketin yedek akçe ayrımı kararı karşısındaki durumunun ne olduğudur. Daha açık bir ifade ile şirket genel kurulunda finansal tabloların onaylanması ile net dönem kârı tasdik edilmiş olmasına rağmen, genel kurul yedek

¹²⁹⁹ Çatakoğlu, **Kâr Payı Hakkı**, s.719 ve özellikle dn.31, Üçışık/Çelik, s.350, Pulaşlı, **Şerh III**, s.2207.

¹³⁰⁰ 2009 tarihinde çıkartılan Seri II No:22 numaralı Borçlanma Araçlarının Kurul Kaydına Alınması ve Satışına İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ’de aksi yönde bir düzenleme benimsenmiş ve kâra katılmalı tahviller bakımından kistelyevm kuralı kabul edilmiştir. Bkz. Yanlı, **Dönüştürülebilir Tahvil**, s.877.

akçe ayırmak suretiyle net dönem kârı dağıtımından imtina ederse, bu karar tahvil sahiplerinin haklarını nasıl etkileyecektir¹³⁰¹?

Doktrinde bir görüşe göre, tahvil sahiplerinin kâr payı hakkı aynen pay sahiplerinin kâr payı hakkında olduğu gibi, genel kurulun olağanüstü yedek akçe ayırma kararına tabidir. Diğer bir ifade ile tahvil sahiplerinin kâr payı hakkı, genel kurulun kâr dağıtım kararı alması halinde doğacaktır¹³⁰². Bu görüş Borçlanma Araçları Tebliği m.16 f.4 hükmünden de dayanak almaktadır. Zira söz konusu hüküm, tahvil sahiplerine ödenecek miktarın “... yıllık finansal tablolarının ve kâr payı dağıtım kararının ihraççı genel kurulunca onaylanmasını müteakip” dağıtılacağını belirtmektedir. Buradan hareketle kâra katılmalı tahvil sahiplerinin şirketin dağıtılan kârına katılma hakkına sahip olacakları sonucuna varılmaktadır. Bunun sonucu olarak şirket genel kurulu yedek akçe ayırmak suretiyle kâr dağıtmaktan tamamen veya kısmen imtina ederse, bu durumda tahvil sahipleri de kârdan pay alamayacaktır. Bu görüşe göre intifa senedi sahiplerinin şirketin finansal tablolarının onaylanması ile kâr payı hakkı kazanacaklarını düzenleyen TTK m.348 hükmünün kıyasen tahvil sahiplerine uygulanması mümkün değildir¹³⁰³.

Kanaatimizce intifa senedi sahipleri için getirilen TTK m.348 hükmünün tahvil sahipleri için de kıyasen uygulanmasına bir engel bulunmamaktadır. Kâra katılmalı tahvil sahipleri bakımından bu konuda açık bir hüküm bulunmadığı tespitine katılıyoruz. Bu durumda bir kanun boşluğunun bulunduğu açıktır. Söz konusu kanuni boşluğun kıyas yoluyla giderilmesi yoluna gidilebilir. Bu noktada hukuki sorun kıyasen pay sahiplerine ilişkin hükümlerin mi yoksa intifa senedi sahiplerine ilişkin hükümlerin mi uygulanacağı sorusuna dönüşmektedir. Bu sorunun çözümü bakımından ise, kanundaki menfaat dengeleri ve ilgili düzenlemeler ışığında tahvil sahiplerinin pay sahipleri veya intifa senedi sahiplerinden hangisinin hukuki konumuna daha yakın olduğunu tespit etmek gerekecektir.

¹³⁰¹ Adi tahviller bakımından böyle bir sorun ile karşılaşılmamaktadır. Zira adi tahvillerde anapara ve faiz ödemesi şirketin kârından ve yedek akçe ayrılması kararından bağımsız niteliktedir. Tahvil sahiplerine ödenecek miktar, şirketin diğer borçları gibi öncelikli olarak ifa edilecek ve şirketin kâr payı bundan sonra tespit edilecektir. O nedenle de kâra katılmalı tahviller bakımından ortaya çıkan bu sorun, adi tahviller bakımından gündeme gelmeyecektir.

¹³⁰² Çatakoğlu, **Kâr Payı Hakkı**, s.727.

¹³⁰³ Çatakoğlu, **Kâr Payı Hakkı**, s.727. Belirtmek gerekir ki, yazar bu sonuca pozitif hukuk bakımından ulaşmakta ve kanunda yapılacak bir değişiklik ile tahvil sahiplerinin kâr payı hakkının korunması için intifa senedi sahiplerine ilişkin hükme benzer bir hüküm getirilmesi gerektiğini savunmaktadır. Bkz. Çatakoğlu, **Kâr Payı Hakkı**, s.727. Hatta yazara göre mevcut düzenleme karşısında bu çalışmada da ele alacağımız “kâr payı açlığı” kavramı tahvil sahipleri açısından da söz konusu olmaktadır. Çatakoğlu, **Kâr Payı Hakkı**, s.725.

Kanaatimizce tahvil sahiplerinin durumu pay sahiplerinden ziyade intifa senedi sahiplerinin konumuna daha yakındır. Öncelikle tahvil sahipleri, aynen intifa senedi sahipleri gibi yönetsel haklardan yoksundurlar. Pay sahipleri, azınlık pay sahibi olsalar dahi, genel kurula katılma, bilgi alma ve gerekirse dava açmak gibi vazgeçilemez yönetsel haklara sahiptirler. Halbuki, tahvil sahiplerinin yönetsel haklarının bulunmaması sebebiyle intifa senedi sahipleri bakımından getirilen korumalardan yararlanmaya ihtiyacı bulunmaktadır. İkinci olarak olağanüstü yedek akçe ayrılması kararının tahvil sahiplerine olan etkisi ile pay sahiplerine olan etkisi arasında bariz bir farklılık ortaya çıkmaktadır. Net dönem kârı, olağanüstü yedek akçe olarak ayrıldığı takdirde, tahvil sahibi kâr payı hakkını nihai olarak kaybetmektedir. Halbuki, yedek akçe ayrılması halinde pay sahibinin kâr payı hakkı, alacak hakkına dönüşmese dahi, pay sahibinin söz konusu fondan daha sonra dolaylı olarak yararlanma imkânı devam etmektedir. Örneğin şirket bir sonraki sene serbest yedek akçelerin bir kısmının dağıtılmasına karar verdiği takdirde, pay sahiplerinin kâr payı hakkı sadece net dönem kârı üzerinde olmadığından dağıtılan yedek akçelerden de kâr payı alacaklardır. Ancak yalnızca net dönem kârına katılma hakkı veren bir tahvil sahibi, söz konusu dağıtıma katılamayacaktır. Üstelik böyle bir dağıtım olmasa bile, yedek akçe ayrılması sonucunda şirket malvarlığının artışı, pay sahipleri paylarını satmak istediklerinde veya kanunda belirtilen şartların varlığında paylarının gerçek değer üzerinden satın alınması ihtimalinde pay sahiplerinin daha yüksek bir bedel almalarını sağlayacaktır. Son olarak anonim şirket pay sahipleri şirketin yedek akçe olarak muhafaza ettiği kârdan en geç tasfiye bakiyesine katılma hakkı kapsamında yararlanacaklardır. Halbuki, sadece net dönem kârına katılma imkânı verilen tahvil sahipleri, şirketin dağıtmadığı kârdan yararlanamayacaklardır. Bu ise tahvil sahiplerinin kârdan pay alma haklarının sadece hukuki değil, iktisadi niteliğinin de intifa senedi sahiplerine daha yakın olduğunu göstermektedir. O nedenle de kanaatimizce intifa senedi sahiplerinin kâr payı hakkının net dönem kârının onaylanması ile doğması sonucunu doğuran TTK m.348 hükmünün kıyasen kâra katılmalı tahvil sahipleri bakımından da uygulanması kanun boşluğunun giderilmesi için isabetli bir çözüm olacaktır.

Bu noktada Borçlanma Araçları Tebliği m.16 f.4 hükmünün de aksi sonuca götürmeyeceği kanaatindeyiz. İlgili hükmün “*yıllık finansal tablolarının ve kar payı dağıtım kararının ihraççı genel kurulunca onaylanmasını*” takiben ödeme yapılacağını belirtmektedir. Kanaatimizce bu hüküm yıllık kârın tespit edilmesi için

genel kurulun finansal tabloları onaylaması kuralının bir yansımasıdır. Hükümde geçen “kâr dağıtım kararının” onaylanması ise, finansal tabloların onaylanması kararı ile olan bağlantısı sebebiyle hükümde yer almaktadır. Gerçekten de hem finansal tabloların onaylanması hem de kâr dağıtım kararı olağan genel kurulda karara bağlanması gereken hususlardandır. Üstelik kâr dağıtım kararı alınması finansal tabloların onaylanmasını gerektirmektedir. O nedenle iki kararın arasında organik bir bağ olduğu yadsınamaz. O nedenle de bu iki kararın genellikle birlikte alınmasından dolayı Tebliğ hükmünde iki kararın da belirtildiği görüşündeyiz. Yoksa bu hükmün şirketin yedek akçe ayırmak suretiyle tahvil sahiplerinin alacak haklarını kısıtlamaya olanak tanımayı hedeflediği sonucuna varmayı gerektiren bir neden bulunmamaktadır.

III. Dağıtım Katılım Ölçütü

A. Genel Olarak Oransallık İlkesi ve Kâr Payı Hakkının Özel Durumu

Anonim ortaklıkta pay sahipliği hakları, haktan yararlanma ile pay sahipliği oranındaki ilişkiye göre de tasnif edilmektedir. Bazı pay sahipliği haklarının kullanılması bakımından bir adet paya sahip olmak yeterlidir. Genel kurula katılma (TTK m.425) yahut genel kurul kararına karşı iptal davası açma hakkı (TTK m.446) bakımından durum böyledir. Bu haklarda pay sahibi bir adet paya sahip olsa da haktan yararlanırken, pay sahibinin daha fazla paya sahip olması da hakkın içeriği ve kullanım şekli bakımından bir fark yaratmaz¹³⁰⁴. Bununla birlikte, bazı pay sahipliği hakları bakımından, pay sahibi daha fazla sermayeyi temsil eden paya sahip oldukça daha fazla hakka sahip olmaktadır. Bu duruma pay sahipliği haklarında oransallık ilkesi denilmektedir¹³⁰⁵. Oy hakkı ve bedelsiz pay alma hakkı oransal nitelikte haklara örnek olarak gösterilebilir.

Öğretide kâr payı hakkı da oransallık ilkesinin geçerli olduğu haklar arasında sayılmaktadır¹³⁰⁶. Gerçekten de TTK m.507 hükmü “*Her pay sahibi, kanun ve esas sözleşme hükümlerine göre pay sahiplerine dağıtılması kararlaştırılmış net dönem kârına, payı oranında katılma hakkını haizdir*” ifadesine yer vermektedir. Bu hükümden hareketle, kâr payı hakkının oy hakkı veya bedelsiz pay iktisabı hakkında olduğu gibi sahip olunan payların itibari değerine oranlı bir hak olduğu iddia edilebilir.

¹³⁰⁴ Pulaşlı, **Şerh I**, s.717.

¹³⁰⁵ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-I**, s.616, Pulaşlı, **Şerh II**, s.1833.

¹³⁰⁶ Örnek olarak Chenaux/Gachet, **CR, Art 671**, para.14, Kurer/Kurer, **Basler Komm-2012**, s.717, Pulaşlı, **Şerh I**, s.717.

Bununla birlikte TTK m.508 hükmü ile kâr payı dağıtımına ve aynı hükümde düzenlenmiş tasfiye bakiyesine katılma hakları bakımından, oransallık ilkesinden farklılaşan bir düzenleme getirilmiştir. Şöyle ki, yerleşik anlamı ile oransallık ilkesinin geçerli olduğu oy hakkında veya bedelsiz pay alma haklarında, pay sahibi haktan sahip olduğu payların itibari değerine oranla yararlanmaktadır¹³⁰⁷. Ancak kâr payı bakımından pay sahibinin sahip olduğu payların itibari değeri değil, pay sahibinin bu itibari değer için¹³⁰⁸ yaptığı ve tartışmalı olmakla birlikte bu ödemelerin tarihi dikkate alınarak kâr dağıtımına katılma oranı belirlenmektedir. Bu bakımdan kâr payı ve tasfiye bakiyesi bakımından oransallık ilkesinin farklılaştığından bahsetmek mümkündür¹³⁰⁹.

Aşağıda ilk olarak TTK m.508’de düzenlenmiş bu farklılaşmış oransallık hakkında açıklama yapılacaktır. Bu bağlamda, kâr dağıtımına iştirak yetkisi bakımından oransallık ilkesinde olduğu gibi payların itibari değeri yerine, sermaye için yapılan ödemelerin esas alınacağına belirtilmesinin ne gibi sonuçlar doğuracağı ele alınacaktır. Ardından oransallık ilkesinin tamamen terk edilmesi anlamına gelen imtiyazlı paylar hakkında açıklama yapılacaktır.

B. Farklılaşmış Oransallık: Sermaye İçin Yapılan Ödemelere Oranla Dağıtım Katılma Yetkisi

a. Kavramın Açıklanması ve İçeriği

TTK m.508 hükmüne göre, pay sahibi kâr payına iştiraki, “*pay sahibinin sermaye payı için şirkete yaptığı ödemelerle orantılı olarak hesap edilir*”. Buna göre, pay

¹³⁰⁷ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-I**, s.616, Üçışık/Çelik, s.313.

¹³⁰⁸ Pay sahibinin kâr dağıtımına katılma oranı bakımından esas alınan, sadece sermaye için yapılan ödemelerdir. Nominal değer üzerinde yapılan ödemeler, diğer bir ifade ile çıkarma primleri pay sahibinin kâr payı dağıtımına katılma yetkisi bakımından dikkate alınmayacaktır. Bkz. Yanlı, **AŞ’de Kâr Dağıtımı**, s.14, Yüksel, Sinan, **Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi Davasında Davalı Sıfatı Üzerine Düşünceler**, Prof. Dr Hamdi Yasaman’a Armağan, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2017, s.403. İsviçre hukuku bakımından bkz. Neuhaus/Balkanyi, **Basler Kommentar, Art 671**, para. 2, Chenaux/Gachet, **CR, Art 671**, para.14. Esas sözleşmede aksine bir düzenleme yapılabileceği yönünde bkz. Chenaux/Gachet, **CR, Art 671**, para.14.

¹³⁰⁹ Bahar/Peyer, **Zürcher Kommentar Allgemeine Bestimmungen, Art 620-659b OR Die Aktiengesellschaft**, Schulthess, 2016, **Art 654**, para. 1, Yüksel, **Davalı Sıfatı**, s.400. Kâr payı hakkı bakımından oransallık ile oy hakkı bakımından oransallığın farklı olduğu yönünde bkz. Druey/Druey Just/Glanzmann, s.154, Üçışık/Çelik, s.313. Belirtmek gerekir ki, bedelsiz pay alma hakkı ile kâr payı alma hakkı bakımından oransallık ilkesinin farklılaşması, bazı uygulama sorunlarını da beraberinde getirmektedir. Bedelsiz pay alma hakkı, iç kaynaklardan sermaye artırımına dayanmakta olup bu artırım için kullanılacak kaynakların kâr payı dağıtımında da kullanılması ihtimal dahilindedir. Bu durumda ilgili kaynaklar bedelsiz pay ihracı için kullanıldıkları takdirde mutlak oransallık ilkesine tabi olup payların itibari değerine göre dağıtımına konu olacaktır. Aynı kaynaklar kâr payı dağıtımında kullanıldıkları takdirde, farklılaşmış oransallık kuralı gereği itibari değer için yapılan ödemelere göre dağıtılacaktır. Karşılaştırma için bkz. Yüksel, **Yeni Paylar**, s.409 vd.

sahibinin kâr payı hakkına katılma yetkisinin içeriği belirlenirken, pay sahibinin şirkete olan sermaye taahhüdünü ne oranda ve ne zaman ifa ettiğine göre bir değerlendirme yapılması gerekir.

İtibari değere oranla hak sahipliğinin söz konusu olduğu klasik oransallık ilkesinden bu sapış, pay sahibinin kâr payı dağıtımına iştirak oranını belirlerken iki ölçütün dikkate alınmasını, başka bir ifade ile iki sorunun sorulmasını gerektirir. Bu sorular sırasıyla, i) sermaye taahhüdünün ne oranda ödendiği ve ii) öğretide tartışmalı olmakla birlikte bu ödemenin ne zaman gerçekleştiğidir. Bu sorulara verilecek yanıtlar ışığında pay sahibinin kâr dağıtımına katılma yetkisi değişiklik gösterecektir. O nedenle aşağıda bu iki sorunun kâr dağıtımına katılma yetkisi üzerindeki etkisine ilişkin yanıtlar ayrı ayrı verilecektir.

Belirtmek gerekir ki, itibari değeri eşit olan paylar arasında itibari değer in ödenmesi oranı ve itibari değer in ödenme zamanına göre yapılan ayırım, niteliği itibariyle kalıcı nitelikte değildir. Tüm pay sahiplerinin aynı zamanda tüm sermaye taahhütlerini ifa etmeleri halinde, oransallık ilkesinden farklılaşmanın bir sonucu olmayacaktır. Ayrıca aşağıda da açıklanacağı üzere, ödeme zamanlarında farklılığın etkisi de belirli bir süre için geçerli olacak, bilançonun dönemselliği ilkesinin bir sonucu olarak, ödeme zamanının etkisi her mali yıl için ayrı ayrı değerlendirilecektir. O nedenle de kâr payı hakkının mutlak oransallık ilkesinden farklılaşan yönlerinin ortadan kalkması ve şirketin yaşam sürecinde kâr payına katılma hakkının mutlak oransallık ilkesinde olduğu payların itibari değerine göre belirlenmesi olağandır.

i. Ödeme Tutarının Etkisi

TTK m.508 uyarınca kâr payı dağıtımına iştirak yetkisinin sermaye için yapılan ödemelere oranlı olmasının birincil etkisi, ödenen tutar bakımından ortaya çıkmaktadır. Buna göre, pay sahipleri, sahip olduğu payların itibari değeri oranında değil, itibari değeri için yapılan ödeme oranında kâr payı hakkına sahip olmaktadır. Örneğin iki pay sahibi de şirkette %50 oranında paya sahip olmakla birlikte, birinci pay sahibi nakit dışı sermaye getirerek sermaye taahhüdünün tamamını ifa etmişken, diğer pay sahibi nakit sermaye bakımından kuruluştan önce getirilmesi zorunlu tutulan kanuni asgari oran olan payların itibari değerinin %25'ini ödemiş olabilir. Bu durumda nominal değer itibariyle pay sahipleri sermayeye eşit oranda katılmış olsa da sermaye

için yapılan ödemeler farklı olduğu için, dağıtılan kâra iştirak oranları da farklılık gösterecek ve dörde bir olacaktır¹³¹⁰.

Pay sahiplerinin sermaye için yaptıkları ödemelerin kâr dağıtımına iştirak oranına etki etmesi, pay sahipleri arasındaki dengenin bozulmasına yol açabilir. O nedenle de yönetim kurulunun pay sahipleri ile olan ilişkilerinde eşit işlem ilkesini gözetmesi önem taşır. Bu durumun bir yansıması olarak öğretide sermaye için yapılan ödemelerin kâr payı dağıtımına katılma yetkisi bakımından bir farklılık oluşturabilmesi için, yönetim kurulu tarafından sermaye borcunun ifasına yönelik çağrı (apel) yapılması gerekir¹³¹¹.

ii. Ödeme Zamanının Etkisi

Kâr payı hakkı bakımından benimsenen farklılaşmış oransallık ilkesinin bir diğer sonucu, sermaye borcunun ifa zamanının da pay sahipliği haklarına etki etmesidir. Pay sahibi tarafından şirkete getirilen sermayenin ne süre ile şirket tarafından işletilebildiğine göre, pay sahibinin de kâr payına katılma oranı değişiklik göstermektedir. Bu husus, kâr payı hakkında “kıst-el yevm” yahut “*pro rata temporis*” olarak ifade edilmektedir¹³¹².

Konuyu göstermesi açısından şu şekilde bir örnek verilebilir: Şirkette %50-%50 oranla iki ortağın da nakit sermaye taahhüdünde bulunduğu durumda, pay sahiplerinin oransal nitelikteki hakları eşit olacaktır. Ancak pay sahiplerinden biri sermaye taahhüdünün tamamını 1 Ocak tarihinde, diğer pay sahibi ise 30 Haziran tarihinde ifa ettiği takdirde, iki pay sahibinin kâr payına katılma yetkilerinde farklılık olacaktır. Bu durumda ilk pay sahibi tarafından getirilen sermaye faaliyet yılı sonuna kadar işletilirken, ikinci pay sahibinin getirdiği tutar bunun yarısı süreyle işletilmiş olacaktır. O nedenle de bu durumda pay sahiplerinin kâra katılma oranları ikiye bir olacaktır.

¹³¹⁰ Belirtmek gerekir ki, pay sahiplerinin sermaye için yaptıkları ödemeler ile oranlı olarak değişecek olan şirketin kâr dağıtımının paylaşılması oranıdır. Buna bağlı olarak dağıtılacak kâr payı tutarı değişiklik göstermeyecektir. Daha açık bir anlatımla %50-%50 ortaklık ilişkisinde ortaklardan biri sermaye taahhüdünün yarısını diğeri tamamını ödediği takdirde, dağıtılacak kâr payı tutarı değişmeyecek, ancak sermaye taahhüdünü kısmen ifa eden pay sahibi, tam olarak ifa eden pay sahibinin yarısı oranında kâr payı alacaktır.

¹³¹¹ Üçışık/Çelik, s.315, Yüksel, **Yeni Paylar**, s.405 dn.104. Bu değerlendirmede Yargıtay’ın apel yapılmadan gerçekleştirilen ifanın kabul edilmemesi gerektiği yönündeki kararını da göz önünde bulundurmak gerekir. 1. HD.28.12.1984 E.6507/K.6608 (naklen Pulaşlı, **Şerh II**, s.1981 dn.903). Her ne kadar, sermaye borcunun erken ifası şirketin menfaatine olduğu için bu sonuca katılmasak da erken ifanın pay sahipleri arasındaki dengeyi bozmaması için sermaye için yapılan ödemelerin dikkate alındığı hallerde, apel yapılması şartının aranması eşit işlem ilkesi bakımından gereklidir.

¹³¹² Yanlı, **Kâr Payı Avansı**, s.29, Yüksel, **Yeni Paylar**, s.403.

Belirtmek gerekir ki, öğretide kapalı anonim şirketlerde itibari değer için yapılan ödemelerin zamanının dikkate alınıp alınmayacağı konusu tartışmalıdır. Diğer bir ifade ile kapalı anonim şirketlerde kıst el-yevm kuralının uygulanıp uygulanmayacağı konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, kanunda bu konuda açık bir hüküm yoktur¹³¹³. O nedenle de konunun TTK hükümlerinin yorumu yoluyla çözümlenmesi gerekir.

Öğretideki bir görüşe göre, farklılaşmış oransallık bakımından sermaye için yapılan ödemeler dikkate alınmayacaktır. TTK m.508 hükmünde sermaye için yapılan ödemelerde zaman unsuruna yer verilmemiş, sadece pay sahibinin ödenmiş sermayeye oranla kâra hak kazanacağı belirtilmiştir. Bu nedenle de kapalı anonim şirketler bakımından kıst-el yevm kuralı uygulanmayacak ve ilgili faaliyet yılı sonunda mevcut tüm paylara yaptıkları ödeme oranında kâr payı ödenecektir¹³¹⁴. Nitekim İsviçre hukukunda da kâr payı dağıtımına katılma yetkisinin nominal değer için yapılan ödemelere oranlı olduğu belirtilmekte, ancak ödeme zamanına herhangi bir atıf yapılmamaktadır¹³¹⁵.

Öğretide bizim de katıldığımız ve çoğunlukta olduğunu düşündüğümüz görüşe göre ise, sermaye borcu için yapılan ödemelerin zamanının da dikkate alınması ve kıst-el yevm kuralının uygulanması gerekir¹³¹⁶. Bu sonuç TTK m.508 hükmünde, kâr payına dağıtım oranının sermaye için yapılan ödemeler ile orantılı olmasının doğal bir uzantısıdır¹³¹⁷. TTK m.508 hükmü, kâr payının şirkete getirilen sermayenin işletilmesinden doğan bir sermaye olduğunu ortaya koymaktadır¹³¹⁸. O zaman pay sahibi tarafından getirilen tutar kadar, bu getirilen tutarın ne zaman getirildiği ve dolayısıyla şirket tarafından ne kadar süredir işletildiğinin de dikkate alınması gereklidir¹³¹⁹. İlaveten, SPK hükümlerinde farklı bir yaklaşımın belirlenmesi de bu sonucu teyit eder görünmektedir. Aşağıda inceleneceği üzere, ESPK m.15 f.3 hükmü ve bu hükmü ikame eden SPK m.19 f.3 hükmü, halka açık anonim şirketlerde kıst-el

¹³¹³ Badak, s.173.

¹³¹⁴ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-I**, s.627, Badak, s.173, Paslı/Veziroğlu, s.269.

¹³¹⁵ Örnek olarak bkz. Druey/Druey Just/Glanzmänn, s.154. Locher ise açık şekilde, pay bedellerinin tamamının ödenmesi halinde dağıtımda payların nominal değerinin esas alınacağını belirtmiştir. Bkz. Locher, s.138.

¹³¹⁶ Bu görüşü savunan yazarlara örnek olarak bkz. Üçışık/Çelik, s.314-315, Yüksel, **Yeni Paylar**, s.406 vd., Yanlı, **Kâr Payı Avansı**, s.29, Gürbüz Usluel, s.156.

¹³¹⁷ Yüksel, **Yeni Paylar**, s.406.

¹³¹⁸ Üçışık/Çelik, s.315, Yüksel, **Yeni Paylar**, s.393.

¹³¹⁹ Yüksel, **Yeni Paylar**, s.406.

yevm kuralının uygulanmayacağını açık şekilde ortaya koymaktadır¹³²⁰. SPK m.19 f.3’de bu yönde açık bir hüküm sevk edilmesi, ancak kapalı anonim şirketlerde kıst-el yevm’in uygulanacağı gibi bir hüküm bulunması halinde anlamlıdır. Buradan hareketle, kapalı şirketler bakımından sermaye için yapılan ödemelerin zamanının kapalı anonim şirketlerde kâr payı hakkı bakımından dikkate alınacağı sonucuna varılmaktadır.

b. Halka Açık Ortaklıklardaki Özel Durum

EPSK m.15 f.3 düzenlemesinde kâr payı dağıtımının “*hesap dönemi sonu itibariyle mevcut payların tümüne, bunların ihraç ve iktisap tarihleri dikkate alınmaksızın eşit olarak*” yapılacağı belirtilmiştir. Hükmün lafzından da anlaşılacağı üzere, ESPK döneminde halka açık şirketler bakımından farklılaşmış oransallık ilkesi değil, payların itibari değerine göre hak sahipliğini öngören klasik oransallık ilkesi benimsenmişti.

Aynı sonuç SPK düzenlemesi bakımından da geçerlidir. SPK m.12 hükmü uyarınca ihraç olunan payların tamamının nakden ödenmesi zorunludur. Bu nedenle ihraç olunan paylar bakımından sermayeye katılma oranlarında bir farklılık olması mümkün değildir. İkinci olarak SPK m.19 hükmü “*Halka açık ortaklıklarda kâr payı, dağıtım tarihi itibarıyla mevcut payların tümüne, bunların ihraç ve iktisap tarihleri dikkate alınmaksızın eşit olarak dağıtılır*” ifadesine yer vermektedir. Hüküm, ESPK döneminde olduğu gibi¹³²¹, sermaye için yapılan ödemelerinin zamanının da dikkate alınmayacağını belirtmektedir. Sonuç olarak halka açık ortaklıklarda ne itibari değer

¹³²⁰ Yüksel, **Yeni Paylar**, s.406-407. Öğretide bu gerekçeye karşı olarak SPK m.19 f.3 hükmünün kapalı şirketler bakımından da kabul edilen sonucun açık şekilde ortaya konulmasından ibaret olduğu ve kapalı şirketlerde kabul edilen kuralları değiştirme amacı taşımadığı savunulmuştur. Bkz. Paşlı/Veziroğlu, s.269 dn.29. Ancak bu açıklama ESPK m.15 f.3 hükmünün getirilme amacı olan eski-yeni pay ayırımının kaldırılması olduğu yönündeki gerekçe ile uyumlu değildir. Bkz. Yüksel, **Yeni Paylar**, s.407.

¹³²¹ Bununla birlikte iki hüküm arasında, önemli bir farklılık bulunmaktadır. ESPK m.15 uyarınca payların kâr payı hakkı vermesi için, ilgili hesap dönemi sonunda mevcut olmaları gerekmektedir. SPK m.19 hükmü ise, payların hesap dönemi sonunda var olmaları şartını aramamış dağıtım sırasında mevcudiyetini yeterli görmüştür. Bu farklılık, kâr dağıtımına katılma hakkının doğması bakımından önem taşır. Örneğin Şubat ayında ihraç edilen payların bir önceki mali yılda elde edilen ve Mart ayında dağıtımına karar verilen kâra katılma hakkı verip vermediği sorusunda iki kanun farklı sonuçlar vermektedir. EPSK uyarınca bu durumda yeni çıkartılan paylar mali yıl sonunda mevcut olmadığı için kâra katılma hakkı vermeyecektir. Ancak SPK hükümleri aynı ihtimal karşısında, ilgili paylar dağıtım sırasında mevcut olduğu için olumlu yanıt vermektedir. Bu konudaki açıklamalar için bkz. Örnek için Yüksel, **Yeni Paylar**, s.393, sonuç için s.399. Ayrıca bkz. Çetin/Töremiş/Cantimur, s.61-62. Ancak bu bölümde ele aldığımız, dağıtım katılma oranı bakımından iki hüküm arasında bir farklılık bulunmamaktadır.

ne kadarının ödendiği ne de ödeme zamanı bakımından bir ayırım ortaya çıkacaktır. O neden de halka açık anonim şirketlerde kıst-el yevm kuralı uygulanmayacaktır¹³²².

c. Farklılaştırılmış Oransallık İlkesinden Ayrılma İmkânı

Anonim şirket esasen sermayenin işletilmesine dayanan bir kurgudur ve TTK m.508 hükmü ile de dağıtılan kâra katılma hakkı ile şirkete ödenen sermaye arasında bağlantı kurulmuştur. Ancak anonim şirketin ihtiyaçları ve pay sahipleri arasındaki ilişki ışığında farklı bir düzen kurulması da gerekebilir¹³²³. Böyle bir ihtiyaç halinde, esas sözleşmede öngörülmesi şartıyla, farklılaştırılmış oransallık ilkesini tamamen terk ederek klasik oransallık ilkesi benimsenebilir (TTK m.508)¹³²⁴. Bu durumda pay sahipleri şirketin elde ettiği kâra sahip oldukları payların itibari değeri ile orantılı olarak katılacaklardır.

Yine esas sözleşmede öngörülmesi şartıyla, sermaye için yapılacak ödemelere oranlı olarak kâr dağıtımına iştirak edileceği yönündeki kanuni düzenleme muhafaza edilirken, ödeme zamanının dikkate alınmaması, başka bir ifade ile kıst-el yevm kuralının uygulanmayacağı kararlaştırılabilir¹³²⁵. Bu durumda pay sahiplerin kâr dağıtımına iştirak yetkileri itibari değere göre değil, itibari değer için yapılan ödemeye oranlı olarak belirlenecektir. Ancak bu ödemelerin yapılma zamanları dikkate alınmayacaktır.

Görüldüğü üzere, kapalı anonim şirketler bakımından kâr dağıtımına katılma yetkisi konusunda düzenleme getirilmesi mümkündür. Fakat böyle bir düzenleme için şirket esas sözleşmesinde hüküm bulunması gerekmektedir. Esas sözleşmede dayanağı olmaksızın kâr dağıtımına ilişkin genel kurul kararı ile kanunda belirtilenden farklı bir kâra iştirak oranı getirilmesi mümkün değildir. Aksi takdirde genel kurul kararının iptali söz konusu olacaktır¹³²⁶.

¹³²² Tespit edebildiğimiz kadarı ile öğretide bu konuda aksine bir görüş bulunmamaktadır. Hükmü benzer şekilde yorumlayan yazarlara örnek olarak bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-I**, s.627, Yüksel, **Yeni Paylar**, s.406 vd., Badak, s.174.

¹³²³ Yüksel, **Davalı Sıfatı**, s.402.

¹³²⁴ Örnek olarak bkz. Yüksel, **Yeni Paylar**, s.401, Yanlı, **Kâr Payı Avansı**, s.29. Öğretide paylar arasında bir ayırma gidilerek bazı paylar için itibari değere oranla bazı paylar içinse itibari değer için yapılacak ödemelere oranla kâra katılma yetkisi tanınabileceği de belirtilmektedir. Bkz. Badak, s.230.

¹³²⁵ Yüksel, **Yeni Paylar**, s.403, Gürbüz Usluel, s.156.

¹³²⁶ Yüksel, **Yeni Paylar**, s.401. İsviçre hukukunda, farklılaşmış oransallık ilkesine aykırı genel kurul kararları bakımından iptal davasının değil, butlanın tespiti davasının açılacağı kabul edilmektedir. Bkz. Von Büren/Stoffel/Weber, s.213.

Hemen belirtmek gerekir ki, esas sözleşme ile düzenleme yapma imkânı kapalı şirketlere tanınmış bir imkandır. SPK m.19 f.3 uyarınca kâr dağıtımı sırasında mevcut paylar, ihraç zamanlarına bakılmaksızın kâr dağıtımına itibari değerleri oranınca katılma yetkisi tanımaktadır. Söz konusu hükmün amacı, paylar arasında eski yeni ayrımını gidermek olduğundan esas sözleşme ile bu amacın aksi sonucu doğuracak bir düzenleme getirilmesi mümkün değildir¹³²⁷. Söz konusu düzenleme, kıst-el yevm kuralının yedek hukuk kuralı olarak reddinden ibaret olmayıp esas sözleşme ile böyle bir hüküm getirilmesine de engel teşkil eden bir emredici hüküm niteliğindedir.

C. Kâr Payında İmtiyaz

1. Genel Olarak İmtiyaz Kavramı

Yukarıda da açıklandığı üzere, farklılaşmış oransallık ilkesi pay sahibinin kâr payı dağıtımına katılma yetkisinin sahip olduğu payların itibari değeri için yapılan ödemelere göre belirlenmesini ifade eder. Diğer bir ifade ile kural olarak pay sahibi, paylarının itibari değeri için yaptığı ödemeler ve bu ödemelerin zamanına oranlı olarak kâr dağıtımına katılacaktır. Pay sahiplerinin tamamının aynı zamanda sermaye taahhütlerini ifa etmesi halinde ise, pay sahipleri sahip oldukları payların itibari değerine oranlı olarak dağıtımına iştirak hakkı kazanmaktadırlar.

Ancak kanun koyucu, esas sözleşmede imtiyaz tanınması suretiyle, kanuni sistemden sapılmasına olanak tanımıştır. Bu açıdan pay sahipliği haklarında imtiyaz, farklılaşmış oransallık ilkesinin geçerli olduğu pay sahipliği hakları bakımından, bir istisna teşkil eder. Bu bölümde kısaca kâr payında imtiyaz kavramına ve bu imtiyazın kâr payı hakkına etkisine değinmek yararlı olacaktır.

Şirketler hukukunda imtiyaz kavramı, esas sözleşmede belirtilmek suretiyle belirli paylara üstün bir hak veya kanunda tanınmamış¹³²⁸ yeni bir pay sahipliği hakkı

¹³²⁷ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-I**, s.627, Badak, s.174.

¹³²⁸ Öğretide kanunda tanınmayan üstün hak örneği olarak şirketin ihraç edeceği borçlanma araçlarında öncelik hakkı örnek gösterilmektedir. Bkz. Şener, Oruç Hami, **Ortaklıklar Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s.548.

Öğretide *Kendigelen*, kanunda tanınmamış bir hak yoluyla imtiyaz yaratılmasının TTK m.340'ta yer alan emredici hükümler ile uyumluluğunun şüpheli olduğunu belirtmektedir. Bkz. *Kendigelen*, **İlk Tespitler**, s.383. Kanaatimizce kâr payında imtiyaz TTK m.478 ile TTK m.340 hükümlerinin bağdaşması açısından iyi bir örnektir. TTK m.508 ve TTK m.521 hükümleri kâr payı hakkının şirket esas sözleşmesi ile düzenlemesine imkân tanımakla beraber kâr payı hakkı bakımından ne gibi yeni haklar tanınacağı konusunda bir düzenleme getirmemektedir. Bu nedenle kâr payına birikimli katılma gibi kanunda yer almayan bir hak tanınması, TTK m.340 hükmünü ihlal etmeyecektir.

verilmesini ifade etmektedir¹³²⁹. Türk hukukunda imtiyaz kural olarak¹³³⁰ paya tanınmıştır¹³³¹. Bu nedenle pay sahibinden kaynaklanan özellikler sebebiyle ortaklık haklarında üstünlük tanınması, Türk hukuku bakımından¹³³² imtiyaz niteliğinde değildir.

İmtiyaz konusunda önem taşıyan meselelerden biri, tanınan üstün hakkın “neye kıyasla üstün” olması gerektiği noktasındadır. Acaba bazı paylara, kanunun tanıdığı haklara kıyasla üstün bir hak tanınması yeterli midir, yoksa tanınan hakkın ayrıca diğer paylara göre de bir üstünlük içermesi zorunlu mudur? Örneğin payların A ve B grubu olarak ikiye bölündüğü bir şirkette, her iki pay grubu için de net dönem kârının %20’si gibi belirli bir oranda dağıtılması zorunluluğu getirilmesi halinde, A ve B grubu paylar bakımından dağıtım zorunluluğu oranları aynı olmasına rağmen, payların imtiyazlı olduğu söylenebilecek midir? Yahut şirket paylarının tamamı bakımından bu şekilde asgari bir kâr payı hakkı getirilmesi halinde, tüm payların imtiyazlı olduğu sonucuna varılabilecek midir?

Bu soru kâr payı hakkı bakımından önemlidir; çünkü esas sözleşmede belirli oranda kâr dağıtımı zorunluluğu sevk edilmesi halinde, kanunda yer almayan üstün hak tanınmış olmaktadır. Eğer imtiyazın varlığı için, paylar arasındaki eşitliğin bozulması şartı aranmazsa, böyle bir düzenleme tüm paylar bakımından imtiyaz yaratılması sonucunu doğuracaktır. O nedenle de sorunun yanıtı, esas sözleşme ile kâr payı dağıtımı konusunda getirilecek düzenlemeler bakımından da önem taşır.

¹³²⁹ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-I**, s.562, Besen, Murat, **Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Paylar**, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2018, s.18. Belirtmek gerekir ki, imtiyazdan bahsedebilmek için paya üstün bir hak tanınması gerekmektedir. Payların bir kısmının aynı sermaye bir kısmının nakdi sermaye karşılığı çıkartılması veya bir kısmı için emre diğerleri için hamiline yazılı paylar çıkartılması gibi farklılıklar imtiyaz olarak değerlendirilmemektedir. Ayrıca kanunun izin verdiği ölçüler içerisinde bazı paylar için ikincil yükümlülük getirilmesi veya bazı paylar bakımından çıkarma primi öngörülmesi, diğer paylar bakımından imtiyaz olarak kabul edilmeyecektir. Bkz. Okumuş Taftalı, s.13.

¹³³⁰ İmtiyazlar kural olarak pay sahibinin sıfatına değil, paya bağlanmıştır. Bu kuralın istisnası ise TTK m.360’da belirtilen yönetime katılma imtiyazıdır. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-I**, s.567, Pulaşlı, **Şerh II**, s.1725. İmtiyazın paya bağlı karakteri sebebiyle esas sözleşmede kişilere tanınan üstün haklar, teknik anlamda imtiyaz teşkil etmezler ve sadece sözleşmenin taraflar arasında sonuç doğururlar. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-I**, s.566, Gürbüz Usluel, s.161-162.

¹³³¹ Örnek olarak bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-I**, s.566, Trigo Trindade, **CR, Art 654**, para.2, Bahar/Peyer, **ZK, Art 654**, para. 3, Şener, s.549.

¹³³² Fransız hukukunda şirket esas sözleşmesine konulacak bir hükümle pay sahibi tarafından en az iki sene boyunca elde bulundurulması halinde daha yüksek kâr payı ödenmesi mümkündür. Bkz. Vellordicho, s.35, Germain/Magnier, s.377. Böyle bir düzenlemede üstün hak paya değil, payları en az iki sene elinde bulunduran pay sahibine tanınmış olduğu için Türk hukuku bakımından bir imtiyaz söz konusu olmayacaktır.

Öğretide bir görüşe göre, imtiyazın varlığını kabul etmek için kanunda tanınandan daha fazla bir hak tanınması yeterlidir¹³³³. Bu görüş, kanunda belirtilen hakları veren payları adi pay olarak tanımlamakta ve adi paylardan daha yüksek hak tanıyan payları da imtiyazlı pay olarak tanımlamaktadır¹³³⁴. Öğretide tespit edebildiğimiz kadarıyla çoğunlukta olan ve bizim de iştirak ettiğimiz görüşe göre, imtiyazın varlığı için sadece kanuna kıyasla üstün hak tanınması yeterli olmayıp ayrıca diğer paylara kıyasen de üstün bir hak tanınması gerekmektedir¹³³⁵. Sadece kanundakinden daha üstün bir hak tanınması halinde, tüm paylar bu üstün haktan yararlandığına göre, payların imtiyazlı olduğu sonucuna varılmamalıdır. Diğer bir ifade ile imtiyazlı payın varlığı için, aynı konuda imtiyazlı olmayan payın da varlığı zorunludur.

Bu görüşün kabul edilmesi halinde, kanunda belirtilenden daha fazla hakkın veya üstün hakkın tüm pay sahiplerine tanınması halinde, bir imtiyazın varlığından bahsedilmesi mümkün olmayacaktır. Örneğin yukarıda belirttiğimiz ihtimallerde A ve B grubu pay sahiplerine kanuna göre aynı derecede üstün hak tanınması sebebiyle payların imtiyazlı olduğu sonucuna varılmayacaktır. Paylardan birinin imtiyazlı pay niteliğinde olması için, kâr payı dağıtım zorunluluğunun sadece bir pay grubu için getirilmesi yahut da zorunlu dağıtım oranları bakımından iki pay grubu arasında bir farklılık bulunması gerekir.

2. Genel Olarak Kâr Payında İmtiyazın Ölçüsü

Kanun mevcut bir pay sahipliği hakkı bakımından üstün hak tanınmasına veya yeni bir ortaklık hakkı tanınmasına olanak tanımaktadır. Bu düzenleme sebebiyle, hangi haklar bakımından imtiyaz getirilebileceği yahut ne gibi yeni ortaklık hakları tanınabileceği konusu tartışmaya açıktır. Ne var ki, TTK m.478 f.2 hükmü, kâr payı hakkı bakımından imtiyaz tanınabileceği konusunda açık bir hüküm içermektedir. Bu

¹³³³ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-I**, s.565.

¹³³⁴ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-I**, s.565.

¹³³⁵ Kendigelen, Abuzer, “**Anonim Ortaklıkta İmtiyazlı Paylara İlişkin Değişiklik Önerileri**”, Makalelerim C.II- 2001-2017, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2018, s.173, Altay, **Ortak Girişimler**, s.505, Uysal, Esra, **Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Paylar**, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2018, s.23, Bilgeç, Hakan, “**Türk Hukukunda Anonim Şirketlerde Kâr Payında İmtiyaz**”, DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi- Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, C.21. Özel Sayı, 2019, s.2341, Trigo Trindade, **CR, Art 654**, para.1 ve tekrar para.5. Şener, s.547, Aktaş, Betül, **İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulu**, 12 Levha, İstanbul, 2019, s.36.

nedenle şirket esas sözleşmesinde bazı paylar bakımından kâr payı hakkına dair imtiyaz tanınabileceği konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır.

Kâr payında imtiyaz tesis edilmesi yoluna genellikle iki sebeple başvurulmaktadır. Bu sebeplerden ilki, şirketin kuruluşunda veya gelişim aşamasında şirkete yatırım yapan pay sahiplerinin ödüllendirilmesi ve şirketin gelecekteki sermaye artırımları dolayısıyla sahip oldukları pay sahipliği haklarının küçülmesinin engellenmesidir¹³³⁶. Kâr payında imtiyazın ikinci bir amacı ise, ihraç edilecek payları daha cazip hale getirerek gerekli finansman ihtiyacının sağlanmasını kolaylaştırmaktır¹³³⁷. Bu sayede şirket dış kaynak finansmanı sağlamak için yüksek faiz borcu üstlenmek yerine, özkaynak yatırımı çekme imkanına kavuşmaktadır¹³³⁸. Özetle imtiyazlı paylar mevcut pay sahiplerine verildiğinde, bu pay sahiplerini şirketin büyümesinin olumsuz etkilerinden korumakta, yeni pay sahiplerine verildiğinde ise, şirkete yeni yatırımcı çekmeyi kolaylaştırmaktadır. Bu ise kârda imtiyaza geniş bir kullanım alanı tanımaktadır¹³³⁹.

Kâr payında imtiyaz, tüm imtiyazlarda olduğu gibi esas sözleşme düzenlemesi ile getirilebilir. Esas sözleşmede imtiyaz oluşturulurken, imtiyazın içeriğinin ve verdiği üstün hakkın belirtilmesi gerekir¹³⁴⁰. Esas sözleşmede imtiyaz düzenlenirken, emredici hükümler ihlal edilmemek şartıyla, imtiyaz serbestçe oluşturulabilir. Bu esnekliğe rağmen, uygulamada genel olarak kârda imtiyaz bakımından belirli modellerin geliştiği belirtilmektedir¹³⁴¹.

Öğretide kârda imtiyaz düzenlemesi yapılırken, şirketin elde ettiği kârın belirlenmesi bakımından farklı kuralların benimsenemeyeceği savunulmaktadır¹³⁴².

¹³³⁶ Locher, s.139, Trigo Trindade, **CR, Art 654**, para.16, Gürbüz Usluel, s.160.

¹³³⁷ Böckli, **Aktienrecht**, s.531, Meier-Hayoz/Forstmoser, s.497, Locher, s.139, Bahar/Peyer, **ZK, Art 654**, para. 5. Okucu Taftalı, s.56. Özellikle kârlılık potansiyeli yüksek ancak kısa vadede finansman şirketleri bakımından başvuru bir yöntem olduğu yönünde bkz. Gürbüz Usluel, s.160.

¹³³⁸ Bahar/Peyer, **ZK Art 654**, para. 5, Böckli, **Aktienrecht**, s.531, Liebi, **Basler Kommentar, Art 654**, para. 7. Bu durumun özellikle ekonomik kriz zamanlarında veya finansal açıdan sıkıntılı şirketlerin kurtarılması aşamasında büyük önem taşıdığı yönünde bkz. Bahar/Peyer, **ZK, Art 654**, para. 6.

¹³³⁹ İsviçre uygulamasında kârda imtiyazın en yaygın imtiyaz türü olduğu yönünde bkz. Trigo Trindade, **CR, Art 654**, para. 16, Liebi, **Basler Kommentar, Art 654**, para. 16.

¹³⁴⁰ Bahar/Peyer, **ZK, Art 654**, para. 10 ve tekrar para.12, Gürbüz Usluel, s.161, Badak, s.228. Öğretide esas sözleşmede imtiyaz kararlaştırılmasına rağmen imtiyazın içeriğinin belirtilmemesi halinde imtiyazın nasıl yorumlanması gerektiği konusunda görüşler ileri sürülmüştür. Örnek olarak bkz. Gürbüz Usluel, s.177, Bilgeç, s.2351. Kanaatimizce, şirket esas sözleşmesinde payların imtiyazlı olduğu belirtilmesine rağmen, imtiyazın içeriği esas sözleşmede belirgin şekilde ortaya konmamışsa payların imtiyazlı kabul edilmemesi gerekir.

¹³⁴¹ Besen, s.44, Uysal, s.78 vd. Uygulamada gelişen kârda imtiyaz modelleri hakkında açıklama için bkz. Aşağıda 3. Kâr Payında İmtiyaz Türleri.

¹³⁴² Uysal, s.82, Okucu Taftalı, s.57.

Bu görüşü savunan yazarlar imtiyaz tesis edilmesi yoluyla uygulanacak muhasebe standartlarının değiştirilemeyeceği yahut net dönem kârının tanımının değiştirilemeyeceği görüşündedirler¹³⁴³. Kanaatimizce bu görüş hakkında olumlu veya olumsuz bir yargıya varmadan önce, daha detaylı bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Gerçekten de kâr payında imtiyaz düzenlemeleri getirilirken kanunun azami kâr dağıtımına ilişkin hükümlerine riayet edilmesi gerektiği tartışmasıdır¹³⁴⁴. Aksine bir düzenleme, malvarlığının korunması ilkesine aykırılık teşkil edeceği için butlan ile sakat olacaktır (TTK m.447). Ayrıca kâr dağıtım sürecini değiştiren imtiyazlar da geçerli olmayacaktır. Örneğin finansal tabloların denetlenmesi halinde de kârdan pay alınabileceğine yönelik bir imtiyaz getirilmesi mümkün değildir¹³⁴⁵.

Bununla birlikte, malvarlığının korunması ilkesine aykırı olmaması şartıyla, kâr payı hakkında imtiyazın belirlenmesinde genel hükümlerden farklı bir hesap ölçütüne göre imtiyazın oluşturulmasının mümkün olduğu kanaatindeyiz. Örneğin TTK m.507 uyarınca kâr dağıtımı konusunda kâr dağıtımında esas olan net dönem kârıdır. Net dönem kârına şirket faaliyetlerinden kaynaklanan kârlar dahil olduğu gibi, şirketin önceden iktisap ettiği malvarlığı unsurlarının bilanço değerinin üzerinde bir tutarla paraya çevrilmesi yoluyla elde edilen kâr da dahildir. Şirket esas sözleşmesinde, belirli paylara şirketin işletme faaliyetlerinden elde edilen kâr bakımından daha yüksek bir oranda kâr alınması hakkı tanındığı takdirde¹³⁴⁶, imtiyaz net dönem kârının tamamı üzerinde değil, sadece net dönem kârının bileşenlerinden biri üzerinde tesis edilecektir. Bu açıdan net dönem kârının esas alınmasına ilişkin TTK m.507'den bir sapma olduğu ileri sürülebilir. Ancak kanaatimizce bu durumda malvarlığının korunması ilkesi ihlal edilmediği sürece, söz konusu esas sözleşme hükmünü ayakta tutmaya bir engel bulunmamalıdır, çünkü böyle bir düzenlemede dağıtılacak toplam kâr tutarı değişmemekte, dağıtılacak toplam tutar içerisindeki bir kısım bakımından imtiyaz tesis edilmiş olmaktadır. Benzer şekilde, şirket TMS raporlama sistemini kullandığı

¹³⁴³ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-I**, s.570.

¹³⁴⁴ Böckli, **Aktienrecht**, s.533, Bucheler, s.294.

¹³⁴⁵ Trigo Trindade, **CR, Art 654**, para.7.

¹³⁴⁶ Böyle bir düzenleme, şirket yönetiminde daha aktif rol alan pay sahiplerinin çabalarının teşvik edilmesi için tercih edilebilecek bir yöntem olabilir. Zira şirket yönetiminde aktif rol alan pay sahiplerinin şirketin faaliyet sonucu elde edilen kârdan imtiyazlı olarak yararlanmaları halinde, onlar bakımından önemli bir teşvik oluşturabilecektir. Nitekim İsviçre hukukunda da şirketin sadece belirli bir alandaki faaliyetinden doğan kâra katılma yetkisi veren payların ("*tracking stocks*") hukuka uygunluğu tartışılmıştır. Bkz. Meier-Hayoz/Forstmoser, s.498. Bu tartışmalar da aslında burada bahsettiğimiz iktisadi ihtiyacı karşılamaya yönelik hukuki arayışlardır.

takdirde net dönem kârı TMS'ye göre belirlenmelidir¹³⁴⁷. Ancak şirket esas sözleşmesi imtiyaz tesis ederken, tek düzen hesap planı veya BOBİ uyarınca tespit edilen kâr hesap ölçütü alınarak kârda imtiyazlı pay sahiplerine yapılacak dağıtımların belirlenmesi de kural olarak mümkündür. Ancak altını çizmek isteriz ki, imtiyazın bu şekilde bir başka muhasebe standardına göre belirlenecek net dönem kârı tutarının dağıtımı bakımından, sadece kâr payında imtiyaza dair bir hesaplama ölçütü sunacak olup şirketin dağıtabileceği azami kâr payının artması sonucunu doğuramaz.

3. Kâr Payında İmtiyaz Türleri

Kanun koyucu kâr payında imtiyaz tanınmasına açık şekilde izin vermiş olsa dahi kâr payında imtiyazın konusunun ne olacağı ve kâr payına ilişkin ne gibi üstün haklar tanınabileceği konusunda bir düzenleme getirmemiştir. O nedenle kâr payındaki imtiyazın içeriğinin belirlenmesi konusunda kural olarak irade serbestisi söz konusudur¹³⁴⁸. Kanunda belirtilen emredici hükümlere aykırı olmamak şartıyla, kâr payında imtiyaz konusunda esas sözleşmede pay sahipleri arasındaki menfaat dengesine uygun bir düzenleme getirilmesi mümkündür¹³⁴⁹. Bundan ötürü kâr payı imtiyazının içeriği konusunda tamamen kapsayıcı açıklamalar yapmak mümkün değildir. Bununla birlikte uygulamada sıklıkla karşılaşılan bazı imtiyaz modellerinin geliştiği söylenebilir. Ancak söz konusu imtiyaz modelleri dışlayıcı olmadığı gibi, esas sözleşmede söz konusu yöntemlerin eklemeli olarak düzenlenmesi de mümkündür. Bu şekilde farklı imtiyazların birleştirilmesi yoluyla daha karmaşık imtiyaz modellerinin oluşturulmasına bir engel yoktur¹³⁵⁰.

Kâr payı hakkında imtiyaz konusunda kararlaştırılabilecek ilk imtiyaz modeli, daha yüksek oranda kâr payı alınmasına yönelik imtiyazdır. Buna göre şirket esas sözleşmesine konulacak bir hükümle, bir pay grubunun diğer pay gruplarından daha

¹³⁴⁷ Kârın belirlenmesinde esas alınacak muhasebe standartları konusunda bkz. İkinci Bölüm-III-A-1-b-Uygulanacak Finansal Raporlama Sistemi.

¹³⁴⁸ Bilgeç, s.2339, Besen, s.44, Uysal, s.78.

¹³⁴⁹ Bu noktada belirtmek gerekir ki, TTK m.478 hükmü bazı şirketler bakımından imtiyaz getirilmesine yönelik genel bir yasak getirmiştir. Hükme göre, “Sermayesinin yarısından fazlası tek başına veya birlikte; Devlet, il özel idaresi, belediye ve diğer kamu tüzel kişileri, sendikalar, dernekler, vakıflar, kooperatifler ve bunların üst kuruluşlarına ait anonim şirketlerde ve bu şirketlerin aynı oranda sermaye payına sahip oldukları iştiraklerinde; bunların sahip oldukları paylara tesis edilebilecek imtiyazlar hariç olmak üzere, diğer paylara, belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine, belirli pay gruplarına ve azlığa bu Kanunda düzenlenen herhangi bir imtiyaz tesis edilemez”. İmtiyaz tesis edilirken, imtiyazın içeriği dışında şirketin niteliğinden kaynaklanabilecek bu yasakların da dikkate alınması gerekir.

¹³⁵⁰ Uysal, s.82, Okucu Taftalı, s.57, Aktaş, s.46.

yüksek oranda kâra hak kazanacağı kararlaştırılabilir¹³⁵¹. Örneğin şirket esas sözleşmesinde yasal ve esas sözleşmede belirtilen yedek akçeler ayrıldıktan sonra kalan tutarın dağıtımında A grubu payların aynı itibari değerdeki B grubu paylara göre üç kat kâr payı hakkı tanıyacağı belirtilebilir.

Kâr payında imtiyaz tanınmasına ilişkin bir diğer model ise, belirli payların kâr payından öncelikli olarak yararlanmasıdır¹³⁵². Buna göre, bir pay grubunun esas sözleşmede belirtilen oranda veya tutarda kâr payı almasına öncelik tanınacaktır ve bu grup pay sahiplerine belirtilen oranda veya tutarda kâr dağıtımı yapılmadan diğer pay sahiplerinin kâra iştirak edemeyecektir¹³⁵³. Kâr payından öncelikli yararlanma imtiyazının kapalı şirketler bakımından tanınmasında herhangi bir engel bulunmamaktadır. Halka açık anonim ortaklıklar bakımından ise konu tartışmaya açıktır. SPK m.19 f.3 hükmü *Halka açık ortaklıklarda kâr payı, dağıtım tarihi itibarıyla mevcut payların tümüne, bunların ihraç ve iktisap tarihleri dikkate alınmaksızın eşit olarak dağıtılır* ifadesine yer verdiğinden, bu düzenlemenin kâr payından öncelikli yararlanma imtiyazı düzenlenmesine engel teşkil ettiği belirtilmektedir¹³⁵⁴. Öte yandan diğer bir görüşe göre, SPK m.19 f.3 hükmünde getirilen eşit ödeme şartı, imtiyazlara engel teşkil etmemektedir. Bu görüşe göre, maddede imtiyazlara ilişkin düzenlemelerin saklı tutulduğunun belirtilmesi hükmün kaleme alınmasında bir eksiklikten ibarettir. Nitekim, Kâr Payı Tebliği'nin 5.maddesi ile bu eksiklik giderilmiştir¹³⁵⁵. Kanaatimizce de SPK m.19 f.3 hükmünün amacı aynı nitelikteki paylar arasında kâr dağıtımına katılma yetkisi arasında farklılık bulunmasını engellemek olup imtiyazları engellemek gibi bir hedefi bulunmamaktadır. O nedenle de hükmün Kâr Payı Tebliği m.5 hükmü ışığında yorumlanması yerinde olacaktır.

Öğretide öncelikli kâr payı imtiyazının farklı bir şekilde kurgulanabileceği ve belirli bir tutarın dağıtımından sonra, eğer varsa kalan kâr payının bir pay grubuna verilmesinin de tercih edilebileceği ifade edilmektedir¹³⁵⁶. Örneğin “*tüm pay*

¹³⁵¹ Böckli, **Aktienrecht**, s.533, Uysal, s.80.

¹³⁵² Böyle bir imtiyaz tanınması halinde kârdan imtiyaz tanınan paylar daha sonra adi paylar ile birlikte kâr dağıtımına hak kazanıp kazanmayacağının da düzenlenmesi tereddütleri gidermek için yararlı olur; zira her iki düzenleme de hukuka uygundur. Bkz. Bahar/Peyer, **ZK, Art 654**, para. 14, Bilgeç, s.2350, Trigo Trindade, **CR, Art 654**, para.8.

¹³⁵³ Böckli, **Aktienrecht**, s.532-533, Bucheler, s.294, Besen, s.45, Uysal, s.78, Okucu Taftalı, s.56, Bilgeç, s.2345.

¹³⁵⁴ Besen, s.46, Uysal, s.75.

¹³⁵⁵ Yüksel, **Yeni Paylar**, s.399.

¹³⁵⁶ Okucu Taftalı, s.57.

sahiplerine şirket esas sermayesinin %10'u tutarında kâr payı eşit şekilde ödenir, daha sonra kalan net dönem kârı sadece A grubu pay sahiplerine, payları oranında ödenir” şeklinde bir esas sözleşme hükmünün düzenlenmesi halinde bu durumda A grubu pay sahipleri bakımından kârda imtiyaz tesis edilmiş olacaktır. Belirtmek isteriz ki, böyle bir yöntem tüm pay sahiplerinin asgari bir düzeyde kâr payı almasını sağlayacağı için kârdan öncelikli yararlanma şeklindeki imtiyaza kıyasla tüm pay sahipleri bakımından daha dengeli bir yöntem olarak görülebilir.

Kâr payında imtiyazın diğer bir şekli ise birikimli kâr dağıtımdır. Kural olarak imtiyaz her bir mali yıl bakımından ayrı ayrı değerlendirilir ve eğer bir yılda kâr dağıtımı yapılamamışsa, yararlanılamayan imtiyaz bir sonraki mali yıl kârının dağıtımı bakımından etki etmez¹³⁵⁷. Bu yöntem uyarınca, pay sahiplerinin bir yılda aldıkları kâr payı oranı/tutarı belirli bir eşiğe ulaşmamış ise, bu eşiğin altında kalan kısmın sonraki yıllarda tamamlanması kararlaştırılabilir¹³⁵⁸. Örneğin, *“ilgili finansal yılda A grubu pay sahiplerinin aldığı kâr payı, payların nominal değerinin üç katına ulaşmamışsa, bir sonraki yılda öncelikli olarak eksik kalan tutar kâr payı olarak ödenir”* şeklindeki bir düzenleme ile A grubu pay sahiplerine kârda imtiyaz tanınması mümkün olacaktır. Birikimli kâr payı imtiyazında, kâr payı hakkının ne kadar süre ile birikmeye devam edeceği sorusu ortaya çıkmaktadır. O nedenle bu birikimin belirli bir süre ile sınırlandırılması mümkündür¹³⁵⁹. Ancak bu şekilde bir süre sınırlaması getirilmediyse imtiyazın süresiz olduğu ileri sürülmektedir¹³⁶⁰. Bununla birlikte, kâr payı hakkının birikmesi, sonraki yıllarda diğer pay sahiplerinin kâr payı hakkını sınırlayıcı bir etkiye sahip olacaktır. O nedenle de süresiz birikim tanınması halinde, diğer pay sahipleri bakımından kâr payı hakkı fiilen kaldırılmış olacağı için, bu durumun zaman içerisinde TTK m.531 kapsamında bir haklı sebep doğurabileceği göz ardı edilmemelidir¹³⁶¹.

Birikimli kâr payı hakkında ortaya çıkan bir diğer hukuki sorun, ödemelerin hangi sıra ile yapılacağı konusundadır. Özellikle birkaç yıl birikmiş kâr payının varlığında, öncelikle hangi yıla ait kâr payının ödeneceğinin belirlenmesi önem kazanır. Elbette

¹³⁵⁷ Liebi, **Basler Kommentar, Art 654**, para. 20.

¹³⁵⁸ Liebi, **Basler Kommentar, Art 654**, para. 21, Besen, s.47, Uysal, s.81, Bucheler, s.294, Bilgeç, s.2349. Bu türdeki imtiyazın özellikle finansal açıdaki şirketlerde yatırımcı çekmek amacıyla kullanıldığı yönünde bkz. Locher, s.140.

¹³⁵⁹ Besen s.47, Uysal, 81, Gürbüz Usluel, s.172. Birikimli imtiyazda süre sınırlamasının bir zorunluluk olduğu yönünde bkz. Bilgeç, s.2349.

¹³⁶⁰ Uysal, s.81.

¹³⁶¹ Kümülatif kâr payı imtiyazının taşıdığı bu risk sebebiyle, eğer imtiyaz bakımından bir süre sınırlaması getirilmediyse, imtiyaz yoluyla dağıtılacak tutar bakımından bir sınırlama getirilerek diğer pay sahiplerinin kâr payı hakkına yönelik müdahale dengelenebilir. Bkz. Locher, s.140.

bu durumda ödemenin hangi sıra ile yapılacağıın esas sözleşmede kararlaştırılması mümkündür. Eğer esas sözleşmede bu konuda bir açıklık yoksa, TBK m.101 hükmüne kıyasen ödeme sırasında ödemenin hangi yıla ilişkin kâr payı hakkına dair olduğunun şirket tarafından belirtilebileceği savunulmaktadır¹³⁶². Ancak bu şekilde bir belirlilik bulunmaması halinde, ödeme sırasının nasıl belirleneceği konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre öncelikle en eski tarihli kâr payı tutarının ödendiğinin kabul edilmesi gerekmektedir¹³⁶³. Diğer bir görüşe göre ise mevcut yılın kâr dağıtımı öncelikli olup geriye doğru olarak ödeme yapıldığı kabul edilmelidir¹³⁶⁴. Kanaatimizce birikimli kâr payı hakkının amacı, pay sahibinin kâr payı hakkını azami şekilde korumak olduğundan, aksi esas sözleşmede veya ödeme sırasında genel kurul tarafından belirtilmediği sürece, ödemenin en eski tarihli kâr payı hakkı için olduğu kabul edilmelidir.

4. Kârda İmtiyazın Korunması

Kârda imtiyaz öngörüldüğü takdirde ortaya çıkan bir sorun, söz konusu imtiyazların nasıl ve ne ölçüde korunacağı noktasında kendini gösterir. Şüphesiz ki, imtiyazların sınırlandırılması, kaldırılması veya ihlal edilmesine karşı bazı hukuki korumalar getirilmesi gerekmektedir. Öte yandan belirli bir zamanda tanınan imtiyazlar zaman içerisinde şirket içi dengeler veya şirketin işleyişi bakımından işlevsiz, hatta zararlı hale gelebilecektir. O nedenle de imtiyazların korunması konusu, sadece imtiyaz sahipleri bakımından değil, genel olarak şirketin menfaatlerini dikkate alarak incelenmesi gereken bir konudur. Bu konu kâr payı hakkı bakımından ayrıca daha da önem taşımaktadır. Zira kâr payında imtiyaz konusu, şirketin finansal düzeni ile yakından ilişkilidir. Şirketin finansal düzeni, piyasa koşullarından etkilenmeye açıktır. O nedenle de kâr payında imtiyazların zaman içinde şirketin değişen koşullarına uyumlu hale getirilmesi ihtiyacı doğabilir.

Kâr payında imtiyazın korunması konusunda, iki farklı olasılığın ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir; çünkü kanun koyucu söz konusu iki ihtimale ilişkin farklı hukuki koruma yolları getirmiştir. Bu bağlamda ilk olarak kâr payında imtiyaz tanıyan düzenlemenin bir esas sözleşme hükmü ile sınırlandırılması veya tamamen

¹³⁶² Besen, s.48.

¹³⁶³ Besen, s.48, Gürbüz Usluel, s.174. Bir diğer görüşe göre ise öncelikle mevcut yıl için ödeme yapıldığı, ardından da en eski tarihten başlayarak ödemelerin yapıldığı kabul edilmelidir. Bkz. Bahar/Peyer, **ZK, Art 654**, para. 15.

¹³⁶⁴ Uysal, s.82.

kaldırılması halinde imtiyazların korunması ele alınacaktır. Ardından esas sözleşmede yer alan imtiyaz hükmüne aykırı olarak alınan bir genel kurul kararının hukuki durumu açıklanacaktır.

a. Kârda İmtiyaza Zarar Veren Esas Sözleşme Değişiklikleri

Kârda imtiyazın vazgeçilmez bir hak niteliğinde olmadığı konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır¹³⁶⁵. Bununla birlikte imtiyazların müktesep hak niteliği öğretide bir dönem tartışma söz konusu olmuştur. Ancak bugün öğretilde imtiyazların sırf bu özelliklerinden dolayı müktesep hak olarak değerlendirilmesinin mümkün olmadığı görüşü genel kabul görmektedir¹³⁶⁶. O nedenle de genel kurulda şirket esas sözleşmesi değiştirilmesine ilişkin usule ve yetersayılara uymak koşuluyla, kâr payı imtiyazını kaldıran veya sınırlayan bir değişikliğe gidilmesi mümkündür.

İmtiyazlar esas sözleşme ile tanındığından, imtiyazların kaldırılması, sınırlandırılması yahut bu imtiyazlardan elde edilecek menfaatlerin azaltılması¹³⁶⁷ için ilgili esas sözleşme hükmünün değiştirilmesi gerekmektedir. Bunun için esas sözleşme değişikliği usulüne uygun olarak bir karar alınması gerekmektedir. Kanun koyucu, imtiyazları ihlal eden¹³⁶⁸ genel kurul kararlarının uygulanmasını imtiyazlı pay sahiplerinin ayrıca alacakları bir karara bağlı kılınmıştır. TTK m.454 hükmünde düzenlenen usule uygun olarak her bir imtiyazlı pay grubu bakımından¹³⁶⁹ imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun imtiyazları sınırlayan veya kaldıran bir esas sözleşme değişikliğini onaylaması gerekmektedir.

¹³⁶⁵ Böckli, **Aktienrecht**, s.537, Okucu Taftalı, s.30. Federal Mahkeme'nin de bu yönde karar verdiği yönünde bkz. Böckli, **Aktienrecht**, s.537 dn.291.

¹³⁶⁶ Besen, s.21, Uysal, s.33, Okucu Taftalı, s.33, Bilgeç, s.2344. Bu konudaki tartışma ve görüşler hakkında bkz. Okucu Taftalı, s.30 vd. Bununla birlikte, öğretide imtiyazın esas sözleşme ile müktesep hak olarak düzenlenmesinin de mümkün olduğu savunulmaktadır. Bu görüşe göre ilgili hükmün ancak genel kurulda oybirliği ile alınacak bir karar ile değiştirilebileceğinin belirtilmesi halinde, söz konusu hüküm bir müktesep hak konumuna getirilmiş olacaktır. Okucu Taftalı, s.33. Ayrıca ETTK döneminde, paylar arasındaki her türlü farkın imtiyaz olarak değerlendirilmemesi gerektiği savunulmuştur. Buna göre, esas sözleşmede tanınan bir hakkın imtiyaz mı olduğu yoksa, değiştirilemez bir nitelik tanınarak bir müktesep hak mı yaratıldığı esas sözleşmenin yorumu ile tespit edilmelidir. Bkz. Dural, Ali, **“Anonim Şirket Yönetim Kurulunda Temsil Edilme Hakkı”**, İsviçre Borçlar Kanunu'nun İktisabının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukuku'nun Türk Ticaret Hukuku'na Etkileri, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s.308.

¹³⁶⁷ İmtiyazlı payların ihlal edilmesi örnekleri bakımından bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-I**, s.572.

¹³⁶⁸ İmtiyazın ihlali kavramı hakkındaki kapsamlı açıklama için bkz. Aktaş, s.112 vd.

¹³⁶⁹ Öğretilde bir esas sözleşme değişikliğinin birden fazla imtiyazlı grubun menfaatlerini ihlal etmesi halinde, tüm imtiyazlı pay gruplarının birlikte toplanması gerektiği de ileri sürülmüştür. Bkz. Bilgeç, s.2344. Kanaatimize bu durum imtiyazlı payların esas sözleşme değişikliklerine karşı korumasını azaltacağı için isabetli bir çözüm değildir.

Yukarıda açıklanan usul uyarınca kâr payında imtiyazın kaldırılması mümkündür. Bununla birlikte, söz konusu değişikliğin ancak ileriye etkili olduğu ve gerçek anlamda müktesep hak niteliği kazanmış hakları etkilemeyeceği göz ardı edilmemelidir. Örneğin imtiyazlı kâr payı hakkı, genel kurul sonucu bir alacak hakkına dönüşmüşse, şirketin imtiyazı kaldırmaya yönelik kararı, henüz ödenmemiş olsa bile söz konusu kâr payı alacağına etki etmeyecektir. Söz konusu alacak hakkı, doğduğu sıradaki esas sözleşme hükümleri ve ilgili imtiyaz hükümlerine tabi olarak doğacak ve sonradan yapılacak esas sözleşme değişikliğinden etkilenmeyecektir.

Öte yandan eklemek gerekir ki, genel kurulun usulüne uygun bir esas sözleşme değişikliği ve imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun onayı ile imtiyazları kaldırabilmesi yetkisi de sınırsız değildir. İmtiyazın sınırlandırılması da tüm genel kurul kararları bakımından olduğu gibi dürüstlük kuralı denetimine tabidir. Hakların sakınılarak kullanılması ilkesi gereği, imtiyazların sınırlandırılması bakımından şirketin bir menfaatinin bulunması ve sınırlama kararının da bu menfaat ile orantılı olması gerekir. Örneğin şirketin yeni kaynak ihtiyacının bulunması halinde, yeni yatırımcılar için kârda imtiyaz öngörülebilmesi için mevcut imtiyazların sınırlandırılması ihtiyacı doğabilir. Benzer şekilde şirketin yatırımlarının kısa vadeli kârlılığı azaltması sebebiyle, mevcut imtiyazlar diğer pay sahiplerinin kâr payını hakkını fiilen ortadan kaldırdığı için çatışan menfaatlerin dengelenmesi gerekebilir. Bu gibi hallerde orantılı olmak şartıyla imtiyazların sınırlandırılması, imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun da onayı bulunması şartıyla, hukuka uygun olabilecektir. Ancak her koşulda imtiyazların sınırlandırılması ve kaldırılmasında ihtiyaç ile sınırlı bir müdahale yapılması zorunludur.

b. Kârda İmtiyaza Zarar Veren Kâr Dağıtım Kararları

Kârda imtiyazın ihlal edilmesi sonucunu doğuracak bir diğer ihtimal, genel kurulun imtiyaz düzenlemesine aykırı genel kurul kararlarıdır. Yukarıda belirtilen ihtimalden farklı olarak bu durumda, genel kurul kararı imtiyazı kalıcı olarak sınırlamamakta veya kaldırmamakta, ancak arızı olarak imtiyazı ihlal edecek bir şekilde karar almaktadır. A grubu payların B grubu paylara göre üç kat kâr payı alacağına ilişkin bir imtiyaz bulunmasına rağmen, tüm paylara eşit kâr payı ödeneceği kararlaştırılması veya birikimli kâr payı imtiyazı bulunmasına rağmen, geçmiş yıldan eksik kalan kısım tamamlanmadan kâr payı dağıtımının yapılmasına karar verilmesi bu gibi ihlallere örnek teşkil edecektir.

Öncelikle bu durumda ilgili kararın imtiyazlı pay sahipleri özel kurulu denetiminden geçmesi söz konusu değildir. TTK m.454 açık şekilde imtiyazlı pay sahipleri özel kurulu onayı gereken kararları belirlemiştir ve kâr dağıtım kararları bu nitelikte kararlardan biri değildir. O nedenle de genel kurul kararı, imtiyazlı pay sahipleri özel kurulu onayı olmaksızın da sonuçlarını doğuracaktır.

Öte yandan imtiyazın ihlal edilmesi halinde imtiyazlı pay sahibinin korunması için özel bir hukuki korumaya da ihtiyaç bulunmamaktadır. TTK m.445 uyarınca esas sözleşme hükmünü ihlal eden genel kurul kararlarının iptali, TTK m.446'da belirtilen şartları sağlayan pay sahipleri tarafından talep edilebilecektir. İmtiyazlar bir esas sözleşme hükmünden kaynaklandığından, imtiyazı ihlal eden genel kurul kararı da doğal olarak esas sözleşmenin ihlali sonucunu doğuracaktır. Bu durumda TTK m.445 uyarınca esas sözleşmenin ihlali sebebiyle genel kurul kararının iptali talep edilebilecektir¹³⁷⁰.

Bu durumda imtiyazları ihlal edilen pay sahiplerinin genel kurul kararın karşı iptal davası açabilirler. Ancak pay sahibinin iptal davasına ilişkin genel hükümlere riayet etmesi gereklidir. Örneğin iptal davasının genel kurul kararının alınmasından itibaren üç ay içinde açılması gerekmektedir (TTK m.445). İlaveten pay sahiplerinin iptal davası açabilmeleri için kural olarak¹³⁷¹ genel kurul toplantısına katılmış, karara olumsuz oy vermiş ve itirazlarını tutanağa geçirmiş olmaları gerekmektedir (TTK m.446). Bu açıdan imtiyaz sahibi olan pay sahiplerinin söz konusu imtiyazlarını korumak için etkin bir rol almaları gerektiği söylenebilir.

Bu noktada değerlendirilmesi gereken bir ihtimal daha bulunmaktadır. Aşağıda detaylı olarak inceleneceği üzere, şirket esas sözleşmesinde genel kurulun dağıtması gereken kâr payı tutarının kesin şekilde belirtildiği durumlarda, pay sahibinin kâr payı alacağı, ayrıca bir dağıtım kararına ihtiyaç olmaksızın finansal tabloların onaylanması ile birlikte kendiliğinden doğacaktır¹³⁷². Bu durumda, imtiyazlı pay sahibi, kâr payı

¹³⁷⁰ Birçok yazar yerine örnek olarak bkz. Trigo Trindade, **CR, Art 654**, para.27.

¹³⁷¹ Bilindiği üzere TTK m.446 f.1-b hükmü, genel kurul toplantısına katılmasa dahi belirli koşullarda pay sahibinin iptal davası açmasına imkân tanımaktadır. Somut olayda bu şartların bulunması halinde, genel kurul toplantısına katılmayan imtiyazlı pay sahiplerinin genel kurul kararının iptalini talep edebilecekleri göz ardı edilmemelidir.

¹³⁷² Bu konudaki değerlendirme için bkz. Aşağıda IV-A-2-Kâr Payı Alacağını Doğuran Olay.

alacağının ifası için ödeme emri gönderebileceği gibi bir alacak davası da açabilecektir¹³⁷³.

5. Kâr Payı Hakkının İmtiyazlara Karşı Korunması

İmtiyazlı payların çıkartılması, dolaylı olarak diğer pay sahiplerinin ilgili haklarının belirli ölçüde kısıtlanması sonucunu doğurmaktadır. Kâr payı hakkı, bu durumun açık bir örneğidir. Şirketin dağıtılabilecek kârı, kârdan pay alma hakkı olan kişiler tarafından paylaşılan sınırlı bir tutar olduğundan, bazı pay sahiplerinin daha çok kâr payı alacak olması, netice olarak diğer pay sahiplerinin haklarını sınırlandıracaktır¹³⁷⁴. O nedenle kârda imtiyaz konusu ele alınırken, bu imtiyazların diğer pay sahiplerinin hakları bakımından sınırlayıcı etkisine ve bu sınırlamaya ne ölçüde izin verileceğine de değinmek gerekir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, kanun koyucu pay sahipleri arasındaki dengeyi bozucu etkisi sebebiyle imtiyaz tanınmasını zorlaştıracı bir tutum benimsemiştir. TTK m.421 f.3-b uyarınca şirket esas sözleşmesi değiştirilerek imtiyaz tanınması için, sermayenin yüzde yetmişbeşini oluşturan payların sahiplerinin olumlu oyu gerekmektedir. O nedenle de şirkette sonradan imtiyaz tesis ederek diğer pay sahiplerinin kâr payı hakkının ihlal edilmesinin kolay olmadığını belirtmek gerekmektedir.

Ancak şirket genel kurulunun, esas sözleşme değişikliği yapmak suretiyle, usulüne uygun şekilde imtiyaz yaratarak, diğer pay sahiplerinin kâr payı hakkını sınırlayacak bir düzenleme getirmeleri kural olarak mümkündür. Diğer bir ifade ile kâr payında imtiyaz tanınması halinde, diğer pay sahiplerinin sırf kâr payı hakkı sınırlandığı için kararın iptalini istemeleri mümkün olmayacaktır. Zira bu durum kârda imtiyaza izin veren TTK m.478 f.2 hükmünün doğal sonucudur.

Öğretide pay sahiplerinin ilk temettü hakkının öncelikli olduğu ve kâr payında imtiyaz tanınırken pay sahiplerinin %5'lik temettü hakkının ihlal edilemeyeceği savunulmaktadır¹³⁷⁵. Belirtmek isteriz ki, ilk temettü olarak da ifade edilen %5'lik kâr

¹³⁷³ Belirtmek gerekir ki, genel kurulun bu şekilde imtiyazları ihlal eden bir kararı neticesinde, şirketin fiilen yaptığı dağıtımın genel kurulun dağıtımına karar verdiği tutarı aşması ihtimali bulunmaktadır. Bu durumda TTK m.512 kapsamında haksız yere alınan kâr payının iadesi için dava açılması gerekecektir.

¹³⁷⁴ Gürbüz Usluel, s.168.

¹³⁷⁵ Öğretide şirketin %5 oranında ilk temettü dağıtımını zorunlu olduğunu benimseyen yazarlar, imtiyazlı payların pay sahiplerinin birinci temettü hakkını ihlal etmemesi gerektiği belirtmektedirler. Bkz. Badak, s.228, Üçışık/Çelik, s.456, Uysal, s.34, Okucu Taftalı, s.58, Pulaşlı, **Şerh II**, s.1732.

dağıtımını kaldırılamaz bir hak olarak kabul eden, diğer bir ifade ile %5'lik kâr payı dağıtımını zorunlu kabul eden görüş bakımından bu sonuç tutarlıdır. Zira eğer söz konusu %5'lik kısım genel kurulun müdahale edebileceği bir hak değilse, imtiyaz tesis etmek suretiyle dolaylı olarak bu hakkın ihlal edilmesi de mümkün olmamalıdır. Ancak kanaatimizce kâr payı hakkının kısımları olan birinci temettü ile ikinci temettü arasında bir nitelik farklılığı bulunmadığından¹³⁷⁶ imtiyaz tesis edilmesi bakımından da söz konusu %5'lik eşiğin ihlal edilmesi tek başına kanuna aykırılık olarak değerlendirilmemelidir. Bu nedenle de kâr payında imtiyaz sebebiyle diğer pay sahiplerinin ilk temettü tutarından daha düşük bir kâr alması kural olarak mümkündür.

Buna karşılık genel kurulun imtiyaz yaratma konusundaki yetkisi tamamen sınırsız değildir. İmtiyaz yaratılması yoluyla, pay sahiplerinin kaldırılamaz hakları ihlal edilemez. Pay sahiplerinin mali menfaat elde etme hakkı bu şekilde kaldırılamaz bir hak olduğundan, imtiyaz tesis edilmesi bakımından da bir sınır oluşturacaktır. O nedenle diğer pay sahiplerinin kâr payı almasını tamamen ortadan kaldıracak şekilde, kârın sadece belirli pay sahiplerine ödenmesine yönelik bir esas sözleşme hükmü getirilemeyeceği gibi bu sonucu doğuracak bir imtiyaz yaratılması da mümkün değildir¹³⁷⁷.

Belirtmek gerekir ki, bu konuda yapılacak değerlendirme, somut olayın şartları ışığında yapılabilecektir. Örneğin şirketin ödeyeceği yüksek tazminatları karşılamak için sermaye getirerek finansman sağlayan pay sahibinin gelecek beş yıl boyunca elde edilen kârdan imtiyazlı olarak yararlanması kararlaştırılmış olabilir. Bu durumda diğer pay sahiplerinin kâr payı alamamaları veya düşük kâr payı almaları, görüşümüze göre mali menfaat elde etme hakkının ortadan kaldırılması anlamına gelmemektedir. Sonuç olarak imtiyazın mali menfaat elde etme hakkına olan etkisi belirlenirken, imtiyazın süresinin de dikkate alınması gerekir. Ancak diğer pay sahiplerinin kâr payı hakkını tamamen ve süresiz yahut uzun süre boyunca kaldıran bir imtiyaz bakımından TTK m.447 uyarınca kesin hükümsüzlük söz konusu olmalıdır.

¹³⁷⁶ Bu konudaki tartışma ve görüşlerimizin gerekçeleri bakımından bkz. Birinci Bölüm-II-B-1-iv-02- Birinci Kâr Payı Dağıtımının Zorunluluğu Tartışması.

¹³⁷⁷ Birsell, Mahmut, **Anonim Şirketler Hukukunda Kâr Kavramı**, Ege Üniversitesi Matbaası, İzmir, 1973, s.136-137, Böckli, **Aktienrecht**, s.534, Badak, s.228, Trigo Trindade, **CR, Art 654**, para.19. Aksi yönde bkz. Liebi, **Basler Kommentar, Art 654**, para. 14a. Yazar bu görüşe dayanak olarak, İsviçre hukukunda mali menfaat elde etme hakkının oybirliği ile kaldırılabilmesini (İBK m.620) göstermektedir. Bu görüşe göre, oybirliği ile bu hak kaldırılabilirse, yine oybirliği ile getirilecek bir imtiyazla da tüm kârın belirli bir pay sahibine verilmesi de mümkün olmalıdır. Belirtmek gerekir ki, Türk hukukunda mali menfaat elde etme hakkı vazgeçilemez bir hak olduğundan, Türk hukukunda böyle bir tartışma doğmayacaktır.

İlaveten öğretide, bazı paylar lehine kâr payında imtiyaz tanınması yönünde bir kararın pay sahipleri arasındaki eşitlik ilkesine aykırılık teşkil edeceği savunulmaktadır. Bu görüşün kabul edilmesi durumunda, kâr payında imtiyaz yaratacak bir esas sözleşme değişikliğinin pay sahiplerinin oybirliği ile alınması gerekecektir. Kanaatimizce böyle bir yorum, imtiyaz oluşturulması için sermayenin yüzde yetmişbeşine sahip pay sahiplerinin olumlu oyunu yeterli gören TTK m.421 f.3-b bendi hükmü ile uyumlu olmayacaktır. Eğer imtiyaz oluşturulması, kanun koyucu tarafından eşit işlem ilkesinin ihlal edilmesi olarak mütalaa edilseydi, kanun koyucunun herhangi bir imtiyazın oluşturulması için oybirliği ile karar alınmasını zorunlu kılması tutarlı olurdu. O nedenle de kârda imtiyaz oluşturulmasının tek başına eşit işlem ilkesinin ihlali olarak kabul edilmemesi gerektiği kanaatindeyiz.

Ancak pay sahipleri arasındaki eşit işlem ilkesinin de imtiyaz yaratılması bakımından tamamen göz ardı edilmemesi gerekmektedir. Her ne kadar belirli pay sahipleri lehine bizatihi eşit işlem ilkesinin ihlali anlamına gelmese de imtiyaz yaratılması ve imtiyazdan yararlanacak pay sahiplerinin belirlenmesinde eşit işlem ilkesine uygun olarak hareket edilmesi gerekecektir. Örneğin şirketin finansman ihtiyacını karşılaması karşısında kârda imtiyaz tanınması düşünülüyorsa, söz konusu imtiyazlı payların eşit işlem ilkesi ışığında tüm pay sahiplerine teklif edilmesi gerekecektir. Zira birden çok pay sahibi şirkete finansman sağlayabilecek durumdaysa, sadece bir pay sahibine kârda imtiyazlı pay verilerek finansmanın sağlanması eşit işlem ilkesine aykırılık teşkil edecektir¹³⁷⁸.

İmtiyazların pay sahiplerinin haklarını kısıtlayıcı etkisi dikkate alındığında, imtiyaz tanınmasının şirket menfaatleri bakımından gerekli olması şarttır¹³⁷⁹. Örneğin şirketin acil finansman ihtiyacını karşılamak için şirkete sermaye getiren veya şirkete piyasa şartlarından daha avantajlı koşullarda borç veren pay sahibinin bu riskinin karşılanması için, şirketin elde ettiği kârdan daha fazla yararlanması halinde böyle bir menfaat söz konusu olacaktır. Ne var ki, şirket açısından belirli pay sahiplerine imtiyaz tanınmasını haklı kılan böyle bir menfaatin yokluğunda, şirket menfaatleri ile meşrulaştırılamayan imtiyazlar diğer pay sahiplerinin haklarını gereksiz yere sınırladığı için, dürüstlük kuralına aykırılık sebebiyle hukuka aykırı olacaktır¹³⁸⁰.

¹³⁷⁸ Trigo Trindade, **CR, Art 654**, para.23.

¹³⁷⁹ Trigo Trindade, **CR, Art 654**, para.21.

¹³⁸⁰ Okucu Taftalı, s.35. ETTK döneminde de *Kendigelen*, sonradan tesis edilen imtiyazların müktesep hakları ihlal ettiği sonucuna varılamayacağını, ilgili hükmün objektif iyiniyet kuralları ve eşit işlem kuralları çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bkz. *Kendigelen*, Abuzer,

Bütün genel kurul kararlarında olduğu gibi, bu kararın dürüstlük kuralına uygun olması gerekmektedir, ki aksi yönde kararların iptaline olanak tanınmıştır (TTK m.445).

IV. Dağıtım Katılmanın Sonucu: Kâr Payı Alacağı

Pay sahibinin şirket tarafından dağıtılan kâra katılması sonucunda pay sahibi lehine bir alacak hakkı doğacaktır. Kâr payı alacağı olarak nitelendirebileceğimiz bu hak, şirket tarafından dağıtım katılma yetkisinin dağıtım gerçekleştikten sonra pay sahibinin malvarlığında doğacak sonucu ifade eder.

Kâr payı alacağı, niteliği itibarıyla bir alacak hakkıdır. Alacaklı sıfatı kazanan pay sahibi, dağıtım karar verilen kâr payının kendisine ödenmesini veya nakit dışı kâr dağıtımına karar verilmişse, bu malvarlığı değerinin kendisine devredilmesini talep etme hakkını kazanır¹³⁸¹. Kural olarak kâr payı alacağı, alacak hakları bakımından geçerli olan kurallara tabidir. Örneğin doğmuş kâr payı alacağı, alacağın temliki hükümleri uyarınca devredilebilir¹³⁸² veya pay sahibinin alacağının rehni ve haczi mümkündür¹³⁸³. Ayrıca, alacak haklarında çoğunlukla olduğu gibi¹³⁸⁴, hakkın ileri sürülmesi hak düşümü süresine değil, zamanaşımı süresine tabidir¹³⁸⁵. Yine şirketin kâr payı borcunu ifası bakımından TBK’da borcun ifasına ilişkin hükümler uygulanacaktır. Bu bakımdan kâr payı alacağı, esasen bir ortaklık hakkından çok, şirketin üçüncü kişilere karşı üstlendiği muhtelif alacak hakları ile benzerlik taşır¹³⁸⁶ ve bilançoda da diğer alacaklar gibi dış kaynaklar arasında gösterilir¹³⁸⁷.

Her ne kadar kâr payı alacağı birçok açıdan diğer alacak haklarına benzerlik gösterse de bu alacak hakkının ortaklıklar hukukundan doğması, çeşitli sonuçları ve özellikli durumları da beraberinde getirmektedir. Bu bölümde bir alacak hakkı olan kâr payı alacağının doğumu ve ifasına ilişkin bu özellikli durumlara değinilecektir. Ancak öncesinde, kâr payı hakkından bir alacak hakkının türemesinin ve bağımsız bir alacak hakkının oluşmasının sonuçlarına kısaca değinilecektir.

Anonim Ortaklıkta İmtiyazlı Paylara İlişkin Değişiklik Önerileri, Makalelerim C.II- 2001-2017, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2018, s.175.

¹³⁸¹ Chenaux/Gachet, **CR**, s.571, Locher, s.222.

¹³⁸² Locher, s.222, Spörri, s.93, Üçışık/Çelik, s.372. Alman hukuku bakımından bkz. Wiegand, s.22.

¹³⁸³ Chenaux/Gachet, **CR**, **Art 660**, s. 571, Üçışık/Çelik, s.372.

¹³⁸⁴ Eren, s.1284.

¹³⁸⁵ Örnek olarak Gürbüz Usluel, s.194, Canöz, s.106.

¹³⁸⁶ Meier-Hayoz/Forstmoser, s.496. Kâr payı alacağının doğması ile pay sahipliği haklarından bağımsız bir borçlar hukuku ilişkisi oluştuğu yönünde bkz. Wiegand, s.22.

¹³⁸⁷ Locher, s.137.

A. Kâr Payı Alacağının Doğmasının Sonuçları

Kâr payı alacağının doğması, kâr payı hakkından türeyen bağımsız nitelikte bir alacak hakkının doğması anlamına gelmektedir. Bu açıdan kârın “payın hukuki semeresi” olduğu yönündeki ifade¹³⁸⁸, esasen kâr payı alacağında kendini göstermektedir.

Kâr payı alacağı, doğumu ile birlikte pay sahibinin kâr payı hakkından ayrı bir alacak hakkının konusunu oluşturmaktadır. Dar anlamda kâr payı hakkından ayrı niteliği karşısında, kâr payı alacağının doğuşundan sonra, şirketin finansal durumu ile bağının devam edip etmediği sorulabilir. Örneğin şirket dağıtım yaptıktan sonra şirketin üretim tesisin bir sebepten kapatılması veya şirketin ürün tedarik ettiği en büyük alıcının sözleşmeyi feshetmesi gibi şirketin gelecekteki durumu ile ilgili beklentilerini etkileyen bir gelişmenin kâr payı alacağı üzerindeki etkisi ne olacaktır?

Türk hukukunda da bu konuda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte Yargıtay, vermiş olduğu bir karar bu konuda yol gösterici niteliktedir. Yargıtay kararı konusu olayda, şirket genel kurulu iki taksit olarak ödenmek üzere kâr dağıtım kararı almış ve yönetim kurulu ilk taksiti ödemiştir. İkinci taksitin ödenmesinden önce şirketin imtiyaz sözleşmesi feshedilmiş ve şirketin sahip olduğu malvarlığı unsurlarına el konulmasına karar verilmiştir. Şirket yönetim kurulu, idare ile olan uyuşmazlığın çözülmesine kadar kâr payı ödemesini erteleme kararı almış ve pay sahibi bu karara karşı dava açmıştır. Yargıtay verdiği kararda “*Anonim şirketlerde kâr payının nasıl ve hangi şartlarda ödeneceğine karar verme yetkisi, genel kurula aittir. İcra organı olan yönetim kurulunun bu kararı kendiliğinden değiştirme veya erteleme hakkı bulunmamaktadır*”¹³⁸⁹.

Yargıtay kararında ulaşılan sonuca katılmakla birlikte, Yargıtay’ın gerekçesi konusunda tereddütlerimiz bulunmaktadır. Karardan anlaşılabildiği kadarıyla pay sahibinin ikinci kâr payı taksitinin ödenmesi gerektiği sonucuna varırken, Yargıtay kâr payı üzerinde tasarruf yetkisinin genel kurulda olduğunu belirtirken, erteleme kararının yönetim kurulu tarafından verilmesinin bu kuralı ihlal ettiği sonucuna varmaktadır. Eğer Yargıtay’ın gerekçesi bu şekilde değerlendirilirse, erteleme kararının genel kurul tarafından alınması halinde geçerli olacağı sonucuna varılması

¹³⁸⁸ Örnek olarak bkz. Pulaşlı, **Şerh II**, s.1838, İmregün, **Kâr Payı Hakkı**, s. 415, Bilgeç, s. 2326, Kendigelen, Abuzer, **Anonim Ortaklık Payları Üzerinde İntifa Hakkı**, Beta Basım, İstanbul, 1994, s.124.

¹³⁸⁹ 11 HD. E.13259 K.6515 T.30.5.2011 (naklen Üçışık/Çelik, s.507)

mümkündür. Ancak kanaatimizce bu durumda genel kurul kararı vasıtasıyla dahi değiştirilemeyecek bir karar söz konusudur. Olaydaki gibi genel kurulun dağıtım kararı aldığı bir durumda, artık kâr payı hakkı bir alacak hakkına dönüşmüş ve teknik anlamıyla da pay sahibi bakımından bir kazanılmış/müktesep hak niteliği edinmiştir. Artık bu hak üzerinde genel kurulun dahi bir tasarruf yetkisi bulunmadığını kabul etmek gerekecektir. Zira aksinin kabulü genel kurulun kazanılmış hakları ihlal edebileceğinin kabulü anlamına gelecektir. Kanaatimizce genel kurula bu yönde bir yetki tanıyan bir hüküm bulunmadığından¹³⁹⁰, sorun genel hükümler ışığında değerlendirilmeli ve müktesep hakların sadece yönetim kurulu kararlarına karşı değil, genel kurul kararına karşı da korunduğu kabul etmek isabetli olacaktır¹³⁹¹.

B. Kâr Payı Alacağının Doğuşu

Dar anlamda kâr payı hakkını pay sahibine şirket malvarlığı üzerinde doğrudan bir talep hakkı vermez. Pay sahibinin kâr payı hakkına dayanarak ifayı talep edebilmesi için kâr payı alacağının doğması gerekir¹³⁹². O nedenle ilk sorulması gereken soru, kâr payı alacağının ne zaman doğacağıdır.

Öğretide baskın görüş, kâr payı hakkının genel kurulun kâr dağıtımına yönelik bir karar alması ile doğacağı yönündedir¹³⁹³. Gerçekten de kâr payı alacağının doğuşu bakımından olağan yol, genel kurulun kâr dağıtımını konusunda karar almasıdır. O nedenle de aşağıda öncelikle genel kurulun kâr dağıtımını kararı almasıyla yoluyla kâr payı alacağının doğması olasılığı ele alınacaktır.

Bununla birlikte kâr payı hakkının doğması bakımından, genel kurulun kâr dağıtım kararı almasına ihtiyaç olmayan haller de bulunmaktadır. Bu hallerden ilki, genel kurulun kâr dağıtım kararı konusunda takdir hakkının bulunmadığı hallerdir. Öğretide tartışmalı olmakla birlikte kanun veya esas sözleşme hükümleri uyarınca, genel kurulun kâr dağıtımını konusunda alması gereken karar belirlenmişse, bu durumda genel kurul kararı sadece şekli bir formalite haline gelmekte olduğundan, kâr payı alacağının

¹³⁹⁰ Fikir vermesi açısından bu noktada karşılaştırmalı hukuktan yararlanmak faydalı olacaktır. Örneğin Amerika Birleşik Devletleri'nin Kaliforniya Eyaleti'nde şirketin kâr payı dağıtım kararını geri almasına imkân tanınmıştır. Buna göre, şirket kâr payına hak kazanmak için pay sahibi olunması gereken tarih ("*record date*") gelene kadar dağıtım kararını geri alabilmektedir. Bkz. Marsh/Finkle, s.1198-1199. Türk hukukunda ise buna imkân tanıyan bir hüküm bulunmamaktadır.

¹³⁹¹ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-I**, s.630, Üçışık/Çelik, s.371, Gürbüz Usluel, s.191, Locher, s.222, Spörri, s.94. Alman hukuku bakımından bkz. Wiegand, s.22.

¹³⁹² Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-I**, s.630, Üçışık/Çelik, s.362, Locher, s.222.

¹³⁹³ Örnek olarak bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-I**, s.630, Üçışık/Çelik, s.369, Schmid, **Handkommentar**, s.501.

doğması için dağıtım kararına ihtiyaç bulunmadığı savunulmaktadır. Bu görüşe göre, dağıtılacak kârın belirlenebilir olması halinde, kâr payı alacak hakkı da ayrıca bir dağıtım kararı alınmadan yasa gereği doğacaktır. Aşağıda bu görüşe ilişkin tartışmaya da yer verilecektir.

Son olarak ele alınması gereken hal ise, genel kurul kararının mahkeme kararı ile ikame edilmesi hallerine ilişkindir. Dördüncü bölümde detaylı olarak inceleyeceğimiz üzere, tezde savunduğumuz görüş uyarınca mahkeme iki durumda genel kurulun yerine geçerek dağıtım karar verebilir. Mahkemenin bu şekilde karar verebileceği haller, TTK m.531 uyarınca şirketin haklı sebeple feshi davasında mahkemenin alternatif çözüm olarak kâr dağıtımına karar vermesi ve mahkemenin yedek akçe ayırma kararından sonra şirket yerine irade beyanında bulunarak kâr dağıtımına karar vermesidir¹³⁹⁴. Ancak bu hukuki yollara başvurulması kâr payı alacağının doğmasına yol açacağından, kâr payı alacağının mahkeme kararı ile doğmasının kâr payı alacağı üzerindeki etkisine de bu bölümde kısaca değinilecektir.

1. Genel Kurulun Kâr Dağıtım Kararı ile Doğması

Kâr payı alacağının doğumu, kural olarak genel kurulun kâr dağıtım kararı alması ile olur¹³⁹⁵. Genel kurul kararı ile birlikte, pay sahibi lehine bir alacak hakkı oluşur. Şirket organının aldığı bu karar ile pay sahibinin malvarlığında değişikliğe yol açmasından ötürü, genel kurulun kâr dağıtım alma kararı, değiştirici yenilik doğuran bir hukuki işlem olarak tanımlanmaktadır¹³⁹⁶.

Genel kurulun yenilik doğurucu işlem niteliğinde olmasının bir diğer sonucu, genel kurulun bu kararın sonuçlarını tek taraflı olarak ortadan kaldıramayacak olmasıdır. Genel kurulun kâr dağıtım kararı ile birlikte pay sahibi lehine bir alacak hakkı doğmuştur ve bu alacak hakkının tek taraflı olarak şirket tarafından değiştirilmesi mümkün değildir. Genel kurul, kâr dağıtım kararı aldıktan sonra, alacağı yeni bir karar

¹³⁹⁴ Pay sahiplerinin başvurabilecekleri bu hukuki yolların şartları ve sonuçları konusunda kapsamlı açıklamalar dördüncü bölümde yapılacaktır. Bkz. Dördüncü Bölüm- Sorunun Çözümüne İlişkin Pozitif Hukuktaki Hukuki Yollar.

¹³⁹⁵ Genel kurulun kâr dağıtım kararı almasına ilişkin açıklamalar için bkz. İkinci Bölüm- Dağıtılacak Kârın Belirlenmesi- B- Kâr Dağıtımına İlişkin Genel Kurul Kararı.

¹³⁹⁶ Örnek olarak bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-I**, s.630, Yüksel, **Yeni Paylar**, s.390. Yenilik doğurucu hakların muhatabı aleyhine bir hukuki durum yaratırken, kâr dağıtım kararının bir alacak hakkı doğurması sebebiyle bu kararın yenilik doğurucu hakkın kullanılması olarak tanımlanmasının uygun olmadığı yönünde bkz. Üçışık/Çelik, s.369. Kanaatimizce yenilik doğurucu hakkın varlığından bahsedebilmek için, bu hakkın muhatabı aleyhine bir durum yaratması zorunlu değildir. Muhatabının hukuki durumunda bir değişikliğe yol açması, bu nitelendirme için yeterli sayılmalıdır. O nedenle de yerleşik görüşün tanımlamasına katılıyoruz.

ile kâr payı alacağını değiştirme yetkisine sahip değildir¹³⁹⁷. İlâveten genel kurulun dağıtım kararı verildikten sonra, şirketin mali durumunu etkileyen gelişmeler de söz konusu kâr payı hakkını etkilemeyecektir¹³⁹⁸.

Son olarak kâr payı alacağının doğmasına yol açan genel kurul kararının hukuka aykırılığının kâr payı alacağına etkisine de kısaca değinmek gerekir. Bunun için hukuka aykırılığın niteliğine göre bir değerlendirme yapmak gerekir. Eğer genel kurul kararı, butlan veya yokluk ile malul ise, bu durumda kâr payı alacağı doğmayacaktır. Buna dayanarak yönetim kurulu kâr payı alacağının ifasından kaçınabilecektir¹³⁹⁹. Eğer genel kurul kararındaki hukuka aykırılık kararın iptaline olanak tanıyorsa, bu durumda yönetim kurulu doğrudan ifaden kaçınma imkanına sahip değildir. Bu durumda yönetim kurulu, genel kurul kararının iptali için dava açmalı (TTK m.446) ve bu davada kararın icrasının geri bırakılmasını (TTK m.449) istemelidir¹⁴⁰⁰.

2. Finansal Tabloların Onaylanması Kararı ile Doğması

Genel kurulun finansal tabloları onaylaması ile birlikte şirketin dağıtılabılır kârı belirli hale gelir. Ancak finansal tabloların onaylanması ile dağıtılabılır kâr tespit edilse de bu durum kâr payı alacağının doğması anlamına gelmemektedir¹⁴⁰¹. Kâr payı alacağının doğması için, genel kurulun özel olarak kâr dağıtımına yönelik bir karar alması da gerekmektedir.

Bununla birlikte bazı hallerde, genel kurulun dağıtılacak kârı belirleme konusunda takdir yetkisi bulunmamaktadır ve genel kurulun kâr dağıtım kararı, ticari bir tercihi yansıtan kararlar olmayıp hukuka uygun olarak alınabilecek tek kararın alınmasından ibarettir. Diğer bir ifade ile bazı hallerde genel kurul ya belirli bir yönde karar alacak ya da alınan karar hukuka aykırı olacaktır. İşte bu gibi hallerde, genel kurul tarafından kâr dağıtım kararı alınmasa dahi kâr payı alacağının doğacağı ileri sürülmektedir.

Bu gibi hallerden ilki, şirket esas sözleşmesinde pay sahiplerine dağıtılması zorunlu tutulan bir tutarın belirlenmesidir¹⁴⁰². Bu yönde bir belirleme belirli paylara

¹³⁹⁷ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-I**, s.630, Üçışık/Çelik, s.371, Gürbüz Usluel, s.191, Locher, s.222. Alman hukuku bakımından bkz. Wiegand, s.22.

¹³⁹⁸ Schmidt, **Handkommentar**, s.501, Locher, s.222, Üçışık/Çelik, s.471. Yargıtay'ın da görüşü bu yöndedir bkz. 11 HD. E.13259 K.6515 T.30.5.2011 (naklen Üçışık/Çelik, s.507).

¹³⁹⁹ Üçışık/Çelik, s.355.

¹⁴⁰⁰ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-I**, s.630, Gürbüz Usluel, s.194, Üçışık/Çelik, s.355.

¹⁴⁰¹ Gürbüz Usluel, s.68, Üçışık/Çelik, s.92, Egger, s.179.

¹⁴⁰² İsviçre hukukuna ilişkin eski tarihli çalışmada, yedek akçe ayrılmasına ilişkin hükümlerin ihmal edilmediği ve esas sözleşmede yedek akçe hükümlerine ilişkin detaylı açıklamaların yer aldığı

tekabül edecek kâr payı için getirilmiş olabileceği gibi tüm paylar bakımından da getirilmiş olabilir¹⁴⁰³. Her iki durumda da genel kurulun ayırabileceği yedek akçe tutarının üst sınırı belirlenmiştir ve genel kurulun bunun aksine bir karar alması mümkün değildir. Bu durumda acaba genel kurulun kâr dağıtım kararı olmadan da pay sahiplerinin kâr payı alacağının doğduğu kabul edilebilir mi?

İsviçre Federal Mahkemesi, bu soruya olumlu yanıt vermiştir. Federal Mahkeme, bir kararında kârda şirket esas sözleşmesinde imtiyazlı paylara dağıtılması gereken tutar açık şekilde tutarı belirtildiğinden, genel kurulun kâr dağıtım kararı olmasa dahi kâr payı alacağının doğduğuna karar vermiştir¹⁴⁰⁴. Federal Mahkeme'nin bu tutumu yönetim kurulu üyelerinin kazanç payı konusundaki içtihadı ile uyumludur; çünkü Federal Mahkeme, esas sözleşmede ödenecek kazanç payının belirlenmesi halinde, genel kurulun ayrıca bir dağıtım kararı olmasa bile kazanç payının doğacağı yönünde karar vermiştir¹⁴⁰⁵. Benzer bir yaklaşımın pay sahiplerinin kâr payı hakkı bakımından da benimsenmesi tutarlı bir çözümdür.

İsviçre Federal Mahkemesi tarafından benimsenen bu çözümün isabeti konusunda, öğretide görüş ayrılığı bulunmaktadır. Bazı yazarlara göre, Federal Mahkeme tarafından kabul çözüm, genel kurulun kâr dağıtım konusunda karar almaması sonucunda imtiyazlı pay sahiplerinin haklarının ihlaline karşı bir çözüm getirmektedir¹⁴⁰⁶. Diğer bir görüşe göre ise, karar kâr dağıtım konusunda genel kurul kararını arayan normlar ile kuramsal olarak uyumlu değildir. Bu görüşe göre şirket esas sözleşmesinde dağıtım oranı belirlenmiş olsa dahi kâr payı alacağının genel kurul kararı ile doğacağı kabul edilmelidir¹⁴⁰⁷.

belirtilmektedir. Bkz. Egger, s.178. Ancak daha güncel çalışmalar, bu uygulamanın değiştiği ve güncel esas sözleşmelerde nadiren kâr dağıtımına ilişkin detaylı hükümlere yer verildiği belirtilmektedir. Bkz. Knobloch, s.248 dn.1030.

¹⁴⁰³ İlk ihtimalde, paylardan bazılarının üstün hak tanındığı için imtiyaz söz konusu olacaktır. İkinci ihtimalde ise kanunda belirtilen daha korunaklı bir hak söz konusu olsa da tüm paylar aynı haktan yararlandığı için imtiyaz söz konusu olmayacaktır. İmtiyazda üstün hak kavramına dair açıklama için bkz. Yukarıda Üçüncü Bölüm-III-C.- Kâr Payında İmtiyaz.

¹⁴⁰⁴ BGE 29 II 452 E. 5; 53 II 250 E. 5 ve (naklen Liebi, **Basler Kommentar, Art 654**, para. 16). BGE 29 II 469 (naklen Knobloch, s.247 dn. 1029).

¹⁴⁰⁵ Vischer, **OFK**, s.1665, Vogt, **Basler Kommentar, Art 677**, para. 3a.

¹⁴⁰⁶ Liebi, **Basler Kommentar, Art 654**, para. 16, Egger, s.180, Üçışık/Çelik, s.459.

¹⁴⁰⁷ Böckli, **Aktienrecht**, s.534, Trigo Trindade, **CR, Art 654**, para.8. Türk ise genel kurulun esas sözleşmede belirtilenden daha yüksek oranda dağıtım karar verebileceği sebebiyle genel kurul kararının yine de aranması gerektiği görüşündedir. Bkz. Türk, Ahmet, **“Hukuka Aykırı Olarak Bilânçoda Kârın Düşük Gösterilmesi Halinde Pay Sahiplerinin Hakları”**, İhsan Tarakçıoğlu'na Armağan, Ankara 1999s.8 dn.49.

Kanaatimizce Federal Mahkeme'nin kabul ettiği çözüm gerek menfaat dengesi açısından gerekse sistemin bütüncüllüğü açısından uygun bir karardır. Dağıtılacak tutarın esas sözleşmede açık şekilde belirtildiği durumlarda, genel kurul tarafından alınan karar, sadece bir formalitedir; zira esas sözleşmedeki açık hükme aykırı bir karar hukuka aykırı olacaktır. Bu şartlar altında genel kurulun kâr dağıtım kararı alması şartını aramak, meşru bir amaca hizmet etmeyecek, olsa olsa kâr payı alacağının doğması için haksız yere erteleme aracı olarak kullanılmasına kapı açacaktır.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, kâr payı alacağının finansal tabloların onaylanması ile doğması, anonim şirketler hukukuna tamamen yabancı bir sistem değildir. TTK m.348 intifa senetleri sahiplerinin kâr payı hakkı bakımından benzer bir düzenleme benimsemiştir¹⁴⁰⁸. Yönetim kurulu üyelerinin kârdan alacakları kazanç payı bakımından da aynı sonuç benimsenmiştir. Öğretide esas sözleşmede dağıtılacak kazanç payının kesin şekilde belirlenmesi halinde, genel kurulun kazanç payı ödenmesi kararı bulunmasa bile, kazanç payının doğacağı konusunda genel bir uzlaşma bulunmaktadır¹⁴⁰⁹. Bu örneklerle bakıldığında kâr dağıtım kararı olmaksızın kâr payı alacağının doğması, hukuk sistemimize yabancı değildir. O nedenle pay sahiplerinin kâr payı hakkı bakımından da aynı sonucun kabul edilmesine bir engel olmadığı görüşündeyiz.

Bununla birlikte, genel kurulun kâr dağıtım kararı olmaksızın kâr payı alacağının doğacağının kabulü, azınlık pay sahipleri açısından büyük bir pratik önemi haiz olmayacaktır. Zira bu ihtimalde dahi kâr payı alacağının doğması için finansal tabloların onaylanması gerekmektedir. Kâr dağıtım kararı almamak suretiyle azınlık pay sahiplerinin menfaatlerini ihlal etmeye hazır olan çoğunluk pay sahiplerinin finansal tabloları onaylamamak suretiyle benzer bir sonuca ulaşmaları ihtimal dışı değildir. O nedenle de İsviçre Federal Mahkemesi tarafından benimsenen görüşün, kâr payı alacağının doğumu için genel kurul kararı aranmaması sebebiyle kuramsal açıdan önemli olduğunu düşünsek de pay sahiplerinin korunması açısından fiili etkisinin sınırlı olacağı görüşündeyiz.

¹⁴⁰⁸ Her ne kadar hüküm kurucu intifa senetlerine ilişkin olsa da bu sonucun diğer intifa senedi türleri için de kıyasen uygulanacağı yönünde bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-II**, s.181, Kırca/ Şehirali Çelik/Manavgat, s.296.

¹⁴⁰⁹ Yanlı, **Kazanç Payı**, s.1165, Üçışık/Çelik, s.451, Gürbüz Usluel, s.147, Özer, s.244, Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-I**, s.369, Vischer, **OFK**, s.1665, Vogt, **Basler Kommentar, Art 677**, para 3a.

Kâr payı alacağının doğması için genel kurulun kâr dağıtım kararı almasına gerek olmadığı savunulan hallerden bir diğeri de %5'lik birinci kâr payına ilişkin alacak hakkıdır. Öğretide savunulan bir görüşe göre, anonim şirketin temel kâr payı hakkı olarak da tanımlanan %5 oranında kâr payı dağıtımını yapması zorunludur. Bu görüşe göre eğer yeterli kâr mevcutsa, genel kurulun kâr dağıtım kararı alırken birinci kâr payı dağıtımını yapılması zorunludur¹⁴¹⁰. Buradan hareketle bazı yazarlar, şirketin finansal tablolarının onaylanması ile pay sahiplerinin birinci kâr payı tutarında kâr payı alacağının doğacağını savunmaktadırlar¹⁴¹¹. Bu görüşe göre, birinci temettü bakımından kâr payı alacağı finansal tabloların onaylanması kararı ile doğmaktadır¹⁴¹².

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, kanaatimizce anonim şirketlerde kâr dağıtma zorunluluğu bakımından birinci ve ikinci kâr payı arasında bir farklılık bulunmamaktadır. O nedenle de finansal tabloların onaylanması ile kâr payı alacağının doğacağı yönündeki görüşün temelindeki fikre iştirak etmiyoruz¹⁴¹³. Bunun sonucu olarak da genel kurul kâr dağıtım kararı almadığı takdirde, birinci kâr payının kâr payı alacağına dönüşeceği sonucuna da katılamıyoruz. Kanaatimizce TTK m.523'te yedek akçe ayırma şartlarının varlığı halinde yedek akçe ayrılması mümkündür ve bu kapsamda yedek akçe ayrılması halinde şirketin hiç kâr dağıtımını yapmaması dahi hukuka uygun olacaktır. O nedenle şirketin dağıtacağı kârın tespiti genel kurulun bu konuda alacağı karar ile gerçekleşeceğinden, dağıtılacak kârın belirlenmesi için genel kurulun karar almasını zorunludur. Bu durumda finansal tabloların onaylanması tek başına kâr payı alacağının doğumu için zorunlu olacaktır. Ne var ki, şirketin kâr

¹⁴¹⁰ Bu görüş hakkında detaylı açıklama için bkz. Birinci Bölüm-II-B-1-a-iv-02-Birinci Kâr Payı Dağıtımının Zorunluluğu Tartışması.

¹⁴¹¹ Badak, s.190, Üçışık/Çelik, s.302.

Alman hukukunda da benzer bir görüş savunulmaktadır. Bu görüşe göre, genel kurulun yedek akçe ayırma kararı almaması halinde genel kurul net dönem kârının dağıtılabılır kısmının tamamının dağıtıldığı kabul edilmeli ve pay sahibinin kâr payı alacağı da bu anda doğmuş sayılmalıdır. Bkz. Schüppen, s.581.

¹⁴¹² Buna bağlı olarak da genel kurulun kâr dağıtım kararına ilişkin bazı özellikler, genel kurulun finansal tabloları onaylama kararı bakımından da geçerli hale gelmektedir. Örneğin genel kurulun kâr dağıtım kararı gibi, finansal tabloları onaylama kararının da yenilik doğurucu bir karar olduğu belirtilmektedir. Bkz. Badak, s.190. Keza bu görüş kabul edilirse, şirketin finansal tablolarının onaylanması ile kâr payı alacağı doğduğuna göre, şirketin bu kararı kaldırmaya yönelik bir genel kurul kararı alması mümkün olmamalıdır. Aksi takdirde, genel kurulun pay sahibinin müktesep kâr payı alacağını değiştirecek bir tasarrufu yapmasına olanak tanınacaktır.

¹⁴¹³ Genel kurulun mutlaka kâr dağıtım kararı alması gerektiği yönünde bkz. Gürbüz Usluel, s.68, Yüksel, **Yeni Paylar**, s.390.

dağıtım kararı almasından kaçınması halinde, şirketin kâr dağıtım kararı vermesi talebiyle bir dava açılması yolu açıktır¹⁴¹⁴.

3. Mahkeme Kararı ile Doğması

Kâr payı hakkının doğması bakımından karşılaşılabilecek bir diğer hal ise kâr payı alacağının mahkeme kararı ile doğmasıdır. Kural olarak kâr dağıtım kararı şirketin yetkili organı olan genel kurulun bu konuda karar almasına bağlanmıştır. Ancak genel kurulun kâr dağıtım konusundaki kararları veya karar alma konusundaki eylemsizliği, azınlık pay sahiplerinin kâr payı hakkının ihlal edilmesi sonucunu doğurabilir. Kanun koyucu, kâr payı hakkı ihlal edilen pay sahiplerinin şirkete karşı açacakları davalar ile kâr payı haklarının korunmasını sağlamış ve şirketi kâr dağıtımına zorlamalarına olanak tanımıştır.

Öğretide tartışmalı olmakla birlikte, iki halde mahkemenin genel kurulun iradi olarak aldığı kâr dağıtım kararı yerine geçecek şekilde kâr dağıtım kararı alabileceği kabul edilmektedir. Bu hallerden biri TTK m.531 kapsamında açılan haklı sebeple fesih davasında, mahkemenin fesih yerine bir alternatif çözüm olarak kâr dağıtım kararı vermesidir. Diğer ihtimal ise, pay sahibinin şirketin kâr dağıtım kararı almaması sebebiyle genel kurul kararı yerine geçecek bir irade beyanında bulunma davası açması halinde, mahkemenin kâr dağıtım yönünde karar vermesidir. Bu iki durumda, şirket genel kurul kararı tarafından alınmış bir karar bulunmamakta, kâr payı alacağı mahkeme kararı ile doğmaktadır¹⁴¹⁵.

Kâr payı alacağının mahkeme kararı ile doğmasının sonuçları bakımından, kâr payı alacağının genel kurul kararı ile doğmasından kural olarak farkı bulunmamaktadır. Örneğin alacak hakkı mahkeme kararı ile doğsa da genel kurulun alacağı bir karar ile kâr payı alacağında bir değişiklik yapamayacak yahut sonradan gerçekleşen olguların kâr payı alacağına etki etmeyecektir. Bu açıdan alacak hakkının genel kurul kararı ile doğmasıyla mahkeme kararı ile doğması arasında bir farklılık bulunmamaktadır.

Öte yandan kâr payı alacağının mahkeme kararı ile doğması halinde, kararın icrası sürecine ilişkin özellikli bir durum ortaya çıkabilir. Mahkeme kararı sonucunda pay sahibinin kâr payı alacağı doğacaktır. Söz konusu iki durumda da dava konusu kâr payı alacağının ödenmesi olmayıp şirket adına kâr dağıtım kararı alınmasıdır. O nedenle de

¹⁴¹⁴ Bu konuda bkz. Dördüncü Bölüm- Sorunun Çözümüne İlişkin Pozitif Hukuktaki Hukuki Yollar.

¹⁴¹⁵ Bkz. Dördüncü Bölüm- Sorunun Çözümüne İlişkin Pozitif Hukuktaki Hukuki Yollar.

bu davalar sonucunda verilecek karar, tek başına şirketin kâr payı alacağını ödemesine yönelik bir ilam teşkil etmeyecektir. Mahkeme kararı ile birlikte kâr payı alacağı doğacak olsa da pay sahibinin daha sonra bu alacağı tahsil için icra takibi yoluna başvurması yahut tekrar bir alacak davası açması gerekecektir.

Pay sahibinin kâr payı alacağını tahsil edebilmesi için hukuki süreci kolaylaştırmak adına, bahsedilen iki haldeki asıl talebe ilaveten, pay sahibinin kâr payı alacağının pay sahibine ödenmesinin de talep edilmesi ve bu talebin de karara bağlanması doğru olacaktır. Bu şekilde pay sahibi, mahkeme kararı ile doğan kâr payı alacağını aynı ilama dayanarak ilamlı icra yoluyla tahsil etme imkanına kavuşacaktır. Böyle bir durumda biri inşai nitelikte biri eda davası niteliğinde iki dava söz konusu olacaktır. Bu durum objektif dava birleşmesinin özel bir görünümüdür¹⁴¹⁶.

C. Kâr Payı Alacağının Konusu

1. Kural: Nakit Kâr Payı

Anonim şirketlerde kural kâr payının nakden dağıtılmasıdır¹⁴¹⁷. Bu durumda bir alacak hakkı niteliğindeki kâr payı hakkının konusu, pay sahibinin payına düşen tutarda paranın ödenmesi olacaktır. Nakit ile kast edilen ülke parasıdır. Ancak öğretide kârın yabancı para şeklinde ödenmesinin de mümkün olduğu ve bunun da nakit dağıtım olarak değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir¹⁴¹⁸.

Kâr payı alacağının ifası bakımından önemli bir mesele, taksitle ödeme konusudur. Halka açık anonim ortaklıklar bakımından Kâr Payı Tebliği m.5, payları borsada işlem gören şirketlerde kâr payı ödemelerinin taksitle yapılmasına olanak tanımaktadır. Maddeye göre, genel kurul veya genel kurulun yetki vermesi halinde yönetim kurulu, taksit tutarlarını ve ödeme zamanlarını belirleyerek taksitle ödeme yapabileceklerdir. Madde aynı zamanda taksitle ödemeye ilişkin esasların kamuya açıklanması şartını da

¹⁴¹⁶ Objektif dava birleşmesi, davacının davalıya karşı sahip olduğu birden fazla talebini tek bir dava yoluyla istemesi olarak tanımlanmaktadır. Bkz. Kuru, Baki, **Medeni Usul Hukuku**, Legal Yayınları, İstanbul, 2016, s.214, Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet, **Medeni Usul Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s.296, Postacioğlu/Altay, s.268. Bu davada taleplerden önce inşai nitelikte olanın sonra da eda davasının sonuca bağlanması gerekmesi karşısında, davanın terditli bir dava olduğu düşünülebilir. Ancak terditli davalarda ikinci talep, birincinin reddedilmesi halinde değerlendirilecektir. İlk talebin kabulü halinde, ikinci talebin değerlendirilmesi söz konusu olmaz. Bkz. Kuru, s.211, Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.295. Bu nedenle de söz konusu davanın terditli dava olarak nitelendirilmesi uygun olmayacaktır.

¹⁴¹⁷ Badak, s.201, Von Büren/Stoffel/Weber, s.214, Kurer/Kurer, **Basler Komm-2012**, s.717, Forstmoser, **Sachausschüttungen**, s.701, Tubke, Christian, **Sachausschüttungen im deutschen, französischen und Schweizer Aktien- und Steurrecht**, Josef Eul Verlag, Köln, 2002, s.250.

¹⁴¹⁸ Üçışık/Çelik, s.506. Yazar bu sonuca TBK m.99 hükmüne dayanarak ulaşmaktadır.

getirmektedir (Kâr Payı Tebliği m.5 f.2-b). Eğer şirket kâr dağıtımını taksitle ödeme kararı almışsa, taksitler için belirlenen ödeme tarihinde pay sahibi olan kişiye ödeme yapılacaktır (Kâr Payı Tebliği m.5 f.2-c).

Kapalı anonim şirketler bakımından kâr payının taksitle ödenmesi konusunda bir hüküm yoktur¹⁴¹⁹. Ancak halka açık anonim şirketler gibi, kapalı anonim şirketlerde de kâr payı ödemelerinin taksitlendirilmesi mümkündür¹⁴²⁰. Bu konuda genel kurul kendisi karar alabileceği gibi, dağıtılacak kâr payını genel kurulun belirlemesi şartıyla taksit tutarları ve ödeme tarihleri için yönetim kuruluna genel kurul tarafından yetki verilmesi de geçerlidir.

Yönetim kurulunun kâr payı ödemelerini taksitler halinde yapma kararını alırken, kâr payı alacağı ödemesini geciktirmemesi ve kâr payı hakkının özüne zarar vermemesi gerekmektedir. Taksitle kâr dağıtım kararı alınması, nakit sıkıntısı yaşayan şirketler bakımından kâr dağıtımını destekleyen bir yöntemdir. Öte yandan taksitlerin çok uzun süreye yayılması, pay sahibinin kâr payı hakkından elde etmeyi umduğu menfaate engel olabilir¹⁴²¹. Bu nedenle taksitlerin yayıldığı süre önem taşır. Halka açık şirketlerde kâr payı alacağının ifası için işlemlere faaliyet yılı sonuna kadar başlanması gerektiği hükme bağlanmıştır (Kâr Payı Tebliği m.4). Ödemelerin taksitle yapılmasının kararlaştırılması halinde, bu hüküm son taksidin ödemeleri için işlemlere başlanması şeklinde yorumlanmalıdır¹⁴²².

2. İstisna: Nakit Dışı Dağıtım

a. Kavram ve İktisadi İşlevi

Kâr payı alacağı bakımından temel kural, alacak hakkının konusunun para borcu olmasıdır. Ancak anonim şirketin kâr payı olarak belirli bir miktar para dışında malvarlığı unsurlarını dağıtması da ihtimal dahilindedir. Şirketin sahip olduğu nakit harici malvarlığı unsurlarını, kâr dağıtımını hükümlerine tabi olarak dağıtması halinde nakit dışı kâr dağıtımını söz konusudur. Nakit dışı kâr dağıtımından bahsedebilmek için

¹⁴¹⁹ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-I**, s.629.

¹⁴²⁰ Üçışık/Çelik, s.501. İkinci kâr payı dağıtımını bakımından aynı yönde bkz. Badak, s.209.

¹⁴²¹ Gürbüz Usluel, s.228. Kâr payı hakkında bu şekilde müdahaleci bir yaklaşımın tebliğ ile getirilmesinin yerinde olmadığı yönünde bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-I**, s.629.

¹⁴²² Gürbüz Usluel, s.228.

şirket malvarlığından pay sahiplerine bir aktarım olması ve bu aktarımın şirket kârının pay sahipleri arasında paylaştırılması amacına yönelik olması gerekir¹⁴²³.

Nakit dışı kâr payı uygulamasının en temel görünümünün, şirketin faaliyet konusunu oluşturan edimler olduğu belirtilmektedir¹⁴²⁴. Örneğin bir karayolu taşıma şirketinin pay sahiplerine ücretsiz bilet vermesi bu duruma örnek gösterilebilir¹⁴²⁵. Aynı şekilde otel işletmeciliği yapan bir şirketin pay sahiplerine otelde tatil hakkı vermesi de bir diğer örnek olarak belirtilmektedir¹⁴²⁶. Ancak nakit dışı dağıtım sadece bunun gibi küçük değerli dağıtımlar ile sınırlı değildir. Şirketin kendi malvarlığında bulunan ister kendi payları ister başka bir şirket payları olsun, pay sahiplerine dağıtması da mümkündür¹⁴²⁷.

Böyle bir kâr payı dağıtımı, şirketin finans düzeninde esneklik sağladığı için işlevseldir. Nakit dışı dağıtım yapılması halinde, şirket bir yandan nakit kaynaklarını muhafaza ederken bir yandan da kâr dağıtımı yapma imkanına kavuşacaktır¹⁴²⁸. Şirket bu yöntemle, kâr payı dağıtımı için dış borç olarak faiz yükü üstlenmekten kurtulmuş olacaktır¹⁴²⁹. İlâveten, nakit dışı malvarlığı olarak şirketin sahip olduğu payları pay

¹⁴²³ Wiegand, s.24. Belirtmek gerekir ki, şirketin bedelsiz pay çıkarması ve bunu ortaklara dağıtması, gerçek anlamda kâr dağıtımı niteliğinde değildir. Zira bu ihtimalde şirket, malvarlığında bulunan değerleri pay sahiplerine aktarmamakta, bazı bilanço kalemlerini sermaye kalemine ekleyerek bunlar karşılığında pay çıkartarak mevcut pay sahiplerine vermektedir. Diğer bir ifade ile şirket varlıklarında bir azalmayı değil, bilançonun pasif kalemleri arasında bir geçişi ifade ettiğinden, kâr dağıtımı olarak kabul edilemez. Bkz. Yüksel, **Yeni Paylar**, s.399 ve 409. İsviçre hukukunda aynı görüş için bkz. Forstmoser, **Sachausschüttungen**, s.702, Von Büren/Stoffel/Weber, s.215, Vogt, **Basler Kommentar, Art 675**, s.665, Kurer/Kurer, **Basler Komm-2012**, s.720. Alman hukuku bakımından bkz. Wiegand, s.24-25.

Ekleme isteriz ki, SPK Kurulu tarafından çıkartılan Kâr Payı Rehberi'nde kâr dağıtım politikasında kârın "nakit ve/veya bedelsiz" dağıtılacağı ifadesi karşısında, bedelsiz kâr payı dağıtımının nakit dışı dağıtımın bir türü olduğu sonucuna varılabilir. Bu yönde bkz. Tubke, s.251, Gürbüz Usluel, s.49. Ancak kanaatimizce Kâr Payı Rehberi'ndeki ifade isabetli değildir. Payları borsada işlem gören şirketlerde bedelsiz pay verilmesi, bu paylar kolaylıkla elden çıkartılabildiği için kâr dağıtımına benzer bir sonuca yol açtığından yatırımcı gözünden ilgili iki işlemden birlikte bahsedilmesi anlaşılabilir. Ancak kanaatimizce şirket malvarlığında azalmaya yol açmayan bir işlemin kâr payı dağıtımı olarak tanımlanması mümkün değildir.

Son olarak, şirketin malvarlığında yer alan kendi paylarının kâr payı olarak dağıtılması halinde, bu işlem bir nakit dışı teşkil edecektir. Zira bu durumda, şirket malvarlığında yer alan bir malvarlığı unsurunun pay sahiplerine devri söz konusudur. Bkz. Wiegand, s.30.

¹⁴²⁴ Von Büren/Stoffel/Weber, s.214

¹⁴²⁵ Von Büren/Stoffel/Weber, s.214, Vogt, **Basler Kommentar, Art 675**, s.665, Kurer/Kurer, **Basler Komm-2012**, s.720, Tubke, s.250.

¹⁴²⁶ Vogt, **Basler Kommentar, Art 675**, s.665, Kurer/Kurer, **Basler Komm-2012**, s.720, Tubke, s.250.

¹⁴²⁷ Tubke, s.250, Kurer/Kurer, **Basler Komm-2012**, s.720. Geçmişte nakit dışı dağıtımlarda ürün dağıtımı tercih edilirken, artık pay senedi veya opsiyon senetlerinin dağıtımının tercih edildiği yönünde bkz. Üçışık/Çelik, s.513.

¹⁴²⁸ Lutter, Marcus/ Leinekugel, Magdalena/ Rödder, Thomas, **"Die Sachdividende Gesellschaftsrecht und Steuerrecht"**, Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (ZGR), C.31 S.2, 2002, s.205, Wiegand, s.5.

¹⁴²⁹ Grund, s.36.

sahiplerine dağıtarak, bir alandaki iştirakini pay sahiplerine aktarması mümkün olmaktadır. Bu şekilde bölünme gibi bir yeniden yapılandırma işlemi ile elde edilecek sonucun daha kolay yöntemle elde edilmesi mümkün olmaktadır¹⁴³⁰.

b. Hukuka Uygunluğu

Nakit dışı kâr dağıtımının iktisadi işlevi karşısında sorulması gereken soru, pozitif hukukta kâr payı dağıtımının nakit dışı malvarlığı unsurlarının pay sahiplerine dağıtılması yoluyla gerçekleştirilmesinin mümkün olup olmadığıdır¹⁴³¹. Kanunda nakit dışı değerlerin kâr payı olarak dağıtımı konusunda olumlu veya olumsuz yanıt veren açık bir hüküm bulunmamaktadır¹⁴³². Esasen kanun koyucunun TTK hükümlerini sevk ederken, kâr payını nakit ödeme olarak tahayyül ettiğini söylemek mümkündür¹⁴³³. Örneğin TTK m.519 f.2 c bendinde yer alan “*Pay sahiplerine yüzde beş oranında kâr payı ödendikten sonra, kârdan pay alacak kişilere dağıtılacak toplam tutarın yüzde onu*” ifadesi kanun koyucunun bu yaklaşımını göstermektedir¹⁴³⁴. Nitekim doktrinde de sıklıkla kâr payının “ödenmesi” kavramına yer verilmesi, kâr payının nakit olarak ödeneceği kabulünün bir yansımasıdır¹⁴³⁵. Gerçekten de Türk-İsviçre hukuku sisteminde kâr payının nakit olarak dağıtımı esastır¹⁴³⁶.

Öte yandan TTK hükümleri incelendiğinde, kâr payının nakit olarak dağıtılmasını zorunlu kılan bir hükme rastlanmamaktadır¹⁴³⁷. Bu durumda TTK hükümlerinin kâr

¹⁴³⁰ Lutter/Leinekugel/Rödter, s.205, Tubke, s.250-251, Grund, s.37, Üçışık/Çelik, s.514. İştirak paylarının dağıtımı yoluyla bir şirketler topluluğunun yeniden organizasyonunun sağlanabileceği yönünde bkz. Wiegand, s.9, Grund, s.37.

¹⁴³¹ Belirtmek gerekir ki, burada kast edilen şirketin tek taraflı olarak alacağı bir karar ile pay sahibinin kâr payı hakkının nakit dışı bir değer dağıtımı ile karşılanacağına karar verip veremeyeceğidir. Şirketin nakit olarak kâr payı dağıtmaya karar verdikten sonra, nakit ödeme borcu yerine belirli bir malvarlığı unsurunu pay sahibine dağıtması farklı bir sorundur. Pay sahibinin rızası olması şartıyla, şirketin nakit para yerine başka bir malvarlığı değeri verebileceği konusunda bir tereddüt olmamalıdır. Bu durumda nakit dışı kâr payı dağıtımından ziyade, nakit para borcunun ifa dışında başka bir edim (datum in solutio) ile ifa edilmesi söz konusu olacaktır. Bkz. Lutter/Leinekugel/Rödter, s.206 vd., Badak, s.201, Üçışık/Çelik, s.512.

¹⁴³² Alman hukukunda bu konuda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. AktG m.58 f.5 uyarınca şirket esas sözleşmesinde hüküm bulunması şartıyla genel kurulun nakit dışı dağıtımına karar verebilecektir.

¹⁴³³ Üçışık/Çelik, s.511. İsviçre hukuku bakımından aynı yönde bkz. Forstmoser, **Sachausschüttungen**, s.703.

¹⁴³⁴ İsviçre hukukunda da muhtelif hükümlerde kâr payının ödenmesinden bahsedildiği yönünde bkz. Böckli, **Aktienrecht**, s.1521.

¹⁴³⁵ Örnek olarak *Karayalçın* kâr payını tanımlarken, “*her ortağa nakden ödenecek pay*” ifadesine yer vermiştir. Bkz. *Karayalçın*, **Bilanço Hukuku**, s.78. Aynı şekilde muhtelif çalışmalarda nakit dışı dağıtımın hukuka uygunluğunu kabul etmesinden bağımsız olarak her türlü borcu karşıladığı için daha geniş bir kavram olan kâr payının ifası yerine, para borçları için kâr payının ödenmesi ifadesine yer verilmektedir. Örnek olarak bkz. Gürbüz Usluel, s.191, Üçışık/Çelik, s.499, Badak, s.200.

¹⁴³⁶ Forstmoser, **Sachausschüttungen**, s.703, Böckli, **Aktienrecht**, s.1521, Tubke, s.255, Locher, s.159.

¹⁴³⁷ İsviçre hukuku bakımından bkz. Forstmoser, **Sachausschüttungen**, s.703.

payına ilişkin genel yaklaşımı göz önünde bulundurularak bu sorunun çözülmesi gerekmektedir. Kâr payına ilişkin düzenlemeler getirilirken, TTK'nın emredici hüküm sevk ederek korumak istediği ilk grup alacaklılardır. Nakit dışı dağıtımın hukuka aykırı olduğunu kabul etmek için, böyle bir dağıtımın nakit dağıtıma göre alacaklı menfaatlerini zarara uğratması gerekir. Ne var ki, bağlı malvarlığı muhafaza edildiği sürece, kâr payı dağıtımında kullanılacak malvarlığı unsurunun niteliği alacaklıların menfaatleri bakımından önem taşımamaktadır¹⁴³⁸. Hatta şirket alacaklıları açısından şirketin nakit malvarlığı yerine, bir başka malvarlığının kâr payı olarak dağıtılması alacaklılar için lehe dahi olabilir. Bu açıdan nakit dışı dağıtımın alacaklı menfaatlerini ihlal etmesi söz konusu değildir¹⁴³⁹.

Kâr payı hakkı düzenlenirken menfaati gözetilecek diğer grup ise azınlık pay sahipleridir. Kanaatimizce nakit dışı kâr payı dağıtımının pay sahiplerinin menfaatlerini olumsuz etkilemesi mümkündür. Zira pay sahiplerinin nakit dağıtım sonucunda elde edecekleri menfaat objektif olarak belirlidir ve kural olarak tüm pay sahipleri bakımından eşit değerdedir. Ancak nakit dışı bir malvarlığı unsuru kâr payı olarak dağıtıldığı takdirde, nakit dışı dağıtımın pay sahipleri arasında eşit işlem ilkesine uygun olması özel bir ihtimamı gerektirecektir. İlaveten, kâr payı olarak dağıtılacak malvarlığı unsurunun kolayca paraya çevrilebilir olmaması halinde, pay sahipleri kâr payı hakkının özünde yatan menfaatten mahrum kalacaklardır.

Bu aşamada dağıtılacak nakit dışı varlığın niteliği önem kazanmaktadır. Hukuka uygun bir dağıtım için dağıtım konusu varlık aşağıdaki özellikleri taşımalıdır:

- i. Eşit işlem ilkesine uygunluk: Dağıtımın hukuka uygun olabilmesi için eşit işlem ilkesine aykırılık teşkil etmemesi gerekir (TTK m.357)¹⁴⁴⁰. Nakit kâr payı dağıtımında pay sahipleri arasında dağıtım tutarı açısından eşitliği sağlanması basittir. Ancak dağıtım nakit dışı hale gelince, pay sahiplerinin eşit işleme tabi tutulması özel bir önem kazanmaktadır. Nakit dışı bir dağıtım yapılabilmesi

¹⁴³⁸ Forstmoser, *Sachausschüttungen*, s.703.

¹⁴³⁹ Belirtmek gerekir ki, dağıtılacak malvarlığı unsurlarının değerinin isabetli şekilde tespit edilmemesi halinde şirketin izin verilenin ötesinde bir dağıtım yapacağı ileri sürülebilir. Ancak kanaatimizce bu durum nakit dışı dağıtıma ilişkin bir sorun değildir. Şirketin malvarlığı unsurlarının değerinin isabetli tespit edilmemesi, dağıtım nakit olsun olmasın her koşulda alacaklı menfaatleri bakımından bir tehlike oluşturmaktadır. Nakit dışı dağıtım yapılmasının bu açıdan farklı bir etkisi yoktur.

¹⁴⁴⁰ Örnek olarak Tubke, s.257.

için dağıtılacak malvarlığı unsurlarının değer ve nitelik olarak benzer nitelikte olması gerekmektedir¹⁴⁴¹.

- ii. Kolayca paraya çevrilebilir nitelik: Kural olarak şirkete ait olan her türlü malvarlığı değerinin nakit dışı dağıtım kapsamında kâr payı olarak kabul edilmesi mümkündür¹⁴⁴². Bununla birlikte, dağıtım konusu varlığın kolayca paraya çevrilebilmesi gerekir¹⁴⁴³. Aksi takdirde pay sahibinin kâr payı hakkının özü ihlal edilecektir¹⁴⁴⁴. Doktrinde paraya çevirme şartının çok sıkı şekilde incelenmesi ve dar yorumlanması gerektiği belirtilmektedir¹⁴⁴⁵. Bu bağlamda bir ürünün ikinci el satışının mümkün olması, tek başına kolaylıkla paraya çevrilebilir nitelikte olduğunun kabulü için yeterli değildir¹⁴⁴⁶. Paraya çevrilebilirliğin bulunması için, söz konusu malvarlığının kolayca erişilebilecek bir pazarda işlem görmesi gerekmektedir¹⁴⁴⁷.

Malvarlığının paraya çevrilebilmesindeki kolaylığın ise tüm pay sahipleri bakımından geçerli olması gerekir. Bu nedenle malvarlığı unsurunu paraya çevirmek için ilgili pazarı bilmek veya olası alıcıları tanımak gibi ticari becerilerin zaruri olduğu yahut böyle becerilerin malvarlığının satış değeri bakımından esaslı farklılık yaratacağı hallerde bu şart sağlanmamaktadır¹⁴⁴⁸.

Sonuç olarak, nakit dışı kâr payı dağıtımını konusunda kanunda açık bir izin bulunmasa da herhangi bir sınırlamayı gerektiren bir neden de yoktur. Nakit dışı dağıtımın alacaklı menfaatlerini ihlal etmesi kural olarak mümkün değildir. Dağıtımın eşit işlem ilkesine ve kâr payı hakkının özünde yer alan kolayca tasarruf edilebilir bir malvarlığı edinme amacına uygun olması halinde, nakit dışı dağıtımın hukuka uygun olduğunu kabul etmek gerekir. Nitekim Türk hukukunda da nakit dışı dağıtımın

¹⁴⁴¹ Forstmoser, **Sachausschüttungen**, s.705, Böckli, **Aktienrecht**, s.1522, Ruedin, s.293.

¹⁴⁴² Knobloch, s.245.

¹⁴⁴³ Forstmoser, **Sachausschüttungen**, s.705, Böckli, **Aktienrecht**, s.1522, Ruedin, s.293, Tubke, s.255.

¹⁴⁴⁴ Lutter/Leinekugel/Rödder, s.208. Birinci bölümde de bahsettiğimiz üzere, kâr payı hakkının iktisadi işlevi şirket malvarlığında olduğu için pay sahibinin doğrudan yararlanması mümkün olmayan kaynakların doğrudan pay sahibinin kullanımına sunulmasıdır. Eğer kâr payı olarak dağıtılan malvarlığı unsurunun paraya çevrilmesinde önemli sınırlamalar söz konusu olursa, bu durumda kâr payından elde edilmesi beklenen menfaat elde edilemeyecektir.

¹⁴⁴⁵ Lutter/Leinekugel/Rödder, s.210. Aksi görüşte, Wiegand, s.28-29. Yazar tedavül kabiliyeti olmayan bir malvarlığı unsurunun kâr payı olarak dağıtılmasının pay sahipliği haklarını ihlal edebileceğini, ancak bunu her somut olayın şartlarında değerlendirmenin ve genel bir sınırlamaya tabi tutmamanın daha isabetli olduğunu belirtmektedir.

¹⁴⁴⁶ Lutter/Leinekugel/Rödder, s.210.

¹⁴⁴⁷ Lutter/Leinekugel/Rödder, s.211.

¹⁴⁴⁸ Lutter/Leinekugel/Rödder, s.209. Esasen bu durum pay sahipleri arasındaki eşitlik ilkesinin de özellikli bir görünümüdür. Bkz. Lutter/Leinekugel/Rödder, s.209.

hukuka uygun olduğu genel kabul görmektedir¹⁴⁴⁹. Aynı durum mehz İsviçre hukuku bakımından da geçerlidir¹⁴⁵⁰.

Tüm bu açıklamaların sonunda belirtmek gerekir ki, yukarıda belirtilen sınırlamalara¹⁴⁵¹ uymak şartıyla nakit dışı malvarlığının kâr payı olarak dağıtılmasına hukuken bir engel bulunmasa da uygulamada nakit kâr dağıtımının genel kabul gördüğünü söylemek mümkün değildir¹⁴⁵². Nakit dışı kâr dağıtımı sınırlı bir uygulama alanı bulunmaktadır ve uygulamada yaygın değildir. Bu nedenle de ortalama bir pay sahibinin beklentisinin kâr payı hakkının nakden ödeneceği yönünde olduğu söylenebilir¹⁴⁵³. Bu beklenti karşısında, şirketin nakit dışı dağıtım yapmasının şirket menfaatleri açısından meşru bir gerekçesinin bulunması gerekir¹⁴⁵⁴. Böyle bir sebep bulunmaması halinde, şirketin nakit dışı kâr dağıtım yapması halinde, kararın dürüstlük kuralına aykırılık sebebiyle iptali ihtimali gündeme gelecektir. Öte yandan bu beklenti, pay sahibi açısından bir hak niteliğinde değildir. Genel kurulun usulüne uygun olarak ve yukarıda belirtilen sınırlar çerçevesinde nakit dışında bir malvarlığı

¹⁴⁴⁹ Gürbüz Usluel, s.49, Üçışık/Çelik, s.511. İkinci kâr payı dağıtımı bakımından bkz. Badak. S.210. Yazar, temel kâr payı hakkı olarak tanımladığı birinci kâr payı dağıtımının nakden yapılmasının zorunlu olduğu görüşündedir. Bkz. Badak, s.206.

¹⁴⁵⁰ Forstmoser, **Sachauschüttungen**, s.703 vd., Böckli, **Aktienrecht**, s.1521.Von Büren/Stoffel/Weber, s.214, Ruedin, s.293, Kurer/Kurer, **Basler Komm-2012**, s.717. Knobloch, s.244, Tubke, s.254, Locher, s.159. Aksi yönde Bkz. Egger, s.285.

¹⁴⁵¹ İlave etmek gerekir ki, tüm genel kurul kararları bakımından olduğu gibi, nakit dışı kâr dağıtım kararının da sınırlarını dürüstlük kuralı çerçevesinde ele almak gerekir. Şirketin hiçbir meşru ticari menfaati olmaksızın aynı dağıtım kararı alması halinde, kararın dürüstlük kuralına aykırılığı incelemesi önem kazanacaktır. Özellikle şirketin yeterli miktarda likit kaynağının bulunması halinde, nakit dışı dağıtım karar verilmesi halinde, pay sahipleri için oluşturulacak her türlü işlem maliyeti, şirket menfaatine hizmet etmeyen bir yük teşkil edeceği için dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmeye elverişli olacaktır.

¹⁴⁵² Forstmoser, **Sachauschüttungen**, s.701, Tubke, s.250, Badak, s.210, Üçışık/Çelik, s.499. Belirtmek gerekir ki, nakit dışı kâr dağıtımının yaygınlaşmaması hukuk normlarının belirginliği ile bağlantılı değildir. Nakit dışı dağıtımına açıkça izin verilen Alman hukuku bakımından nakit dışı dağıtımın yaygın olmadığı belirtilmektedir. Bkz. Windbichler, s.413, Wiegand, s.23.

¹⁴⁵³ Belirtmek gerekir ki, bu durum kâr payının tarihsel süreçte değişim geçirdiği konulardan biridir. Anonim şirketlerin ilk örnekleri olarak kabul edilen Hollanda Doğu Hindistan Şirketi veya İngiliz Doğu Hindistan ve İngiliz Batı Hindistan Şirketi gibi 17.yy ticaret şirketlerinde, ticari seferlerle getirilen malların pay sahiplerine verilmesi yoluyla kâr dağıtımı yapıldığı belirtilmektedir. Lutter/Leinekugel/Rödder, s. 209. Benzer bir uygulama paranın çok hızlı değer kaybettiği 1929 krizi sonrasında da benimsenmiştir. Lutter/Leinekugel/Rödder, s.209. O nedenle anonim şirketlerin tarihi gelişimi incelendiğinde belirli dönemlerde kâr payının nakit dışı yollarla ödendiğini görmek mümkündür.

¹⁴⁵⁴ Forstmoser, **Sachauschüttungen**, s.705. AktG m.58 f.5 hükmü tasarı aşamasındayken “Dağıtım konusu bir pazarda işlem görmüyorsa, pay sahiplerinin dağıtımın nakit yapılacağına dair güveni korunur” ifadesi yer almaktaydı. Ancak bu hüküm uygulamada belirsizlikler yaratacağı iddiası ile eleştirilmiş ve yasalaşmadan metinden çıkartılmıştır. Bkz. Lutter/Leinekugel/Rödder, s.214. Bununla beraber, ilgili maddenin altında yatan fikrin Türk hukuku bakımından da geçerli sayılmasına bir engel olmadığı görüşündeyiz.

dağıtımına karar vermesi halinde, azınlıkta kalan pay sahibi genel kurulun bu kararı ile bağlı olacak ve kâr payının nakit olarak dağıtılmasını talep edemeyecektir¹⁴⁵⁵.

c. Nakit Dışı Kâr Dağıtım Usulü

Türk hukukunda genel kurulun nakit dışı sermaye dağıtımı yapabilmesi için, şirket esas sözleşmesinde bir hüküm bulunmasına gerek olmadığı kanaatindeyiz. Bu nedenle Türk hukuku, nakit dışı dağıtımlara ancak şirket esas sözleşmesinde izin verilmesi halinde olanak tanıyan Alman hukukundan ayrılmaktadır (AktG m.58 f.5). Bununla birlikte şirket esas sözleşmesinde bu konuda açıkça yetki verilebileceği gibi, nakit dışı kâr dağıtımı yapılmasının belirli şartlara bağlanmasında herhangi bir engel bulunmamaktadır.

İsviçre hukukunda nakit dışı kâr dağıtımına karar verilmesi için, nakit kâr dağıtımlarında geçerli olan genel nisap konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, bu durumda şirkete nakit dışı sermaye getirilmesi halinde nitelikli çoğunluk ile karar alınmasına ilişkin İBK m.704 f.1 b.5 hükmü, nakit dışı kâr dağıtım kararı alınmasında uygulanmalıdır¹⁴⁵⁶. Diğer bir görüşe göre ise, kanunda böyle bir zorunluluk öngörülmediği gibi, nakit dışı sermaye getirme ile nakit dışı kâr dağıtım kararı alınması konusundaki menfaat dengeleri de farklılık gösterdiğinden İBK m.704 f.1 b.5 hükmünün kıyasen uygulanması mümkün değildir¹⁴⁵⁷.

Kanaatimizce de Türk hukuku bakımından da bu ikinci görüş ile benzer bir çözümün kabulü uygun olacaktır. Türk hukukunda nakit dışı sermaye getirilmesi bakımından daha ağır bir nisap öngören İBK m.704 b.1 b.5 muadili bir hüküm bulunmamaktadır. O nedenle de İsviçre hukukundaki tartışmadan bağımsız olarak, Türk hukukunda nakit dışı kâr dağıtım kararı genel hükümler ile uyumlu bir şekilde, TTK m.418'de düzenlenmiş yetersayılar ile alınabilir.

Belirtmek gerekir ki, genel kurul nakit dışı dağıtıma karar verirken takdir yetkisine sahiptir. Dağıtımın tamamının nakit dışı olacağına karar verebileceği gibi, kısmen nakit ve kısmen nakit dışı dağıtıma da karar verebilir. Doktrinde kanaatimizce isabetli olarak nakit dışı ödeme konusunda pay sahiplerine tercih hakkı tanınabileceği belirtilmektedir¹⁴⁵⁸. Pay sahibine tercih hakkı tanınması halinde, kâr payı alacağı bir

¹⁴⁵⁵ Tubke, s.255.

¹⁴⁵⁶ Böckli, **Aktienrecht**, s.1522

¹⁴⁵⁷ Forstmoser, **Sachausschüttungen**, s.705, Tubke, s.256.

¹⁴⁵⁸ Vogt, **Basler Kommentar, Art 675**, s.665, Von Büren/Stoffel/Weber, s.214, Ruedin, s.293, Meier-Hayoz/Forstmoser, s.470, Wiegand, s.33.

seçimlik borç olarak doğacaktır¹⁴⁵⁹. Bu sayede dileyen pay sahiplerine nakit kâr payı dağıtımı yapılması yoluyla, nakit dışı dağıtım sebebiyle pay sahiplerinin menfaatlerinin ihlal edilmesi riski bertaraf edilebilir¹⁴⁶⁰.

Bu noktada ortaya çıkan diğer bir sorun, nakit dışı varlıkların dağıtılması sırasında defter değerlerinin mi yoksa gerçek değerlerinin mi esas alınacağı noktasındadır. Sorun özellikle kâr dağıtımında kullanılacak varlıkların gerçek değerlerinin defter değerlerinden yüksek olması halinde önem taşımaktadır. Konu öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe göre, nakit dışı varlıkların defter değeri üzerinden devredilmesi gerekir. Bu görüşe göre, şirketin dağıtılabılır kârı bilanço aracılığıyla tespit edildiğinden, dağıtılacak tutarın değerinin tespit edilmesinin de aynı ilkelere dayanması gerektiği belirtilmektedir. Bu görüşe göre, kâr dağıtımında kullanılan malvarlığının defter değeri üzerinden devredilmesi, alacaklı menfaatlerini ihlal etmez, zira varlıkların gerçek değerleri bilanço değerlerinden daha yüksekse, bu durumda şirketin gerçek kârının da bilanço kârından yüksek olacaktır. Dağıtılan da bilançoya yansımayan bu kârdır. Bu açılardan bakıldığında, ilgili varlıkların defter değerleri esas alınarak dağıtılması hukuka uygun olacaktır¹⁴⁶¹.

Öte yandan karşıt görüşe göre, dağıtılan kâr payının bilanço değerinin değil, malvarlığının gerçek değerinin tespit edilmesi gerekmektedir¹⁴⁶². Finansal tablolarda bazı varlıkların tarihi değer esasıyla gösterilmesi, kâr dağıtımında da aynı değer esas alınmasını gerektirmez. Eğer dağıtılan malvarlığının bilanço değeri esas alınırsa, bu durumda şirketin malvarlığından çıkan değer ile pay sahibinin alacağı kâr payı hakkı değeri arasında farklılık oluşacaktır, ki bu da tutarsız bir sonuçtur¹⁴⁶³.

Nakit dışı kâr dağıtımı kural olarak nakit kâr dağıtımı ile aynı ilkelere tabidir. Bu bağlamda, pay sahiplerinin kâr payına katılması bakımından geçerli olan farklılaşmış oransallık ilkesi, nakit kâr dağıtımı bakımından geçerli olduğu gibi nakit dışı kâr dağıtımı bakımından da geçerli olacaktır¹⁴⁶⁴. Aynı şekilde hak sahipliğinin

¹⁴⁵⁹ Wiegand, s.33.

¹⁴⁶⁰ Wiegand, s.33. Pay sahiplerine seçenek sunulması, özellikle dağıtım konusu malların bir borsada işlem görmemesi halinde daha büyük önem kazanmaktadır. Bkz. Locher, s.151.

¹⁴⁶¹ Bu görüşe dair kapsamlı açıklama hakkında bkz. Lutter/Leinekugel/Rödter, s.216 vd. Grund, s.171 vd.

¹⁴⁶² Wiegand, s.73, Tubke, s.261 vd., Schulze-Osterloh, Joachim, “**Ausweis der Sachdividende im Jahresabschluss und im Gewinnverwendungsbeschluss**”, FS für Hans Joachim Priester Zum 70. Geburtstag, Dr. Otto Schmidt Verlag, Köln, 2007, s.573, Vogt, **Basler Kommentar, Art 675**, s.665-666, Üçışık/Çelik, s.513.

¹⁴⁶³ Bu konudaki kapsamlı açıklamalar için bkz. Wiegand, s.73 vd., Tubke, s.261 vd.

¹⁴⁶⁴ Tubke, s.265.

kazanılması, kâr payı alacağını devri yahut zamanaşımı gibi konularda kâr payı alacağı bakımından yapılan açıklamalar hem nakit hem de nakit dışı kâr payı alacağı bakımından geçerli olacaktır.

D. İfa Zamanı

1. Muacceliyet Zamanının Belirlenmesi

TTK hükümleri, genel kurulun kâr payı dağıtım kararı alması halinde, söz konusu kâr payının ne zaman ifa edileceği konusunda bir belirleme yapmamıştır. O nedenle de doğmuş bir kâr payı alacağının ne zaman muaccel olacağı sorusu ortaya çıkmaktadır. Bu sorunun genel hükümler ışığında çözümlenmesi gerekmektedir. Öte yandan halka açık ortaklıklar bakımından SPK ve ikincil mevzuat özel düzenlemeler getirmektedir. O nedenle de konuyu, halka açık ve halka kapalı ortaklıklar bakımından ikiye ayırarak incelemek gerekir.

a. Kapalı Anonim Şirketler Bakımından

TTK hükümleri, kâr payı alacağının ifa zamanı konusunda bir hüküm içermemektedir. Ancak öğretilde genel kurulun kâr payının ne zaman ifa edileceğinin genel kurul tarafından belirlenebileceği konusunda görüş birliği bulunmaktadır¹⁴⁶⁵. Esasen genel kurulun kâr payı alacağının vadesini belirleyebileceğine dair açık bir hüküm yoktur¹⁴⁶⁶. Ancak genel kurulun dağıtılacak tutarı belirleme ve belirli şartların varlığı halinde yedek akçe ayırmak suretiyle azaltma yetkisi varsa, “çoğun içinde az da vardır” ilkesi uyarınca dağıtılacak kâr payının muacceliyetini erteleme yetkisinin de bulunduğunu kabul etmek gerekir. Bu açıdan kanaatimizce kâr payı alacağının vadesini belirleme yetkisi, genel kurulun kârın dağıtımını-ayrılması konusundaki karar alma yetkisinden kaynaklanan türev bir yetkidir.

Bu genel ilkeyi ortaya koyduktan sonra, kâr payı alacağının vadesi konusunda kapalı anonim şirketler bakımından farklı ihtimallere göre değerlendirme yapmak gerekmektedir. Öncelikle uygulamada nadiren karşılaşılabilecek bir durum olsa da kâr payı alacağının ne zaman muaccel olacağı esas sözleşmede belirtilebilir. Bu durumda genel kurulun kâr dağıtım kararı esas sözleşme hükmüne uygun olmak zorundadır¹⁴⁶⁷. Ayrıca genel kurul dağıtım tarihi belirlemediği takdirde, esas sözleşmede belirtilen

¹⁴⁶⁵ Üçışık/Çelik, s.499, Badak, s.202 vd., İsviçre hukukunda örnek olarak bkz. Kurer/Kurer, **Basler Komm-2012**, s.719.

¹⁴⁶⁶ Gürbüz Usluel, s.193.

¹⁴⁶⁷ Badak, s.207.

tarihte veya esas sözleşmede bir zaman aralığı belirtilmişse bu zaman aralığının son günü kâr payı alacağı muaccel olacaktır.

Diğer bir ihtimal genel kurulun kâr payı alacağının vadesini belirlemesidir. Yukarıda da belirtildiği üzere, genel kurulun kâr payı alacağını belirleme yetkisi bulunmaktadır. Bu durumda, kâr payı alacağı genel kurulun belirttiği tarihte muaccel olacaktır¹⁴⁶⁸. Genel kurul, kâr payı alacağının muaccel olacağını ayrı bir karar ile tespit edebilir. Bununla birlikte, eğer yönetim kurulu kâr dağıtım önerisinde kâr payı alacağının ne zaman ifa edileceğini belirtmiş ve genel kurul da kâr dağıtım önerisinin onayı yönünde karar almışsa, ayrıca bir vade belirlenmemiş olsa bile kâr payı alacağının dağıtım önerisinde belirtilen tarihte muaccel olması gerekir¹⁴⁶⁹.

Genel kurul, kâr payı alacağının muacceliyet tarihini alacağı bir karar ile belirleyebileceği gibi, yönetim kuruluna tarih belirleme yetkisi de verebilir¹⁴⁷⁰. Böyle bir durumda yönetim kurulu, şirketin mali durumunu da dikkate alarak dağıtımın hangi gün yapılacağını serbestçe belirleme yetkisine sahip olur. Ancak yönetim kurulunun bu yetkisini eşit işlem ilkesini gözeterek kullanması zorunlu olup aksi takdirde kararın butlanı söz konusu olacaktır¹⁴⁷¹.

Doktrinde yönetim kurulunun dağıtım tarihini belirlerken, dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmeyecek şekilde karar alması gerektiği belirtilmektedir¹⁴⁷². Öte yandan, yönetim kurulunun dürüstlük kuralına aykırı bir ödeme günü belirlemesi halinde ne olacağı konusunda bir açıklık yoktur. Az sayıdaki istisna bir kenara bırakılırsa¹⁴⁷³, yönetim kurulu kararlarına karşı iptal davası açılması mümkün olmadığı için, pay sahiplerinin bu durumda hangi hukuki yollara başvuracağı konusunda bir belirsizlik bulunmaktadır.

¹⁴⁶⁸ Üçışık/Çelik, s.499, Badak, s.202 vd., İsviçre hukukunda örnek olarak bkz. Kurer/Kurer, **Basler Komm-2012**, s.719.

¹⁴⁶⁹ Badak, s.206.

¹⁴⁷⁰ Üçışık/Çelik, s.471, Bahar Sayın, Hediye, **Pay Sahibi Haklarının Korunması Kapsamında Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanı**, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s.119, Böckli, **Aktinerecht**, s.1513, Chenaux/Gachet, **CR, Art 660**, s.573. Yönetim kurulunun şirketin finansal durumuna, nakit akışına ve gelecekteki ihtiyaçlarına daha hâkim olması sebebiyle, bu konuda yönetim kuruluna yetki verilmesinin isabetli bir tercih olacağı belirtilmektedir. Bkz. Gürbüz Usluel, s.192.

¹⁴⁷¹ Bahar Sayın, s.119, Üçışık/Çelik, s.356.

¹⁴⁷² Üçışık/Çelik, s.471.

¹⁴⁷³ Söz konusu istisnalar TTK m.460 f.3 uyarınca kayıtlı sermaye sisteminde yönetim kurulunun sermaye artırımı kararı ve sermaye artırımı ile bağlantılı olarak yine TTK m.460'da belirtilen kararlardır.

Kâr payı alacağının muacceliyeti bakımından karşılaşılabilecek diğer bir ihtimal ise, esas sözleşmede veya genel kurul kararlarında bir vade belirlenmemesidir. Bu şekilde şirket esas sözleşmesinde bir hüküm bulunmadığı ve genel kurulun vade belirlemediği durumlarda, kâr payı alacağı doğduğu anda, yani genel kurul kararı ile kâr payı hakkı muacceliyet kazanır¹⁴⁷⁴. Bu sonuç, alacağın doğumu ile alacağı talep hakkının doğumunun kural olarak eş zamanlı olduğuna dair genel hükmün (TBK m.90) bir sonucudur¹⁴⁷⁵. Bu ilke uyarınca, kâr dağıtım kararı alındığı anda kâr payı alacağı da muacceliyet kazanacaktır¹⁴⁷⁶.

Görüldüğü üzere, şirket esas sözleşmesi, genel kurul kararı veya genel kurul tarafından yetkilendirilmiş olması şartıyla şirketin kâr payı alacağının vadesini kararlaştırma yetkisi bulunmaktadır. Öte yandan şirkete kâr payı alacağının vadesini belirleme yetkisi tanınması, beraberinde bu yetkinin sınırı sorusunu da getirmektedir. Acaba genel kurulun kâr dağıtım tarihini belirleme yetkisi bakımından bir sınır bulunmakta mıdır? ETTK döneminde yürürlükte olan Komiser Yönetmeliği uyarınca kapalı anonim şirketlerde kârın içinde bulunulan hesap dönemi sonuna kadar dağıtılabileceği sonucuna varılmaktaydı¹⁴⁷⁷. Aynı görüş bugün için de öğretide çoğunlukla kabul edilmektedir. Eğer şirket genel kurulu dağıtım tarihinin belirlenmesi konusunda yönetim kuruluna yetki vermişse, ancak yönetim kurulu kâr payı ödeme tarihini belirlememişse, kâr payı alacağının dağıtım kararı verilen yılın son günü muaccel olacağı savunulmaktadır¹⁴⁷⁸.

Kanaatimizce mevcut normlar ışığında, kâr payı alacağının mali yılın sonuna kadar ödenmesini zorunlu kılan bir norm bulunmamaktadır. TTK hükümleri finansal tabloların düzenlenmesinde dönemsellik ilkesini kabul etmişse de dağıtımına karar verilen kârın ne zaman ödeneceği konusu, finansal tabloların dönemselliği ile bağlı olmak zorunda değildir. O nedenle de açık bir sınırlama olmadığı için, kâr payı alacağının vadesi belirlenirken de bir sonraki mali yıla sarkan bir ödeme günü tespit edilmesine mutlak bir engel yoktur.

¹⁴⁷⁴ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-I**, s.630, Gürbüz Usluel, s.192, Üçışık/Çelik, s.499, Vogt, **Basler Kommentar, Art 675**, s.664.

¹⁴⁷⁵ Badak, s.209.

¹⁴⁷⁶ Alman hukukunda ise, aksine bir belirleme olmadığı takdirde, muacceliyetin üç iş günü sonra gerçekleşeceği belirtilmektedir. Bkz. Westermann, **Heidelberg Kommentar, Art 58**, 547.

¹⁴⁷⁷ Akbulak, s.172.

¹⁴⁷⁸ Üçışık/Çelik, s.499, Badak, s.208, Gürbüz Usluel, s.192.

Ancak belirtmek gerekir ki, bu açıklamadan genel kurulun kâr payı alacağının vadesini belirleme bakımından serbest olduğu sonucuna varılmamalıdır. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, genel kurulun kâr payı alacağının vadesini belirleme yetkisi, kâr payı dağıtımına karar verme yetkisinden kaynaklanan türev bir yetkidir. Bu durumda kâr payı hakkını sınırlama konusunda genel kurulun takdir yetkisine ilişkin sınırlar, türev yetkinin de sınırını oluşturur¹⁴⁷⁹. Diğer bir anlatımla, genel kurulun kâr payı alacağının muacceliyetini belirlemeye yönelik kararı, yedek akçe ayırmak suretiyle kâr dağıtımını sınırlamasına imkân veren şartlar ile uyumlu olmalıdır. Eğer kâr payı ödemesinin ertelenmesi tüm pay sahiplerinin menfaatleri dikkate alındığında şirketin gelişmesi, düzenli kâr dağıtımını yapabilmesi yahut malvarlıklarının geri kazanılması (TTK m.523) amacına hizmet edecek bir finansman sağlıyorsa, bu durumda kâr payı alacağının muacceliyeti için ileri bir tarih belirlenebilir. Kanaatimizce söz konusu şartları karşıladığı takdirde, kâr payı alacağına ilişkin vade faaliyet yılından bağımsız olarak belirlenebilir. Hemen belirtmek gerekir ki, bu değerlendirmemiz çift yönlü bir etkiye sahiptir. Bir yandan söz konusu amaçlar ışığında kâr payı alacağı için ileri bir vade belirlenmesine olanak tanırken, bir yandan da bu şartları sağlamayan bir vade tespitinin, vade aynı mali yıl içinde kalan bir gün olsa bile, pay sahibinin kâr payı hakkını ihlal edeceği sonucuna varmak, kanaatimizce tutarlı olacaktır¹⁴⁸⁰.

İlave etmek gerekir ki, pozitif hukuk bakımından savunduğumuz bu görüş, pay sahipliği haklarının korunması ve hukuk politikası bakımından ideal bir çözüm değildir. Öğretide savunulduğu üzere, şirketin kâr payı alacağının belirlenmesi konusunda mutlak bir sınır getirilmesi daha basit ve daha etkin bir çözüm olacaktır¹⁴⁸¹.

Nitekim yabancı hukuk sistemlerinde de bu sorunun çözümü için kâr payı alacağının ifası için azami bir süre getirildiği görülmektedir. Örneğin Yunanistan hukukuna göre, dağıtımına karar verilen kâr payının finansal tabloların onaylanmasına ilişkin genel kurulda itibaren iki ay içerisinde ödenmesi gerekmektedir¹⁴⁸².

¹⁴⁷⁹ Bu bakış açısı öğretideki çeşitli görüşlerde de yansımaları bulmuştur. Örneğin %5'lik birinci kâr payı dağıtımını zorunlu kabul eden *Badak*, birinci yedek akçe ayırımı bakımından ileri bir vade belirlenmesinin yahut taksit ile ödeme yapılmasının da mümkün olmadığını belirtmektedir. Öte yandan yazara göre, genel kurulun dağıtım dağıtmama konusunda takdir yetkisine sahip olduğu ikinci kâr payı dağıtımını bakımından vade belirlemesi veya taksitle ödeme yönünde karar alması mümkündür. Bkz. *Badak*, s.205 ve s.209.

¹⁴⁸⁰ Şirketin kararlaştırdığı vadenin pay sahibinin kâr payı hakkına ulaşmasını haksız yere sınırlaması halinde dürüstlük kuralına aykırılık sebebiyle kararının iptalinin mümkün olduğu yönünde bkz. *Badak*, s.212, *Üçışık/Çelik*, s.499. Kanaatimizce burada dürüstlük kuralından önce, TTK m.523 hükmünün ihlali sebebiyle kanuna aykırılık sebebiyle kararın iptali daha isabetli bir çözüm olacaktır.

¹⁴⁸¹ Özellikle halka açık anonim şirketler açısından bu yönde bkz. *Üçışık/Çelik*, s.499.

¹⁴⁸² *Faltakis (Varrenti/de las Cuevas)*, s.236.

Kanaatimizce bu yönde bir düzenleme, kâr payı hakkını güvence altına alınması bakımından yararlı olur. Zira yukarıda da değinildiği üzere, yönetim kuruluna ödeme tarihi belirleme yetkisi verilmesi halinde, söz konusu karar üzerinde hukuki denetim imkânı esaslı şekilde sınırlanmaktadır. Ayrıca vadenin genel kurul tarafından belirlendiği hallerde kullanılacak hukuki koruma yöntemi de iptal davası açılmasıdır. Şirketin kâr payı alacağı bakımından vade belirlemesi konusunda pay sahiplerinin korunan menfaatinin alacağı bir an önce kavuşmak olduğu düşünülürse, genel kurul kararının iptaline yönelik bir dava sürecini beraberinde getirecek bir hukuki sürecin etkin bir koruma sağlamayacağı da açıktır. Halbuki, kanun yoluyla kâr payı alacağının ifası için bir azami süre öngörülmesi halinde, bu sürenin geçmesi ile birlikte pay sahiplerinin alacakları kendiliğinden muaccel olacak ve alacaklılar ifayı talep edebileceklerdir. O nedenle de kâr payı alacağının ifası için bir azami süre getirilmesi iyi bir çözüm olabilir. Öte yandan şirkete belirli bir esneklik tanınması açısından, Yunan hukukunda olduğu gibi iki aylık bir süre yerine, altı ay gibi bir sürenin daha dengeli olabileceği kanaatindeyiz.

b. Halka Açık Anonim Şirketler Bakımından

Halka açık anonim ortaklıklar bakımından kâr payının muacceliyeti bakımından, TTK ve SPK’da hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte, Kâr Payı Tebliği bu konuda bir düzenleme getirmektedir. Kâr Payı Tebliği uyarınca şirket paylarının borsada işlem görüp görmemesine göre bir ayırım yapılmalıdır. Bu ayırımın normatif temeli, Kâr Payı Tebliği’ne dayanmaktadır. Kâr Payı Tebliği m.7 payları borsada işlem görmeyen şirketler bakımından ayrıksı düzenlemeler getirmiştir. Kâr Payı Tebliği m.7 f.2 uyarınca payları borsada işlem görmeyen şirketler bakımından kâr payı, kâr payı kuponlarının teslimi üzerine tam ve nakden yapılır. Üstelik aynı madde, bu şirketlerin taksitle ödeme imkanından yararlanamayacağını da belirtmektedir. Bu düzenleme ışığında, payları borsada işlem gören şirketlerin kâr payı alacağı bakımından bir vade belirleyemeyeceği sonucuna varılabilir.

Payları borsada işlem gören şirketler bakımından ise kâr payının ne zaman ödeneceği konusunda bir üst sınır getirilmiştir. Kâr payı dağıtım politikasına ilişkin Kâr Payı Tebliği m.4 hükmü, kâr dağıtım işlemlerine en geç dağıtım kararı verilen faaliyet yılının sonu itibarıyla başlanılmasının zorunlu olduğunu düzenlemektedir. Madde metni “dağıtım işlemlerine” başlanması bakımından bir son tarih belirttiği için, öğretide ödeme işlemlerinin tamamlanması bakımından bir süre öngörülmediği

belirtilmektedir¹⁴⁸³. Öte yandan öğretide hüküm bulunmamasına rağmen, borsaya kote olmayan şirketler için geçerli olan dağıtılacak kâr payının tam ve nakden ödenmesi ilkesinin, borsaya kote şirketler bakımından da geçerli olması gerektiği savunulmaktadır¹⁴⁸⁴.

Kanaatimizce, Kâr Payı Tebliği'nde borsada işlem görmeyen şirketler için getirilen hükmü, borsada işlem gören şirketler için uygulamak düzenlemenin amacına aykırı olacaktır. Kâr Payı Tebliği m.7 özellikle payları borsada işlem görmeyen şirketlere yönelik ayırksı hükümler getirmeyi hedeflediğinden, o hükümlerin kıyasen borsada işlem gören şirketlere uygulanması mümkün olmamalıdır. Diğer taraftan, Kâr Payı Tebliği m.4 ile faaliyet yılı sonuna kadar kâr payı ödeme işlemlerine başlanması hükmünü kâr dağıtımı için muacceliyet tarihinin faaliyet yılı olduğu şeklinde anlamak gerekeceği görüşündeyiz. Hükümde işlemlere başlanır ifadesine yer verilmesi, görüşümüzce halka açık anonim şirketlerde kâr payı ödeme işlemlerinin tamamlanmasının zamana yayılabilecek olmasından kaynaklanmaktadır. Her ne kadar halka açık şirketlerde kâr dağıtımı sürecinin tamamlanması bir zaman alsa da bu işlemlerin geç faaliyet yılı sonunda başlanması gerekliliği getirildiğinde göre, kâr payı alacağının da bu tarihte muaccel olduğunu kabul anlamına gelecektir

2. Hakkın Zamanaşımına Uğraması

Genel kurulun dağıtım kararı ile somutlaşan ve bir alacak hakkına dönüşen kâr payı hakkının da ileri sürülmesi bir süreye tabi kılınmıştır. Kâr payının talep edilmesi için öngörülen süre, TTK'da değil zamanaşımı sürelerinin düzenlendiği TBK'da düzenlenmiştir. TBK m.147 b.4 uyarınca kâr payı talebi beş yıllık zamanaşımı süresine tabi olacaktır¹⁴⁸⁵. Nitekim Yargıtay da kâr payı taleplerinin beş yıllık zamanaşımına tabi olduğunu teyit etmiştir¹⁴⁸⁶.

Zamanaşımı süresinin kâr payı hakkının muaccel olmasından itibaren başlaması gerektiği öğretide kabul edilmektedir¹⁴⁸⁷. Nitekim bu sonuç alacak haklarına ilişkin genel kurallar ile de uyumlu olacaktır. Bu bağlamda kâr payı hakkının dağıtımı için genel kurul bir dağıtım zamanı belirlemişse, zamanaşımı süresi genel kurul kararından

¹⁴⁸³ Gürbüz Usluel, s.227.

¹⁴⁸⁴ Badak, s.202.

¹⁴⁸⁵ Kendigelen, Abuzer/Conkar, Halil, “Zamanaşımına Uğrayan Kâr Payı Alacağı Konusundaki Özel Düzenleme”, İÜHF C. LXXI, S. 2, 2013, s. 205-224, s.220.

¹⁴⁸⁶ 11. HD. 10.11.1990 E.7693 K.6376 (naklen Gürbüz Usluel, s.194).

¹⁴⁸⁷ Kendigelen/Conkar, s.220, Gürbüz Usluel, s.194.

değil, kararlaştırılan dağıtım tarihinden başlayacaktır. Öte yandan eğer genel kurul kâr dağıtımını zamanı belirlememişse, zamanaşımı süresi genel kurul kararından almasından itibaren başlayacaktır¹⁴⁸⁸.

1933 tarihli ve 2308 sayılı “Şirketlerin Müruru Zamana Uğrayan Kupon Tahvilât ve Hisse Senedi Bedellerinin Hazineye İntikali Hakkında Kanun¹⁴⁸⁹” zamanaşımına uğrayan kâr payı alacakları bakımından özel bir düzenleme getirmekteydi. 2308 sayılı Kanun uyarınca sermaye şirketlerinin dağıtacağı kâr payına ilişkin zamanaşımı süresinin dolması halinde, söz konusu alacak hakkı devlete intikal etmesi öngörülmüştü. Hüküm uyarınca hakkın intikali üzerinden “3 ay içerisinde şirket söz konusu miktarı mahalli mal sandığına yatırmakla yükümlü” tutulmuştu (2308 sayılı K m.1 f.2). Ne var ki, Anayasa Mahkemesi 10.04.2019 tarihinde verdiği bir karar¹⁴⁹⁰ ile ilgili kanunun tüm maddelerini¹⁴⁹¹ anayasaya aykırı bulmuş ve ilgili kanunun iptaline karar vermiştir¹⁴⁹². İlgili hükmün iptal edilmesi ile birlikte, zamanaşımına uğramış kâr payı alacakları pay sahibinin malvarlığında eksik borç olarak kalacaktır.

E. İfa Usulü

Kâr payı alacağının vadesi geldiğinde şirket kâr payı alacağını ifa etmekle yükümlüdür. Kâr payı alacağının ifasına dair TTK’da bir hüküm bulunmamaktadır. Bu durumda ifanın nasıl gerçekleşeceği konusu genel hükümler ışığında çözümlmelidir. TBK m.89 borcun ifa yeri konusunda bir düzenleme getirmektedir. TBK m.89 uyarınca taraflar arasında ifa yeri konusunda açık veya zımni bir anlaşma yoksa, para borçlarının alacaklının yerleşim yerinde, parça borçlarının ise borç konusunun bulunduğu yerde ifa edilmesi gerekmektedir. Buradan hareketle, nakit kâr dağıtımında pay sahiplerinin yerleşim yerinde ifanın gerçekleşeceği, nakit dışı paylar içinse dağıtılacak malvarlığı unsurunun bulunduğu yerde ifanın esas olduğu söylenebilir.

¹⁴⁸⁸ Kendigelen/Conkar, s.220.

¹⁴⁸⁹ RG. T. 26.6.1933 S. 2437.

¹⁴⁹⁰ Karar Tarihi 10.04.2019 E.2018/136 K.2019/21 (RG. T.20.06.2019 S.30807 Erişim: <https://www.anayasa.gov.tr/media/5941/2018-136.pdf>, Erişim Tarihi: 09.09.2020).

¹⁴⁹¹ Anayasa Mahkemesi kararında esasen 2308 sayılı Kanun’un 1.maddesinin anayasa aykırılığı tespit edilmişse de birinci maddenin iptali üzerine diğer maddelerin de uygulanma imkanı kalmadığı için, mahkeme diğer hükümlerin de iptaline karar vermiştir.

¹⁴⁹² Esasen ilgili kanunun anayasaya aykırılığı iddiası yeni değildir. Anayasa Mahkemesi, 1965 yılında verdiği bir kararda ilgili kanun hükümlerinin anayasaya uygun olduğu sonucuna varmıştır. Bkz. Anayasa Mahkemesi Kararı, E 1964/47 K.1965/8 (RG T. 25.6.1965 S.12032). Nitekim öğretide de hükmün anayasaya aykırılığı yine yakın zamanda dile getirilmiştir. Kapsamlı bir değerlendirme ve anayasaya aykırılık değerlendirmesi için bkz. Kendigelen/Conkar, s.209 vd.

Bununla birlikte, söz konusu hükmü ortaklıklar hukukunun ihtiyaçları çerçevesinde değerlendirmek gerekir. Kâr payı hakkı sahibinin pay defterine kayıtlı olması halinde şirket pay sahibinin kimliğini bileceği için, genel kural ile uyumlu olarak ifayı gerçekleştirecektir. Pay sahibinin kimliğinin ve adresinin pay defterine kayıtlı olması halinde, şirketin ödemeyi adrese posta yoluyla gönderebileceği belirtilmektedir¹⁴⁹³. Ayrıca pay sahibinin ödeme yapılacak bir hesap bildirmiş olması halinde, banka hesabına ödeme yapılmasında bir engel olmadığı gibi gerek kayıt altına alınması gerekse ödeme güvenliğinin sağlanması için bu yöntemin tercih edilmesi gerektiği görüşündeyiz.

Bununla birlikte bazı hallerde, TBK m.89’da benimsenen ilkedен sapan çözümler de söz konusu olacaktır. Örneğin hamiline yazılı pay senetlerinin çıkartılması halinde, pay sahibinin kimliği şirket tarafından bilinemeyeceğinden, kâr payı alacağının ifası için pay sahibi sıfatını ispat etmesi gerekecektir. Bu nedenle de hamiline yazılı pay senedi sahibi şirkete başvuruda bulunmadan, şirketin ifada bulunması mümkün olmayacaktır. Bu durum ise para borcunun borçlunun yerleşim yerinde ifasına engel bir durumdur.

Bir diğer olasılık ise kâr payı alacağının kıymetli evraka bağlanmasıdır¹⁴⁹⁴. Kupon ismi verilen kıymetli evrak, niteliği itibariyle hamiline yazılı bir kıymetli evraktır¹⁴⁹⁵. Eğer kâr payı hakkı için bu şekilde kupon çıkartılmışsa, şirket kâr payını kuponun teslimi üzerine ödeyecektir¹⁴⁹⁶. Bu durumda da yine pay sahibinin kuponu şirkete ibraz ederek ödeme talep etmesi gerekeceğinden, alacaklının yerleşim yerinde ifa ilkesi geçerli olmayacaktır.

F. Kâr Payı Alacağının Cebri İcrası

Doğmuş kâr payı alacağının vadesinde şirket tarafından usulüne uygun olarak ifa edilmesi gerekmektedir. Şirket tarafından söz konusu ifanın gerçekleştirilmemesi üzerine, şirket kâr payı alacağı bakımından temerrüde düşecek ve kâr payı hakkının niteliğine göre temerrüdün sonuçları doğacaktır. Kâr payı alacağının muacceliyet

¹⁴⁹³ Locher, s.147. Bu noktada ödeme sırasında güvenliğin sağlanması için nakit para gönderimi yerine, çek gibi bir ödeme aracı ile gönderim daha yerinde olacaktır.

¹⁴⁹⁴ Daha eski tarihli çalışmalarda, kâr payı alma hakkının sıklıkla bir kıymetli evraka bağlandığı belirtilmektedir. Bkz. Locher, s.137.

¹⁴⁹⁵ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar ve Kooperatifler**, s.715, Kendigelen, **İntifa Hakkı**, s.125, Locher, s.137. Kuponun hamiline yazılı senet niteliği, kâr payı hakkı veren senedin hamiline yahut emre yazılı olmasından bağımsız niteliktedir. Bkz. Locher, s.137, Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar ve Kooperatifler**, s.715.

¹⁴⁹⁶ Locher, s.147, Üçışık/Çelik, s.501, Kendigelen, **İntifa Hakkı**, s.125.

tarihi şirket tarafından belirlendiği için, kanaatimize bu durumda şirketin temerrüde düşmesi için ayrıca bir ihtar yapılmasına gerek yoktur (TTK m.117 f.2). Ancak bunun için pay sahibinin kimliğinin şirket tarafından biliniyor olması gerekir. Örneğin hamiline yazılı paylara sahip olan kişinin hak sahibin olduğunu şirkete karşı ispat ederek ifanın kendisine yapılmasını talep etmesi gerekmektedir.

Kâr payı alacağı vadesinde ifa edilmediği takdirde, alacak hakkının ifası için pay sahibi hukuki yollara başvurabilir. Bu amaçla pay sahibi şirkete karşı ödeme emri gönderebileceği gibi bir alacak davası da açabilecektir. Ayrıca anonim şirketler iflasa tabi olduklarından, pay sahibi genel haciz yoluyla takibe başvurabileceği gibi iflas yoluyla takibe başvurma yetkisine de sahiptir. Bu bakımdan şirketin diğer alacaklıları ile pay sahipleri arasında bir fark bulunmamaktadır.

Kâr payı hakkının cebri icra yoluyla takip edilmesi bakımından dikkat edilecek ilk husus, söz konusu alacak hakkının hangi yolla doğduğudur. Kâr payı alacağı kural olarak genel kurul kararı ile birlikte doğar. Ancak bununla beraber yukarıda bahsedildiği üzere¹⁴⁹⁷, kâr payı hakkının bir mahkeme kararı sonucu doğmasının mümkündür. Bu durumda ilgili mahkeme kararı belirli bir tutarın ödenmesini içeriyorsa, ilamın icrası hükümleri uyarınca takip yapılacaktır. Ancak mahkeme kararı, sadece dağıtım tutarına karar verilmesine yönelikse ve pay sahibinin alacak tutarını içermiyorsa, bu durumda bu pay sahibi tarafından ilamlı icraya başvurulması mümkün olmayacaktır; zira bu durumda ilam şirketin pay sahibine belirli bir tutarı ödemesine yönelik bir talimat içermemektedir. Ancak mahkeme ilamı tüm pay sahipleri bakımından sonuç doğuracak bir etkiye sahipse, pay sahibinin alacağı doğacağı için doğan alacağı için takip talebinde bulunması mümkündür.

Kâr payı alacağının iflas etmiş bir şirketten talep edilmesi de incelenmesi gereken olasılıklardan biridir. Hemen belirtmek gerekir ki, kâr payı dağıtacak şirketin iflas etmiş olması, dağıtılan kâr payı hakkının hukuka aykırı olduğu anlamına gelmemektedir. Şirket tarafından kâr dağıtım kararı verildiği sırada şirketin kâr dağıtılması hukuka uygun olduğu takdirde, şirketin ekonomik durumunda daha sonra meydana gelen değişiklikler, kâr dağıtımını hukuka aykırı hale getirmeyecektir¹⁴⁹⁸. Bu

¹⁴⁹⁷ Bkz. Üçüncü Bölüm-IV-A-3- Mahkeme Kararı ile Doğması.

¹⁴⁹⁸ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-I**, s.630, Üçışık/Çelik, s.371, Gürbüz Usluel, s.191, Locher, s.222, Spörri, s.94. Alman hukuku bakımından bkz. Wiegand, s.22.

nedenle de kâr payı alacağının iflas eden bir şirkete karşı da ileri sürülmesi ihtimal dahilindedir.

Şirket kâr dağıtım kararı aldıktan sonra iflas edecek olursa, pay sahipleri kâr payı alacaklarını iflas masasına yazdırabilirler¹⁴⁹⁹. Kâr payı alacağının iflas anında muaccel olmaması, iflas masasına kaydedilmesine engel değildir¹⁵⁰⁰. Türk hukukunda¹⁵⁰¹ pay sahiplerinin kâr payı alacağının iflas halinde ödemede sona bırakılması söz konusu değildir. Böyle bir düzenleme şirket esas sözleşmesi ile de getirilemez; zira böyle bir düzenleme pay sahiplerinin tek borç ilkesine aykırılık teşkil edecektir¹⁵⁰².



¹⁴⁹⁹ Üçışık/Çelik, s.471, Locher, s.222.

¹⁵⁰⁰ Üçışık/Çelik, s.372.

¹⁵⁰¹ Avrupa Birliği'nde şirketler hukukunun güncellenmesi amacıyla yapılan çalışmalarda bu konuda bir öneri getirilmiştir. Winter Raporu, uyarınca pay sahipleri de dahil olmak üzere şirketin içindeki menfaat sahiplerinin sonraya bırakılmasına yönelik hükümlerin alacaklı koruması bakımından yararlı olabileceğini belirtmektedir. Bkz. Winter Raporu s.86 vd. Ancak şu anda Türk hukukunda bu yönde bir zorunluluk bulunmamaktadır.

¹⁵⁰² Üçışık/Çelik, s.373. Öte yandan pay sahiplerinin şirket esas sözleşmesi dışında, iradi olarak iflas halinde alacaklarının en son ödenmesini kabul edebilirler. Tek borç ilkesi böyle bir sözleşme yapılmasına engel teşkil etmez.

Dördüncü Bölüm: Pay Sahibinin Kâr Payı Dağıtımını Talep Yetkisi

Anonim şirketin kâr dağıtımı, şirketin finansman süreci ile yakından bağlantılıdır. Şirketin elde ettiği kârın ne kadarını muhafaza edeceği yahut geçmiş yıllarda elde ettiği kaynakların ne kadarını yatırımcısı olan pay sahiplerine dağıtacağına karar vermesi, şirketin nasıl yönetildiği ile yakından ilişkili bir sorundur. O nedenle de şirketin kaynakları üzerinde nasıl tasarruf edeceği konusunda karar verebilmesi gerekir. Bu karar, anonim ortaklıklarda çoğunluk ilkesi uyarınca çoğunluğu oluşturan pay sahiplerinin kararları ile alınır ve azınlık pay sahipleri kural olarak çoğunluk pay sahiplerinin bu konudaki ticari tercihleri ile bağlıdırlar.

Bununla birlikte, kâr dağıtımı konusunda çoğunluk pay sahipleri ve onların oyları doğrultusunda iradesi oluşan şirket tüzel kişiliği tamamıyla serbest değildir. Türk anonim şirketler hukukunda kâr payı, pay sahibi açısından bir hak olduğu kadar, anonim şirket bakımından da bir yükümlülük teşkil etmektedir. Anonim şirketin kâr dağıtımını sınırlaması, kârın pay sahibi bakımından bir hak olduğu olgusunu değiştirmemektedir. Anonim şirketin kâr dağıtımından kaçınması, kanun ve esas sözleşme ile verilen yetkiler çerçevesinde mümkündür. Diğer bir anlatımla, anonim şirketin kâr dağıtım yükümlülüğü yahut pay sahibinin kâr payı hakkı, içeriği borçlunun iradesine göre değişiklik gösteren, ancak borçlunun içeriği belirleme yetkisinin de sınırlandığı bir yükümlülüktür. Şirket tüzel kişiliğinin hukuken kendisine tanınan kâr dağıtımından kaçınma yetkisini aşması halinde, bu durum kâr dağıtımından haksız yere kaçınma teşkil edecektir.

Türk hukukunda pay sahiplerinin şirketin haksız yere kâr dağıtımından imtina etmesi halinde başvuracakları açık ve özel bir koruma yolu düzenlenmemiştir. Ancak buradan hareketle, pay sahiplerinin haksız yere kâr dağıtılmamasına karşı başvurabilecekleri hukuki yol bulunmadığı sonucuna da varılmamalıdır. Pay sahipleri, şirket genel kurulunun kanunda belirtilen şartları taşımayan veya dürüstlük kuralına aykırı genel kurul kararları karşısında bazı hukuki koruma imkânlarına sahiptirler. Bu imkânlar arasında en başta yedek akçe ayrılmasına ilişkin genel kurul kararlarının iptali davası ve TTK m.531 hükmü uyarınca şirketin haklı sebeple feshine veya alternatif çözümlere hükmedilmesini istedikleri dava gelmektedir. Ayrıca öğreti ve yargı kararlarında tartışmalı olan mahkemenin genel kurul yerine geçerek kâr dağıtımına karar vermesi de bu bağlamda incelenmesi gereken bir ihtimaldir.

Söz konusu yollar, pay sahibini kâr payı hakkı bakımından edilgen bir durumdan çıkartıp etken bir konuma geçirmektedir. Bu davalar yoluyla, pay sahibi sadece şirket tarafından dağıtımına karar verilen kâra iştirak etmekle kalmayıp şirketin kâr dağıtımını yapmasını da sağlayacak adımlar atabilmektedir. Kanun koyucunun pay sahibine şirketin kâr dağıtımından kaçınması halinde başvurulabilecek hukuki yollar tanınması, pay sahibinin kâr payı dağıtımına zorlama yetkisini oluşturmaktadır ve dar anlamda kâr payı hakkından kaynaklanan iki yetkiden birini oluşturur. Çalışmamızın dördüncü bölümünde, dar anlamda kâr payı hakkından doğan kâr dağıtımına zorlama yetkisini ele alacağız.

Kâr dağıtım yetkisi kapsamında başvurulabilecek hukuki yolları açıklamadan önce, pay sahibinin kâr payı hakkı bakımından önemli olan, ancak niteliği gereği kâr payı dağıtımına zorlama hakkına dayanmayan davaları da belirtmek, kavramın dış çerçevesini daha net ortaya koymak yararlı olacaktır. Bunlardan ilki, pay sahibinin mali menfaat elde etme hakkını ihlal eden genel kurul kararları ve esas sözleşme değişikliklerinin butlanının tespitidir. Birinci bölümde de açıkladığımız üzere, pay sahibinin mali menfaat elde etme hakkı hem kaldırılamaz hem de vazgeçilmez bir hak niteliğindedir¹⁵⁰³. Anonim şirketlerde ister bir genel kurul kararı ile olsun ister esas sözleşmede sevk edilecek bir hükümle olsun, mali menfaat elde etme hakkının doğrudan veya dolaylı olarak kaldırılması mümkün değildir. Örneğin şirketin içinde bulunduğu piyasa koşullarından bağımsız olarak yüksek miktarda yedek akçe ayrılmasına ilişkin bir hüküm getirilmesi yahut şirket kârının tamamının sadece bir pay grubuna bırakılması gibi esas sözleşme hükümleri, pay sahiplerinin mali menfaat elde etme haklarını ihlal edecek niteliktedir. İşte bu gibi kararlar ve esas sözleşme hükümleri, batıl olup bu düzenlemelere karşı iptal davası değil, butlanın tespiti davası açılması gerekmektedir¹⁵⁰⁴.

Her ne kadar, bu ihtimalde butlanın tespit edilmesi, pay sahibinin kâr payı hakkının korunması ile yakından bağlantılı olsa da teknik anlamıyla burada şirketi kâr dağıtımını yapmaya zorlayan bir dava söz konusu değildir. O nedenle de bu bölümde, şirketi kâr dağıtımına zorlamayan, sadece hukuki durumun tespitine yönelik bir dava olması sebebiyle butlanın tespiti davası incelenmeyecektir.

¹⁵⁰³ Mali menfaat elde etme hakkı bakımından bkz. Birinci Bölüm-II- A- Geniş Anlamda Kâr Payı Hakkı: Mali Menfaat Elde Etme Hakkı.

¹⁵⁰⁴ Yüksek miktarda yedek akçe ayrılması örneği bakımından bkz. Gürbüz Usluel, s.77. Kârda imtiyaz tanınması yoluyla bazı pay sahiplerinin kâr payı hakkından mahrum bırakılamayacağı yönünde bkz. Chenaux/Gachet, **CR, Art 660**, s.575. Kârın tek bir pay sahibine bırakılmasına yönelik esas sözleşme hükümleri bakımından bkz. Birsell, s.136-137, Böckli, **Aktienrecht**, s.534, Badak, s.228, Trigo Trindade, **CR, Art 654**, para.19.

Benzer şekilde doğmuş kâr payı alacağının ifasına ilişkin davalar da bu bölüm kapsamında incelenmeyecektir. Genel kurulun kâr dağıtım kararı alması ile birlikte, kâr payı alacağı doğmuş olacak ve muacceliyet ile birlikte pay sahibi tarafından ifası istenebilecektir¹⁵⁰⁵. Ayrıca üçüncü bölümde belirttiğimiz üzere, şirket esas sözleşmesinde dağıtılacak kâr payı oranının açık şekilde gösterildiği hallerde, şirket genel kurul tarafından finansal tabloların onaylanmasıyla kâr payı alacağı doğacaktır¹⁵⁰⁶. Bu ihtimalde kâr payı alacağı doğmuş olup pay sahibinin açacağı dava, mevcut alacağın ifasına yönelik bir alacak davasıdır¹⁵⁰⁷. O nedenle bu olasılık da pay sahibinin kâr payı dağıtımını talep yetkisi ile bağlantılı bir dava değildir ve bu bölümde incelenmeyecektir.

I. Yedek Akçe Ayırma Kararının İptali

Daha önce de belirtildiği üzere, yedek akçelerin kâr payı dağıtımı ile karmaşık bir ilişkisi vardır. Bir yandan serbest yedek akçelerin çözülmesi yoluyla kâr payı dağıtımı yapılmasını sağlarken, bir yandan da yedek akçe ayrılması yoluyla kâr payı dağıtımının azaltılması hatta tamamen kaldırılması ihtimali de bulunmaktadır. O nedenle de pay sahiplerinin şirketi kâr dağıtımına zorlama yetkisi, genel kurulun yedek akçe ayırma kararının¹⁵⁰⁸ hukuki denetime tabi tutulması anlamına gelmektedir.

Türk hukukunda yedek akçe ayırma kararı genel kurulun devredilemez yetkileri arasındadır (TTK m.408)¹⁵⁰⁹. Yedek akçe ayırma kararı, usulüne uygun olarak alınan bir genel kurul kararı ile gerçekleşir. Bu durumda kâr payı dağıtımını talep yetkisi açısından ilk incelenecek hukuki yol, genel kurul kararının iptali davasıdır.

Genel kurul kararının iptali sebepleri, dava açma süresi ve usule ilişkin muhtelif sorunlar TTK m.445 ve devamındaki hükümlerde düzenlenmiştir. Anonim şirket genel kurul kararlarının iptaline ilişkin kurallar, yedek akçe ayırma kararının iptali bakımından da geçerli

¹⁵⁰⁵ Kâr payı alacağının doğumu ve muacceliyeti hakkında bkz. Yukarıda Üçüncü Bölüm-IV-D-İfa Zamanı.

¹⁵⁰⁶ Bu konu hakkında açıklama için bkz. Üçüncü Bölümde- IV-A-2-Finansal Tabloların Onaylanmasıyla.

¹⁵⁰⁷ Badak, s.267-268.

¹⁵⁰⁸ Daha önce ele alındığı üzere, anonim şirketin net dönem kârını dağıtması esas olup kanun ve esas sözleşme ile şirkete yedek akçe ayırma yetkisi tanındığı ölçüde net dönem kârının dağıtımından kaçınılması mümkündür. O nedenle de net dönem kârı bakımından genel kurul kararının konusu, yedek akçe ayrılması kararıdır. Bkz. İkinci Bölüm-III-B-2-Genel Kurul Kararının Konusu. O nedenle de şirketin yeterli kâr dağıtımını yapmaması sebebiyle iptali istenen karar da yedek akçe ayrılmasına yönelik olduğundan bu bölümde, yedek akçe ayırma kararının iptali kavramına yet verilmiştir.

¹⁵⁰⁹ Aynı durum İsviçre hukuku bakımından da geçerlidir, ancak karşılaştırmalı hukukta farklı düzenlemeler bulunmaktadır. Örneğin Alman hukukunda yönetim ve gözetim kurullarının kararı ile yıllık kârın yarısını aşmamak şartıyla kârın yedek akçeye ayrılmasına karar vermeleri mümkündür (AktG m.58 f.2). Bu açıdan genel kurulun yedek akçeler üzerindeki mutlak kontrolü, Türk-İsviçre hukuku ile Alman hukuku arasında bir farklılık oluşturmaktadır.

olacaktır¹⁵¹⁰. Çalışmanın kapsamını genişletmemek için, genel kâr dağıtım kararları bakımından farklılık göstermeyen, dava açma süresi, iptal davası açabilecek kişiler ve hükmün geri bırakılması gibi hususlara değinilmemiştir. Öte yandan, genel kurul kararlarının iptali sebepleri, yedek akçe ayırma kararları bakımından özellik gösterdiğinden, daha detaylı incelenmesinde yarar bulunmaktadır.

A. Genel Kurul Kararının İptal Sebepleri

TTK m.445 hükmü, genel kurul kararlarının iptali sebeplerini iptal edilen hukuk normunun kökenine göre tasnif etmiş ve iptal sebeplerini iptal sebeplerini i) kanuna aykırılık, ii) esas sözleşmeye aykırılık, iii) dürüstlük kuralına aykırılık olarak üç başlıkta toplamıştır¹⁵¹¹.

Genel kurul kararının iptali sebepleri, yukarıda belirtilenler ile sınırlıdır ve bu belirtilenler dışında başka sebeplere dayanarak genel kurul kararının iptalinin istenmesi mümkün değildir. Örneğin şirketin uzun süre yüksek oranda kâr dağıtımını yapmış olması, daha sonra bu politikasında değişikliğe gitmesi ve düşük oranda kâr dağıtması, pay sahiplerine bu politikanın devamı hakkı tanımayacak ve bir iptal sebebi oluşturmayacaktır¹⁵¹².

¹⁵¹⁰ Bu noktada Türk-İsviçre hukukunun Alman hukukundan ayrıldığına dikkat çekmek isteriz. AktG m.254 hükmü, kârın kullanılması kararlarına ilişkin özel bir düzenleme getirmektedir. Bu nedenle genel kurul kararlarının iptali bakımından genel hüküm AktG m.243 olsa da kârın kullanımına ilişkin kararın iptaline ilişkin dava AktG m.254 hükümlerine göre görülecektir.

Ancak kâr dağıtım kararı bakımından AktG m.243 hükmünün uygulanması olasılığı da tamamen ortadan kalkmamıştır. Genel kurulun çağırılması veya toplanmasına ilişkin hukuka aykırılıkların bulunması halinde yine AktG m.243 uyarınca iptal davası açılacaktır. Aynı şekilde çoğunluk pay sahiplerinin azınlık pay sahiplerini zarara uğratmak amacıyla yedek akçe ayırma kararı almasında da iptal davasının AktG m.254 değil, davacı için daha avantajlı olan AktG m.243 hükümleri uyarınca değerlendirileceği belirtilmektedir. Bkz. Arnold, **Kölner Kommentar**, s.796-797, Schmidt/Lutter, **Schmidt/Lutter Kommentar, AktG Art.254**, para.6 ve para.7, Reul, s.399.

¹⁵¹¹ Hemen belirtmek gerekir ki, dürüstlük kuralı salt soyut bir ilke olmayıp MK m.2’de somutlaşmış bir hukuk normudur. O nedenle de dürüstlük kuralına aykırılık, aynı zamanda bir kanuna aykırılık teşkil ettiğinden, hükmün kendi içinde tekrara düştüğü söylenebilir. Örnek olarak bkz. Kırca, **Genel Kurul**, s.91. Nitekim, dürüstlük kuralı açık bir iptal sebebi olarak düzenlenmeseydi dahi, aynı sonuca kanuna aykırılık sebebiyle varılabileceği yönünde bkz. Moroğlu, **Genel Kurul**, s.238.

Ne var ki, çoğunluk pay sahiplerinin sıklıkla azınlık pay sahiplerinin menfaatlerini ihlal etmek amacıyla genel kurul kararlarını bir araç olarak kullanmaları karşısında, dürüstlük kuralına aykırı kararların da iptal edileceğinin açıkça belirtilmesi, kanun koyucunun iradesini daha açık şekilde koymaya hizmet etmektedir. Bkz. Kırca, **Genel Kurul**, s.91.

Bu yaklaşım, yedek akçe ayırma kararları bakımından ayrıca işlevseldir. Zira genel kurulun yedek akçe ayırma yetkisinin bizzat kanundan yahut esas sözleşmenin açık hükmünden kaynaklandığı durumlarda, kararın hala iptali kabili nitelikte olduğunun belirtilmesi, olası tereddütleri gidermesi bakımından işlevseldir. Nitekim TTK m.445 hükmüne temel olan ETTK m.381 hükmüne dair Adliye Encümen tarafından bu çoğunluğu haksız kararları ile azılığı ezmesine engel olunması” amacının güdüldüğünü belirtmiştir. Bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-I**, s.535, Kırca, **Genel Kurul**, s.97.

¹⁵¹² Truyen, s.140. Yazar bunu Kuzey Avrupa hukuk sistemlerini inceleyen çalışmasında belirtmişse de bu görüşün Türk hukuku da dahil olmak üzere birçok hukuk sistemi bakımından kabul edilmesine bir engel bulunmadığı görüşündeyiz.

Benzer şekilde, alınan genel kurul kararının ticari olarak yerindeligi de bir iptal sebebi değildir, zira mahkeme yedek akçe ayırma kararının ticari olarak yerindeligi inceleme yetkisine sahip değildir¹⁵¹³. Örneğin şirket yeni bir faaliyet alanına yatırım yapmak veya üretim tesislerinde otomasyona geçmek için kâr dağıtımından imtina ettiği takdirde, hâkimin “mevcut piyasa koşullarında kapasite artışına gidilmesi yerinde bir tercih olmaz” gerekçesi ile genel kurulun yedek akçe ayırma kararını iptal etmesi mümkün değildir. Aynı sebepten, şirketin yapacağı yatırımının yeterince kârlı olmayacağı gibi bir gerekçe ile de genel kurul kararının iptali istenemeyecektir¹⁵¹⁴.

Yukarıda belirtildiği üzere genel kurul kararının şirketin kâr payı dağıtımını konusunda bir teamülünü ihlal etmesinin veya ticari olarak isabetli olmamasının iptal sebebi olarak kabul edilmeyeceğini kuramsal olarak savunmak kolay olsa da uygulamada söz konusu hususların genel kurul kararına karşı açılacak iptal davaları bakımından önem taşıyabileceği de göz ardı edilmemelidir. Şirketin süregelen kâr dağıtım politikasından önemli derecede sapılması veya ticaret hayatının genel uygulamalarına aykırı bir yaklaşım gösterilmesi tek başına bir iptal sebebi teşkil etmese dahi genel kurul kararının kanuna ve özellikle de dürüstlük kuralına aykırı olup olmadığının tespiti bakımından yol gösterici olabilir¹⁵¹⁵. Örneğin yıllardır belirli bir oranda kâr dağıtan şirketin ani bir değişiklik ile dağıtımdan imtina etmesi halinde, bu kararın sektör veya genel ekonomik durum üstündeki olası riskten kaynaklandığı, yoksa azınlık pay sahiplerini cezalandırmak için mi alındığının sorgulanması gerekir. Benzer şekilde, ticaret hayatının temel ilkeleri ile bağdaşmayan bir genel kurul kararının bir yönetim politikasının sonucu mu olduğu yoksa kâr dağıtımından imtina edilmesi için öne sürülen bir mazeret mi olduğu, hukuka aykırılık incelemesinde önem taşıyacaktır. Özetle, şirketin süregelen politikalarından sapma veya ticari düzenin genel ilkeleri ile uyumsuzluk *per se* birer iptal sebebi olmasalar da bu konuların TTK m.445 hükmünde yer alan iptal sebeplerinin somut olayda var olup olmadığının değerlendirilmesine dair incelenmede dikkate alınacağı göz ardı edilmemelidir.

¹⁵¹³ Kırca, **Genel Kurul**, s.63, Şahin, Ayşe, **Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi**, Vedat Kitap Evi, İstanbul, 2013, s.511, Schott, Bertrand G., **Aktienrechtliche Anfechtung-barkeit und Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen wegen Verfahrensmangel**, SSHW, Dike Verlag, 2009 s.29, Egger, s.267-268, Habegger, s.135, Meier-Hayoz/Forsmoser, s.481, Von der Crone, Hans Caspar/ Baum, Olivier, **“Aktienrechtliche Verfahren: Klagemöglichkeiten und Klagerisiken”**, GesKR 2016, s.286.

¹⁵¹⁴ Belirtmek gerekir ki, kâr dağıtmama kararı sonucunda yapılacak yatırımların kârlı olmayacağının tespit edilmesi halinde iptal edilmesi, yabancı hukuk öğretisinde dile getirilmiştir. Amerikan hukuku bakımından bu yönde bkz. Moll, s. 908 vd. Ancak tespit edebildiğimiz kadarıyla, böyle bir yaklaşım pozitif hukukta pek kabul görmemiştir. Bkz. Carney, s.715.

¹⁵¹⁵ Kırca, **Genel Kurul**, s.64.

1. Kanuna Aykırılık

TTK m.445 uyarınca genel kurul kararına karşı iptal davası açılabilceği hallerden ilki, genel kurul kararının kanuna aykırı olmasıdır. Burada kast edilen sadece TTK hükümleri olmayıp “kanun” ifadesi tüm mevzuatı kapsayacak şekilde anlaşılmalıdır¹⁵¹⁶. Gerçekten de bankacılık ve sigortacılık alanları başta olmak üzere, çeşitli alanlarda anonim şirketlerin kâr dağıtımını konusunda özel hükümler sevk edilmiştir¹⁵¹⁷. Ancak çalışmanın kapsamını çok genişletmemek amacıyla, bu çalışmada anonim şirkete yedek akçe ayırma yetkisi veren TTK m.523 hükmü incelenecektir.

a. Genel Kurulun Yedek Akçe Ayırmasına İzin Verilen Haller

TTK m.523 hükmünün şirkete yedek akçe ayırma imkânı veren kısmı şu şekildedir:

“Genel kurul;

- i) *Aktiflerin yeniden sağlanabilmesi için gerekliyse;*
- ii) *Bütün pay sahiplerinin menfaatleri dikkate alındığında, şirketin sürekli gelişimi ve olabildiğince kararlı kâr payı dağıtımını yönünden haklı görülüyorsa, Kanunda ve esas sözleşmede öngörülenlerden başka yedek akçe ayrılmasına da karar verebilir.”*

Madde metninden de anlaşılacağı üzere, şirketin genel kurul kararı ile yedek akçe ayırma yetkisi, iki halde bulunmaktadır. Buna göre şirket genel kurulu¹⁵¹⁸, “aktiflerin yeniden sağlanabilmesi için gerekliyse” veya “bütün pay sahiplerinin menfaatleri dikkate alındığında, şirketin sürekli gelişimi ve olabildiğince kararlı kâr payı dağıtımını yönünden haklı görülüyorsa” yedek akçe ayırma kararı alabilecektir. Madde metni, ilk bakışta sebepleri sınırlı sayıda olarak düzenlenmişse de içerik olarak genel kurula yedek akçe ayırma yönünde geniş bir takdir yetkisi verildiğinden, maddenin yedek akçe ayırma şartlarını sınırlı sayıda düzenlemesi fiilen önemini kaybetmektedir¹⁵¹⁹.

i. Aktiflerin Yeniden Sağlanabilmesi İçin Gereklilik

Aktiflerin yeniden sağlanabilmesi, öğretide şirketin makinaları, üretim tesisleri yahut araç filosu gibi duran malvarlığının tamiri, yenilenmesi ve güçlendirilmesi gibi işlemleri ifade

¹⁵¹⁶ Pulaşlı, **Şerh II**, s.1056.

¹⁵¹⁷ Çeşitli kanunlarda kâr payı dağıtımını konusundaki açıklamalar için bkz. Gürbüz Usluel, s.211 vd.

¹⁵¹⁸ İsviçre hukukunda aynı nedenlerle yönetim kurulu tarafından gizli yedek akçe ayrılmasına da izin verilmektedir. Bkz. Handschin, **Rechnungslegung**, s.382, Kägi, s.311., Meier-Hayoz/Forstmoser, s.468.

¹⁵¹⁹ Tekinalp, **Yedek Akçeler**, s.343, Canözü, s.87, Neuhaus/Balkanyı, **Basler Kommentar, Art 660**, s.652.

edecek şekilde anlaşılmaktadır¹⁵²⁰. Buna göre şirketin mevcut faaliyetleri kapsamında karşılanacak giderlerin şirket özkaynaklarından finanse edilebilmesi amacıyla yedek akçe ayrılması mümkündür.

Aktiflerin yeniden sağlanabilmesi amacıyla yedek akçe ayrılması, TTK ile benimsenmiş bir düzenlemedir. TTK m.523 hükmü ETTK m.469 f.2’de yer almayan bir yedek akçe ayırma sebebine yer vererek, aktiflerin yeniden sağlanabilmesi için de yedek akçe ayrılabilceğini açıkça belirtmiştir. Bu bakımdan şirketin olağanüstü yedek akçe ayırma yetkisinin genişlediği belirtilmektedir¹⁵²¹.

Bu noktada belirtmek gerekir ki, aktiflerin yeniden sağlanmasına yönelik işlemler yönetim kurulu tarafından yapılacak işlemlerdir. Genel kurulun yedek akçe ayırma kararı, bu işlemler için maliyetin ilgili yedek akçelerden karşılanması amacına yöneliktir. Nitekim yönetim kurulu tarafından ilgili masraflar yapıldıktan sonra, genel kurul ayrılan yedek akçelerin kullanılmasına karar alarak şirketin masrafların yapıldığı yıldaki zararını azaltacak yahut varsa kârı artıracaktır¹⁵²². Bu şekilde şirketin malvarlığının yenilenmesine yönelik yatırımların yapıldığı yıllarda, masrafın yıllık kârı azaltmaması, şirketin düzenli kâr dağıtımını yapabilmesini sağlayacaktır. O nedenle ki, aktiflerin yeniden sağlanması amacıyla yedek akçe ayrılması, uzun vadede düzenli kâr dağıtımının sağlanması amacına da hizmet etmektedir.

ii. Şirketin Sürekli Gelişimi ve Kararlı Kâr Payı Dağıtım Yönünden Haklılık

TTK m.523 hükmünde yedek akçe ayrılmasına dayanak olan diğer hal, yedek akçe ayrılmasının şirketin sürekli gelişimi ve kararlı kâr payı dağıtım yönünden haklı olmasıdır. Şirketin sürekli gelişimi ile ortaklık konusunun elde edilmesine yardımcı olacak yatırımların yapılabilmesinin ve şirketin rekabet gücünün artırılabilmesinin kast edildiği belirtilmektedir¹⁵²³. Bu kapsamda yedek akçe ayrılabilmesi için, şirketin ekonomik olarak sıkıntı yaşamaması ve varlığını sürdürmek için yedek akçe ayırma ihtiyacı duyması zorunlu değildir¹⁵²⁴.

Belirtmek gerekir ki, bu düzenleme şirket genel kuruluna yedek akçe ayırma yetkisi bakımından çok geniş bir takdir yetkisi tanımaktadır. Prensipte olarak şirketin kâr elde etme amacına yönelik ister kısa vadeli ister uzun vadeli olsun her türlü somut ve gerçekçi faaliyeti

¹⁵²⁰ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-II**, s.325.

¹⁵²¹ Yanlı, **AŞ’de Kâr Dağıtım**, s.26, Gürbüz Usluel, s.32.

¹⁵²² Üçışık/Çelik, s.438, Handschin, **Rechnungslegung**, s.388-389.

¹⁵²³ Poroy/Tekinlap/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-II**, s.326. Canöz, s.87.

¹⁵²⁴ Canöz, s.87.

bu kapsamda değerlendirmeye elverişlidir. Ancak bunun için ayrılacak yedek akçe sonucunda elde edilmesi hedeflenen menfaatlerin somut şekilde ortaya konulması gerekmektedir¹⁵²⁵. Bu bağlamda, yedek akçe ayrılması ile araştırma planları, yatırım planları veya iktisap edilecek başta fikri mülkiyet hakları olmak üzere malvarlığı unsurlarının gösterilmesi, soyut fikirlerin tek başına yeterli görülmemesi gerekir¹⁵²⁶.

TTK m.523 hükmündeki düzenleme, genel kurula geniş bir takdir yetkisi tanımaktadır. Hükümde tanınan takdir yetkisinin genişliğini daha iyi anlayabilmek için Alman hukuku ile bir karşılaştırma yapmak faydalı olacaktır. Alman hukukunda, genel kurulun yedek akçe ayırmak suretiyle düşük kâr payı dağıtımını yapması halinde, bu kararın iptalinin talep edilmesi mümkündür (AktG m.254). Bununla birlikte, düşük kâr dağıtımını “*şirketin yaşamı ve dayanıklılığının sağlanması için zorunlu*” ise bu durumda olağanüstü yedek akçe ayırma kararı hukuka uygun hale gelmektedir. Alman öğretisinde şirketin düzenli kâr dağıtımının sağlanması veya şirket faaliyetlerinin geliştirilmesi gibi hallerin bu kapsamda düşük kâr dağıtımını meşrulaştırmayacağı dile getirilmektedir¹⁵²⁷. Görüldüğü üzere, Türk hukukunda genel kurula yedek akçe ayrılması konusunda tanınan takdir yetkisi, bu açıdan¹⁵²⁸ Alman hukukuna göre daha geniştir.

Öte yandan genel kurulun bu konudaki takdir yetkisi bir açıdan sınırlandırılmıştır. TTK ile getirilen değişiklik ile, ETTK’dan farklı olarak bütün pay sahiplerinin menfaatinin dikkate alınması şartı getirilmiştir¹⁵²⁹. Söz konusu değişiklik, düşük kâr dağıtmak suretiyle bazı pay sahiplerinin aleyhine kullanılan olağanüstü yedek akçe ayırma imkânını daraltarak ETTK döneminde yaşanan sorunları çözmeye yöneliktir¹⁵³⁰.

Maddedeki bu değişikliğin hâkimin değerlendirmesine nasıl etki edeceği ise açık değildir. Nitekim Gerekçe’de de bu konuda bir açıklama bulunmamaktadır. Kanaatimizce maddedeki bu ilave ışıığında, hâkimin iptal davasında şirketin pay sahipliği yapısını dikkate alması gerekecektir. Örneğin pay sahiplerinin bir kısmının aldıkları kâr payı ile geçimlerini sürdürdüğü

¹⁵²⁵ Poroy/Tekinlap/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-II**, s.326.

¹⁵²⁶ Poroy/Tekinlap/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-II**, s.325-326.

¹⁵²⁷ Schmidt/Lutter, **Schmidt/Lutter Kommentar, AktG m.254**, para. 5, Arnold, **Kölner Kommentar**, s.791.

¹⁵²⁸ Altını çizmek isteriz ki, genel kurulun takdir yetkisine ilişkin tesptimiz, sadece yedek akçe ayırma gerekçelerine özgüdür. Alman hukukunda kâr dağıtım tutarı konusundaki diğer hükümler, şirkete daha geniş bir hareket alanı tanımakta ve kâr dağıtım kararından memnun olmayan pay sahiplerinin dava açma hakkına sınırlamalar getirilmiştir. Bu konudaki değerlendirmeler için bkz. Birinci Bölüm-II-B-1-v- Karşılaştırmalı Hukuktaki Durum.

¹⁵²⁹ İsviçre hukukunda aynı yönde bkz. Neuhaus/Balkanyi, **Basler Kommentar, Art 660**, s.652

¹⁵³⁰ Kendigelen, **İlk Tespitler**, s.424-425, Yanlı, **AŞ’de Kâr Dağıtımı**, s.25. Öte yandan, söz konusu hükme aykırılık halinde azınlık pay sahiplerinin başvurabileceği yollar konusunda özel bir düzenleme getirilmediğinden hükmün etkililiği konusunda eleştiriler vardır. Kendigelen, **İlk Tespitler**, s.425.

aile şirketlerinde, şirketin uzun vadede geri dönüş alacağı yatırımlar yapmak için tüm net dönem kârını yedek akçeye ayırarak kâr dağıtımını yapmaması, her ne kadar yedek akçe ayırma kararı şirket menfaatlerine uygun görünse de tüm pay sahiplerinin menfaatleri dikkate alındığında yedek akçe ayrılması kararını meşrulaştırmayacaktır. Bu gibi hallerde, yedek akçe ayırma kararının sadece şirket üzerindeki etkisinin değil, pay sahipleri üzerindeki etkisinin de değerlendirilmesi, yedek akçe ayırma kararının hukuka uygunluğu bakımından dikkate alınacaktır.

Bu noktada son olarak belirtmek isteriz ki, TTK m.523 ile bütün pay sahiplerinin menfaatinin gözetilmesi şartının fiilen büyük bir farklılık getireceğinden şüpheliyiz. Zira TTK m.445 uyarınca genel kurul kararlarının kanuna ve esas sözleşmeye uygun olması gerektiği kadar, dürüstlük kuralına da uygun olması gerekir. TTK m.523 hükmünde bütün pay sahiplerinin menfaatinin dikkate alınması şartı, pay sahipliği yapısı özelinde bir değerlendirmeyi gerektiriyor olsa da aynı değerlendirme zaten TTK m.445 uyarınca dürüstlük kuralına aykırılık değerlendirmesinin de bir gerekliliğidir. O nedenle de TTK m.523'teki bu değişikliğin kararın dürüstlük kuralına uygunluğunun denetiminden farklı bir sonuç doğurmaması gerekir. Örneğin yukarıdaki örnekte, aile üyelerinin bir kısmının şirketten alacakları kâr payı ile geçimlerini sağladıkları örnekte, çoğunluk pay sahiplerinin şirketin gelişimi için yedek akçe ayırma kararı alması, şirket menfaati ile azınlık pay sahiplerinin menfaat dengesi arasındaki oransızlık sebebiyle dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecektir.

TTK m.523 hükmünde yedek akçe ayrılmasına izin verilen bir diğer amaç, şirketin düzenli kâr dağıtımını yapabilmesidir. Daha önce de belirtildiği üzere, yatırımcıların beklentisi istikrarlı bir kâr dağıtım politikasıdır ve anonim ortaklığın düzenli kâr pay dağıtımını yapması, şirketin yatırımcı çekmesi ve mevcut pay sahiplerini muhafaza etmesi bakımından önem taşır¹⁵³¹.

İstikrarlı kâr payı dağıtımını amacıyla yedek akçe ayrılması, söz konusu yedek akçelerin gelecekte dağıtılması amacıyla ayrılması anlamını taşır¹⁵³². Bu durum şirketin ticari faaliyetlerinden doğan kârlılığının düşmesi riskine karşı pay sahiplerinin korunması bakımından önem taşır.

¹⁵³¹ Kâr payı dağıtımında istikrarın ekonomik sonuçları bakımından bkz. Birinci Bölüm-I-A-1- Otofinsman-Dış Kaynak Finansmanı-Özvarlık Finansmanı İlişkisi.

¹⁵³² Esasen şirketin sürekli gelişimi için yedek akçe ayrılması da sürekli kâr dağıtımını amacı altında değerlendirilebilir; çünkü rekabetçi bir sektörde sürekli gelişimin hedeflenmemesi nihai olarak kârlılığın düşmesi anlamına da gelecektir. O nedenle eğer kanun sürekli gelişim amacıyla yedek akçe ayrılmasını ayrı bir olasılık olarak düzenlememiş olsaydı dahi şirketin sürekli kâr dağıtımını amacı, yeni yatırımların yapılmasına yönelik yedek akçe ayrılmasına izin verilecekti.

Maddenin diğ er bir uygulanma alanı ise, şirketin varlık satışı gibi yollarla olağ an ticari faaliyetlerin dışında gelirler elde etmesi halinde karşımıza çıkacaktır. Bu ikinci ihtimalde, varlık satışından elde edilen gelirin tamamının bir kerede k ar dağıtımına kullanılması tercih edilmeyebilir. Gerçekten de böyle bir durumda şirketin net dönem k arı, şirketin ticari performansından bağımsız olarak büyük bir artış gösterecektir. Halbuki şirketin mevcut k arlılık durumu bu olağ andışı k ar dağıtımını sürdürmeye elverişli değıldir. Kanaatimizce anonim ortaklıklarda net dönem k arının dağıtılmasının esas olması sebebiyle, bu olağ andışı gelirin tamamının pay sahiplerine aktarılması istenmiyorsa¹⁵³³, yedek akçe ayrılması kararı alınması gerekecektir. Kanaatimizce hüküm, bu halleri de içerecek şekilde yorumlanmalıdır.

2. Esas Sözleşmeye Aykırılık

şirket esas sözleşmesinde yedek akçe ayrılması ve k ar dağıtımı yapılması konularında düzenleme getirilmesi mümkündür. TTK m.507 h k m  “*Her pay sahibi, kanun veya esas sözleşme hükümlerine göre pay sahiplerine dağıtılması kararlaştırılmış net dönem k arına, payı oranında katılma hakkını haizdir.*” ifadesini içermektedir. Bu hüküm, esas sözleşmede getirilecek bir hükümle belirli miktarda k ar dağıtımı yapılması konusunda bir zorunluluk getirilmesine, diğ er bir ifade ile genel kurulun yedek akçe ayırma yetkisine sınırlanmasına olarak tanımaktadır¹⁵³⁴. TTK m.507 h k m  karşısında, k ar dağıtımına dair olarak esas sözleşmede düzenleme yapılmasının TTK m.340 hükümünde düzenlenen emredici hükümleri ilkesine aykırılık teşkil edip etmeyeceğı konusundaki bir tartışma da baştan giderilmiş olmaktadır.

Esas sözleşmede k ar dağıtımı konusunda hüküm getirilmesi, iki amaca hizmet eder. Öncelikle şirket esas sözleşmesinde bu şekilde bir hüküm bulunması alınacak kararın yönü konusunda bir aleniyet ve belirlilik sağlamış olacaktır. Böylece azınlık pay sahipleri faaliyet yılının sonunda elde edilen k ardan asgari olarak ne oranda pay alacakları veya ne oranda yedek akçenin ayrılacağı konusunda bir öngörüye sahip olabileceklerdir.

¹⁵³³ Belirtmek gerekir ki, şirketin sahip olduğu bir malvarlığı unsurunu satarak elde ettiğı k arı k ar payı dağıtımında kullanmasına bir engel yoktur. Söz konusu satıştan elde edilecek kazanç, yıllık k ara ve dolayısıyla net dönem k arına dahil olacağı için dağıtılabilir k ar içinde yer alacaktır. Yıllık k ar, net dönem k arı ve dağıtılabilir k ar kavramı için bkz. İkinci Bölüm.

¹⁵³⁴ Bu hükümün karşıtı olarak ise, TTK m.521 uyarınca esas sözleşmede yedek akçe ayrılmasına izin veren hatta yedek akçe ayrılmasını zorunlu tutan bir düzenleme yapılabilecektir.

İkinci olarak, şirket esas sözleşmesinde belirli miktarda kâr dağıtımının zorunlu tutulması pay sahipleri bakımından esas sözleşmesel bir kaldırılamaz hak¹⁵³⁵ oluşturulacaktır¹⁵³⁶. Bu durumda, şirket genel kurulunda çoğunluk ilkesi uyarınca alınacak bir karar ile pay sahiplerinin her yıl dağıtım yapılmasına yönelik hakkı ihlal edilemeyecektir. Böyle bir düzenleme pay sahiplerinin kâr payı dağıtımını talep etme hakkı bakımından asgari bir koruma seviyesi getirmektedir¹⁵³⁷. Üstelik bu koruma, pay sahibinin kâr payı hakkını yasal değişikliklere de karşı korumaktadır; zira uygulamada sıklıkla görüldüğü üzere esas sözleşme kâr dağıtımına ilişkin bir kanun hükmünü aynen aktardığı takdirde, kanun hükmünde sonradan yapılacak değişiklik esas sözleşmedeki hüküm bakımından bir değişiklik yaratmayacak ve dağıtım esas sözleşmede yer alan düzenlemeye uygun olarak yapılacaktır¹⁵³⁸.

Sonuç olarak, şirket esas sözleşmesinde pay sahiplerine belirli miktarda kâr dağıtımını yapılacağına yönelik bir hüküm getirilmesi halinde, söz konusu hüküm genel kurulu bağlayıcı bir etkiye sahip olacaktır. Ancak esas sözleşmede kâr dağıtımına ilişkin hükmün hukuki etkisini isabetli olarak ortaya koyabilmek için, esas sözleşme hükmünün kâr dağıtımını konusunda nasıl bir düzenleme getirdiğini dikkate almak gerekir.

Esas sözleşmede kâr dağıtımına ilişkin düzenlemede dağıtılacak kâr payı oranı açık şekilde belirtilmiş olabilir. Bu ihtimalde, şirketin finansal tablolarının onaylanması ile birlikte pay sahiplerinin kâr payı alacağı doğacaktır¹⁵³⁹. Kâr payı alacağı doğacağı için, bu durumda pay sahibinin genel kurul kararına karşı iptal davası açması söz konusu olmayacaktır; çünkü genel kurul kararı pay sahibinin malvarlığında doğmuş bir alacak hakkının diğer bir ifade ile gerçek anlamıyla bir müktesep hakkın sınırlandırılmasına yönelik olduğundan, karar butlan ile

¹⁵³⁵ Öğretide bu kavram yerine esas sözleşmesel müktesep hak kavramına yer verilmektedir. Bkz. Bahtiyar, Mehmet, **Anonim Ortaklık Anasözleşmesi**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2001, s.219, Badak, s.270. Ancak daha önce de belirttiğimiz üzere, anonim ortaklıklarda müktesep hak kavramı hem hukukun çeşitli alanlarında benimsenen terminoloji ile uyumsuzdur hem de içerik itibarıyla çelişkiler barındırmaktadır. O nedenle çalışmada müktesep hak kavramı yerine, kaldırılamaz hak kavramına yer verilmiştir. Bu konudaki detaylı açıklama için bkz. Birinci Bölüm-II-B-1-b-iii- Yetkinin müktesep hak niteliği.

¹⁵³⁶ Bahtiyar, Mehmet, **Anonim Ortaklık Anasözleşmesi**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2001, s.219, Badak, s.270.

¹⁵³⁷ Bahtiyar, **Anasözleşme**, s.220.

¹⁵³⁸ Bahtiyar, **Anasözleşme**, s.218. Öte yandan bu sonuca ilişkin bir çekince eklenmesinde yarar vardır. Eğer kanun değişikliği ile getirilen yeni norm, niteliği itibarıyla emredici nitelikteyse bu durumda esas sözleşme hükmünün uygulanması mümkün olmayacaktır. Bkz. Bahtiyar, **Anasözleşme**, s.218. Bu durum özellikle kâr dağıtımına ilişkin hükümler bakımından olası bir durumdur. Kâr payı hakkı ve yedek akçe ayrılmasına ilişkin düzenlemelerin bazılar emredici niteliktedir. Kanuni yedek akçeye ilişkin TTK m.519 hükmü bu konuda tipik bir örnektir. İşte böyle bir hükümde değişiklik yapılması halinde şirket esas sözleşmesindeki hükmün uygulanmaya devam etmesi mümkün olmayacaktır.

¹⁵³⁹ Kâr payı alacağının şirket finansal tablolarının onaylanması ile doğacağı haller ve bu konudaki görüşler için bkz. Üçüncü Bölüm-IV-A-2-Finansal Tabloların Onaylanması Kararı ile Doğması.

sakattır¹⁵⁴⁰. Pay sahibi, eğer menfaati varsa butlanın tespiti davası açabileceği gibi, doğrudan alacak davası açarak genel kurul kararının butlanını bu davada da ileri sürebilir¹⁵⁴¹.

Genel kurul kararının esas sözleşmeye aykırılık sebebiyle iptal davasına konu olması, kâr payı alacağının genel kurulun kâr dağıtım kararı ile doğacağı haller bakımından başvurulacak bir yoldur. Şöyle ki, şirket esas sözleşmesinde pay sahiplerine yapılacak kâr dağıtımı bakımından bir aralık belirlendiği durumlarda, kâr payı alacağı genel kurulun yedek akçe ayırma kararı ile genel kurulun belirlediği tutarda doğacaktır¹⁵⁴². Eğer pay sahibi, genel kurul tarafından belirlenen tutarın esas sözleşmede öngörülen dağıtım yükümlülüğünü ihlal ettiği görüşündeyse, bu durumda genel kurul kararına karşı iptal davası açması gerekecektir.

3. Dürüstlük Kuralına Aykırılık

Anonim ortaklıklarda kanun ve esas sözleşmeye uygun olması şartıyla, genel kurulun alacağı kararlar, karara olumsuz oy veren pay sahipleri bakımından da sonuç doğurmaktadır. Bunun sonucu olarak, genel kurulda karar alacak çoğunluğa sahip olan pay sahiplerinin kanun ve esas sözleşme sınırları içerisinde diğer pay sahiplerinin haklarına müdahale edecek kararlar alabilmesi mümkündür¹⁵⁴³. Anonim şirketlerde oybirliği yerine oyçokluğu ile karar alınabilmesi, karar alma süreçlerini kolaylaştırarak şirkete işlerlik kazandırmaktadır¹⁵⁴⁴. Öte yandan çoğunluğu oluşturan pay sahiplerinin bu imkânı, hakların kullanılmasına ilişkin genel bir sınırlama olan dürüstlük kuralı¹⁵⁴⁵ ile sınırlanmıştır¹⁵⁴⁶.

Kâr payı hakkı bağlamında, dürüstlük kuralının etkisine ters yönden de bakmak mümkündür. Hakkın kullanılmasında olduğu gibi borçların ifasında da dürüstlük kuralına uygun davranılması gerekir (TMK m.2 f.1). Kâr payı, pay sahibi bakımından bir hak ve şirket bakımından bir yükümlülük olduğundan, şirket tarafından yedek akçe ayrılması ve kâr dağıtımı

¹⁵⁴⁰ Böyle bir kararın yok hükmünde olacağı yönünde bkz. Badak, s.277.

¹⁵⁴¹ Badak, s.272 dn.140.

¹⁵⁴² Kâr payı alacağının genel kurul kararı ile doğması hakkında açıklamalar için bk. Üçüncü Bölüm-IV-B-Kâr Payı Alacağını Doğuran Olay.

¹⁵⁴³ Von der Crone/Baum, s.287, Akdağ Güney, Necla, “**Anonim Şirketlerde Hakların Sakınılarak Kullanılması İlkesi ve Uygulaması**”, Prof. Dr. Hikmet Sami Türk’e Armağan, Turhan Kitapevi, 2013, s.46.

¹⁵⁴⁴ Akdağ Güney, s.51.

¹⁵⁴⁵ Genel kurul kararlarının iptali bakımından dürüstlük kuralına aykırılık, TMK m.2 f.1 ile sınırlı olmayıp TMK m.2 f.2’de yer alan hakkın kötüye kullanılması kavramını da içine alır. Bkz. Kırca, **Genel Kurul**, s.92. Dürüstlük kuralı ile hakkın kötüye kullanılması “madolyonun iki yüzü gibi birbirine bağlı olduğu” yönünde bkz. Oğuzman/Barlas, s.261.

¹⁵⁴⁶ Öğretide dürüstlük kuralının somutlaştırma işlevi, tamamlama işlevi, sınırlama işlevi ve düzeltme işlevi olarak dört temel işlevi bulunduğu belirtilmektedir. Dürüstlük kuralının sınırlama işlevi, hakkın sınırının çizilmesine yöneliktir. Bkz. Eren, s.19. Genel kurul kararlarının dürüstlük kuralına aykırılık sebebiyle iptali de çoğunluk gücünün sınırlanmasına yönelik olduğundan sınırlama işlevinin bir görünümüdür.

kararı alınması gibi yükümlülüklerin yerine getirilmesinde de dürüstlük kuralına uyulması gerekmektedir.

Sonuç olarak, genel kurulun aldığı karar ister bir hakkın kullanımı ister bir borcun yerine getirilmesi olarak değerlendirilsin, genel kurul kararlarının dürüstlük kuralına uygun olması gerekir. TTK m.445 hükmü, dürüstlük kuralına aykırı genel kurul kararlarının iptal edilebileceğini açık şekilde düzenlemiştir.

Dürüstlük kuralına aykırılık sebebiyle genel kurul kararının iptali, çoğunluk pay sahipleri ile azınlık pay sahipleri arasındaki menfaat dengesinin korunması amacına hizmet eder. Dürüstlük kuralına aykırılığın bir iptal nedeni olarak düzenlenmesi, özellikle yedek akçe ayırma kararlarının iptali konusunda, bu işlevin belirginleştiği alanlardan biridir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, kanun ve esas sözleşme hükümleri genel kurulda karar alınması yoluyla yedek akçe ayrılmasına olanak tanımaktadır. Kâr payı dağıtım politikası ile şirketin yönetimi arasındaki sıkı ilişki dikkate alındığında, genel kurula bu konuda geniş bir takdir yetkisi tanınması da bir zorunluluktur. O nedenle de birçok durumda, yedek akçe ayırma kararının kanun ve esas sözleşme hükümlerine uygun olması beklenir. Ancak kararın kanuna ve esas sözleşmeye uygun olması, genel menfaatler dengesi dikkate alındığında, somut olayda alınan kararın dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmeyeceği anlamına gelmez. O nedenle de yedek akçe ayırma kararının dürüstlük kuralı bakımından incelenmesi önem taşır¹⁵⁴⁷.

Bu noktada sorulması gereken ilk soru, dürüstlük kuralına aykırılık ile ne anlaşılması gerektiğidir. Dürüstlük kuralının içeriğinin tespiti bakımından genel ilkeler, genel kurul kararlarının iptali bağlamında yol göstericidir¹⁵⁴⁸. Bununla birlikte, genel kurul kararlarının iptali konusunda dürüstlük kuralına uygunluk incelenirken, şirketler hukukundan doğan özelliklerin de dikkate alınması gerekir¹⁵⁴⁹.

Genel bir ifade ile pay sahiplerinin oy haklarının şirket menfaatlerine yabancı amaçlar için kullanılması ve bu şekilde diğer pay sahiplerinin şirket içi menfaatlerine zarar verilmesi¹⁵⁵⁰ hakkın kötüye kullanılması teşkil eder¹⁵⁵¹. Şirkete yabancı menfaatler ile kast edilen, şirket

¹⁵⁴⁷ Yedek akçe ayrılması konusundaki kararın dürüstlük kuralına aykırı olmaması gerektiği konusunda birçok Yargıtay kararı bulunmaktadır. Bu tür kararlara örnek olarak bkz. 11. HD. 14.10.1982 E.3556 K.3887 (naklen Pulaşlı, **Şerh II**, s.1055).

¹⁵⁴⁸ Kırca, **Genel Kurul**, s.99.

¹⁵⁴⁹ Kırca, **Genel Kurul**, s.99.

¹⁵⁵⁰ Azınlık pay sahiplerinin menfaatlerinin zarar görmediği hallerde, alınan kararın dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmeyeceği yönünde bkz. Kırca, **Genel Kurul**, s.102, İmregün, **Menfaat İhtilafları**, s.150. Aksi yönde bkz. Oğuzman/Barlas, s.271.

¹⁵⁵¹ İmregün, **Menfaat İhtilafları**, s.154, Kırca, **Genel Kurul**, s.101, Dekker, **OFK**, s.189, Tanner, **ZK, Art 706**, s.344.

genel kurulu tarafından alınan kararın şirket menfaatine yönelik olmayıp¹⁵⁵² çoğunluk pay sahiplerine özel bir çıkar sağlanması yahut azınlıkta kalan pay sahiplerinin menfaatlerine zarar vermeye yönelik olmasıdır¹⁵⁵³. Öğretide azınlık pay sahiplerini kâr payı açlığına mahkûm etmek veya paylarını ucuza satmaya zorlamak amacıyla kâr dağıtımından imtina edilmesi halinde şirket amacına yabancı bir genel kurul kararının alındığı konusunda şüphe yoktur¹⁵⁵⁴.

Buna göre, yedek akçe ayırma kararının dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmemesi için şirket menfaati için bu kararın yararlı ve gerekli olması aranır¹⁵⁵⁵. Yararlılık ve gerekliliğin tespitinde şirketin finansal durumunun geçmiş yıllardaki durum da dikkate alarak değerlendirilmesi gerekir. Bu bağlamda, şirketin ayırdığı yedek akçelerin birikmiş olması ve mevcut kaynakların dahi kullanılmaması halinde ortada bir ihtiyaç bulunmaması olasılığı artmaktadır¹⁵⁵⁶. Ayrıca yedek akçe ayrılmasına dayanak olan amacın gerçekçi ve somut olması gerekir¹⁵⁵⁷.

Belirtmek gerekir ki, şirket menfaatinin varlığı da her zaman kararın dürüstlük kuralına aykırılık oluşturmaya engel değildir. Şirket menfaati ile karşı tarafın zarar gören menfaati arasındaki dengesiz sebebiyle de dürüstlük kuralına aykırılık söz konusu olabilir¹⁵⁵⁸. Genel kurul kararlarının iptali bağlamında bu kural, genel kurul kararı ile elde edilecek şirket menfaati ile pay sahiplerinin etkilenecek menfaatleri arasında dengesizlik olarak somutlaşır¹⁵⁵⁹.

Dürüstlük kuralına ilişkin bu genel açıklamalara ilaveten, dürüstlük kuralından doğan bazı alt ilkelere de değinmek gerekir. Dürüstlük kuralından türeyen alt ilkeleri bakımından kapsayıcı bir liste sunmak kolay değildir¹⁵⁶⁰. Bununla birlikte, anonim şirketler hukukunda kâr payı

Bu tanım, genel olarak hakkın kötüye kullanılması tanımı ile de uyumludur. Hakkın kötüye kullanılması, hakkın tanınması amacına aykırı kullanılması anlamına gelmektedir. Bkz. Oğuzman/Barlas, s.266. Genel kurulun kâr dağıtmama kararının da şirket menfaatleri için kullanılmaması, bu genel ilkenin ortaklıklar hukukundaki uygulamasını teşkil etmektedir.

¹⁵⁵² Genel olarak hakkın kullanılmasında meşru bir menfaat bulunmamasının hakkın kötüye kullanılması hallerinden biri olduğu yönünde bkz. Oğuzman/Barlas, s.272 vd.

¹⁵⁵³ Von der Crone, s.560, Akdağ Güney, s.55. Yedek akçe kararının küçük yatırımcıları zarara uğratma kastının bulunmaması gerektiği yönünde bkz. Üçışık/Çelik, s.436.

¹⁵⁵⁴ Dekker, **OFK**, s.189.

¹⁵⁵⁵ Üçışık/Çelik, s.436.

¹⁵⁵⁶ Badak, s.274.

¹⁵⁵⁷ Üçışık/Çelik, s.437.

¹⁵⁵⁸ Oğuzman/Barlas, s.275. Oranlılık şartı, aslında pay sahipliği haklarının sınırlanması için şirket menfaatinin bulunması şartından bağımsız düşünülemez, zira şirketin menfaatinin varlığı ancak sınırlamayı meşru kıldığı ölçüde mevcuttur. Von der Crone, s. 590

¹⁵⁵⁹ Kırca, **Genel Kurul**, s.103, Üçışık/Çelik, s.437.

¹⁵⁶⁰ Dürüstlük kuralına aykırılığın her somut olayın şartlarına göre değerlendirileceği yönünde bkz. Oğuzman/Barlas, s.269.

dağıtım kararlarında dürüstlük kuralına aykırılığın özel görünümlerinden bazılarını ortaya koyarak genel bir çerçeve çizmek mümkün olabilir.

Dürüstlük kuralına aykırılığın özel görünümlerinden ilki, hakkın sakınılarak kullanılması ilkesine aykırılıktır¹⁵⁶¹. Çoğunluk pay sahiplerinin alacakları bir kararın azınlık pay sahiplerinin menfaatlerini zarara uğratması çoğunluk kuralı kapsamında kabul edilebilir olsa da azınlık pay sahiplerine daha az zarar verecek bir yolla aynı amaca ulaşılması mümkünken, bu yolun seçilmemesi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecektir¹⁵⁶². Özellikle çoğunluk pay sahiplerinin alacakları karar ile diğer pay sahiplerinin menfaatlerine zarar vermesine kanun tarafından izin verilen hallerde, bu ilke önem kazanmaktadır¹⁵⁶³. Örneğin finansman ihtiyacını karşılamak için gerekenin çok ötesinde bir yedek akçe ayrılması, hakların sakınılarak kullanılması ilkesine aykırılık teşkil edecektir¹⁵⁶⁴.

Yedek akçe ayırma kararında şirket menfaatleri ile pay sahiplerinin kâr payından mahrum kalmaları arasında kurulacak denge, kararın dürüstlük kuralına uygunluğunun değerlendirilmesi bakımından önemlidir¹⁵⁶⁵. Öte yandan bu değerlendirme, zaten TTK m.523'te yedek akçe ayrılması şartlarının varlığı bakımından da dikkate alınmaktadır. TTK m.523, yedek akçe ayrılmasına ilişkin şirket menfaatinin varlığını (şirketin sürekli gelişimi ve olabildiğince sürekli kâr payı dağıtımını için gerekli olma) yeterli görmemiş, aynı zamanda tüm pay sahiplerinin menfaatlerinin de dikkate alınacağını belirtmiştir. Bu hüküm, zaten şirket menfaatleri ile pay sahipleri arasındaki menfaat dengesinin kurulmasını gerektirmektedir. O nedenle de menfaatler arasında oransızlık bulunması sadece dürüstlük kuralına değil, TTK m.523 hükmüne de aykırılık teşkil edeceği için, kararın kanuna aykırılık sebebiyle iptal edilmesi gerekecektir.

Dürüstlük kuralının özel bir görünümü olan eşit işlem ilkesi de özel hüküm olarak kanunda düzenlenmiştir¹⁵⁶⁶. O nedenle de eşit işlem ilkesine aykırılık teşkil edecek bir kâr dağıtım kararının dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceği açıktır¹⁵⁶⁷. Öte yandan, eşit işlem ilkesine

¹⁵⁶¹ Kırca, **Genel Kurul**, s.103, Akdağ Güney, s.45, Moroğlu, **Genel Kurul**, s.242.

¹⁵⁶² Kırca, **Genel Kurul**, s.102, Moroğlu, **Genel Kurul**, s.242, Akdağ Güney, s.56, Tanner, **ZK, Art 706**, s.344.

¹⁵⁶³ Kırca, **Genel Kurul**, s.103.

¹⁵⁶⁴ Özellikle sermayenin artırılması kararları bakımından hakların sakınılarak kullanılması ilkesine riayet edilmesinin önemine değinilmektedir. Bkz. Moroğlu, **Genel Kurul**, s.242. Kanaatimizce şirkete kaynak akışı bakımından önemsenen bu ilkeyi, şirketten pay sahiplerine kaynak aktarımı bakımından da kabul etmekte bir sakınca yoktur.

¹⁵⁶⁵ Üçışık/Çelik, s.436-437.

¹⁵⁶⁶ Moroğlu, **Genel Kurul**, s.240, Kırca, **Genel Kurul**, s.100.

¹⁵⁶⁷ Bu durumda kararın dürüstlük kuralına aykırılık sebebiyle değil, kanuna aykırılık sebebiyle iptal edilecektir. Bkz. Kırca, **Genel Kurul**, s.84 vd.

aykırılık teşkil etmeyen bir karar, dürüstlük kuralına aykırı olabilir¹⁵⁶⁸. Genel kurul tarafından alınan bir karar, tüm pay sahiplerinin haklarına yönelik bir sınırlama getirecek olsa bile yine de dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edebilecektir¹⁵⁶⁹. Bu husus, özellikle yedek akçe ayırma kararı bakımından önemlidir. Şöyle ki, yedek akçe ayırma kararı, kârda imtiyazlı paylar bir kenara bırakılırsa, tüm pay sahipleri bakımından sonuç doğurmaktadır. Bu açıdan yedek akçe ayırma kararı kural olarak eşit işlem ilkesine aykırılık teşkil etmez. Ancak bu durum yine de kararın dürüstlük kuralına aykırı olmayacağı anlamına gelmemektedir.

Dürüstlük kuralının bir diğer özel görünümü ise çelişkili davranış yasağıdır. Kural olarak, kişinin haklarını kullanırken tutarlı davranması yönünde mutlak bir zorunluluk bulunmasa da kişinin oluşturduğu güvene aykırı olacak şekilde birbiri ile çelişen eylemlerde bulunması dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecektir¹⁵⁷⁰.

Daha önce de belirttiğimiz gibi, şirketin belirli bir kâr politikasının bulunması, tek başına pay sahipleri için bir kâr payı hakkı tanımadığı gibi, şirketin oluşan teamülden farklı bir karar alması da genel kurul kararının iptali sebebi değildir. O nedenle geçmiş yıllarda alınan yedek akçe ayırma kararlarından farklılık gösteren bir kâr dağıtım kararı çelişkili davranış olarak değerlendirilemez¹⁵⁷¹.

Öte yandan yedek akçe ayırma kararının gerekçeleri ile şirketin diğer kararları arasında bir uyumsuzluk çelişkili davranış teşkil edebilir. Örneğin şirket bir yandan şirketin performansını gerekçe göstererek yönetim kurulu üyelerinin mali haklarını artırırken diğer yandan şirketin mali sıkıntılarını gerekçe göstererek yedek akçe ayırımının artırılması yönünde karar aldığı takdirde, burada bir çelişkili davranış ortaya çıkabilir¹⁵⁷².

Son olarak TTK m.523 hükmü ile getirilen kanuna uygunluk denetimi ve TTK m.445 uyarınca getirilen dürüstlük kuralına uygunluk denetimi arasındaki farka da kısaca değinmek gerekmektedir. Bu gerekliliğin nedeni işlevsellikten ziyade kuramsal çerçevenin çizilmesi

¹⁵⁶⁸ Moroğlu, **Genel Kurul**, s.240.

¹⁵⁶⁹ İsviçre Federal Mahkemesi, rüçhan hakkının kısıtlanmasına yönelik genel kurul kararları bakımından eğer tüm pay sahiplerinin hakkı sınırlanıyorsa, kararın dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmeyeceğine karar vermiştir. Buradan hareketle, eşit işlem ilkesine aykırılığın dürüstlük kuralına aykırılık için bir önkoşul olduğu yorumu yapılmıştır. Bkz. Akdağ Güney, s.61. Bununla beraber, Federal Mahkeme'nin bu yöndeki yaklaşımını terk ettiği ve eşitlik ilkesinin aykırılık olmadan da dürüstlük kuralına aykırılığın olabileceği yönünde karar aldığı belirtilmektedir. Bkz. BGE 102 II 265 ff (naklen Moroğlu, **Genel Kurul**, s.240, dn.420 ve aynı yönde bkz. Tanner, **ZK, Art 706**, 345). Aynı yönde bkz. Akdağ Güney, s.61.

¹⁵⁷⁰ Oğuzman/Barlas, s.280-281.

¹⁵⁷¹ Truyen, s.140. Ancak şirketin yerleşik kâr dağıtım politikasından esaslı bir sapmanın dürüstlük kuralı da dahil olmak üzere çeşitli hukuka aykırılık hallerinin ispatı bakımından önem taşıyabileceği unutulmamalıdır. Bu konudaki açıklamalar için bkz. Yukarıda A-Genel Kurul Kararlarının İptali Sebepleri.

¹⁵⁷² Örnek için bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-II**, s.326.

ihtiyacıdır. Esasen TTK m.523 hükmünde olağanüstü yedek akçe ayırmak için getirilen şartlar ile yedek akçe ayırma kararının dürüstlük kuralına uygunluğuna ilişkin değerlendirme ölçütleri büyük oranda örtüşmektedir. Buna ilaveten, yine dürüstlük kuralının özel bir görünümü olan eşit işlem ilkesine aykırılık TTK m.357’de açık şekilde düzenlenmiştir. Ayrıca TTK m.523 yedek akçe ayırma kararı alınırken bütün pay sahiplerinin menfaatinin dikkate alınmasını zorunlu tuttuğundan, bu durum olaya ve pay sahipliği yapısına ilişkin menfaatleri de dikkate almayı beraberinde getirmektedir. Bu nedenlerle kanuna uygunluk denetimi ile dürüstlük kuralına uygunluk denetiminin yedek akçe ayırma kararlarında iç içe geçtiğini söylemek yanlış olmaz.

Nitekim Türk hukukunda da genel kurul kararı ile yedek akçe ayrılması konusunda TTK m.523 uyarınca verilen yetkinin sınırlarının aşılması ile dürüstlük kuralına aykırılık arasında bir paralellik kurulmuştur¹⁵⁷³. Aynı şekilde İsviçre hukukunda da yedek akçe ayrılması konusundaki kararlar bakımından şirkete geniş bir takdir yetkisi tanındığı ve mahkemelerin sadece “keyfi şekilde” kâr dağıtımından imtina edilmesi halinde müdahalede bulundukları belirtilmektedir¹⁵⁷⁴.

Bu açıklamalar da yedek akçe ayrılması kararında temel ölçütün dürüstlük kuralına uygunluk olduğunu işaret etmektedir. Bununla birlikte, Türk hukukunda yargı kararlarında, yedek akçe ayrılması yetkisinin TTK m.523 ile düzenlendiği ve mahkemenin incelemesi gereken hususun yedek akçe ayırma kararının TTK m.523’e aykırılığı denetlemesi gerektiğini belirten kararlar da bulunmaktadır¹⁵⁷⁵.

Kanaatimizce her ne kadar kanuna aykırılık incelemesi ile dürüstlük kuralı incelemesi birbiriyle büyük oranda örtüşse de bu iki kavramın eş olduğu sonucuna varılmamalıdır. TTK m.523 hükmü ile genel kurulun yedek akçe ayırma yetkisinin varlığına ilişkin değerlendirme,

¹⁵⁷³ Örnek olarak bkz. Canöz, s.88, Gürbüz Usluel, s.96. İkinci kâr payı dağıtımı bakımından bkz. Badak, s.267.

Bu nedenledir ki, genel kurulun yedek akçe ayırma kararının iptali davasında, eşzamanlı olarak hem kanuna aykırılığın hem de dürüstlük kuralına aykırılık sebebiyle kararın iptaline hükmedilmesi söz konusu olmaktadır. Müktesep hakkın ihlal edilmesi sebebiyle dürüstlük kuralına aykırılık bulunduğu yönünde bkz. 11.HD. E.2012/13234 K.2014/3514 25.02.2014 (legalbank). Benzer şekilde, kanunda belirtilen şartları sağlamayan yedek akçe ayırma kararının dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ettiği yönünde bkz. 11. HD. 14.10.1982, E.3556/K.3887 (naklen Pulaşlı, **Şerh II**, s.1064)

¹⁵⁷⁴ Meier-Hayoz/Forstmoser, s.467, Chenaux/Gechet, **CR, Art 660**, s.574. İngiliz hukukunda da benzer şekilde şirkete geniş bir takdir yetkisi verildiği ve yargısal müdahalenin sadece şirketin değil de bazı pay sahiplerinin menfaatine alınan kâr dağıtmama kararlarına hasredildiği yönünde bkz. Zaklama, s.33.

¹⁵⁷⁵ 11.HD. E.1982/3556 K.1982/3887, 14.10.1982 (lexpera), 11. HD. E.1982/487, K.1982/479, 09.02.1982 (lexpera). Öğretide aynı yönde bkz. İmregün, **Kâr Payı Hakkı**, s.432 vd. Bu konuda bilirkişi incelemesi yapılması gerektiği yönünde bkz. 11.HD. E.2004/2805 K.2004/11915 07.12.2004 (lexpera). Yargıtay ayrıca bilirkişi incelemesinin soyut bir inceleme olmadığını, somut olayda hangi sebeplerle hangi şartların sağlandığının belirgin şekilde tespit edilmesi gerektiğini de belirtmektedir. Bkz. 11.HD. E.2014/14684 K.2015/1913 13.2.2015 (lexpera).

alınan kararın içeriğine ilişkin bir menfaat dengesi gözetimidir. Diğer bir ifade ile objektif bir değerlendirme sonucunda benzer şartlardaki bir şirketin benzer bir yedek akçe ayırma kararı alması, benzer nitelikteki pay sahiplerinin menfaatleri ışığında değerlendirilecektir. Diğer bir ifade ile denetimin konusu, yedek akçe ayırma işlemi olup pay sahiplerinin kişisel özellikleri, saikleri ve pay sahipleri arasındaki ilişkiler gibi sübjektif unsurlar değerlendirmeye alınmayacaktır. Bununla birlikte, dürüstlük kuralına aykırılık incelemesinde tam tersine somut olayın tüm şartları dikkate alınacak ve pay sahiplerinin kişisel özellikler de dikkate alınarak bir değerlendirme yapılacaktır, kanuna uygun yedek akçe ayırma kararının hükmün getiriliş amacına uygun ve orantılı şekilde kullanılıp kullanılmadığı değerlendirilecektir¹⁵⁷⁶.

B. İptal Davasında Yedek Akçe Ayırma Şartlarının Varlığının İspatı

Yedek akçe ayırma kararına karşı açılacak iptal davasındaki en önemli konulardan biri, yedek akçe ayırmaya ilişkin şartların varlığına ve kararın dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmediğine dair ispatıdır. O nedenle de bu davada şartların ispatına ilişkin hususlara dair bazı temel konuları açıklamak yararlı olacaktır.

Yargılama aşamasında yedek akçe ayırma kararının hukuka uygunluğu bakımından, kararın alındığı genel kurul toplantısında yedek akçe ayırma kararının nedenleri dikkate alınmalıdır. Öğretide genel kurulun yedek akçe ayırma kararını alırken gerekçe bildirmek zorunda olmadığı, ancak iptal davasında kararın gerekçesini açıklamak zorunda kalacağı belirtilmektedir¹⁵⁷⁷. Yargıtay'ın kararları da bu yöndedir¹⁵⁷⁸.

Kanaatimizce bu sorun, pay sahibinin bilgi alma hakkını düzenleyen, TTK m.437 ışığında değerlendirilmelidir. TTK m.437 f.2, pay sahibine açık şekilde şirket işlerine dair soru sorma hakkı tanımaktadır. TTK m.523 hükmünde yedek akçe ayrılmasına imkân tanıyan sebepler, şirketin işleyişi ile yakından bağlantılıdır. Örneğin şirketin gelecekte üretim kapasitesini artırmayı düşünmesi, araştırma faaliyetlerine ağırlık vermesi yahut şirket varlıkları elde çıkartıldığı için net dönem kârının geçici olarak artması gibi olaylar, bir yandan TTK m.523 uyarınca yedek akçe ayırma kararının dayanağını oluştururken, bir yandan da pay sahiplerinin bilgi alma hakkının kapsamına girmektedir. O nedenle de genel kurulun yedek akçe ayırırken

¹⁵⁷⁶ Üçışık/Çelik, “başarıya ulaşmış, imkanları genişlemiş, kâr güven altına alınmış ortaklıklarda büyük pay sahiplerinin küçükleri kaçırmak için, kâr dağıtmama yoluna gitmeleri ve ihtiyaç kalkana arkasına sığınmalarına imkân vermemek gerekir” ifadesi ile kanaatimizce benzer bir sonucu ifade etmektedir. Bkz. Üçışık/Çelik, s.436. Yazarların ifadesinde ihtiyacın varlığı esasen kanuna uygunluk incelemesini, küçük yatırımcıları kaçırmaya amacı ise dürüstlük kuralı denetimini ilgilendiren konulardır.

¹⁵⁷⁷ Badak, s.148, Canöz, s.89, Turanlı/Seyman Korkmaz, s.30.

¹⁵⁷⁸ 11.HD. E.2012/13234 K.2014/3514 25.02.2014 (legalbank), 11.HD. E.2005/10060 K.2006/13738 21.12.2006 (legalbank).

gerekçesini göstermesi zorunlu değilse de yedek akçe ayırma gerekçesine ilişkin pay sahiplerinin bilgi alma taleplerini karşılaması gerektiği görüşündeyiz. Söz konusu taleplerin karşılanmaması halinde pay sahibinin bilgi alma hakkı davası açarak, yedek akçe ayrılmasına yönelik öneri konusundaki gerekçeleri dava yoluyla öğrenmesi mümkündür¹⁵⁷⁹.

Bu gerekçeye yönelik bazı eleştiriler ileri sürülebilir. Şirketin kârın nereye harcanacağı konusunda bilgi vermesinin yatırım fırsatlarının kaçmasına yol açabileceği veya ticari sırların ifşasına yol açabileceği endişesi dile getirilmektedir¹⁵⁸⁰. Ancak pay sahiplerinin bilgi alma hakkına ticari sırların korunması amacıyla getirilen sınırlama (TTK m.437 f.3), yedek akçelerin ayrılması amacına ilişkin bilgi talepleri bakımında da geçerli olacağına şüphe yoktur.

İster yedek akçe ayrılması kararının alındığı genel kurulda açıklansın ister iptal davasında açıklansın, yedek akçe ayırma kararının gerekçesinin kanun ve esas sözleşmede yedek akçe ayrılmasına imkân veren hükümlere uygun olduğunun ve dürüstlük kuralını ihlal etmediğinin ispatı gerekir. Öğreti ve yargı kararlarında bu konudaki ispat yükünün şirkete ait olduğu belirtilmektedir¹⁵⁸¹. Bu görüş kabul edilirse, yargılama faaliyeti sırasında taraflarca getirilen deliller değerlendirilecek ve yedek akçe ayırma kararının kanuna veya esas sözleşmeye uygun olup olmadığı konusunda hâkimde kesin bir kanaat oluşmadığı takdirde, yedek akçe ayırma kararının hukuka aykırı olduğu sonucuna varılacaktır.

Kanaatimizce bu değerlendirme esas itibarıyla isabetlidir. İspat yükünün tespitinde genel ilke, ileri sürdüğü olaydan kendi lehine haklar çıkaran kimsenin iddia ettiği olayı ispat etmekle yükümlü olduğudur¹⁵⁸². Anonim şirket, TTK m.523'te belirtilen şartların bulunduğu iddiasıyla yedek akçe ayırma kararı aldığına göre, genel kurula uygun olarak bu şartların gerçekleştiğini ispat yükümlülüğü altında olacaktır.

Ancak şirketin ispat ölçütü¹⁵⁸³ bakımından özellik arz eden bir durum olduğunu belirtmek gerekir. TTK m.523 uyarınca yedek akçe ayırma kararı, şirketin geçmiş faaliyet yılına ilişkin

¹⁵⁷⁹ Ne var ki, bu durumda pay sahibi açısından sakıncalı bir durum ortaya çıkmaktadır. Pay sahibinin genel kurul kararına karşı iptal davası açmak için üç aylık bir hak düşümü süresi bulunmaktadır. Pay sahibinin bilgi açma davasının sonucunu beklemesi halinde, bu sürenin kaçırılması ihtimali bulunduğundan, pay sahibi süresi içerisinde iptal davasını bilgi alma davasının sonucunu almadan açmak zorunda kalabilecektir. Bu açıdan bilgi alma davasının iptal davası bakımından faydası sınırlı olacaktır.

¹⁵⁸⁰ Fischel, s.721.

¹⁵⁸¹ Egger, s.182, Canöz, s.89, Üçışık/Çelik, s.437, Tanner, **ZK, Art 706**, s.350. 11.HD. E.2012/13234 K.2014/3514 25.02.2014 (legalbank), 11.HD. E.2005/10060 K.2006/13738 21.12.2006 (legalbank).

¹⁵⁸² Kuru, s.321, Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.423. Yazarlar, TMK m.6 ile ispat yükü bakımından getirilen düzenlemenin lafzının yanıltıcı olduğu için hükmün bu şekilde yorumlanması gerektiği görüşündedirler.

¹⁵⁸³ İspat ölçütü ile kast edilen ispat edilmesi gereken olgunun varlığı bakımından hâkimde oluşacak kanaatin seviyesidir. Eğer ilgili olgulara ilişkin olarak hâkimde mutlak kesinlik seviyesine yakın bir kanaat oluşması gerekiyorsa, tam ispattan, eğer hâkimin ilgili olguları muhtemel görmesi yeterliyse yaklaşık ispat söz konusu

olgular kadar gelecekte gerçekleşecek olguları da dikkate almayı gerektirir. Öngöründe bulunma zorunluluğu, ispat ölçütü bakımından da özellikli bir değerlendirme yapmayı gerektirecektir. Öğretide ispat ölçütü bakımından esas olanın tam ispat olduğu¹⁵⁸⁴, yaklaşık ispatın daha ziyade geçici hukuki koruma tedbirleri gibi acele karar alınması gereken talepler bakımından kabul edildiği belirtilmektedir¹⁵⁸⁵. Buradan hareketle, esasa ilişkin bir talepte tam ispat şartının aranması gerektiği ileri sürülebilir.

Ne var ki, kanaatimizce yedek akçe ayırma kararının hukuka uygunluğu bakımından tam ispat şartı aranması, TTK m.523 hükmü ile getirilen düzenlemenin amacına uygun düşmeyecektir. Yedek akçe ayırma kararının hukuka uygunluğunun tespiti bakımından şirketin içinde bulunduğu şartların ve ticari risklerin değerlendirilmesi gerekmektedir. Genel kurulun yedek akçe ayırma şartlarının varlığı bakımından tam ispatın aranması, genel kurulun bu konudaki takdir yetkisini esaslı şekilde sınırlayacak sonuçlar doğurabilir. Şirketin gelecekte yapılacak harcamalar için tam olarak ne kadar kaynağa ihtiyaç duyduğunu ispat etmesi ve bu yedek akçe ayırma kararının hukuka uygun olduğu yönünde hâkimde kesinlik sınırında muhtemel bir kanaat oluşturması mümkün olmayabilir. O nedenle de şirketin yedek akçe ayırma şartlarının varlığı konusunda yaklaşık ispat seviyesinde bir ispatta bulunmasının yeterli olacağı görüşündeyiz¹⁵⁸⁶.

Bununla birlikte, ispat ölçütünün düşürülmesi, anonim şirketin yedek akçe ayırma kararında keyfiyete yol açmamalıdır. Mahkeme şirketin yedek akçe ayırma kararının ekonomik gerekçelerini sorgulamak durumundadır. Örneğin yönetim kurulu yeni yatırım amacıyla kârın dağıtılmaması önerisinde bulunduğu ve genel kurul bu öneriyi kabul ettiği takdirde, planlanan yatırıma ilişkin ne gibi projeler hazırlandığı veya yatırım için ihtiyaç duyulan bütçenin nasıl hesaplandığı gibi konularda delil ibraz etmekle yükümlü olacaktır. Benzer şekilde, yedek akçe ayırma kararı şirketin sahip olduğu aktiflerin yenilenmesi amacıyla alınmışsa, hangi aktiflerin yenileceği ve yenilenecek aktifler için ne kadar ödeme yapılmasının öngörüldüğünün somut şekilde ortaya konulması önem taşımaktadır.

olmaktadır. Kavramlar ve açıklama için bkz. Atalay, **Medeni Usul Hukuku** (Editör: Pekcanitez, Hakan/ Özkes, Muhammet/ Akkan, Mine/ Taş Korkmaz, Hülya), 12 Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s.1714-1715.

¹⁵⁸⁴ Postacioğlu/Altay, s.566, Atalay, **Pekcanitez Usul**, s.1719.

¹⁵⁸⁵ Postacioğlu/Altay, s.563. Ancak bunun mutlak bir yargı olmadığı, ispat ölçütünün uyumsuzluğa ilişkin normun yer aldığı hukuk alanına göre değişebileceği de kabul edilmektedir. Atalay, **Pekcanitez Usul**, s.1715.

¹⁵⁸⁶ Usul hukuku öğretisinde de tam ispatın beklenemeyeceği hallerde, yaklaşık ispatın yeterli sayılması gerektiği belirtilmektedir. Bkz. Atalay, **Pekcanitez Usul**, s.1720. Kanaatimizce yedek akçe ayırma kararı, çoğu durumda henüz gerçekleşmemiş, ancak gerçekleşme ihtimali bulunan giderlere karşılık tedbir amacı taşımaktadır. Henüz gerçekleşmemiş olayların gerçekleşeceğinin ve sonuçlarının kesin şekilde ispat edilmesi mümkün olmadığından, bu durumda tam ispatın beklenemeyeceği bir halin var olduğunu kabul etmek mümkündür.

C. Kısmi İptal Sorunu

Genel kurulun yedek akçe ayırma kararı bakımından sıklıkla karşılaşılabilecek bir durum, yedek akçe ayırma kararının bir kısmının TTK m.523'te belirtilen şartlara uygun olmasına rağmen, ayrılan yedek akçe miktarının söz konusu ihtiyacın üzerinde olmasıdır. Bu durumda yedek akçe ayırma kararı belirli bir miktara kadar hukuka uygun olsa da ihtiyaç üzerindeki kısım bakımından kanuna aykırılık söz konusu olacak ve kararın iptali gerekecektir. Bu durumda yedek akçe ayırma kararının tamamının değil, belirli bir tutara kadarının iptalinin istenip istenemeyeceği sorusu ortaya çıkmaktadır. Bu sorunun yanıtını verebilmek için, genel kurul kararlarının kısmi iptalinin mümkün olup olmadığı meselesine değinmek gerekir.

Genel kurul kararının tamamının değil de sadece belirli bir kısmının iptal edilmesi kısmi iptal olarak tanımlanmaktadır¹⁵⁸⁷. Örneğin esas sözleşme uyarınca yönetim kurulu üyelerinin bir yıl süre ile seçileceği kararlaştırılmış olmasına rağmen, genel kurul yönetim kurulu üyelerini iki yıl süre için seçerse, bu durumda genel kurul kararının sadece esas sözleşmeye aykırı olan kısmının iptali söz konusu olacaktır¹⁵⁸⁸. Kısmi iptal sonucunda mahkeme genel kurulun aldığı kararı tamamen değiştirmemekte, alınan kararı sınırlamaktadır. O nedenle hâkim genel kurul kararında kararlaştırılan bir hususun daha azına hükmedebilirse de içerik olarak farklı bir şeye hükmedilmesi mümkün değildir¹⁵⁸⁹.

TTK hükümlerinde genel kurul kararlarının kısmen iptaline ilişkin bir hüküm yer almamaktadır¹⁵⁹⁰. Bununla birlikte genel kurul kararının kısmen iptalinin mümkün olduğu öğretide genel kabul görmektedir¹⁵⁹¹. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi de genel kurul kararının kısmen iptal edilebileceğine hükmetmiştir. Söz konusu kararda şirketin yönetim kurulu üyelerinin mali hakları benzer nitelikteki şirketlere kıyasen oldukça yüksek olarak belirlenmiş olup mahkeme söz konusu miktarı kısmen iptal etmiştir¹⁵⁹².

Kısmen iptal kararının hukuki temeli konusunda çeşitli açıklamalar yapılmaktadır. Bir görüşe göre, genel kurul kararlarının kısmen iptalinde, kısmi geçersizliğe ilişkin TBK m.27/2

¹⁵⁸⁷ Moroğlu, **Genel Kurul**, s.242, Huguenin, Claire/Mahler, Bruno, “**Anfechtbarkeit und Nichtigkeit als Folgen mangelhafter Generalversammlungsbeschlüsse**”, Aktuelle Herausforderungen des Gesellschafts- und Finanzmarktrechts- Festschrift für Hans Caspart von der Crone zum 60. Geburtstag, Schulthess, 2017, s.142, Kunz, Peter V, **Die Klagen im Schweizer Aktienrecht**, Schulthess, Zurich, 1997, s.102.

¹⁵⁸⁸ Örnek için bkz. Moroğlu, **Genel Kurul**, s.243. Benzer bir örnek için bkz. Huguenin/Mahler, s.142.

¹⁵⁸⁹ Huguenin/Mahler, s.143.

¹⁵⁹⁰ Moroğlu, **Genel Kurul**, s.242.

¹⁵⁹¹ Moroğlu, **Genel Kurul**, s.242. İsviçre hukukundaki yazarlara örnek olarak bkz. Huguenin/Mahler, s.142, Riemer, s.99-100, Kunz, **Klagen**, s.102, Tanner, **ZK, Art 706**, s.347, Böckli, **Aktienrecht**, s.2296, Huguenin/Mahler, s.144, Schott, s.313.

¹⁵⁹² BGE 84 II 550.

hükmünün kıyasen uygulanması söz konusudur¹⁵⁹³. Öte yandan öğretide mahkemenin kısmi iptale karar vermesinin kararın önce iptal edilmesi ve ardından hukuka uygun olarak tekrar tesis edilmesi olduğu da savunulmaktadır¹⁵⁹⁴.

Kanaatimizce bu konuda kısmen iptali istenen karardaki genel kurul iradesinin tek bir konuya mı ilişkin olduğu yoksa birbiri ile bağlantılı konularda birden fazla sayıda irade beyanının mı bulunduğuna göre bir ayırım yapılmalıdır. Eğer genel kurul, aynı karar içerisinde birden fazla konuya ilişkin olarak irade beyanında bulunuyorsa ve bu irade beyanlarından birine yönelik iptal talep ediliyorsa, kısmi iptal, TBK m.27 f.2 hükmünün kıyasen uygulanması anlamına gelecektir. Öte yandan genel kurul kararı tek bir konuya yönelik irade beyanı niteliğindeyse, bu kararın içeriğini değiştirecek bir kısmi iptal, kararın tekrar tesis edilmesi anlamına gelecektir.

Bu sonucu bir örnek üzerinden açıklamak yararlı olacaktır. Şirket genel kurulu olağan genel kurulda yönetim kurulu başkanına yıllık iki milyon Türk Lirası ücret olarak, şirket kârının yüzde otuz beşinin kazanç payı olarak ödenmesini kararlaştırmış olsun. Eğer davacı, yönetim kuruluna ödenmesi istenen kazanç payının tamamının iptalini istiyorsa, bu durumda iptal kararı TBK m.27 f.2 hükmünün genel kurul kararına kıyasen uygulanması anlamına gelmektedir. Eğer davacı yönetim kurulu üyesine ödenen ücretin yüksekliği sebebiyle ücretin piyasa koşullarına göre makul olmayan kısmının indirilmesi amacıyla iptal talebinde bulunuyorsa, bu durumda mahkemenin verdiği karar yönetim kurulu üyesinin ücret hakkının kanuna uygun şekilde tekrar tesis edilmesi anlamına gelecektir.

Bu genel açıklamalar ışığında, genel kurul kararlarının kısmi iptali mümkün olduğuna göre, şirketin yedek akçe ayırma kararları bakımından da kısmen iptale bir engel bulunmadığı sonucuna varılmalıdır. Bu durum özellikle ayrılan yedek akçenin tutarı itibarıyla şirket ihtiyaçlarının ötesinde olması yahut pay sahipleri menfaatleri ile dengesizlik yaratması hallerinde mahkemenin kararın bir kısmını iptal etmesine imkân tanıyacaktır.

¹⁵⁹³ Moroğlu, **Genel Kurul**, s.243. İsviçre hukuku bakımından kısmi iptalin borçlar hukukundaki kısmi geçersizliğin bir görünümü olduğu yönünde bkz. Huguenin/Mahler, s.142, Riemer, s.99-100, Böckli, **Aktienrecht**, s.2296. Yazar o nedenle mahkemenin TTK m.27 f.2/İBK m.20 f.2 hükmünde olduğu gibi, kararın iptal edilen kısımlar olmadan alınıp alınmayacağını da denetlemesi gerektiğini belirtmektedir.

¹⁵⁹⁴ Huguenin/Mahler, s.144, Schott, s.313.

D. İptal Davasının Sonucu

Genel kurul kararının iptali davası bozucu inşai dava niteliğindedir¹⁵⁹⁵. İptal hükmü ile birlikte, genel kurulun yedek akçe ayırma kararı ortadan kalkmış olacaktır. İptal kararının verilmesi sonucunda genel kurul kararı geriye etkili olarak alındığı andan itibaren hükümsüz hale gelir¹⁵⁹⁶. Bu noktada unutmamak gerekir ki, iptal edilebilir nitelikteki kararlar, iptal kararı verilene kadar tüm sonuçlarını doğurmaktadır¹⁵⁹⁷.

Mahkemenin iptal edilen genel kurul kararında şirketin ne tutarda yedek akçe ayırabileceğine yer veremeyeceği belirtilmektedir¹⁵⁹⁸. Ancak yukarıda da belirttiğimiz gibi, mahkemenin yedek akçe ayırma kararını kısmen iptal etmesi mümkündür¹⁵⁹⁹. Bu durumda, mahkemenin verdiği kararda yedek akçe olarak ayrılmasına karar verilen ve iptal edilen tutarı göstermesi gerekir.

İptal davasının sonucu bakımından sıklıkla vurgulanan husus, iptal davasının sadece bozucu inşai nitelik taşıdığıdır. İptal davası sonucunda mahkeme sadece genel kurul kararını ortadan kaldıracak bir hüküm vermekte olup mahkemenin genel kurul kararını değiştirmesi veya genel kurulun yerine geçerek onun yerine karar vermesi kural olarak mümkün değildir¹⁶⁰⁰. Bu durum özellikle yedek akçe ayırma kararının iptali bahsinde önem taşımaktadır. Mahkeme iptal davası sonucunda, yedek akçe ayırma kararını kısmen hukuka veya tamamen hukuka aykırı bulsa dahi, kâr dağıtımını konusunda karar veremez¹⁶⁰¹.

Öğretideki bu görüşe katılmakla birlikte, bu konuda bir ekleme yapmanın gerekli olacağı kanaatindeyiz. Belirtmek isteriz ki, kurul kararının iptali davasının hukuki sonucu ile mahkemenin genel kurul yerine geçecek bir irade beyanında bulunabilmesi farklı hukuki

¹⁵⁹⁵ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-I**, s.543, Kırca, **Genel Kurul**, s.254, Schott, s.313, Böckli, **Aktienrecht**, s.2296.

¹⁵⁹⁶ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-I**, s.533, Kırca, **Genel Kurul**, s.255, Huguenin/Mahler, s.140, Tanner, **ZK, Art 706**, s.348, Schott, s.58, Böckli, **Aktienrecht**, s.2296. *Kırca*, inşai nitelikteki davalara ilişkin HMK m.108 f.3 hükmünün bu sonuç ile uyumsuz olduğunu kabul etmektedir. Ancak yazara göre bu konu esasen maddi hukuka ilişkin bir konu olduğu gibi HMK düzenlemesinin genel kurul kararları bakımından kabul edilen bu sonucu değiştirmeye yönelik bir iradesi yoktur. O nedenle de HMK'daki düzenlemeye rağmen, genel kurul kararının iptal edilmesi halinde kararın alındığı tarihten itibaren ortadan kalkacağı kabul edilmelidir.

¹⁵⁹⁷ Pulaşlı, **Şerh II**, s.1055, Tanner, **ZK, Art 706**, s.348, Schott, s.57.

¹⁵⁹⁸ Üçışık/Çelik, s.438.

¹⁵⁹⁹ Bkz. Yukarıda C. Kısmi İptal Sorunu.

¹⁶⁰⁰ Örnek olarak bkz. Kırca, **Genel Kurul**, s.258, Meier-Hayoz/Forstmoser, s.481, Huguenin/Mahler, s.140, Kunz, **Klagen**, s.102, Tanner, **ZK, Art 706**, s.347, Böckli, **Aktienrecht**, s.2296.

Belirtmek isteriz ki, bu konu öğretide tartışmalı olup genel kurul kararının iptali üzerine mahkemenin şirket organı yerine geçerek karar verebileceği yönünde görüşler de bulunmaktadır. Ancak kanaatimizce böyle bir dava, iptal davasının doğal bir parçası olmayıp mahkemenin şirket organı kararı yerine geçecek bir irade beyanında bulunmasına yönelik bir davadır. O nedenle de bu gibi davalar bir alt başlıkta bir bütün olarak ele alınacağından söz konusu tartışmalara burada yer verilmeyecektir.

¹⁶⁰¹ Tanner, **ZK, Art 706**, s.348.

sorunlardır. Genel kurul kararının iptali davasındaki hükmün bozucu yenilik doğurucu etkiyi haiz olması, mahkemeden ayrıca bu konuda bir karar verilmesinin talep edilemeyeceği sorusu ile tam olarak örtüşmemektedir. Eğer mahkemenin şirket adına irade beyanında bulunabileceği bir hal söz konusu ise, bu durumda iptal davasının sonucu olarak değil, söz konusu davanın sonucunda mahkemenin genel kurul veya bir başka şirket organı yerine karar verebilmesi sebebiyle farklı bir hukuki etkiye sahip olması ihtimali bulunmaktadır¹⁶⁰².

Genel kurul kararının iptali, tüm ilgililer bakımından (“*erga omnes*”) bir sonuç doğurur¹⁶⁰³. Buna bağlı olarak şirketin yedek akçe ayırma kararı, iptal davası açmamış olanlar da dahil olmak üzere tüm pay sahipleri bakımından iptal edilmiş olacaktır. Bu durum beraberinde kâr dağıtımını bağlamında bir sorun getirecektir. Şöyle ki, yedek akçe ayrılmasına ilişkin kararının iptal edilmesi üzerine, genel kurul kârın nasıl kullanılacağı konusunda bir karar almamış olacağından, pay sahiplerinin kâr payı alacağı da doğmamış olacaktır. Diğer bir ifade ile yedek akçe ayırma kararı, pay sahiplerinin kâr payı hakkını hukuka aykırı şekilde sınırlandırdığı için, kararın iptal edilmesi neticesinde, dağıtılmasına karar verilen kâr payı alacağı da ortadan kalkmış olacaktır¹⁶⁰⁴. Kanaatimizce bu durumda anonim şirketin haksız olarak ödenen kâr payının iadesini talep etmesi mümkün olmayacaktır. Şirketin yedek akçe ayırmasına ilişkin genel kurul kararı, kâr payı hakkını hukuka aykırı olarak sınırlamışsa, şirketin daha yüksek oranda bir kâr payı dağıtımını yapması gerekliliği açıktır. Bu durumda pay sahibinin hukuken hak kazanması gereken kâr payı alacağı, iptal kararına binaen iadesi istenen kâr payı alacağından daha yüksek olacaktır. Öyleyse şirket iadesini istediği tutarı, daha sonra fazlası ile pay sahiplerine ödemek zorunda kalacaktır. O nedenle de şirketin kâr payı alacağı için yaptığı ödemeleri geri istemesi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecektir.

II. Pay Sahibinin Kâr Dağıtım Kararı Talebiyle Dava Açması

Genel kurulun kâr dağıtımını sınırlandıran, daha isabetli bir ifade ile net dönem kârının tamamının veya bir kısmının olağanüstü yedek akçe olarak ayrılması yönündeki kararına karşı iptal davası açılabilir. Ancak genel kurul kararının salt bozucu inşai etkisi sebebiyle, davanın kabulü halinde yedek akçe ayrılmasına ilişkin genel kurul kararı ortadan kalkmış olsa da bu

¹⁶⁰² Riemer, s.97.

İsviçre hukukunda iptal davası ile birlikte, ayrıca alınması gereken kararın tespitine yönelik de bir davanın açılabilmesi kabul edilmektedir. Bkz. Kunz, **Klagen**, s.102. Bu durumda mahkeme, iptal kararını verdikten sonra, iptal edilen kararın yerine alınması gereken kararın ne olmasını gerektiğini de tespit eden bir karar verecektir. Ancak belirtmek gerekir ki, bu durumda mahkeme hukuka uygun kararı almadığından, hukuki durumun değişmesi için genel kurulun toplanarak bu kararı alması gerekecektir.

¹⁶⁰³ Kırca, **Genel Kurul**, s.255, Tanner, **ZK, Art 706**, s.348, Schott, s.58, Böckli, **Aktienrecht**, s.2296.

¹⁶⁰⁴ Turanlı/Seyman Korkmaz, s.31.

karar kâr dağıtım kararı anlamına gelmediği için, pay sahibinin kâr payı alacağı doğmayacaktır. Kâr payı alacağının doğması için, genel kurulun iptal kararı üzerine toplanarak tekrar kâr dağıtımını konusunda, mahkeme tarafından verilen iptal kararının gerekçeleri de dikkate alınarak, tekrar karar vermesi gerekecektir¹⁶⁰⁵.

Çoğunluk pay sahiplerinin iradi olarak böyle bir karar alması halinde, kâr payı alacağının doğmasının gecikmesi hariç tutulursa, pay sahiplerinin menfaatleri korunmuş olacaktır. Ne var ki, çoğunluk pay sahiplerinin azınlık pay sahiplerini zarara uğratma ve onları kâr payı açlığına mahkûm etme isteği taşıdığı şirketlerde, genel kurul kararının toplanarak tekrar hukuka uygun karar almaması ihtimal dahilindedir. Gerçekten de şirketteki çoğunluk pay sahiplerinin böyle bir karar alınmaması yönünde menfaati bulunduğu unutulmamalıdır. Genel kurul tekrar dağıtım kararı alana kadar, net dönem kârı şirket malvarlığında muhafaza edilecek ve dağıtılması gereken miktar şirkette *de facto* yedek akçe niteliği kazanacaktır. Diğer bir anlatımla çoğunluk pay sahipleri, tekrar toplanarak hukuka uygun şekilde dağıtım kararı alana kadar, hukuken ayıramadıkları yedek akçeyi fiilen ayırmış olacaklardır.

Buradan hareketle çoğunluk pay sahiplerinin, kâr dağıtımını konusunda karar almaktan kaçınmaları veya kârın kullanımı konusunda alacakları yeni kararda da yüksek miktarda yedek akçe ayırma yönünde oy kullanmaları mümkündür. İki ihtimalde de azınlık pay sahipleri, kâr payı hakkından hukuka aykırı şekilde mahrum kalmaya devam edeceklerdir. TTK m.445 ve devamındaki hükümlerde tanınan iptal davası, bu bağlamda pay sahipleri için herhangi bir koruma sağlamamaktadır.

Bu çözümün menfaatler dengesi, ekonomik verimlilik, hukuk güvenliği ve hakkaniyet perspektiflerinden tatmin edici olmadığı açıktır. Zira genel kurul kararının iptalinden sonra azınlık pay sahipleri şirket organlarını tekrar toplanmaya teşvik etmek ve genel kurulun hukuka aykırı şekilde karar almasını sağlayacak imkanlara sahip olmayacaklardır¹⁶⁰⁶. Buna karşılık çoğunluk pay sahipleri, yedek akçe ayırma kararının kanun tarafından tanınan geniş takdir

¹⁶⁰⁵ Karahan, Sami, “**Kar Dağıtımına İlişkin Genel Kurul Kararını İptal Eden Mahkeme, Karın Dağıtılmasına Karar Verebilir mi?**”, REGESTA, Cilt: 3 Sayı: 1, Yıl: 2013, s.25, Aydoğan, s.122, Huguenin/Mahler, s.145.

¹⁶⁰⁶ Bu noktada azınlık pay sahiplerine genel kurulu toplantıya çağırma ve gündeme madde ekletme konusunda yetki veren TTK m.411 hükmü akla gelecektir. Ancak ilgili hüküm iki sebepten etkin bir koruma sağlamamaktadır. İlk olarak, TTK m.411’de tanınan hak bir azınlık hakkıdır ve sadece şirket sermayesinin en az %10’unu temsil eden pay sahipleri tarafından kullanılabilir. İkinci olarak azınlığa genel kurulu toplama yetkisi verilse ve kâr dağıtımını konusunda gündemde madde eklenmesi sağlansa bile, bu yöntem sadece yönetim kurulunun genel kurulu toplantıya çağırma hareketsiz kalması ihtimaline karşı bir koruma sağlayacaktır. Azınlık pay sahiplerinin iptal edilen karar yerine, yine düşük miktarda kâr dağıtımını yönünde karar alması halinde, TTK m.411 hükmü herhangi bir koruma sağlamakta yetersiz kalacaktır.

yetkisine rağmen hukuka aykırı olduğu tespit etmiş olunmasına rağmen, hukuka aykırı durumu fiilen sürdürme imkanına sahip olacaklardır.

Azınlık pay sahiplerinin korunması bakımından doğan bu zaafiyetin giderilmesi için, pay sahiplerinin mahkemeden genel kurul kararının iptali dışında aynı zamanda kâr dağıtımı yönünde karar vermelerini talep edip edemeyecekleri sorusu akla gelmektedir. Eğer pay sahiplerinin böyle bir dava açabileceği kabul edilirse, pay sahipleri sadece olağanüstü yedek akçe ayrılması kararının iptalini sağlamakla kalmayacak, aynı zamanda asıl hedefleri olan kâr payına da kavuşmuş olacaklardır.

Pay sahiplerinin kâr dağıtımı talebi ile mahkemeye başvurmasına açıkça imkân veren bir düzenleme TTK hükümleri arasında yer almamaktadır. O nedenle de böyle bir dava açılmasının mümkün olup olmadığı sorusu gerek öğretide gerekse yargı kararlarında tartışılmıştır. O nedenle öncelikle pay sahiplerinin mahkemeye başvurarak dağıtım kararı yerine geçecek bir hüküm almalarının mümkün olup olmadığı incelenmelidir. Aşağıdaki gerekçeleri ile belirteceğimiz üzere, kanaatimizce pay sahiplerinin böyle bir dava açma hakkı bulunmaktadır. İkinci bölümde de böyle bir davanın hukuki niteliğine ve davanın şartlarına değinilecektir.

A. Mahkemenin Şirket Genel Kurulu Yerine Geçerek Karar Vermesinin Mümkün Olup Olmadığı Sorunu

1. Hâkim Görüş

Türk ve İsviçre hukukunda çoğunlukta olan görüş uyarınca kâr payı dağıtım kararı şirket genel kurulu tarafından verilmesi gereken bir karar olup mahkemenin genel kurul kararı yerine geçerek dağıtıma karar vermesi mümkün değildir. Bu görüşü savunan yazarlara göre, genel kurulun yedek akçe ayırmak suretiyle kâr dağıtmama kararı almasına yönelik kararı iptal edildikten sonra, mahkemenin şirketin yerine geçerek kâr dağıtım kararı veremeyecektir¹⁶⁰⁷. Benzer şekilde İsviçre öğretisinde de mahkemenin genel kurul kararını değiştiremeyeceği gibi, şirkete belirli yönde karar verme yükümlülüğü getiremeyeceği savunulmaktadır¹⁶⁰⁸. Yargıtay

¹⁶⁰⁷ Örnek olarak bkz, Kırca, **Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü**, s.259, Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-I**, s.532, İlbasmış Hızlısoy, s.106, Yüksel, **Davalı Sıfatı**, s.864, Pulaşlı, **Şerh II**, s.1118, Üçışık/Çelik, s.366 ve tekrar s.438, Gürbüz Usluel, s.75 vd., Badak, s.272 dn.140, Gürbüz Usluel, s.75.

¹⁶⁰⁸ Egger, s.268, Sommer, **OFK**, s.1789, Habegger, s.135, Knobloch, s.246, Tanner, **ZK, Art 706**, s.348. Aynı sonucun Alman hukukunda da baskın görüş olduğu yönünde bkz. Schüppen, s.575.

da muhtelif kararlarında mahkemenin genel kurul yerine geçerek dağıtım karar veremeyeceği yönünde kararlar vermiştir¹⁶⁰⁹.

Bu görüşü savunan yazarlar öncelikle iptal davasının hukuki niteliğinin mahkemeye böyle bir yetki vermediği görüşündedirler. İptal davasının bozucu inşai nitelikte bir karar olması karşısında, bu dava sonucunda mahkeme sadece mevcut hukuki durumu ortadan kaldıracaktır. Ancak hâkimin yeni bir işlem tesis ederek yeni bir hukuki durum yaratması davanın niteliğine uygun değildir¹⁶¹⁰. O nedenle de mahkemenin kâr dağıtım kararı vermesi, iptal davası ile uyumlu bir çözüm değildir.

Öğretide mahkemenin kâr dağıtım kararı veremeyeceğine yönelik görüşün bir diğer dayanağı mahkemenin şirket organı yerine karar vermesine ilişkin bir hükmün bulunmamasıdır. Kanunda mahkemeye şirket organı yerine geçerek karar alma yetkisi veren genel bir hüküm bulunmadığından, pay sahiplerinin mahkemeden kâr dağıtım kararı verilmesini talep etmesi mümkün değildir¹⁶¹¹. Tüzel kişilerin bağımsızlığı (“l’autonomie de personne morale”) ilkesi olarak ifade edilen ilke, tüzel kişiye ilişkin kararların tüzel kişinin organı tarafından alınmasını gerektirmektedir¹⁶¹².

Üstelik kanunda mahkemenin genel kurul yerine geçerek karar vermesini sağlayabilecek hüküm bulunmaması bir hukuki boşluk teşkil etmez¹⁶¹³. Kanun koyucunun mahkemeye genel kurul yerine karar tesis etme yetkisi vermemesi bilinçli bir tercihtir ve hukuk boşluğu bulunmayan bir durumda, mahkemenin yorum yoluyla hukuk yaratmasının da kabul edilemeyeceği, bunun kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı olacaktır ileri sürülmektedir¹⁶¹⁴.

Hâkim görüşü savunan yazarlar, ayrıca TTK m.408 hükmünün de mahkemenin genel kurul yerine karar vermesini engellediğini belirtmektedirler. TTK m.408 hükmü, kârın kullanımı ve yedek akçe ayrılması konusunda karar almayı genel kurulun devredilemez yetkileri arasında düzenlediğinden mahkemenin böyle bir karar vermesi TTK m.408 hükmüne aykırılık oluşturacaktır¹⁶¹⁵.

¹⁶⁰⁹ 11. HD. 21.03.2016 E.2015- 8238/3141, 11.HD. 07.04.2016 2015-7917/3828, 11. HD. 14.03.2016 2015-6939/2769 (üç karar da naklen Aydoğan, s.117).

¹⁶¹⁰ Kırca, **Genel Kurul**, s.259, Pulaşlı, **Şerh II**, s.1118.

¹⁶¹¹ Kırca, **Genel Kurul**, s.259, Gürbüz Usluel, s.75.

¹⁶¹² Trigo Trindade, Rita, “**Erreur de l’actionnaire et contestation des décisions de l’AG**”, Mélanges à la mémoire de Bernard Corboz (Ed: Grégory Bovey, Benoît Chappuis, Laurent Hirsch), Schulthess, 2019, s.266.

¹⁶¹³ Kırca, **Genel Kurul**, s.260.

¹⁶¹⁴ Kırca, **Genel Kurul**, s.260.

¹⁶¹⁵ Gürbüz Usluel, s.75, Badak, s.272 dn.140, İmregün, **Menfaat İhtilafları**, s.164, Tanner, **ZK, Art 706**, s.348.

Hâkim görüşü savunan bazı yazarlara göre, pozitif hukuktaki bu çözüm, hukuk politikası açısından da isabetlidir. Anonim ortaklıklar bakımından temel ilke, şirketin kendi organları tarafından yönetilmesi olup mahkemenin şirket organı yerine geçerek karar vermesi bu temel ilkeye aykırı görülmektedir¹⁶¹⁶. Bu ilkenin altında yatan temel düşünce, mahkemenin müdahalesinin hukuk güvenliğini zedeleyeceği endişesidir¹⁶¹⁷. Mahkemenin genel kurul yerine geçerek şirketin dağıtacağı kâr payı konusunda bir karar vermesi, mahkemeyi şirket tarafından alınması gereken ticari kararları almak zorunda bırakacaktır¹⁶¹⁸. İptal davasında hâkim ticari¹⁶¹⁹ bir değerlendirme yapmamalıdır¹⁶²⁰. Mahkemenin şirketin işletme ve yatırım politikasına karar verecek çözümler veremeyeceği, bu alanların “hukuk dışı” alanlar olduğu ve bu konuların hâkim tarafından karara bağlanmaması gerektiği savunulmaktadır¹⁶²¹.

Hâkim görüşü savunan yazarlar, kâr payı dağıtım kararı verilmesi konusunda bir istisna tanınması fikrini de çoğunlukla reddetmektedirler. Zira kâr dağıtımı bakımından böyle bir istisna tanınması halinde, bu istisnanın genel kurul tarafından alınacak tüm kararlara teşmil edilerek genişletilebileceği, bunun da genel kurulun işlevinin mahkeme tarafından üstlenilmesi anlamına geleceği belirtilmektedir¹⁶²².

Bu görüş, iptal davası açan pay sahiplerinin davayı kazanmaları halinde dahi istedikleri nihai amaca ulaşamayacaklarını kabul etmekle birlikte, bu sonucun başka hukuki yollarla giderilebilir olduğunu savunmaktadırlar. Şöyle ki, iptal kararı üzerine, genel kurulun toplanarak mahkeme kararı ışığında karar alması zorunludur¹⁶²³. Eğer genel kurul toplanarak iptal kararının ruhuna uygun bir karar almazsa veya haksız yere kâr payı dağıtımından sürekli olarak imtina edilirse, azınlık pay sahipleri TTK m.531’de tanınan haklı sebep fesih davasına başvurarak menfaatlerini koruma imkânına sahip olacaklardır¹⁶²⁴.

Mahkemenin genel kurul yerine karar veremeyeceği görüşünü savunan yazarlar, TTK m.531’de düzenlenen haklı sebeple fesih ve alternatif çözümlerin pay sahiplerinin korunması bakımından etkin bir yöntem olduğunu, bu nedenle de genel kurul kararlarının iptaline ilişkin

¹⁶¹⁶ Şahin, s.511.

¹⁶¹⁷ Şahin, s.511.

¹⁶¹⁸ Moroğlu, **Genel Kurul**, s.331, Pulaşlı, **Şerh II**, s.1118.

¹⁶¹⁹ Doktrinde ticari yerine, “yerindelik denetim” ifadesi de kullanılmaktadır. Bkz. Şahin, s.514.

¹⁶²⁰ Şahin, s.511.

¹⁶²¹ Şahin, s.516.

¹⁶²² Kırca, **Genel Kurul**, s.261.

¹⁶²³ İlbasmış Hızlısoy, s.106.

¹⁶²⁴ Kırca, **Genel Kurul**, s.260. Haklı sebeple fesih davası yoluyla kâr payı hakkının korunmasına ilişkin açıklamalar için bkz. Aşağıda III-Haklı Sebeple Fesih Davası Yoluyla Kâr Payı Hakkının Korunması

sistemde istisna oluşturmaya gerek kalmayacağı fikrindedirler¹⁶²⁵. Gerçekten de öğretide TTK m.531 ile getirilen haklı sebeple fesih davasının kâr dağıtımından imtina edilmesi halinde azınlık pay sahiplerini koruyacak bir çözüm olduğu belirtilmektedir¹⁶²⁶. Bu bağlamda, TTK m.531 hükmü, haksız yere kâr dağıtılmayan şirketlerde azınlık pay sahiplerini korumak için yeterli olacağından, sorunun çözümünün de bu bağlamda aranması savunulmaktadır.

Doktrinde halka açık ortaklıklarda söz konusu sorunun hukuk dışı yollarla da giderilebileceği belirtilmektedir. Halka açık anonim ortaklıklarda piyasa baskısının ve SPK kapsamında getirilen azınlık pay sahiplerini koruyucu diğer hükümlerin şirketi makul bir kâr dağıtımına teşvik edeceği savunulmaktadır. Paylar üzerindeki piyasa baskısı ve azınlık pay sahiplerinin güçlü hukuki korumaları sebebiyle, halka açık şirketlerde koruma ihtiyacının daha da az olduğu ve bu şirketler için hukuk sisteminde bir istisna getirilmesinin hepten isabetsiz olacağı belirtilmektedir¹⁶²⁷.

Özetle, hâkim görüş uyarınca, pay sahiplerinin mahkemeden şirket organı kararını ikame edecek bir hüküm tesis edilmesi istenemez. Aksi halde mahkemenin ticari kararlar vermesi ve şirketin mahkeme aracılığıyla yönetilmesi söz konusu olur. Bu ise kanun koyucunun temel yaklaşımına uygun değildir. Esasen kanunda istisnai olarak mahkemenin şirket organı yerine karar vermesine olanak tanıyan hükümler bulunsa da kâr payı dağıtımını konusunda böyle bir hüküm bulunmadığından, genel kuraldan sapılmamalıdır. Nitekim yine hâkim görüş uyarınca TTK m.531 ile getirilen haklı sebeple fesih davası gibi pozitif hukukta azınlık pay sahiplerini koruyucu bazı düzenlemeler yeterli ve etkin bir koruma sağladığından hukuk sisteminin temel ilkelerine aykırılık teşkil edecek bir istisna getirilmesi için yeterli bir menfaat de bulunmamaktadır.

2. Azınlık Görüşü

Öğreti ve yargı kararlarında azınlıkta kalmakla birlikte, pay sahiplerinin kâr dağıtımını konusunda mahkemeden talepte bulunabileceği ve mahkemenin kâr dağıtımını kararının şirket genel kurul kararını ikame edeceği yönünde görüşler de bulunmaktadır.

Mahkemenin şirket adına geçerek kâr dağıtım kararı almasını iptal davası bağlamında ele alan görüşe göre, çoğunluk gücünün kötüye kullanılması yoluyla şirketin kâr dağıtımından

¹⁶²⁵ Örnek olarak bkz. Üçışık/Çelik, s.367.

¹⁶²⁶ Erdem, Nuri, **Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s.251, Şahin, s.167 ve tekrar s.333, Ayoğlu, Tolga, “**Anonim Ortaklıkların Haklı Nedenle Feshi**”, Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Saygı Günü Sempozyumu, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 2013/2, s.221.

¹⁶²⁷ Gürbüz Usluel, s.76.

kaçındığı hallerde, genel kurul tarafından alınan yedek akçe kararının iptali davasında, pay sahiplerinin mahkemeden genel kurul kararının iptali dışında, kâr dağıtımını talep edebilirler¹⁶²⁸.

Bu görüşü savunan yazarların bir kısmı, azınlık pay sahiplerinin korunması ihtiyacından ve dürüstlük kuralından hareket etmektedirler. Çoğunluk görüşü kabul edilirse, pay sahiplerinin kâr payı alacağının doğması için iptal davası açması yeterli olmayacak, iptal kararı üzerine genel kurulun tekrar dağıtım kararı almasını beklemeleri gerekecektir. İkinci genel kurul toplantısının da hukuka uygun olmaması halinde tekrar dava açılması gerekliliği doğacaktır¹⁶²⁹. Halbuki mahkemenin genel kurul yerine kâr dağıtım kararı verebileceğinin kabul edilmesi halinde, pay sahipleri arasındaki uyuşmazlığın daha kolay ve basit şekilde nihai çözüme ulaştırılması mümkün olacaktır¹⁶³⁰.

Üstelik böyle bir çözümün kabul edilmesi, çoğunluk gücünün kötüye kullanılmasının engellenmesi bakımından tüm pay sahipleri lehine etkin ve caydırıcı koruma sağlayacaktır¹⁶³¹. Zira azınlık pay sahiplerine, etkin bir hukuki başvuru yolu tanınması halinde, çoğunluk pay sahiplerinin bu yola başvurmaktan kaçınması sağlanabilir. Buna bağlı olarak çoğunluk gücünün kötüye kullanılması imkanları sınırlandırılmış olacak ve birçok uyuşmazlık önceden engellenmiş olacaktır¹⁶³².

Öğretide bir diğer yaklaşım ise, çoğunluk pay sahiplerinin iptal kararına uygun olarak yeni bir karar alacağından şüphe duyulan hallerde, pay sahibinin iptal davasına ilaveten mahkemeden ifaya yönelik bir talepte de bulunabileceği kabul etmektedir¹⁶³³. Şirket esas sözleşmesinde kâr dağıtımı konusunda bir zorunluluk getirilmiş olmasına rağmen, genel kurulun buna aykırı kararının iptali ile birlikte ifanın talep edilmesi de bu hallerden biridir¹⁶³⁴. Benzer şekilde, yedek akçe ayırma kararının iptali sonrasında toplanan genel kurulun yine dağıtım kararı almaması halinde, çoğunluğun iradi olarak hukuka aykırı kâr dağıtım kararı alacağı konusunda şüphenin oluşacağı ve ve artık mahkemenin genel kurul kararının iptali ile birlikte dağıtıma da karar verebileceği de savunulmaktadır¹⁶³⁵.

¹⁶²⁸ Bu yönde bkz. Karahan, s.25 vd, Pulaşlı, **Şerh II**, s.1840. İsviçre hukukunda bkz. Riemer, s.99. Alman hukuku bakımından bkz. Schüppen, s.579.

¹⁶²⁹ Karahan s.25, Aydoğan, s.122, Huguenin/Mahler, s.145.

¹⁶³⁰ Karahan, s.30.

¹⁶³¹ Karahan, s.26.

¹⁶³² Karahan, s.28, Aydoğan, s.116.

¹⁶³³ Canözü, s.102, Riemer, s.99.

¹⁶³⁴ Riemer, s.98.

¹⁶³⁵ Canözü, s.102.

Her ne kadar azınlık görüşü olsa bile, Yargıtay'ın da çeşitli kararlarında mahkemenin kâr dağıtım kararı alabileceği yönünde tutum aldığı söylenebilir. Yargıtay 2016 yılında verdiği bir kararında, “*pay sahiplerine dağıtılabilecek karı bulunuyorken iyiniyet kurallarına aykırı olacak şekilde uzunca bir süre dağıtılmaması ya da yetersiz dağıtılması halinde pay sahibi bu hakkını mahkeme aracılığıyla talep edebilecektir*” demek suretiyle, mahkemenin kâr dağıtımına karar verebileceğini kabul etmektedir¹⁶³⁶.

3. Görüşümüz

Kanaatimizce pay sahibinin talebi üzerine, mahkemenin kâr payı dağıtımını konusunda karar almasına pozitif hukuk bakımından herhangi bir engel bulunmamaktadır. Bu açıdan bugün için azınlıkta kalan görüşe katıldığımızı belirtmek isteriz.

Bu görüşü benimsememizin gerekçelerini iki temel ekseninde ortaya koyabiliriz. Kanaatimizce mahkemenin genel kurul tarafından alınması gereken kâr dağıtım kararı yerine geçecek bir karar vermesi, özel hukuk sistemimizde esas olan aynen ifanın ortaklıklar hukukuna yansımından ibarettir ve kanaatimizce şirketler hukuku hükümleri arasında böyle bir talebi engelleyen bir hüküm bulunmamaktadır. İkinci olarak, hukuk politikası açısından mahkemelerin şirket adına irade beyanında bulunacağını kabul etmekte önemli bir yarar bulunmaktadır ve hâkim görüş tarafından önerilen çözümler menfaat dengesinin tesisi açısından tatminkâr sonuçlar vermeyecektir. Aşağıda, bu gerekçelerimizi hâkim görüş tarafından ileri sürülen eleştirileri de dikkate alacak şekilde değerlendirmeye çalışacağız. Öncelikle, görüşümüzün maddi hukuk temelini ortaya koyabilmek için, şirket ile pay sahibi arasındaki ilişkide, genel kurulun yedek akçe ayırma kararının niteliği konusuna değinmek isabetli olacaktır.

a. Kâr Payı Hakkının Şirkete Yüklediği Borçlar

Birinci bölümde ortaya koymaya çalıştığımız üzere, kâr payı hakkı pay sahibi bakımından bir hak niteliğindedir. Dar anlamıyla kâr payı hakkı, bir yandan dağıtılan tutara katılma yetkisi

¹⁶³⁶ 11. HD. 01.12.2016 2015-14100/8853 (legalbank). Kararın mahkemenin kâr dağıtımına karar verebileceğinin kabulü anlamına geldiği yönünde bkz. Aydoğan, s.118. Aydoğan, Yargıtay'ın 03.12.2015 tarihinde verdiği 4504/12980 numaralı bir başka kararında da mahkemenin kâr dağıtım kararı verebileceği konusundaki yetkisini tanıdığını belirtmektedir. Bkz. Aydoğan, s.118. Ancak ilgili karar TTK m.531 kapsamında açılan şirketin haklı sebeple feshi davasında alternatif çözümler kapsamında mahkemenin kâr dağıtımına karar verebileceğini belirtmektedir. TTK m.531 düzenlemesinin hâkime duruma uygun düşen bir çözüm konusunda geniş bir yetki vermesinden dolayı, bu dava bakımından mahkemenin yetkili olduğuna ilişkin bir karar, kanaatimizce genel hükümler kapsamında kâr dağıtım kararı talebiyle dava açılıp açılmayacağı meselesine ilişkin yol gösterici olmayacaktır.

verirken, eşzamanlı olarak da şirkete kâr dağıtımını yapma yükümlülüğü yükler¹⁶³⁷. Diğer bir ifade ile anonim şirketin kâr dağıtımını, sadece bir ticari tercih olmayıp pay sahibine karşı üstlendiği bir yükümlülüktür. Anonim şirketin bu yükümlülüğe aykırı hareket etmesi halinde bir hukuka aykırılığın gerçekleşeceğinde şüphe yoktur.

TMK m.51 f.1 tüzel kişilerin iradesini organları yoluyla oluşturacağını düzenlemiştir. Buna göre, şirket organlarının tüzel kişiliği yoktur ve organ kararları tüzel kişi adına verilmiş irade beyanlarıdır¹⁶³⁸. Diğer bir ifade ile hukuka uygun bir kâr dağıtım kararı, anonim şirket tarafından bir yükümlülük olan kâr dağıtımının tam olarak ifa edilmesi için yapılması gereken, tüzel kişiye atfedilen bir irade beyanıdır¹⁶³⁹. Şirketin pay sahibinin kâr payı hakkı uyarınca üstlendiği kâr dağıtım yükümlülüğü, genel kurulun kâr dağıtım yükümlülüğü yoluyla yerine getirilecektir. TTK m.408 hükmü ise kâr dağıtımını konusunda şirket adına irade beyanında bulunmaya yetkili organın genel kurul olduğunu düzenlemiştir¹⁶⁴⁰.

Bu açıklamalar ışığında söylenebilir ki, mahkemenin genel kurul yerine geçerek karar verip veremeyeceği sorunu, esasen mahkemenin şirketi bir irade beyanında bulunma borcu altında olan anonim şirketi bu irade beyanında bulunma borcuna mahkûm edip edemeyeceği ekseninde ele alınmalıdır. Diğer bir ifade ile konuyu altında yatan hukuki sorun, şirketin genel kurul kararı şeklinde somutlaşan irade beyanında bulunma borçlarının aynen ifasının istenip istenemeyeceği sorunudur.

Bu sorunu ele alabilmek için öncelikle genel olarak irade beyanında bulunma borçlarına ilişkin açıklamalar yapılacak ve hukuk sistemimizde özellikli bir konumda olsa da irade beyanında bulunma borcunun aynen ifasının istenmesi ve bunun mahkeme kararı yoluyla sağlanması mümkün olduğu ortaya konulacaktır. Ardından irade beyanında bulunma borcunun ortaklıklar hukukunda çeşitli görünümünü aktararak, şirketin kanuna, esas sözleşmeye yahut dürüstlük kuralına dayanan belirli bir yönde karar alma yükümlülüğünün bulunduğu hallerde, bu yükümlülüğe uyulmamasının mahkeme kararı vasıtasıyla sağlanabildiğini göstermeye çalışacağız. İrade beyanında bulunma borcunun ortaklıklar hukukunda da yer bulduğunu ortaya

¹⁶³⁷ Örnek olarak Birsell, s.21, Yanlı, **AŞ'de Kâr Payı**, s.31, Aydoğan, s.123. Kâr payı hakkının içeriği ve şirketin kâr dağıtım zorunluluğu bakımından kapsamlı açıklama bakımından bkz. Birinci Bölüm-II-B-1-b- Kâr Dağıtımına Zorlama Yetkisi.

¹⁶³⁸ Serozan, **Medeni Hukuk**, s.40, Dural/Öğüz, s.250, Kırca/Şehirli Çelik/Manavgat, s.387.

¹⁶³⁹ Genel kurul kararının çok sayıda pay sahibinin oyları sonrasında oluşan çok taraflı bir işlem olarak değil, şirket tüzel kişiliğinin irade beyanı ile hukuk düzeninde değişikliğe yol açtığı tek taraflı bir işlem olarak değerlendirmek gerektiği yönünde bkz. Trigo Trindade, **Erreur**, s.262-263.

¹⁶⁴⁰ Aynı bakış açısı ile genel kurulun toplanma ve karar alma süreçlerine ilişkin düzenlemeler de anonim ortaklık tüzel kişiliğinin karar alma sürecinin düzenlenmesine ilişkin hükümlerdir. Trigo Trindade, **Erreur**, s.263.

koyduktan sonra, hâkim görüş tarafından kâr payı dağıtımı konusunda mahkemenin karar vermesine engel olduğu ileri sürülen gerekçeleri değerlendireceğiz.

b. Genel Olarak İrade Beyanında Bulunma Borcunun İfası

Edimler konuları itibariyle, yapma, yapmama ve verme borçları olarak üç ana grupta incelenmektedir¹⁶⁴¹. Bazı durumlarda, borçlunun yapma borcunun konusu, borçlunun belirli bir yönde irade beyanında bulunmasıdır. Bir önsözleşme¹⁶⁴² veya dürüstlük kuralı¹⁶⁴³ sebebiyle sözleşme yapma zorunluluğunda, taşınmazın mülkiyetinin devri borcu uyarınca mülkiyetin geçişine rıza gösterme borcu¹⁶⁴⁴ yahut alacağın temliki borcunun ifası¹⁶⁴⁵ gibi hallerde borçlu belirli bir yönde irade beyanında bulunma borcu altındadır. İrade beyanında bulunma borcunun ifası için borçlu tarafından bir hukuki işlemin tesisi gerekmektedir¹⁶⁴⁶.

Borçlu, hukuken irade beyanında bulunma borcu altında olmasına rağmen, hiç irade beyanında bulunmadığı yahut borcun konusuna uygun bir irade beyanında bulunmadığı borcunu ifa etmemiş olacaktır. Borçlar hukuku sistemimizde genel kurul uyarınca borçlu borcunu ifa etmediği takdirde, alacaklı ifayı talep ederek borçluyu borcunu ifaya zorlayabilir¹⁶⁴⁷. Alacaklıya tanınan aynen ifayı talep hakkı, mümkün olan her türlü ifa

¹⁶⁴¹ Örnek olarak bkz. Kocayusufoğlu, s.33, Eren, s.102 vd.

¹⁶⁴² Staehlin, **Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)**, (Ed: Thomas Sutter-Somm/ Franz Hasenböhler/ Christoph Leuenberger), Schulthess, 2013, **Art 344**, s.2479, Pekcanitez, **Pekcanitez Usul**, s.963, Başoğlu, Başak, **Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi**, 12 Levha, İstanbul, 2012 s.85, Eren, s.1032, Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s.172, Oğuzman/Öz, **Cilt I**, s.390.

Belirtmek gerekir ki, uygulamada sıklıkla başvurulanan önsözleşme türlerinden biri olan taşınmaz satış vaadi sözleşmeleri bakımından bu konuda tartışma bulunmaktadır. Bilindiği üzere, taşınmaz satış vaadi sözleşmesi, taraflara daha sonra satım sözleşmesi yapma borcu yükleyen bir önsözleşmedir. Bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s.390, Sirmen, Lale, **Eşya Hukuku**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s.337. Önsözleşme olmasına binaen, tarafların taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile üstlendikleri borç, satım sözleşmesinin kurulmasıdır. Bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s.397, Sirmen, s.340. Ancak taşınmaz satış vaadine dayanan davalarda, mahkemenin sadece satış sözleşmesinin tesisi ile yetinmeyeceği, ayrıca mülkiyetin geçişine de hükmedeceği belirtilmektedir. Bu yöndeki kararların yargı kararlarında ve öğretide hâkim görüş olduğu yönünde bkz. Sirmen, s.340, Başoğlu, s.92, Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s.397. Ancak bu yaklaşım, satış sözleşmesi ile satış vaadi sözleşmesi arasındaki farkı kaldırdığı için eleştirilmektedir. Bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s.398.

Uygulamada benimsenen bu çözüm, konumuz bakımından kısmi bir önemi haizdir. Satış vaadi sözleşmesine dayanarak, satış sözleşmesinin kurulması talep edilebileceği kabul edilirse, bu durumda irade beyanında bulunma borcunun konusu sözleşme kurulmasına yönelik olacaktır. Eğer satış vaadine dayanarak taşınmaz mülkiyetinin geçişine hükmedilebileceği kabul edilirse, bu durumda mahkemenin hükmü mülkiyetin geçişine yönelik irade beyanının yerine geçmektedir. Her iki koşulda da mahkeme kararının bir irade beyanının bulunma borcunun ifasını sağladığını söylemek mümkündür.

¹⁶⁴³ Oğuzman/Barlas, s.303.

¹⁶⁴⁴ Postacioğlu/Altay, s.248, Pekcanitez, **Pekcanitez Usul**, s.963, Eren, s.1032.

¹⁶⁴⁵ Staehlin, **ZPO, Art 344**, s.2479, Pekcanitez, **Pekcanitez Usul**, s.960, Eren, s.1032.

¹⁶⁴⁶ Eren, s.910.

¹⁶⁴⁷ Oğuzman/Öz, **Cilt I**, s.380, Eren, s.1029.

bakımından geçerlidir¹⁶⁴⁸. Bu nedenle irade beyanında bulunma borçları bakımından da aynen ifa talebi mümkündür.

Aynen ifa talebinin kabul edilmesi halinde, aynen ifanın nasıl sağlanacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Borcun aynen ifasının nasıl sağlanacağı konusu, edimin türüne göre değişiklik göstermektedir. İrade beyanında bulunma borçları kategorik olarak yapma borçlarının bir türü olarak ele alınmaktadır¹⁶⁴⁹. Ancak irade açıklama borçlarının kendine has özellikleri sebebiyle, aynen ifa bakımından klasik yapma borçlarından ayrılmalarını gerektiren sebepler bulunmaktadır¹⁶⁵⁰.

Öncelikle irade beyanında bulunma borçlarında, klasik yapma borçlarından farklı olarak, işin üçüncü kişiye yaptırılması birçok durumda mümkün değildir. Diğer bir ifade ile irade beyanı söz konusu olduğunda, borçlunun bir üçüncü kişi tarafından ikame edilmesi mümkün olmaz. Örneğin alacağın temliki beyanında bulunabilecek kişi alacak hakkı sahibi olacaktır. Keza sözleşme kurma yükümlülüğü altında olan bir kişi yerine başka bir kişiyle sözleşme kurulması, kural olarak sözleşmeden beklenen menfaati sağlamayacaktır. Halbuki yapma borçlarında sıklıkla yapma borcunun borçlu dışında bir başkası tarafından yapılması mümkün olmaktadır. Sonuç itibarıyla de borçlu tarafından aynen ifa gerçekleştirilmemiş olsa da alacaklının yapma borcundan beklediği menfaat, sağlanmış olmaktadır.

İkinci olarak, klasik yapma borçlarında mahkemenin borçlu tarafından aynen ifayı sağlaması fiili güçlükler barındırır. Zorla çalıştırma yasağı karşısında, borçlu bir işi iradi olarak yapmadığı takdirde, mahkemenin bizzat borçlunun bu işi yapmasını sağlaması mümkün olmayacaktır. Halbuki, irade beyanında bulunma borçlarında mahkemenin aynen ifayı sağlaması çok daha kolaydır. Mahkeme tarafından verilen hükmün borçlunun irade beyanı yerine geçtiği kabul edilirse borçlunun irade beyanında bulunma borcunun ifası kolaylıkla sağlanabilecektir.

Özetlemek gerekirse, irade beyanında bulunma borçları kategorik olarak yapma borçlarının bir türü olarak değerlendirilse de aynen ifanın sağlanması konusunda, irade beyanında bulunma borcu ile klasik yapma borçları arasındaki farklılık oldukça belirgindir. Klasik yapma borçlarında borçlunun bir işi bizzat yapmasını mahkeme vasıtasıyla sağlamak çok zorken, borçlu yerine işin bir başkası tarafından ikame edilmesi birçok durumda olasıdır. İrade

¹⁶⁴⁸ Oğuzman/Öz, **Cilt I**, s.383, Eren, s.1029.

¹⁶⁴⁹ Oğuzman/Öz, **Cilt I**, s.389, Başoğlu, s.85. İrade beyanında bulunma borcunun aynen ifası talebi ile açılan davaların inşai dava değil, eda davası olduğu yönünde bkz. Staehlin, **ZPO, Art 344**, s.2478.

¹⁶⁵⁰ Başoğlu, s.85.

beyanında bulunma borçları bakımından ise tam tersi bir durum söz konusudur. Bu durumda borçlunun iradesinin bir üçüncü kişi iradesi ile ikame edilmesi kural olarak mümkün değilken, mahkemenin vereceği karar, borçlu yerine irade beyanında bulunarak aynen ifayı sağlamak için yeterli olacaktır. Bu noktadan bakıldığında, aynen ifa bakımından irade beyanında bulunma borçlarının yapma borçlarından farklı değerlendirilmesi zorunludur. O nedenle de irade beyanında bulunma borçlarının aynen ifasının nasıl sağlanacağı meselesi ortaya çıkmaktadır.

İrade beyanında bulunma borcunun borçlu tarafından iradi olarak ifa edilmemesi halinde, alacaklının borçluyu irade beyanına bulunmaya nasıl zorlayacağı konusu Türk hukukunda açıkça düzenlenmemiştir. Örneğin İsviçre Usul Kanunu (ZPO) m.344 uyarınca davalının belirli bir irade beyanında bulunması gerekiyorsa, mahkeme kararının borçlunun iradesinin yerine geçeceği açık şekilde düzenlenmiştir. Ancak Türk hukukunda borçluyu belirli bir irade açıklamasında bulunmaya zorlayacak bir dava yahut mahkeme kararının borçlunun iradesini ikame etmesini sağlayacak genel bir hüküm bulunmamaktadır¹⁶⁵¹.

Ancak buradan hareketle, Türk hukukunda irade beyanında bulunma borcunun aynen ifasının mümkün olmadığı sonucuna varılamaz. Öncelikle usul hukuku öğretisinde bu konuda açık bir düzenleme bulunmasa bile, irade beyanında bulunma borcunun ifası amacıyla dava açılabilmesi kabul edilmektedir¹⁶⁵².

İlaveten maddi hukuktaki iki hüküm, bu konuda emsal oluşturmaktadır¹⁶⁵³. Bunlardan ilki, TBK m.185 hükmüdür. TBK m.185 uyarınca “*Alacağın devri kanun veya mahkeme kararı gereğince gerçekleşmişse, bu devir özel bir şekle ve önceki alacaklının rızasını açıklamasına gerek olmaksızın, üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir*”. Söz konusu hüküm ışığında mahkemenin vereceği karar, iradi devir beyanının yerine geçmektedir. Bu hüküm uyarınca, borçlunun devir beyanında bulunması zorunluluğu varsa, alacaklı dava açarak alacağın kendisine temlik edilmesini sağlayabilir. Bu dava sonucunda hâkim davacının talebini kabul

¹⁶⁵¹ Pekcanitez, **Pekcanitez Usul**, s.962, Oğuzman/Öz, s.389.

Belirtmek gerekir ki, HMK m.108’de belirtilen inşai dava, irade beyanında bulunma borcunun ifasına ilişkin bir dava değildir. İnşai dava, davacının yenilik doğurucu hakkının dava yoluyla kullanılması gereken hallerde başvurulacak bir hukuki yoldur. Davalının irade beyanı ile bir işlemin tesis edilmesi veya davacının irade beyanı ile kullanabileceği yenilik doğurucu hakkının bulunması halinde inşai davanın açılması söz konusu değildir. Bkz. Pekcanitez, **Pekcanitez Usul**, s.962, Okutan Nilsson, Gül/Atalay, Oğuz, “**Anonim Ortaklıkta Paysahipleri Sözleşmelerinde Öngörülen Pay Alım ve Satım Opsiyonlarının Cebri İcrası**”, Prof.Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, C.I, İstanbul, 2007, s.418.

¹⁶⁵² Pekcanitez, **Pekcanitez Usul**, s.962, Oğuzman/Öz, s.389.

¹⁶⁵³ Pekcanitez, **Pekcanitez Usul**, s.963.

ettiği takdirde, alacağın devredilmesine karar verecektir. Böylece alacak borçlunun devir beyanına gerek olmaksızın devralana geçmiş olacaktır¹⁶⁵⁴.

Mahkemenin davalının irade beyanının yerine geçecek hüküm tesis ettiği hallerden bir tanesi de TMK m.716 uyarınca taşınmazın mülkiyetinin geçişi için açılan davalardır. “Tescil davası” yahut “tescile zorlama davası” olarak isimlendirilen¹⁶⁵⁵ davada mahkeme mülkiyetin geçişine ilişkin bir edaya mahkumiyete değil, mülkiyetin geçişine yönelik bir hüküm tesis etmektedir¹⁶⁵⁶. Mahkeme kararının kesinleşmesi ile mülkiyet davacıya geçmektedir¹⁶⁵⁷. O nedenle de dava sonucunda ayrıca kararın icrası sürecine de ihtiyaç bulunmamaktadır¹⁶⁵⁸.

MK m.716 ve TBK m.185 hükümlerindeki açık hükümler, mahkemenin borçlu yerine irade beyanında bulunmasına izin veren açık düzenlemelerdir. Söz konusu hükümlerin kıyasen uygulanması ile başka durumlarda da mahkemenin davalı yerine irade beyanında bulunmasının mümkün olabileceği belirtmektedir. Bu hallerden bir tanesi de sözleşme yapma zorunluluğu bulunan hallerdir. Sözleşme serbestisinin sonucu olarak, kural olarak kişiler sözleşme kurma konusunda da serbesttirler. Ancak taraflar bir önsözleşme akdetmek suretiyle daha sonra belirli bir sözleşme yapma taahhüdünde bulunabilir. İlaveten bazı hallerde, kanundaki özel hükme binaen yahut dürüstlük kuralının bir uzantısı olarak, sözleşme yapma zorunluluğu söz konusu olabilmektedir¹⁶⁵⁹. İşte bu şekilde bir sözleşme yapma zorunluluğunun bulunduğu, ancak iradi olarak sözleşmenin kurulmadığı durumlarda mahkemenin sözleşme kurma yükümlülüğü altında bulunan kişi yerine irade beyanında bulunarak irade açıklaması bulunabileceği belirtilmektedir¹⁶⁶⁰.

İfaya ilişkin borçlar hukuku alanında getirilen ilkeler, kural olarak her türlü borç ilişkisine uygulanabilir niteliktedir¹⁶⁶¹. Nitekim mahkemenin borçlunun irade beyanı yerine geçecek bir karar vermesi, şirketler hukuku alanına da yabancı değildir. Örneğin anonim şirket payları senede bağlanmadığı takdirde, payların devri alacağın temliki hükümlerine tabi olduğu için, mahkemenin vereceği karar ile payların davacıya geçeceği kabul edilmektedir¹⁶⁶². Bu görüşü

¹⁶⁵⁴ Oğuzman/Barlas, s.325 dn.578.

¹⁶⁵⁵ Sirmen, s.345. Bu davaları tanımlamak için cebri tescil davası ifadesinin de kullanıldığı yönünde bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s.407.

¹⁶⁵⁶ Oğuzman/Barlas, s.325 dn.578. Davanın bir eda davası, ancak verilen hükmün yenilik doğuran bir karar olduğu yönünde bkz. Sirmen, s.346, Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s.407.

¹⁶⁵⁷ Oğuzman/Barlas, s.325 dn.578, Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s.407.

¹⁶⁵⁸ Oğuzman/Barlas, s.325 dn.578.

¹⁶⁵⁹ Bu konudaki örnekler için bkz. Başoğlu, s.86 vd.

¹⁶⁶⁰ Başoğlu, s.86.

¹⁶⁶¹ Eren, s.907.

¹⁶⁶² Okutan Nilsson/Atalay, s.418, Ayoğlu, **Tahkim**, s.217. Öte yandan *Ayoğlu*, payların devrinde aynen ifanın mümkün olması için, hem payları devredilen şirketin tabi olduğu hukukun hem de taraflar arasındaki sözleşmenin

savunan yazarlar, alacaklıya aynen ifayı talep etme hakkı tanıyan TBK m.125 karşısında mahkemeye payların geçişine hükmetme yetkisi verilmediği takdirde, TBK m.125 hükmü ile getirilen düzenlemenin amacına ulaşılmasının mümkün olmadığını belirtmektedirler¹⁶⁶³. Bu bağlamda borçlunun yapma borcunun ihlali karşısında aynen ifanın talep edilmesi borçlunun bir hukuki işlemi yapmasını gerektiriyorsa, mahkemenin borçlunun yerine geçerek ilgili tasarruf işlemini yapmaya yetkili olduğunun kabul edilmesi gerekir¹⁶⁶⁴.

Sonuç olarak özel hukukunun çeşitli alanlarına ilişkin verilen örneklerde, bir irade beyanında bulunma borcunun mahkeme kararı ile icrası sağlanmaktadır. Bu hallerde borçlunun irade beyanında bulunmaması halinde, mahkemenin borçlu yerine geçerek irade beyanında bulunması çözümü kanun veya yargı içtihatları ile kabul edilmiştir. Bu hallerde mahkemenin hükmü davalı tarafından yapılması gereken irade beyanının yerine geçmektedir¹⁶⁶⁵. Bu kararların ayrıca icrasına da ihtiyaç kalmamaktadır¹⁶⁶⁶. Bu örnekler göstermektedir ki, bir kişinin yükümlülüğüne aykırı olarak irade beyanından bulunmaması halinde, mahkemenin vereceği kararın irade beyanı yerine geçmesi, özel hukuk sistemimize yabancı değildir.

Bu noktada, irade beyanında bulunma borcu bakımından tüzel kişiler bakımından ayrık kurallar olup olmadığı sorusu akla gelebilir. Hâkim görüşün belirttiği gibi, anonim şirketler hukukunda bu konuyu düzenleyen açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak kanaatimizce bu durum tek başına anonim şirketler bakımından mahkemenin irade beyanı hükmü tesis etmesine engel değildir. Hukukumuzda gerçek kişiler ile tüzel kişilerin eşitliği esası geçerlidir¹⁶⁶⁷. TMK m.48 hükmü yaradılış gereği insana özgü olan konularda farklılıkları tanımakla beraber, özel hukuka ilişkin genel hükümlerin tüzel kişiler bakımından da geçerli olacağını ortaya koymaktadır. TTK m.125 f.2 hükmü de TMK m.48 hükmüne atıfla, ticaret şirketlerinin ve bu kapsamda anonim şirketlerin gerçek kişiler ile olan eşitliği ilkesini kabul etmiştir. Bu durumda, irade beyanında bulunma borçları bakımından geçerli açıklamalar, tüzel kişiler için de geçerlidir. Yukarıda irade beyanında bulunma borcu kapsamında sayılan tüm örneklerde, borçlu gerçek kişi olabileceği gibi, tüzel kişi de olabilecektir. Bu durumda da mahkemenin alacağın temliki, taşınmaz mülkiyetinin devri yahut bir sözleşmenin kurulması gibi irade beyanı

tabi olduğu hukukun aynen ifa talebine imkân vermesi gerektiğini belirtmektedir. Bu durum özellikle yabancılık unsuru bulunması sebebiyle pay devir sözleşmesine uygulanacak hukukun yabancı bir hukuk olması halinde önem taşımaktadır. Bkz. Ayoğlu, **Tahkim**, s.282.

¹⁶⁶³ Ayoğlu, **Tahkim**, s.283.

¹⁶⁶⁴ Ayoğlu, **Tahkim**, s.284 dn.592.

¹⁶⁶⁵ Pekcanitez, **Pekcanitez Usul**, s.962, Başoğlu, s.85, Eren, s.1032.

¹⁶⁶⁶ Oğuzman/Barlas, s.350, Eren, s.1031.

¹⁶⁶⁷ Dural/Öğüz, s.241.

yerine geçen hükmünde, tüzel kişilik iradesi yerine geçen ve organ kararını ikame eden bir hüküm söz konusu olmaktadır.

Bu açıklamalara karşı, söz konusu örneklerde tüzel kişinin üyeleri/pay sahipleri harici kişilerle, diğer bir ifade ile dış ilişkisindeki irade beyanında bulunma borcunun bulunduğu ve buradan hareketle tüzel kişiliğin iç ilişkisi bakımından benzer bir kural türetilmeyeceği savunulabilir. Ne var ki, kanaatimizce de tüzel kişilerin üyeleri ile olan ilişkilerde de irade beyanında bulunma borcuyla da karşılaşılması mümkündür. Bu konuda derneklere üyelik konusu örnek gösterilebilir. Kural olarak derneklerin üye kabul etme zorunluluğu bulunmadığından, kural olarak derneğin üyeliğe başvuruyu kabul etme zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak istisnai hallerde, başvuru yapan kişinin üye olarak kabul edilmesi, kanundan, dernek tüzüğünden yahut dürüstlük kuralından kaynaklanan bir zorunluluk olabilir¹⁶⁶⁸. Bu durumda derneğin başvuru sahibinin başvurusunu kabul etmesi, diğer bir ifade ile kabule yönelik bir irade beyanında bulunması gerekmektedir. Öğretide bu durumda, başvuru sahibinin üyeliğe kabulü amacıyla dava açabileceği savunulmaktadır¹⁶⁶⁹. Bu görüş uyarınca da tüzel kişilerin organ kararı yerine geçecek bir irade beyanında bulunulması mümkün olmaktadır¹⁶⁷⁰.

Yukarıda, mahkemenin ister gerçek kişi ister tüzel kişi olsun bir kişinin irade beyanı yerine geçecek şekilde hüküm tesis etmesine kategorik olarak bir engel olmadığı, borçlunun bir irade beyanında bulunma yükümlülüğünde olduğu durumlarda, mahkemenin vereceği karar ile borçlunun iradesinin ikame edilebileceğini ortaya koymaya çalıştık. Bununla birlikte ele aldığımız sorun bakımından önem taşıyan husus, mahkemenin şirket tüzel kişiliğinin iradesinin yerine geçecek bir karar vermesinin mümkün olup olmadığı noktasındadır. O nedenle de bu sorunun genel olarak irade beyanında bulunma borçları içerisinde özel bir durum olarak ele alınması gerekir.

¹⁶⁶⁸ Serozan, **Tüzel Kişiler**, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1990, s.67, Dural/Öğüz, s.293.

¹⁶⁶⁹ Dural/Öğüz, s.293, Serozan, üyelik başvurusunu kabul zorunluluğu bulunan hallerde, derneğin sessiz kalmasına zımni kabul sonucu bağlanabileceğini belirtmektedir. Bkz. Serozan, **Tüzel Kişiler**, s.68. Kanaatimizce bu çözüm, derneğin sadece sessiz kalarak başvuruyu reddettiği hallerle sınırlı bir çözüm sunmaktadır.

¹⁶⁷⁰ Dural/Öğüz, s.294, Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s.291. *Oğuzman/Barlas*, dürüstlük kuralına aykırı bir davranışın yaptırımı olarak hukuki ilişkinin değiştirilmesine veya sona erdirilmesine karar verilebileceğini belirtmektedir. Bkz. Oğuzman/Barlas, s.286. Kanaatimizce bir hukuki ilişkinin kurulmasını da bu bağlamda değerlendirmeye engel yoktur.

c. İrade Beyanında Bulunma Borcunun Şirketler Hukukundaki Uygulaması

Doktrinde sıklıkla mahkemenin şirket organı yerine geçerek karar veremeyeceği belirtilmektedir¹⁶⁷¹. Gerçekten de Türk hukukunda pay sahiplerinin haklarının ihlal edilmesi halinde mahkemeye başvurarak ihlali ortadan kaldıracak herhangi bir tedbir talebinde bulunmasına imkân verecek genel bir düzenleme bulunmamaktadır. O nedenle kanunda mahkemeye yetki tanıyan özel bir hüküm bulunmadığı hallerde, mahkemenin şirket organı kararın ikame edecek bir hüküm tesis etmesinin yasal dayanaktan yoksun olduğu ileri sürülebilir.

Ancak kanaatimize mahkemenin şirket organı yerine geçerek karar vermesi için kanunda açık bir hüküm bulunmasına ihtiyaç yoktur. Şirket organının verdiği karar, esasen tüzel kişiliğin irade beyanının oluşması işlemidir¹⁶⁷². Diğer bir ifade ile tüzel kişiler organları vasıtasıyla irade beyanında bulunurlar¹⁶⁷³. Mahkemenin bir organ kararı yerine geçecek hüküm vermesi, tüzel kişilik adına irade beyanında bulunulması anlamına gelmektedir. Yukarıda da açıkladığımız üzere, mahkemenin irade beyanı yerine geçecek bir karar vermesi aynen ifanın bir türü olup özel hukuk sistemimizde kabul görmektedir. O nedenle de kanaatimizce mahkemenin irade beyanı yerine geçecek bir karar vermesi için açık şekilde yetkilendirilmesi gerekliliği de bulunmamaktadır.

Bununla birlikte belirtmek gerekir ki, Türk hukukunda muhtelif konularda mahkemenin genel kurulun yerine geçerek genel kurul yerine geçerek karar verebileceği çeşitli haller, açık hükümler ile düzenlenmiştir.

Bu gibi hükümler bakımından ilk akla gelen TTK m.531 düzenlemesidir. TTK m.531 uyarınca haklı sebeplerin varlığı halinde hâkim somut olayın şartlarına uygun düşen bir alternatif çözüme hükmedebileceğini belirtmektedir. Ancak öğretilde şirket esas sözleşmesinin değiştirilmesi, mahkemenin genel kurul yerine geçerek kâr dağıtım kararı vermesi, şirketin bölünmesine karar verilmesi veya yönetim kuruluna davacı pay sahiplerinden birinin atanması

¹⁶⁷¹ Kırca, **Genel Kurul**, s.259, Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-I**, s.532, İlbasmış Hızlısoy, s.106, Yüksel, **Davalı Sıfatı**, s.864, Pulaşlı, **Şerh II**, s.1118, Üçışık/Çelik, s.366 ve tekrar s.438, Gürbüz Usluel, s.75 vd., Badak, s.272 dn.140, Gürbüz Usluel, s.75

¹⁶⁷² Huguenin/Mahler, s.132, Tanner, **ZK, Art 703**, s.190.

¹⁶⁷³ Serozan, **Tüzel Kişi**, s.40.

gibi kararlar verilebileceği belirtilmektedir¹⁶⁷⁴. Söz konusu alternatif çözümlere hükmetmek mahkemenin şirket organı yerine geçerek karar vermesi anlamına gelmektedir.

Kanunun mahkemeye bir şirket organı yerine geçerek karar verme yetkisini açık şekilde tanıdığı diğer bir hal ise imtiyazlı pay sahipleri özel kurulu kararlarına ilişkindir. Bilindiği üzere, TTK m.454 f.1 uyarınca maddede belirtilen kararlardan biri imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlal ediyorsa¹⁶⁷⁵, bu durumda imtiyazlı pay sahipleri özel kurulu ayrıca toplanarak, genel kurul tarafından alınan esas sözleşme değişikliği kararını onaylamalıdır. Aksi takdirde genel kurul kararı uygulanamaz¹⁶⁷⁶ (TTK m.454 f.1).

Öte yandan kanun, imtiyazlı pay sahiplerinin menfaatleri etkilenmediği halde, İPSÖK tarafından genel kurul kararını onaylamama yönünde bir karar alınması halinde, yönetim kuruluna İPSÖK kararına karşı dava açma imkânı tanımıştır. TTK m.454 f.7 uyarınca esas sözleşme değişikliğinin imtiyazlı pay sahiplerinin menfaatlerini ihlal etmediği iddiasındaki yönetim kurulu, imtiyazlı pay sahipleri özel kurulu kararının iptalini ve genel kurul kararının tescili mahkemeden talep edebilir. Konumuz bakımından önemli olduğu için altını çizmek isteriz ki, mahkeme bu davada sadece İPSÖK kararının iptaline değil, aynı zamanda da genel kurul kararının tesciline de hükmetmektedir. Diğer bir ifade ile mahkeme sadece İPSÖK kararının iptali ile yetinmemekte, aynı zamanda genel kurul kararının tescili için İPSÖK yerine geçerek İPSÖK kararını ikame edecek, bir hüküm vermektedir. İlgili dava onamama kararının iptaline yönelik bir inşai davaya ilaveten bir de eda davası barındırmaktadır¹⁶⁷⁷. TTK m.454 f.7'deki bu düzenleme mahkemeye şirket organı yerine geçerek karar verme imkânının açıkça tanınması bakımından önem taşımaktadır. Bu durum, olumlu kararın tespiti davasının pozitif hukuktaki bir görüntüsü olarak kabul edilmektedir¹⁶⁷⁸.

Yukarıda belirtilenler gibi kanunda belirtilen açık hükümler, mahkemenin şirket organının kararını ikame edecek hüküm verebileceğine ilişkin açık düzenlemelerdir. Bu hükümlerin

¹⁶⁷⁴ Rayroux, **CR**, s.1365-1366, Stäubli, **Basler Kommentar**, s.1585, Şahin s.390 vd., Erdem, **Haklı Sebep**, s.241 vd. TTK m.531 uyarınca haklı sebeple fesih davası ve alternatif çözüm olarak kâr dağıtım kararı verilmesi bakımından bkz. Aşağıda III-Haklı Sebeple Fesih Davası Yoluyla Kâr Payı Hakkının Korunması.

¹⁶⁷⁵ Esas sözleşme değişikliğinin imtiyazlı pay sahiplerinin menfaatlerini ihlal etmediğinin kim tarafından tespit edileceği konusundaki tartışma için bkz. Dural, Ali, “**İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulu**”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013/2.

¹⁶⁷⁶ Esas sözleşme değişikliklerinin ticaret siciline tescili gerektiğinden, imtiyazlı pay sahipleri özel kurulu onay kararı almadan veya çağrı sonrasında özel kurulun toplanması için öngörülen süre geçmeden, esas sözleşme değişikliği ticaret siciline tescil edilemez. Bkz. Pulaşlı, **Şerh II**, s.1759.

¹⁶⁷⁷ Kırca, **Genel Kurul**, s.173, Aktaş, s.281.

¹⁶⁷⁸ Kırca, **Genel Kurul**, s.173, Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-I**, s.409.

istisnai nitelikte olduğu ve buradan hareketle, mahkemenin şirket organı yerine geçerek karar vermesine yönelik bir kural türetilmeyeceği savunulabilir.

Bununla birlikte, öğreti ve içtihat yoluyla da mahkemenin genel kurul yerine geçerek karar verebileceği birçok hal tanınmaktadır. Kanunda açık bir hüküm bulunmamasına rağmen öğreti ve yargı kararları yoluyla mahkemenin genel kurul yerine geçerek karar vermesinin kabul edildiği örneklerden biri ibra davasıdır. Bilindiği üzere, ibra, geniş bir ifade ile tüzel kişinin yetkili organının sorumlu organın üyelerine karşı sorumluluk davası açmayacağına yönelik irade açıklamasıdır¹⁶⁷⁹. Yönetim kurulu üyeleri hakkında ibra kararı almaya yetkili organ münhasıran genel kuruldur (TTK m.408). İbra davası ile yönetim kurulu, kendisi hakkında haklı bir sebep olmaksızın ibra kararı verilmesinden imtina edildiğini ve mahkeme kararı vasıtasıyla kendisi hakkında ibra kararı verilmesini talep etmektedir.

Doktrinde ve yargı kararlarında şirket genel kurulunda haklı bir sebep olmaksızın ibra kararı almaktan imtina etmesi halinde, yönetim kurulu üyelerinin ibra talebi ile dava açıp açamayacağı tartışılmıştır. Doktrinde çoğunlukla, yönetim kurulu üyelerinin ibra edilmelerinde menfaatleri bulunduğu, genel kurulun her ne kadar ibra bakımından takdir yetkisi bulursa da bu yetkiyi dürüstlük kuralına aykırı olarak kullanamayacağı belirtilmiştir¹⁶⁸⁰. Bu nedenle de dürüstlük kuralına aykırı olarak pay sahipleri yönetim kurulu üyelerinin ibrasından imtina ettiği takdirde, yönetim kurulu üyelerinin mahkemeden kendileri hakkında ibra kararı verilmesini talep edebileceği belirtilmektedir¹⁶⁸¹. Bu imkânın temelinde yatan fikir, ibranın sözleşmeden doğan bir talep hakkı tanınmasıdır¹⁶⁸². Ayrıca mahkemenin genel kurul yerine ibra kararı dürüstlük kuralına aykırı olarak ibradan mahrum bırakılan yönetim kurulu üyelerine ibra kararına karşı başvuru imkânı tanımamak, şirket tarafından hakkın kötüye kullanılmasına destek vermek anlamına gelecektir¹⁶⁸³. Nitekim Yargıtay da muhtelif kararlarında genel kurulun haksız yere

¹⁶⁷⁹ Öğretideki tanımlara örnek olarak bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-I**, s.409.

¹⁶⁸⁰ Örnek olarak bkz. Çamoğlu, Ersin, **Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s.245, Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-I**, s.413, Pulaşlı, **Şerh III**, s.2697. İbra kararından kaçınılması halinde yönetim kurulu üyelerinin mahkemeden ibra talebinde bulunmasında menfaatlerinin bulunup bulunmadığı konusu İsviçre hukukunda da tartışılmıştır. Bu konu hakkında bir çalışma için bkz. Facincani, Nicolas/ Wyss, Dominic, **“Anfechtung von GV-Beschlüssen und Wirkungen des Entlastungsbeschlusses”**, Gesellschafts-und Kapitalmarktrecht, 2013.

¹⁶⁸¹ Çamoğlu, **YK Üyelerinin Sorumluluğu**, s.244, Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-I**, s.413, Pulaşlı, **Şerh II**, s.1105, Aytaç, Zühtü, **“İbranın Reddi-İbra ve Sorumluluk Davası- Yargıtay’ın Görüşü”**, Prof. Dr. Sabih Arkan’a Aramağan (Ed: Başak Şit İmamoğlu, İbrahim Bektaş, İsmail Kırca, Merve İrem Yener, Murat Gürel, Ufuk Tekin), 12 Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s.247 ve özellikle s.252 vd., Aydoğan, s.125-126, Kırca, **Genel Kurul**, s.169.

¹⁶⁸² Çamoğlu, **YK Üyelerinin Sorumluluğu**, s.245.

¹⁶⁸³ Pulaşlı, **Şerh II**, s.1103. Aksi yönde bkz. Oulevey, Xavier, **L’institution de la Décharge en Droit de la Société Anonyme**, Schulthess, 2008, s.115 vd. Yazar ibra kararının yönetim kurulu üyelerine güven duyulduğunu gösterdiğini, bu nedenle de mahkeme kararıyla böyle bir güvenin varlığına hükmedilmesinin mümkün olmadığını

ibra kararından imtina etmesi halinde, yönetim kurulu üyelerinin mahkemeden ibraya karar verilmesi yönünde talepte bulunabileceklerini kabul etmiştir¹⁶⁸⁴.

Mahkemenin şirket yerine geçerek karar verebileceği hallerden bir tanesi de şirketin pay devrine onay vermekten kaçınması halinde “pay defterine kayıt¹⁶⁸⁵” davasıdır. Bilindiği üzere pay devrinin şirket onayına bağlanması mümkündür. Bu durumda payların mevcut pay sahibinden müstakbel pay sahibine devri için şirketin bu devre onay vermesi gerekmektedir. Kanunda belirtilen kaçınma halleri bulunmamasına rağmen şirketin devre onay vermekten kaçındığı hallerde, müstakbel pay sahibinin mahkemeye başvurmasının ve mahkeme kararı ile pay defterine kaydının sağlanmasının mümkün olduğu öğretide genel kabul görmektedir¹⁶⁸⁶. Bu dava uyarınca payları devralan kişi pay defterine kayıt talebinin reddine ilişkin kararın iptalini, düzeltilmesini ve devralanın pay defterine kaydını talep etmektedir¹⁶⁸⁷. Davada şirketin pay devrine onay vermekten kaçınmasına imkân veren şartların somut olayda mevcut olup olmadığı incelenerek talep hakkında karar verilecektir¹⁶⁸⁸.

belirtmektedir. Ayrıca ibranın genel kurulun devredilemez yetkilerinden olmasının da böyle bir sonucu gerektiğini belirtmektedir. Bu konuda bkz. Oulevey, s.117.

¹⁶⁸⁴ 11. HD. 25.11.2004 E.2004/2554 K.2004/1149 (naklen Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-I**, s.413-414) Aynı yönde 11.HD. 09.05.2016 E.2015/10277 K.2016/5229 (naklen Pulaşlı, **Şerh II**, s.1104), 11. HD. 10.06.2015 E2459/8041 (naklen Aydoğan, s.125-126). İsviçre hukukunda mahkemeden ibraya hükmedilmesinin talep edilmesi yaygın başvurulanan bir yol olmayıp çok sayıda karar bulunmadığı belirtilmektedir. Bkz. Oulevey, s.113. Ancak İsviçre Federal Mahkemesi’nin bu yönde kararları bulunduğu belirtilmektedir. Örnek olarak bkz. 1933 tarihli *Schweizerische-Afrikanische Gesellschaft c. Zolinger* kararı (naklen Oulevey, s.113 dn.401).

¹⁶⁸⁵ Aslında şirketin pay devrine onay vermesi ile gerçekleşen pay devrinin pay defterine işlenmesi iki farklı işlemdir. Bkz. Bozkurt, s.317. O nedenle de bu davanın pay defterine kayıt davası olarak isimlendirilmesi çok isabetli olmayacaktır. Ne var ki, ETTK dönemindeki bağlam sisteminde çoğunlukla kabul edilen bölünme teorisi, pay devrine onay ile pay defterine kayıt işlemlerini birbirine yaklaştırmış ve şirketin onay vermekten veya deftere kayıttan kaçındığı haller tek başlık altında “pay defterine kayıt davası” altında toplanmıştır. Ayrıca bağlı paylarda payları devralmak isteyen kişinin hem onayın verilmesi hem de pay defterine kayıta menfaati bulunmaktadır. O nedenle devre onay verilmesine ilişkin talebin içinde pay defterine kayıt talebinin de bulunduğu varsayılmalıdır. Bkz. Bozkurt, s.347. O nedenle de bu çalışmada öğretide de yerleşmiş “pay defterine kayıt davası” ifadesinin kullanılması tercih edilmiştir.

¹⁶⁸⁶ Örnek olarak bkz. Akın, **Bağlı Nama Yazılı Hisseler**, s.190, Ayoğlu, **Tahkim**, s.148-149, Bozkurt, s.210, Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-II**, s.131, Altay, **Esas Sözleşmesel Bağlam**, s.582. İsviçre hukukunda da aynı davanın kabul edildiği görülmektedir. Bkz. Benz, s.91.

¹⁶⁸⁷ Akın, **Bağlı Nama Yazılı Hisseler**, s.190, Ayoğlu, **Tahkim**, s.148-149. Uygulamada bu zaman zaman bu amaçla tespit davasının açıldığı, ancak bunun isabetli olmadığı öğretide belirtilmektedir. Bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-II**, s.131.

Ancak eklemek gerekir ki, pay sahipliği sıfatının tespitine yönelik dava açılmasının belirli hallerde mümkün olduğu da öğretide savunulmaktadır. Bağlı paylar söz konusu olduğunda pay devrine ilişkin red yanıtının süresi içinde verilmemiş olması veya red kararının sebebinin belirtilmemiş olması halinde pay devrine onay verilmiş sayılacağından (TTK m.494 f.3), bu ihtimalde açılacak davanın pay sahipliğinin kazanıldığına yönelik bir tespit davası olacağı belirtilmektedir. Bkz. Akın, **Bağlı Nama Yazılı Hisseler**, s.191, Bozkurt, s.349.

¹⁶⁸⁸ Altay, **Esas Sözleşmesel Bağlam**, s.583. ETTK döneminde esas sözleşme ile şirkete neden göstermeksizin devre onay vermekten kaçınma yetkisi tanınması mümkündür (ETTK m.418 f.2). Eğer şirkete böyle bir yetki verilmişse, bu durumda hâkimin yetkinin dürüstlük kuralına uygun olarak kullanılıp kullanılmadığının incelenmesi gerektiği belirtilmektedir. Bkz. Altay, **Esas Sözleşmesel Bağlam**, s.596

Altını çizmek gerekir ki, davanın konusu sadece pay defterine bir kaydın yapılması, yani bir fiilin icrası olmayıp öncesinde devre temel teşkil edecek kararın alınmasını da içermektedir. Buna binaen eklemek gerekir ki, mahkemenin burada pay defterine kayıt yönünde verdiği hüküm, aslında şirket yönetim kurulunun¹⁶⁸⁹ alması gereken kararın yerine geçmektedir. Bu anlamda hâkim verdiği karar yoluyla şirket tarafından alınması gereken bir kararı ikame etmektedir¹⁶⁹⁰.

Mahkemenin genel kurul yerine geçerek karar verebileceği hallerden bir diğeri de yönetime katılma imtiyazı (TTK m.360) çerçevesinde gösterilen adayların seçilmemesi halidir. İlgili hükümde, şirket esas sözleşmesinde belirli grup pay sahiplerine¹⁶⁹¹ yönetim kurulu üyeliği için aday gösterme imtiyazı tanınabileceği ve eğer haklı bir sebep bulunmuyorsa genel kurulun bu gösterilen adaylar arasından seçim yapması gerektiği açık şekilde düzenlenmiştir (TTK m.360 f.1). Genel kurul, haklı sebep bulunmamasına rağmen aday gösterilen kişiyi üyeliğe seçmediği takdirde, ilgili kararın mahkeme tarafından iptal edilebileceğine şüphe yoktur. Bununla birlikte, iptal kararı tek başına yönetim kurulu üyeliği sıfatının kazanılması için yeterli olmayıp bu kişinin üyeliğe atanmasına ilişkin bir karar alınması da gerekecektir. Öğretide bu durumda iptal davası ile birlikte haklı sebep bulunmamasına rağmen seçilmemiş adayın yönetim kurulu üyesi

¹⁶⁸⁹ Kanunda şirket adına karar vermeye yetkili organ açık şekilde gösterilmemiştir. Bununla birlikte TTK m.374 uyarınca genel yetkili organ olması sebebiyle bu yetkinin yönetim kuruluna ait olduğu kabul edilmektedir. Öte yandan bu yetkinin esas sözleşme ile genel kurula devredilebilmesi mümkündür. Bkz. Akın, **Bağlı Nama Yazılı Hisseler**, s.185, Bozkurt, s.322, Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-II**, s.140.

Yetkinin genel kurula devredilmesinin ise payı devreden veya devralanın pay defterine kayıt davası açmasına engel bir durum olmadığı kabul edilmektedir. Böyle bir esas sözleşme hükmü bulunduğu takdirde, pay devrine onay verilmemesi kararı genel kurul tarafından verilecektir. Pay devrine şirket adına onay yetkisinin genel kurula bırakıldığı durumlarda mahkemenin iptal kararına ilaveten eda hükmü verebilmesi gerektiği belirtilmektedir. Bkz. Akın, **Bağlı Nama Yazılı Hisseler**, s.190 dn.691. Bu ihtimalde ise mahkeme genel kurulu kararı yerine geçecek bir hüküm tesis etmiş olacaktır.

¹⁶⁹⁰ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-II**, s.131, Akın, **Bağlı Nama Yazılı Hisseler**, s.181, Bozkurt, s.342.

¹⁶⁹¹ Yargıtay belirli bir grup oluşturulmaksızın isim yahut unvanı ile belirli bir pay sahibine tanınan yönetim kurulu aday gösterme yetkisinin imtiyaz niteliğinde olmadığına ve bu konudaki esas sözleşme değişikliğinin de imtiyazlı paylar bakımından getirilen koruma rejiminden yararlanmayacağına hükmetmiştir. Bkz. 11.HD. E.2014/19135 K.2015/8578 22.6.2015 (lexpera).

seçilmesinin¹⁶⁹² mahkemeden talep edilebileceği kabul edilmektedir¹⁶⁹³. İsviçre Federal Mahkemesi de bu yönde bir dava açılabilirliğini kabul etmiştir¹⁶⁹⁴.

Doktrinde mahkemeden genel kurulun yerine geçerek karar vermesinin talep edildiği davalardan biri de “olumlu kararın tespiti davası” (“*positive Beschlußfeststellungsklage*”) olarak ifade edilen davadır¹⁶⁹⁵. Olumlu kararın tespiti davası, bir genel kurul kararının iptalini takiben kullanılmış oylar ile sağlanmış çoğunluk iradesine uygun kararın oluşmasına yönelik bir hüküm verilmesine ilişkin davalardır¹⁶⁹⁶. İsviçre öğretisinde kabul edilen bu davalar, usule ilişkin eksiklikler halinde, mahkemenin mevcut kararı iptal ederken, usulü eksiklikler olmasaydı alınacak karara da hükmetmesini ifade etmektedir¹⁶⁹⁷. Özellikle genel kurulda kurulan oyların yanlış sayılması hali bu türdeki usul eksiklerine örnek gösterilmektedir¹⁶⁹⁸. Nitekim Türk öğretisinde de bu davalar, sınırlı ve istisnai hallerde uygulanabilecek davalar olarak görülmekle birlikte, ilkesel olarak bir itirazla karşılaşmamıştır¹⁶⁹⁹.

¹⁶⁹² Bu davayı tanımlamak için “üyeliğin tespiti davası” (“*Klage auf Feststellung der Mitgliedschaft*”) ifadesi kullanılmaktadır. Bkz. Tanner, **ZK, Art 706**, s.312. Nitekim *Böckli* de bu durumda, kararın iptali ile üye seçiminin tespit edildiğini belirtmektedir. Bkz. Böckli, **Aktienrecht**, s.1567. Kanaatimizce bu isimlendirme isabetli değildir; çünkü bu davada mahkeme yönetim kurulu üyesinin genel kurul kararı ile kazandığı üyelik sıfatının tespitine hükmetmemektedir. Tam tersine mahkeme öncelikle genel kurul kararını iptal etmekte, sonra da genel kurul tarafından başta alınması gereken kararın yerine geçecek ve yeni bir hukuki durum yaratacak bir hüküm tesis etmektedir.

¹⁶⁹³ Kırca/Şehirli Çelik/Manavgat, s.418, Aytuğar, Bilge, “**Oy Hakkında İmtiyazlı Pay Grubunun Yönetim Kurulunda Temsil Edilme Hakkı**”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XXIII, Y. 2019, Sa. 1, s.117, Tanner, **ZK, Art 706**, s.312, Böckli, **Aktienrecht**, s.1567.

Belirtmek isteriz ki, bu konu öğretilerde tartışmalı bir konudur. Öğretilerdeki karşıt görüşe göre, bu durumda mahkeme sadece genel kurul kararının iptaline hükmetmekle yetinecek ve gösterilen adayın yönetim kuruluna seçilmesi için tekrar genel kurul toplantısı yapılması gerekecektir. Bkz. Okumuş Taftalı, s.95, Besen, s.34, Uysal, s.130. Bu durumda mahkemenin şirkete yönetim kurulu üyesinin seçilmesi yönünde bir talimat verebileceği belirtilmektedir. Bkz. Aytuğar, **Temsil Edilme Hakkı**, s.117.

İsviçre hukukunda da öğretinin mahkemenin sadece iptal davası ile yetineceği görüşünden, haksız yere seçilmemiş üyenin seçilmesine de hükmedeceği şeklinde bir değişim gösterdiği belirtilmektedir. Bkz. Kendigelen, Abuzer, **İsviçre Hukukunda Farklı Pay Sahibi Kategori veya Gruplarının Şirket Organlarında Temsil (OR Art 709)**, s.402, Makalelerim Cilt I, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2018.

¹⁶⁹⁴ BGE 108 II 9 ff. (naklen Tanner, **ZK, Art 706**, s.316).

¹⁶⁹⁵ Bühler, Simon/Von der Crone, Hans Caspar, “**Positive Beschlussfeststellungsklage**”, SZW 5/2014s.570, Huguenin/Mahler, s.140, Trigo Trindade, **Erreur**, s.265, Kırca, **Genel Kurul**, s.169, Aytaç, **İbra Davası**, s.254.

İsviçre öğretisinde aynı davayı tanımlamak için olumlu oy hakkı davası (“*positive Stimmrechtsklage*”) ifadesine de yer verilmektedir. Bkz. Böckli, **Aktienrecht**, s.1507. Ancak bu tanımın söz konusu davayı sadece oy haklarının dikkate alınmasındaki eksikliklere indirgediği, bu nedenle de çok sınırlayıcı olduğu belirtilmektedir. Bkz. Bühler/Von der Crone, s.570. Öte yandan İsviçre öğretisinde olumlu oy hakkı davası ile olumlu kararın tespiti davasının farklı uygulama alanı olan farklı davalar olduğu da savunulmuştur. Bkz. Schwander/Dubs, s.349.

¹⁶⁹⁶ Schott, s.316, Kırca, **Genel Kurul**, s.170.

¹⁶⁹⁷ Bühler/Von der Crone, s.571-572, Trigo Trindade, **Erreur**, s.265.

¹⁶⁹⁸ Huguenin/Mahler, s.140 vd., Schott, s.315, Bühler/Von der Crone, s.571. Bunun dışında tartışmalı olmakla birlikte, genel kurul kararının tespitinde yapılan hataların ve sonucun tutanağa geçirilmesine yönelik hatalar sebebiyle de bu davanın açılabilirliği savunulmaktadır. Bkz. Schwander/Dubs, s.352.

¹⁶⁹⁹ Moroğlu, **Genel Kurul**, s.346, Aytaç, **İbra Davası**, s.255. Gürbüz Usluel, s.75, Kırca, **Genel Kurul**, s.170 vd. *Kırca*, esasında bu durumda mahkemenin kararının iptal kararının üzerine “mekanik” nitelikte olduğunu, o nedenle gerçek anlamda mahkemenin yerine geçerek karar vermekten bahsedilemeyeceğini belirtmektedir. Benzer şekilde, İsviçre öğretisinde de söz konusu kararların çoğunluğun iradesinin değiştirilmesine yönelik olmadığını,

Mahkemenin şirket organı yerine geçecek karar verebilmesinin talep edilebileceği bir diğer hal ise intifa senedi sahiplerinin korunmasında kendini göstermektedir. Bilindiği üzere TTK m.348 f.3 uyarınca finansal tabloların onaylanması üzerine intifa senetlerinin kârdan alacakları pay kendiliğinden alacak hakkına dönüşmektedir. Kanun, pay sahiplerinin kâr payı aksine, intifa senedi sahiplerinin kâr payı hakkı bakımından genel kurul kararını gerekli görmemiştir. Bununla birlikte, şirketin finansal tablolarının onaylanması aynen pay sahipleri için olduğu gibi intifa senedi sahiplerinin kâr payı hakkının doğması bakımından da zorunludur. Buna bağlı olarak genel kurulun finansal tabloları onaylamaktan kaçınmak suretiyle intifa sahiplerinin kâr payı hakkının doğmasına engel olmaları mümkün olacaktır¹⁷⁰⁰. Bu nedenle de öğretide, genel kurulun finansal tabloları haklı sebep olmaksızın onaylamaktan imtina etmesi halinde, intifa senedi sahiplerinin mahkemeye başvurarak kâr payı alacaklarını talep edebilecekleri kabul edilmektedir¹⁷⁰¹. Öğretide kabul edilen bu çözüm, esasen genel kurula ait olan finansal tabloların onaylanması kararının mahkeme kararı ile ikame edilmesi anlamına gelecektir. Bu durum da şirket organı tarafından verilmesi gereken bir kararın mahkeme tarafından verildiği hallerden biri olacaktır.

Belirtmek gerekir ki, kâr payı hakkı bakımından da genel kurul kararının mahkeme kararı ile ikame edilebileceği eski tarihli çalışmalarda da ileri sürülen bir görüştür. *Arsılanlı*, bilançodaki yanlışlar sebebiyle açılan bir iptal davasında bilirkişi vasıtasıyla bilançonun düzeltilmesinin mümkün olduğunu savunmuştur¹⁷⁰². Bu görüş kanaatimizce önem taşımaktadır. Zira yukarıda olumlu kararın tespiti davası olarak aktarılan davalarda, genel kurulun karar alma sürecine ilişkin bir husus sebebiyle kararın düzeltilmesi söz konusuysa, *Arsılanlı*'nın savunduğu gibi bilançonun düzeltilmesi halinde, kararın alınması usulüne değil, kararın içeriğine ilişkin bir konuda mahkemenin müdahalesi söz konusu olmaktadır.

Mahkemenin genel kurul yerine geçerek karar verebileceği hallerden bir diğeri ise kâr payı hakkının yanlış hesaplanması halidir. Doktrinde kabul edildiği üzere, ikinci dağıtım oranının

çoğunluk iradesinin genel kurul kararına dönüşmesindeki bir eksikliğin, diğer bir ifade ile genel kurul kararı alınması sürecindeki şekli bir eksikliğin giderilmesi amacı taşıdığını belirtmektedir. Bkz. Schott, s.316, Bühler/Von der Crone, s.571-572. Kanaatimizce bu açıklamalar, mahkemenin genel kurul yerine geçerek karar vermesine yönelik kategorik bir itiraz olmayıp mahkemenin hangi hallerde böyle bir karar verebileceğine ilişkin bir sınırlama getirmeye yöneliktir.

¹⁷⁰⁰ İntifa senedi sahiplerinin kâr payı hakkında açıklamalar için bkz. Üçüncü Bölüm-II-C-İntifa Senedi Sahipleri.

¹⁷⁰¹ Kendigelen, **Tasarıda İntifa Senetleri**, s.64.

¹⁷⁰² Arslanlı, AŞ, s.89 (naklen Moroğlu, **Genel Kurul**, s.333). Aynı şekilde *İmregün* de pozitif hukuk bakımından mahkemenin genel kurul yerine karar vermesinin mümkün olmadığını kabul etmekle birlikte, böyle bir imkân tanınmasının yerinde olacağını *de lege feranda* savunmaktadır. *İmregün*, **Menfaat İhtilafları**, s.164-165.

yanlış hesaplanması veya şirket esas sözleşmesinde dağıtım konusundaki bir hükmün dikkate alınmaması halinde, mahkemenin iptal davasını takiben kararı düzelterek dağıtım karar verebileceği belirtilmektedir¹⁷⁰³. Bu görüşe göre, bu ihtimalde mahkemenin kâr payı dağıtım kararı vermesini haklı kılan husus, genel kurulun alması gereken kararın belirli olması ve başka türlü bir karar almasının mümkün olmamasıdır¹⁷⁰⁴.

Yukarıda verilen çok sayıda örnek göstermektedir ki, anonim şirketler hukukunda şirket organının belirli şekilde karar alma zorunluluğu bulunmasına rağmen, şirket organının bu kararı almaması veya aldığı kararın hukuka aykırı olması halinde, mahkemenin şirket organı tarafından verilen kararın yerini alacak bir karar vermesi ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. Görebildiğimiz kadarıyla öğreti ve yargı kararları bu ihtiyaca kayıtsız kalmayarak, mahkemenin şirket yerine irade beyanında bulunmaktadır. Bu hallerin bir kısmında kanunda açık bir hüküm sevk edilmişken bazı hallerde kanunda bir hüküm bulunmamasına rağmen, mahkeme genel kurul yerine geçerek karar verebilmektedir. Bu şekilde şirket tüzel kişiliğinin hukuki ilişki içerisinde olduğu kişiye karşı yükümlülüğünün aynen ifası sağlanmış olmaktadır.

d. Aynen İfanın Yasaklandığı İddiası

İfa davası kural olarak her türlü edim için açılabilir¹⁷⁰⁵. Türk hukukunda aynen ifa kural olmasına rağmen, belirli hallerde aynen ifanın talep edilmesinin önünde hukuki veya fiili engeller olabilir. Örneğin aynen ifa ile teslim edilmesi istenen bir malın borçlunun kusuru ile yok olması halinde aynen ifanın gerçekleşmesi fiilen imkânsız olacaktır¹⁷⁰⁶. Ne var ki, konumuz bakımından aynen ifanın imkansızlaşması mümkün değildir. Mahkemenin genel kurul yerine geçerek irade beyanının önünde bulunması konusunda engel teşkil edebilecek tek husus, böyle bir karar verilmesine hukuki bir engel bulunmasıdır.

Hemen belirtmek gerekir ki, kanunda mahkemenin şirket organları yerine geçerek karar vermesine ilişkin bir hüküm olmadığı gibi, bu konuda sınırlama getiren açık bir hüküm de bulunmamaktadır. O nedenle de kanaatimizce mahkemenin şirket tüzel kişiliğine ilişkin bir irade beyanı borcunu ifa etmesine bir engel yoktur¹⁷⁰⁷. Bu açıdan, özel hukukun idare hukukundan ayrıldığını belirtmekte fayda görüyoruz. İdare hukukunda idarenin kararları yargı denetimine tabi olsa da yargının idarenin alanına müdahale edemeyeceği ve idari işlem tesis

¹⁷⁰³ Gürbüz Usluel, s.75.

¹⁷⁰⁴ Gürbüz Usluel, s.75.

¹⁷⁰⁵ Eren, s.1029.

¹⁷⁰⁶ Eren, s.1029.

¹⁷⁰⁷ Karşı görüş olarak ortaklık ilişkisine dair inşai davalarda hâkimin yetkisinin sınırlandırıldığı yönünde bkz. Kunz, **Klagen**, s.102.

edemeyeceği de açık şekilde düzenlenmiştir (Anayasa m.125 f.4). Demokrasinin temel ilkelerinden olan kuvvetler ayrılığı ilkesinin bir sonucu olarak, idare yargı denetimine tabi olsa da yargı da idari işlem tesis etmekten yasaklanmıştır. Ancak özel hukuk bakımından benzer bir sınırlama bulunmamaktadır¹⁷⁰⁸. Mahkemenin özel hukuk ihtilaflarında tarafların yerine bir irade beyanında bulunmasına ilişkin bir engel bulunmamaktadır. O nedenle de mahkemenin yetkisini sınırlayan özel bir hüküm bulunmadığı takdirde, mahkemenin şirket tüzel kişiliğinin irade beyanı yerine geçecek şekilde karar verebileceği sonucuna varılmalıdır.

Hâkim görüş uyarınca mahkemenin şirket organı yerine geçecek şekilde karar vermesine engel olarak iki husus gösterilmektedir. Bunlardan ilki, mahkemenin kâr dağıtım kararı vermesinin genel kurulun devredilemez yetkilerinin ihlali anlamına geleceği iddiasıdır. İkinci olarak, mahkemenin ticari konularda karar vererek şirket yönetimine müdahale edemeyecek olmasıdır. Aşağıda sırasıyla bu iki gerekçeyi ele almaya çalışacağız.

i. Devredilemez Yetki Sorunu

Doktrinde mahkemenin genel kurulun yerine dağıtım kararı veremeyeceğini savunan yazarların hareket noktalarından bir tanesi de dağıtılacak kârın belirlenmesi konusunda genel kurulun yetkisinin devredilemez niteliğidir¹⁷⁰⁹. Gerçekten de TTK m.408 uyarınca, kâr dağıtım konusunda karar vermek münhasıran genel kurulun yetkisine girmektedir ve söz konusu yetkinin devredilmesi mümkün değildir. Bu hükümden hareketle, mahkemenin genel kurul yerine dağıtım kararı vermesinin TTK m.408 hükmüne aykırı olacağı ileri sürülmektedir.

Ancak genel kurulun devredilemez yetkilerine ilişkin TTK m.408 hükmünün mahkemelerin genel kurul yerine geçerek karar vermelerine engel olduğu konusundaki yoruma katılmak mümkün değildir. TTK'nın anonim şirket organlarının münhasır yetkilerine ilişkin getirdiği düzenlemelerin amacı, organlar arası ilişkinin düzenlenmesidir¹⁷¹⁰. Diğer bir ifade ile yetkinin devredilemez niteliği, yetkinin ilgili organ tarafından kullanılmasını gerektirmekte, bir başka organa yahut belirli kişilere devredilmesine engel olmaktadır. Kanaatimizce kâr dağıtım konusunda genel kurul yetkisinin devredilemez olması, mahkemenin bu konuda karar

¹⁷⁰⁸ Belirtmek gerekir ki, idari yargıda kabul edilen bu “ya red ya kabul” ikilemenin ve idari işlem tesis etme yasağının, özel hukuk normlarının yorumu bakımından öğreti üzerinde etkisi bulunmaktadır. Nitekim, *Kırca*, mahkemenin genel kurul yerine karar vermesinin normatif temeli olduğunu belirtirken idare hukukundaki iptal davaları ile bir paralellik kurmuştur. Bkz. *Kırca*, **Genel Kurul**, s.258 dn.610.

¹⁷⁰⁹ Gürbüz Usluel, s.75, Badak, s.272 dn.140, İmregün, **Menfaat İhtilafları**, s.164, Tanner, **ZK, Art 706**, s.348.

¹⁷¹⁰ Aydoğan, s.123, Kendigelen, **İlk Tespitler**, s.262. Açık şekilde bu sonucu belirtmese de devredilemez yetkilerin organlar arasındaki eşitlik ilkesini benimsendiğini gösterdiği ve bu kural nedeniyle bir organın diğerinin yetki alanına giremeyeceği yönünde bkz. *Kırca/Şehirli Çelik/Manavgat*, s.395.

vermesine engel teşkil etmez¹⁷¹¹. Yetkinin devredilemez olmasından amaç, organ kararına bir yargı bağıışıklığı sağlamak ya da kararı yargı denetiminin dışına çıkartmak değildir. O nedenle de hükmün mahkemenin tesis edebileceği hükümleri sınırlamaya yönelik olarak yorumlanmasına katılmıyoruz.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, böyle bir yorum kâr payı dağıtımını genel kurulun devredilemez yetkileri arasında sayan TTK m.408 düzenlemesinin de ruhuna aykırıdır. Kâr payı konusunda karar almanın genel kurulun devredilemez yetkileri arasında düzenlenmesinin sebebi, kâr dağıtım konusunun yönetim kurulu yahut belirli bir kişinin alacağı karar ile çözümlenmesinin engellenmesidir. Bu şekilde, pay sahiplerinin kâr payı dağıtım kararı alınmasına dışında bırakılmaları engellenmektedir. Zira pay sahipleri, genel kurulda alınan kararlarda, yönetim kurulu kararlarından farklı olarak, bilgi alma ve oy hakkını kullanabilmekte, gerekirse de kararlara karşı iptal davası açabilmektedirler. Özetle, bir konunun genel kurulun devredilemez yetkileri arasında sayılması, pay sahiplerinin süreç üzerindeki gözetimini artırmaya yöneliktir. Halbuki, devredilemez yetki kavramına hâkim görüşün yüklediği anlamın verilmesi, mahkemelerin kâr dağıtım kararı vermesine engel olacaktır ki, bu sonuç TTK m.408 hükmü ile amaçlanan sonucun tam aksi yöndedir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, TTK m.408’de kabul edilen genel kurulun yetkilerinin devredilemez niteliği çeşitli davalarda zaten göz ardı edilmiş ve mahkemenin genel kurul yerine irade beyanında bulunmasına imkân tanınmıştır. Örneğin TTK m.531 kapsamında açılan bir haklı sebeple fesih davasında, mahkemenin şirketin yerine kâr dağıtım kararı verilmesine hükmedebileceği konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır¹⁷¹². Hâkimin haklı sebeple fesih davasında verebileceği bir kararı, genel kurul kararının iptali davasında veremeyecek olması tutarlı olmayacaktır¹⁷¹³.

Bu noktada haklı sebeple fesih davası ve alternatif çözümlere hükmedilebilmesi hususunun kanunda açık olarak düzenlenmesi sebebiyle istisna olduğu ve bu hükümden genel nitelikte bir kural türetilmeyeceği ileri sürülebilir. Ancak öğretilde ve yargı kararlarında kabul edilen muhtelif davalarda da kanunda dayanak bulunmasa bile mahkemenin genel kurulun

¹⁷¹¹ Aynı görüş için bkz. Aydoğan, s.123.

¹⁷¹² Örnek olarak bkz. Şahin, s.529, Çamoğlu, Ersin, “Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshinde Hakimın Takdir Yetkisi”, Batider C.31 S.1, 2015, s.14, Nomer Ertan, Fusun, “Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi Davası-TTK m.531 Üzerine Düşünceler”, İÜHFM C.73 S.1, 2015, s.432-433, Rayroux, CR, s.1365-1366, Tekinalp, Ünal, “Anonim Ortaklığın Haklı Sebeplerle Feshi Davasının Bazı Usulî Sorunları”, Prof. Dr. Ersin Çamoğlu’na Armağan, Vedat Kitaplılık, İstanbul, 2013, s.218, Stäubli, Basler Kommentar, s.1585. Haklı sebeple fesih davasında kâr dağıtım kararı verilmesine ilişkin açıklamalar için bkz Aşağıda III-Haklı Sebeple Fesih Davası Yoluyla Kâr Payı Hakkının Korunması.

¹⁷¹³ Karahan, s.28, Aydoğan, s.126.

devredilemez yetkisine giren bir hususta karar verebileceği kabul edilmektedir. Bu konuda yukarıda da açıklandığı üzere öğretide kabul gören ibra davası ve yönetime katılma imtiyazında haksız yere seçilmemiş üyenin seçilmesi davası örnek gösterilebilir¹⁷¹⁴. Gerek yönetim kurulu üyelerinin seçilmesi gerekse yönetim kurulu üyelerinin ibrası, TTK m.408 uyarınca genel kurulun devredilemez yetkileri arasındadır. Bununla birlikte, genel kurulun kanuna, esas sözleşmeye yahut dürüstlük kuralına aykırı olarak, almakla yükümlü olduğu bir kararı almaması sebebiyle, mahkemenin ibraya ve haklı sebep olmaksızın seçiminden imtina edilmiş üyenin seçilmesine karar verebileceği kabul edilmiştir¹⁷¹⁵.

Bu durum, TTK m.408'da yer alan devredilemez yetki hükümlerinin mahkemenin verebileceği kararlara ilişkin bir sınırlama getirmediğini göstermesi bakımından da önemlidir. Kanaatimizce şirket adına irade beyanında bulunacak organın veya kişilerin belirlenmesinde serbesti olup olmadığı sorunu ile mahkemenin şirket organı yerine geçerek karar verip veremeyeceği sorunu, ayrı olarak değerlendirilmelidir. İlk soru, şirket tüzel kişiliğinin kâr dağıtım konusundaki iradesinin hangi organ tarafından oluşturulacağına ilişkindir. İkinci soru ise, yetkili organın hukuka uygun karar almaktan imtina ettiği durumlarda, mahkemenin şirket tüzel kişiliği yerine karar verip veremeyeceğine ilişkindir. O nedenle de kâr dağıtım yetkisinin genel kurulun devredilemez yetkisinde olmasının mahkemenin bu konuda karar vermesine engel teşkil etmeyeceği görüşündeyiz.

ii. Mahkemenin Ticari Karar Verme Yasağı

Hâkim görüşün temel dayanaklarından biri de mahkemenin ticari konularda karar vermesinin yerinde olmayacağı fikridir. Kâr payı dağıtım kararı, niteliği itibariyle şirketin finans politikası ile yakından ilgilidir ve bu konuda mahkemenin dağıtım kararına hükmetmesi, şirketin finans politikasına mahkemenin müdahalesi anlamına gelmektedir. Öğretide mahkemelerin kâr dağıtımını da dahil olmak üzere şirketin finans politikasına ilişkin konularda müdahale edici bir yaklaşımdan kaçınmaları gerektiği belirtilmektedir¹⁷¹⁶. Bu görüşe göre, kâr dağıtımını birçok etmene bağlı olarak belirlenen karmaşık ticari bir karardır ve mahkemeler bu kararın yerindeliğini incelememelidirler¹⁷¹⁷.

¹⁷¹⁴ Aydoğan, s.125-126.

¹⁷¹⁵ Mahkemenin genel kurul kararını ikame edecek karar alabileceği haller hakkında açıklama için bkz. Yukarıda c-İrade Beyanında Bulunma Borcunun Şirketler Hukukundaki Uygulaması.

¹⁷¹⁶ Fischel, s.716, Folliet, s.334. Yazar, özellikle şirket esas sözleşmesinde kâr dağıtımına ilişkin düzenlemeler getirildiği takdirde, hâkimin bu gibi ticari konulara müdahale de daha da özenli olması gerektiğini belirtmektedir.

¹⁷¹⁷ Fischel, s.716.

Bu görüşü destekleyebilecek bir diğer iddia ise mahkemenin genel kurul yerine geçerek karar verdiği istisnai hallerde, hâkimin kararın içeriğine ilişkin olarak müdahale etmediği tezidir. Örneğin genel kurulun karar alma sürecinde, oyların yanlış sayılması yahut tutanağa yanlış geçirilmesi gibi hallerde, mahkemenin iptal kararı ile birlikte alınması gereken kararı tesis edecek şekilde hüküm kurmasına izin veren olumlu kararın tespiti davasında, mahkeme içeriğe ilişkin bir değerlendirme yapmamakta, sadece çoğunluk iradesinin karara dönüşme sürecindeki eksikliği gidermektedir¹⁷¹⁸.

Kanaatimizce mahkemelerin ticari nitelikteki kararlar vermesi, kaçınılmaz bir durumdur ve mahkemenin şirket organı yerine geçerek karar vermesine engel değildir. Ortaklıklar hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda, hâkimin ticari değerlendirmeler yapması sıklıkla kaçınılmaz hale gelmektedir. Örneğin TTK m.202 f.2 uyarınca hâkim teşebbüsün sorumluluğunun doğması için, alınan kararın ticari sebebinin bulunmaması gerekmektedir. Böyle bir davada hâkimin ilgili dava için yapması gereken hukuki değerlendirme ile ticari değerlendirmeler arasındaki sınır ortadan kalkmakta ve mahkemenin hukuki inceleme yapması, uyuşmazlığın doğası gereği ticari değerlendirmeyi de bünyesinde barındırmaktadır.

İlaveten mahkemelerin sıklıkla, şirket tarafından alınan finansal bir kararın tutar bakımından yerindeliğini de değerlendirmesi gerekmektedir. Örneğin yönetim kurulu üyelerine ödenen kazanç payının şirketin mali durumu ve yönetim kurulu üyelerinin performansı ile uyumlu olması gerekir¹⁷¹⁹. Ticari açıdan makul olmayan derecede yüksek bir kazanç payı kararlaştırılması halinde, pay sahiplerinin genel kurul kararına karşı iptal davası açması imkânı bulunmaktadır. Böyle bir davada ise mahkeme kaçınılmaz olarak genel kurulun aldığı kazanç payı dağıtım oranının ticari olarak uygun olup olmadığını incelemek ve buna göre hüküm vermek zorunda kalacaktır¹⁷²⁰.

Benzer bir durum şirkete finansman sağlanması aşamasında da söz konusu olmaktadır. Şirketin aldığı sermaye artırım kararının hukuka, özellikle de dürüstlük kuralına aykırılığının denetiminde, mahkemenin şirketin finansman ihtiyacını dikkate alması ve artırımın bu ihtiyaç ile orantılı olduğuna kanaat getirmesi gerekmektedir. Nitekim, mahkemenin ihtiyaç bulunmamasına rağmen genel kurulun sermayenin artırılması yönünde bir karar vermesi halinde, bu kararın mahkeme tarafından iptal edilebileceği konusunda yargı kararlarında ve doktrinde herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Görülebileceği üzere bu ihtimalde de

¹⁷¹⁸ Schwander/Dubs, s.355, Bühler/Von der Crone, s.571-572.

¹⁷¹⁹ Leu, s.109, Gürbüz Usluel, s.146, Badak, s.236.

¹⁷²⁰ Leu, s.109.

hâkimin ticari bir değerlendirme yaparak şirketin aldığı karara ticari gerekçeler ile müdahale etmesi söz konusudur.

Bu örnekler ortaya koymaktadır ki, mahkemenin ticari karar vermekten imtina etmesi, belirli hallerde kaçınılmazdır. Bazı uyuşmazlıklarda, hukuki denetim ile ticari değerlendirme birbirinden ayrılamaz niteliktedir ve davacının talebi hakkında hüküm verilebilmesi için ticari bir konuda karar verilmesi kaçınılmaz olmaktadır. Ancak bu durum, davacının talebi hakkında karar verilemeyeceği anlamına gelmemelidir. Mahkemenin aynen ifaya karar veremeyeceğinin kabul edilmesi için, bu konuda bir hukuki engelin bulunması gerekir. Ancak yukarıdaki örnekler göstermektedir ki, hukuk sistemimizde hâkimin ticari karar vermesine engel bir norm olmadığı gibi gerek kanun hükümleri gerekse yargı içtihadı mahkemelerin ticari karar vermesinin yolunu açmaktadır.

Sonuç olarak mahkemenin şirket genel kurulu yerine geçerek dağıtım kararı vermesi bakımından bu kararın ticari bir karar olduğu, bu nedenle de mahkemenin bu ticari tercihe müdahale etmemesi gerektiği savı ikna edici değildir. Ortaklıklar hukuku uyuşmazlıkları konusu gereği ticari nitelikte karar vermeyi zorunlu kılmaktadır. Bu tip uyuşmazlıklarda ticari değerlendirme ile hukuki değerlendirme sıklıkla iç içe geçmektedir. Böyle bir durumda, hâkim görüşün savunduğu gibi, hâkimin ticari kararlar vermemesi gerektiğini savunmak, dolaylı olarak hâkimin hukuki değerlendirme yapmasının da mümkün olmadığını iddia etmek olacaktır ki, bu durumda mahkemelerin hukuku uygulaması mümkün olmayacaktır.

Bu şekilde ticari inceleme ile hukuki incelemenin iç içe geçtiği hallerden bir tanesi de şirketin yedek akçe ayırma kararına karşı açılan iptal davasıdır. Özellikle, bir genel kurul kararının dürüstlük kuralına uygun olup olmadığının tespiti için hâkimin şirketin içinde bulunduğu şartları değerlendirmesi ve şirket tarafından alınan ticari kararı sorgulaması gerekmektedir¹⁷²¹. Bu noktada da mahkeme şirketin kârlılık durumu, birikmiş yedek akçeleri, gelecekte yapmayı planladığı yatırımlar ve hatta piyasa şartları gibi ticari konuları değerlendirerek karar almak zorundadır. Netice itibariyle, esasen şirketin finans politikasının bir parçası olan ve bu nedenle de ticari bir değerlendirme gerektiren şirketin yedek akçe ayırma kararı, genel kurul kararının kanuna ve dürüstlük kuralına uygunluğunun değerlendirilmesi yani hukuki incelemenin yapılması için zorunlu niteliktedir. O nedenle de yedek akçe ayırma

¹⁷²¹ Alman hukukunda net dönem kârı konusundaki genel kurul kararına karşı açılan iptal davaları bakımından da ticari değerlendirme yapılması gerektiği, kâr dağıtılmamasının şirketin ihtiyaçları ile orantılı olması gerektiği belirtilmektedir. Bkz. Reul, s.411-412. Hatta şirketin yedek akçeyle ihtiyaç duyduğunun ispat edilmesine ilişkin ispat yükünün şirkete ait olduğu belirtilmektedir. Bkz. Reul, s.414.

kararının iptali konusunda da ticari değerlendirme ile hukuki değerlendirme birbirinden ayrılmaz niteliktedir.

Bu değerlendirmemizi basit bir örnek ile somutlaştırmak isteriz. Bir şirketin dağıtabileceği 100TL net dönem kârı bulunmasına rağmen, genel kurul 100TL'nin tamamının yedek ayrılması yönünde karar aldığını ve azınlık pay sahiplerinin bu kararın iptali için dava açtığını varsayalım. Mahkeme iptal davasını karara bağlayabilmek için ayrılan yedek akçenin TTK m.523 hükümlerindeki şartları karşılayıp karşılamadığını ve kararın dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edip etmediğini değerlendirecektir. Mahkeme ayrılan yedek akçenin 40TL'lik kısmının şirket ihtiyaçları karşısında muhtemelen gerekli olduğuna kanaat getirmekle birlikte, kalan 60TL'lik kısmının şirket menfaatleri ile orantısız olduğuna kanaat getirmiş olabilir. Bu durumda genel kurul kararının tüm pay sahipleri menfaatleri dikkate alındığında haklı olmadığına karar verdiği için, kararın kısmen iptaline hükmedecektir. Bu örnekte görüleceği üzere, mahkemenin şirketin yedek akçe ayırma kararının hukuka uygunluğunun değerlendirilmesi için, ticari değerlendirmenin yapılması zorunludur. Mahkeme kanuni şartları sağlayan tutarı (örneğimizdeki 40TL) aşan yedek akçe kararının salt iptaline de karar verecek olsa dahi, bu karar da niteliği itibarıyla mahkemenin ticari değerlendirme yapmasını zorunlu kılacaktır. Kanaatimizce, mahkemenin kanuni şartları sağlamayan yedek akçe ayırımının (örneğimizdeki 60TL) iptali ile yetinmeyip bu tutarın dağıtımına karar vermesi, bu açıdan bir farklılık yaratmayacaktır.

Özetle, hâkim genel kurulun yedek akçe ayırma kararının iptali davasını incelerken zaten ticari değerlendirme yapmak zorundadır. Bu karar sonucunda ister hâkim öğreti uyarınca sadece iptal kararı verilecek olsun ister savunduğumuz görüş uyarınca iptal kararını takiben dağıtım kararı verecek olsun, ne tutarda yedek akçe ayrılmasının TTK m.523 hükümlerine ve dürüstlük kuralına uygun olduğunu, ne kadarlık bir miktarın bu kuralları ihlal ettiğini tespit etmek zorunludur. Bu tespit mahkeme kararına yansınasa bile, hâkimin kuracağı hükmün altında bu değerlendirmenin olması işin doğası gereğidir. Hâkimin hukuki değerlendirme yapması için zorunlu olan ticari değerlendirme, bir aşamada zaten yapılmaktadır. O nedenle de bu değerlendirme yaptıktan sonra sadece iptal kararı verilmesi ile iptal kararı verildikten sonra ayrıca dağıtıma da hükmedilmesi arasında bu açıdan bir farklılık yaratmayacağı görüşündeyiz.

e. Hukuk Politikası Bakımından Yerindelik

Mahkemenin genel kurul yerine geçerek karar vermesi konusundaki normatif düzen dışında, böyle bir yetkinin verilmesinin hukuk politikası bakımından yerindeliğine de kısaca değinmek

isteriz. Öğretide mahkemenin dağıtım kararı vermesini reddeden görüşü savunan yazarlar, hukuk politikası açısından da böyle bir karar verme yetkisinin isabetli olmayacağını, mahkemeye kâr dağıtım kararı verme yetkisi tanınması halinde, bu yetkinin kötüye kullanılabileceğini ve azınlık pay sahiplerinin bu şekilde şirketin yatırım amacıyla kullanılacak kaynaklarının dağıtılmasını talep edebileceklerini belirtmektedirler¹⁷²². Kanaatimizce azınlık tarafından kötüye kullanılma riski, tüm pay sahipliği hakları için belirli ölçüde ileri sürülebilecek bir gerekçe olup tek başına pay sahipliği haklarının kısıtlanması için bir dayanak teşkil etmemelidir. İlaveten, bu endişe mahkemenin kâr dağıtım kararı vermesi bakımından daha kolay göz ardı edilebilir, zira azınlıkta kalan pay sahiplerinin yedek akçe ayırma kararına karşı iptal davası açma yetkisi bulunmaktadır. Mahkemenin dağıtıma karar vermesi, yedek akçe ayırma kararının hukuken denetlenmesi bakımından bir değişikliğe yol açmamakta, sadece iptal davası sonucunda hukuka aykırı olduğu tespit edilen yedek akçe kararının iptali karşısında, çoğunluk pay sahiplerinin kâr dağıtım kararı almayarak hukuka aykırılığı fiilen sürdürmesinin önüne geçmektir.

Hukuk politikası açısından ileri sürülen diğer iddia ise, mahkemelerin şirket organları yerine karar vererek şirket kararlarına müdahale etmesinin özellikle yabancı yatırımları olmak üzere, genel olarak yatırımcılar tarafından olumsuz karşılanacağı ve tedirginlik yaratacağıdır¹⁷²³. Kanaatimizce bu tespiti de katılmak mümkün değildir. Daha önce de belirtildiği üzere, yedek akçe ayırma kararının iptal edilmesi, kâr payı alacağını doğmasını sağlamayacağından pay sahipleri için eksik bir koruma sağlamaktadır. Pay sahiplerinin menfaati hukuk normlarının getirdiği korumanın göstermelik olmaması ve fiilen de etkili olmasıdır. Mahkemenin genel kurul yerine geçerek dağıtıma karar vermesi, iptal davasıyla getirilen hukuki korumanın gerçek anlamda etkinlik kazanmasını sağlayacağından, yatırımcılar için olumsuz karşılanacağı iddiasına da katılmıyoruz. Üstelik azınlık pay sahiplerinin etkin bir hukuki korumaya kavuşması, çoğunluk pay sahiplerini hukuka uygun davranmaya zorlayacağından, birçok uyuşmazlığı baştan engellemek bakımından da yararlı olacaktır¹⁷²⁴.

Bu noktada tartışmalı olan konu, mahkemenin kâr dağıtım kararı vermesine pay sahipliği haklarının korunması bakımından ihtiyaç bulunup bulunmadığıdır. Hâkim görüşü savunan yazarlar, pozitif hukukta pay sahiplerini korumak için uygun başka yöntemler olduğunu, bu nedenle de mahkemenin genel kurul kararının yerine geçecek bir hüküm tesis etmesine ihtiyaç

¹⁷²² Uysal, s.77.

¹⁷²³ Uysal, s.77.

¹⁷²⁴ Aydoğan, s.116.

bulunmadığı görüşündedirler. Bu görüşü savunan yazarlar, pay sahiplerinin TTK m.531’de belirtilen haklı sebeple fesih davasından yararlanarak menfaatlerini koruması gerektiğini belirtmektedir. Hâkim görüşü savunan yazarların bir kısmına göre, TTK m.531’de düzenlenen haklı sebeple fesih davası ve bu dava kapsamında mahkemenin uygun göreceği alternatif çözümlere hükmedebilecek olması, azınlık pay sahiplerini sistematik kâr payı hakkı ihlaline karşı korumak için etkin bir yöntemdir¹⁷²⁵. Bu yazarlara göre, TTK m.531 hükmü azınlık pay sahiplerinin kâr payı hakkının korunması bakımından etkin bir yöntem olduğundan, onların görüşüne göre hukuk sistemi ile uyumlu olmayan mahkemenin şirket yerine geçerek karar verme yetkisini tanımaya da ihtiyaç kalmamaktadır.

Kanaatimizce TTK m.531’de azınlık pay sahiplerine tanınan dava açma hakkı, önemli bir hukuki koruma sağlasa da TTK m.531 ile getirilen düzenlemenin kâr payı açlığı sorununu mutlak şekilde giderdiği sonucuna varmak da mümkün değildir. TTK m.531 uyarınca haklı fesih davası belirli açılardan pay sahiplerini korumak için yetersiz kalmaktadır¹⁷²⁶.

- Öncelikle TTK m.531’de tanınan haklı sebeple fesih davasını açabilmek için kanunda belirtilen eşikleri aşmak gerekmektedir. Bu nedenle de söz konusu eşige sahip olmayan pay sahiplerinin bu hüküm kapsamında hukuki korumadan yararlanması mümkün olmayacaktır¹⁷²⁷. Kâr payı hakkının bireysel bir hak olması karşısında, sadece azınlık teşkil eden pay sahiplerinin yararlanabileceği korumanın, tam ve yeterli bir koruma sağlamayabileceği dikkate alınmalıdır.
- Haklı sebeple fesih ve alternatif çözümlere hükmedilecek bir davanın azınlık pay sahiplerinin kâr payı hakkını korumadan yetersiz kalacağı bir diğer nokta, davanın şartları bakımından kendini göstermektedir. Kâr payı dağıtımından hukuka aykırı olarak imtina edilmesinin TTK m.531 uyarınca haklı sebep teşkil etmesi için belirli bir süreklilik göstermesi gerektiği yönünde görüş birliği vardır. Bu durumda arızı olarak yapılan kâr payı hakkı ihlalleri bakımından TTK m.531 hükmüne dayanılması yolu kapanmaktadır. O nedenle de pay sahiplerinin arızı olarak gerçekleştirilen kâr payı hakkı ihlallerine karşı başvurabilecekleri bir hukuki yola olan ihtiyaçlarının da devam edeceğini kabul etmek gerekecektir.

¹⁷²⁵ Üçışık/Çelik, s.367, Gürbüz Usluel, 74-75, Erdem, **Haklı Sebep**, s.251, Şahin, s.167 ve tekrar s.333, Ayoğlu, **Haklı Nedenle Fesih**, s.221.

¹⁷²⁶ Haklı sebeple fesih davasının azınlık pay sahiplerini koruma bakımından nasıl bir etkisi olduğu ve hangi noktalarda yetersiz kaldığı kapsamlı olarak aşağıda detaylı olarak değerlendirilecektir Bkz. Aşağıda-III-3-Haklı Sebep Fesih Davasının Kâr Payı Hakkının Korunmasındaki Rolüne Dair Ara Değerlendirme. Bu bölümde sadece söz konusu eksikliklere ana hatları ile değinilmiştir.

¹⁷²⁷ Karahan, s.25.

Özetle, TTK m.531 ile getirilen haklı sebeple fesih davası, azınlık teşkil eden pay sahiplerinin kâr payı haklarının sistematik ihlali bakımından bir koruma sağlamaktadır. Ancak bu düzenleme, kâr payı hakkının korunmadığı geniş bir alan bırakmaya devam etmektedir. O nedenle de öğretide belirtildiği gibi kâr payı hakkının TTK m.531 hükümleri ile korunması dışında, şirket işleyişine daha az müdahaleci ancak bununla birlikte daha geniş bir uygulama alanına sahip bir hukuki koruma yöntemine olan ihtiyacı bertaraf etmemektedir.

Öğretide azınlık pay sahiplerinin menfaatini korumak için önerilen çözümlerden bir tanesi de %5'lik birinci kâr payı dağıtımının zorunluluğudur. Bu görüşü savunan yazarlara göre, temel kâr payı hakkı finansal tabloların onaylanması ile doğacağından, pay sahibi asgari de olsa bir kâr payı alacağına kavuşacaklarından, azınlık pay sahiplerinin menfaatlerini koruyacak bir çözüm elde etmek mümkün olacaktır¹⁷²⁸.

Kanaatimizce bu görüşe katılmaya imkân yoktur. Kapsamlı olarak tartıştığımız üzere, anonim şirketlerde birinci kâr payının dağıtımının bir zorunluluk olduğu, bu nedenle de finansal tabloların onaylanması ile birlikte kâr payı alacağının doğacağı fikrine katılamıyoruz. Ancak daha önemlisi, böyle bir zorunluluk olduğu kabul edilse bile, bunun azınlık pay sahiplerini koruyucu etkisi oldukça sınırlı olacaktır¹⁷²⁹. İlavenen unutmamak gerekir ki, böyle bir davanın söz konusu olabilmesi için öncelikle yedek akçe ayırma kararının hukuka aykırı olması gerekmektedir. Eğer genel kurul, kanun tarafından kendisine tanınmış geniş takdir yetkisi içerisinde kalacak şekilde bir yedek akçe ayırma kararı almışsa, karar geçerli olacaktır. Ancak genel kurul, kanuna, esas sözleşmeye yahut dürüstlük kuralına aykırı bir yedek akçe ayırma kararı almışsa, bu durumda azınlık pay sahiplerine asgari bir kâr payı hakkı ödenmesi ile yetinmek, kanaatimizce hukuk politikası açısından da isabetli değildir.

4. Ara Değerlendirmemiz

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, hâkim öğreti mahkemenin genel kurulun yerine geçerek dağıtım karar vermesinin şirketler hukukunda kabul edilen ilkelere uygun olmadığı gerekçesi ile kabul etmemektedir. Ne var ki, kanaatimizce gerek şirketler hukuku gerekse özel hukukun temel kuralları mahkemelerin bu yöndeki yetkisini kabul etmeye imkân tanımaktadır.

¹⁷²⁸ Badak, s.272 dn.140.

¹⁷²⁹ Aydoğan, s.127. Alman hukukunda, şirket genel kurulunun yedek akçe ayırma kararı sonucunda pay sahiplerinin şirket sermayesinin %4'ünden daha düşük kâr payı alması halinde kararın iptali istenebilmektedir. Öğretide pay sahiplerinin kâr payı hakkını korumak açısından yetersiz kaldığı gerekçesi ile eleştirilmektedir. Bkz. Arnold, *Kölner Kommentar*, Art 254, s.787.

Kâr payı pay sahibi açısından bir hak olduğuna göre, bu hak hakkın muhatabı olan anonim şirkete belirli şekilde hareket etme yükümlülüğü yüklemektedir. Anonim şirketin yedek akçe ayırma şartları bulunmadığı takdirde kâr dağıtım kararı alması da bu yükümlülüklerden biridir. Şirket genel kurulunun kâr dağıtımına ilişkin olarak alacağı karar, şirketin bu konudaki yükümlülüğünün ifasını sağlamaktadır Kanun veya esas sözleşme uyarınca anonim şirketin yedek akçe ayırmasına imkân tanıyan haller somut olayda mevcut değilse veya yedek akçe ayırma kararı dürüstlük kuralına aykırıysa, şirket tüzel kişiliği kâr dağıtım kararı almak zorundadır. Özel hukuk ilişkilerinde borçlu üstlendiği edimi yerine getirmediği takdirde, mahkeme kararı ile aynen ifaya hükmedilmesi esastır. Eğer borçlu bir irade beyanında bulunma borcu altındaysa, mahkeme kararının bu irade beyanında bulunma borcu yerine geçeceği kabul görmektedir. Bu durumda mahkemenin genel kurul kararı yerine geçecek bir hüküm tesis etmesi de aynen ifanın ortaklıklar hukukundaki bir görünümünü teşkil edecektir.

Kanaatimizce şirketler hukuku hükümleri arasında mahkemenin bu yetkisini ortadan kaldıran herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. O nedenle de mahkemenin şirket tüzel kişiliğinin edimini yerine getirmesini sağlamak için genel kurul kararı yerine geçerek karar verebileceğini kabul etmek gerekir. Nitekim öğreti ve yargı kararların ibra davası, pay defterine kayıt davası yahut olumlu kararın tespiti gibi davalarla da mahkemenin şirket adına irade beyanında bulunması yönünde bir uygulama üstü kapalı olarak benimsenmiştir. Öğreti ve yargı kararlarında mahkemenin şirket yerine irade beyanında bulunabileceğinin kabulü, mahkemenin verebileceği hüküm bakımından sınırlayıcı olmadığını ortaya koyması bakımından önem taşımaktadır.

Söz konusu davaların kanaatimizce ortak özelliği, şirket organının verdiği kararın geçersizliğine hükmetmenin veya verilen kararı iptal etmenin davacıların menfaatlerini karşılamakta yetersiz kalmasıdır. Bu hallerde ister pay sahibi ister yönetim kurulu üyesi ister intifa senedi sahibi olsun menfaat sahibinin tam olarak korunabilmesi için, sadece şirket organı kararının kaldırılması değil, hukuka uygun yeni bir kararın tesis edilmesi gerekmektedir. Diğer bir ifade ile irade beyanında bulunulması borcunun aynen ifasında menfaat bulunmaktadır ve bu menfaatin temini için mahkemenin bu yönde bir karar vermesi gerekir. Genel kurulun yedek akçe ayırma kararları bakımından da aynı ihtiyacın bulunması karşısında, kanunda açık bir düzenleme olmasa da aynı sonuca varılabileceği kanaatindeyiz.

Son olarak belirtmek gerekir ki, mahkemenin genel kurul kararının yerine geçecek hüküm tesis etmesi, şirketin dağıtım yükümlülüğü altında olduğu tutar için geçerlidir. TTK m.507 uyarınca ise bu tutar net dönem kârı olarak belirlenmiştir. Anonim şirketin her ne kadar serbest

yedek akçelerden dağıtım yapma imkânı bulunsa dahi, anonim şirket bakımından böyle bir dağıtım yapılması konusunda bir yükümlülük söz konusu değildir. O nedenle de mahkeme kâr dağıtım davasında serbest yedek akçelerden kâr dağıtımına karar veremez. Mahkemenin verebileceği karar, şirketin dağıtmakla yükümlü olduğu kâr dağıtımının verilecek hüküm yoluyla dağıtılmasının sağlanabilmesidir.

B. Kâr Dağıtım Davasının Özellikleri

Yukarıda detaylı şekilde ele alındığı üzere, kanaatimizce genel kurulun kanun, esas sözleşme yahut dürüstlük kuralını ihlal eden yedek akçe ayırma kararı vermesi halinde, mahkemenin şirketin dağıtması gereken kârı tespit ederek bu yönde bir dağıtım kararı vermesi mümkündür. Bu bölümde böyle bir davanın niteliğini, davanın sonuçlarını ve davanın usul hukuku bakımından gösterdiği özellikleri aktarmaya çalışacağız.

Belirtmek gerekir ki ne maddi hukukta ne de usul hukukunda mahkemenin kâr dağıtım konusunda karar alacağına ilişkin özel bir dava düzenlenmiştir. Bu şekilde kanunda açıkça düzenlenmemiş bir davanın konusuna göre isimlendirildiği görülmektedir. Örneğin yönetim kurulu üyelerinin haksız yere ibradan kaçınılması halinde, açtıkları dava ibra davası olarak isimlendirilmektedir. Benzer şekilde, pay defterine kayıt talebinin reddedilmesi üzerine açılan dava da uygulamada pay defterine kayıt davası olarak isimlendirilmiştir. Aynı yaklaşımla, mahkemenin kâr dağıtım kararı konusunda karar vereceği davanın kâr dağıtım davası olarak isimlendirilebileceği görüşündeyiz. Çalışmamızda kâr dağıtım davası, genel kurulun yedek akçe ayırma kararının iptali halinde, genel kurulun dağıtması gereken kârı tespit ederek, dağıtım kararının yerini alacak bir hüküm tesis ettiği davaları tanımlamak için kullanılacaktır.

a. Kâr Dağıtım Davasının Usul Hukuku Boyutu

Kâr dağıtım davası ile ilgili olarak ele alınması gereken ilk sorun, davanın hukuki niteliğinin ne olduğunun tespitidir. Bu tespit, davada talep edilen hukuki korumaya göre belirlenecektir. Kâr dağıtım davasında, mahkeme iptal davasının ardından genel kurul tarafından alınması gereken ve şirketin irade beyanı teşkil edecek bir kararı hüküm yoluyla tesis etmektedir¹⁷³⁰. Bu açıdan mahkeme kararının irade beyanı borcunun aynen ifasına yönelik bir dava olduğunu söylemek mümkündür. İrade beyanı borçları da ifa davalarının özellikli bir görünümü

¹⁷³⁰ Schüppen, s.582.

olduğundan, kâr dağıtım davasının bir tespit davası yahut inşai dava değil, bir eda davası¹⁷³¹ olduğu belirtilmelidir¹⁷³².

Söz konusu hüküm, kanun gereği davacının iradesinin yerine geçmekte ve hukuki sonucu doğurmaktadır¹⁷³³. O nedenle dava eda davası niteliğinde de olsa, davanın sonucu icra yoluna başvurulmasına gerek olmaksızın, mahkemenin kararı ile ilgili hukuki sonuç doğmaktadır¹⁷³⁴. Bu nedenle de irade beyanında bulunma borcunun mahkemenin vereceği hüküm ile sağlandığı durumlarda, kararın ayrıca icrasına ihtiyaç bulunmamaktadır¹⁷³⁵.

Kâr dağıtım davası bakımından sorulabilecek en önemli sorulardan biri, kararının sadece davanın tarafları arasında mı yoksa herkes için mi sonuç doğuracağıdır. İnşai nitelikteki davalarda, mahkeme yeni bir hukuki durum yarattığından bu dava sadece davanın tarafları bakımından değil, herkes bakımından (“*erga omnes*”) sonuç doğurmaktadır¹⁷³⁶. Bununla birlikte eda davaları bakımından böyle bir genel çıkarım yapılamaz. Eda davasının sonucunda verilecek hükmün sadece davanın tarafları arasında mı sonuç doğuracağı yoksa herkese yönelik bir sonuç mu doğuracağı konusu, eda hükmünün konusuna göre değerlendirilmelidir.

Bir görüşe göre, genel kurul kurul kararlarının iptali davasında olduğu gibi iptal kararının tüm pay sahipleri bakımından sonuç doğuracağı yönünde bir hüküm bulunmadığından, eda davasının sadece davayı açan pay sahibi bakımından sonuç doğurması gerekir¹⁷³⁷. Bununla birlikte, kâr dağıtım davası bakımından özellikli bir durum olduğuna dikkate çekmek isteriz. Bu davada pay sahibinin talebi, mahkemenin şirket genel kurulu yerine geçerek dağıtım karar vermesi olacaktır. Mahkeme kararının ikame ettiği genel kurul kararı ise, niteliği itibarıyla herkes için sonuç doğuracak niteliktedir. Diğer bir ifade ile dava sadece tarafları bakımından sonuç doğursa da davada taraf olan anonim şirketin iradesi yerine geçecek bir hüküm, diğer pay

¹⁷³¹ Eda davası, davalının bir şey vermeye, bir işi yapmaya veya yapmamaya mahkûm edilmesine yönelik davaları ifade eder. Bkz. Kuru, s.203, Postacioğlu/Altay, s.247, Pekcanitez, **Pekcanitez Usul**, s.960.

¹⁷³² Staehlin, **ZPO, Art 344**, s.2478, Postacioğlu/Altay, s.248. Bu gibi bir davanın inşai hüküm teşkil edeceği yönünde bkz. Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s.360.

¹⁷³³ Staehlin, **ZPO, Art 344**, s.2478.

¹⁷³⁴ Eren, s.1032, Başoğlu, s.85, Staehlin, **ZPO, Art 344**, s.2478.

¹⁷³⁵ Taşınmaz satış vaadi sözleşmeleri ve alacağın temlik vaadi gibi borçluya irade beyanında bulunma borcu yükleyen sözleşmeler bakımından bkz. Oğuzman/Öz, s.387.

Belirtmek gerekir ki, bu açıklama sadece kâr dağıtım kararı alınması talebine ilişkindir. Kâr dağıtım davasında, pay sahibinin ayrıca kendi payının tespiti edilmesi ve kendisine düşecek kâr payı alacağının ödenmesine ilişkin bir karar verilmesi halinde, kâr payı alacağının ifasına ilişkin ilamın icrası ihtiyacı ortaya çıkabilecektir.

¹⁷³⁶ Kunz, **Klagen**, s.102. Olumlu kararın tespiti bakımından aynı yönde bkz. Bühler/ Von der Crone, s.570, Schwander/Dubs, s.355. Haklı sebeple fesih davasında mahkemenin verdiği kâr dağıtım kararı bakımından bkz. Rayroux, **CR**, s.1365, Stäubli, **Basler Kommentar**, s.1585, Von der Crone, s.582, Von Büren/Stoffel/ Weber, s.319.

¹⁷³⁷ Bkz. Aydoğan, Yürürlüğünün 5. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu- 20 Ekim 2017, Tartışmalar, s.136

sahipleri bakımından da aynı sonucu doğuracaktır. Örneğin davacının kâr dağıtım davası sonucunda dağıtımına hükmedilecek tutara bağlı olarak, davada taraf olmayan pay sahipleri de şirketin kâr dağıtım kararı almasına binaen dağıtılacak kâra iştirak etme hakkını kazanacaklardır¹⁷³⁸.

Son olarak kâr dağıtım davasında mahkemenin dağıtılacak kâr tutarının nasıl tespit edeceği sorusuna değinmek isteriz. Esasen bu sorun kâr dağıtım davasına özgü bir sorun değildir. Genel kurulun yedek akçe ayırma kararının iptaline yönelik bir davada da mahkemenin ayrılan yedek akçenin hukuka uygun olup olmadığını denetlemesi ve genel kurul kararının tamamen veya kısmen iptaline buna göre karar vermesi gerekmektedir. Mahkeme kâr dağıtım davasında iptal davasında olduğu sonuçlara dayanarak hüküm tesis edecektir. Bu bakımdan, iptal davasında kararın hukuka uygunluğunun tespitine ilişkin ilkeler kural olarak kâr dağıtım davası ile de yakından ilişkilidir. Örneğin genel kurul kararının iptali davasında ispat yüküne ilişkin yapılan açıklamalar, kâr dağıtım davası bakımında da yol göstericidir.

b. Genel Kurul Kararının İptal Davası ile İlişkisi

İptal edilebilir nitelikteki kararlar, iptal kararı verilene kadar tüm sonuçlarını doğurmaktadır¹⁷³⁹. O nedenle kâr dağıtım davası açılabilmesi için, öncelikle yedek akçe ayrılmasına ilişkin kararının iptalinin istenmesi gerekir¹⁷⁴⁰. Bu nedenle kâr dağıtım davası, iptal davasının doğal bir sonucu olmasa da yedek akçe ayırma kararının iptaline ilişkin davanın tamamlayıcısı bir davadır¹⁷⁴¹.

Bu nedenle genel kurul kararının iptali davası bakımından getirilen üç aylık ve davacı çevresine ilişkin getirilen sınırlama, kâr dağıtım davası bakımından fiilen bir şart niteliği taşıyacaktır¹⁷⁴². Bu nedenle kâr dağıtım davası açmak isteyen pay sahibi, çoğu durumda iptal davası ile birlikte kâr dağıtım davasını açacaktır. Bu ihtimalde davalar bakımından objektif dava yığılması söz konusu olacaktır¹⁷⁴³.

¹⁷³⁸ Bu durum ilk bakışta diğer pay sahiplerinin menfaatlerini de etkileyebilecek niteliktedir. Şöyle ki, mahkemenin kâr dağıtım kararı vermesi ile birlikte, davaya taraf olmayan pay sahiplerinin de alacak hakları doğacağından zamanaşımı süresi de işlemeye başlayacaktır. Ne var ki, kâr dağıtım davasının açılabilmesi için yedek akçe ayırma kararının iptalinin de istenmesi gerektiğinden, iptal davasının diğer pay sahiplerine bildirilmesine ilişkin TTK m.448 hükmü pay sahiplerini korumak için yeterli olacaktır.

¹⁷³⁹ Pulaşlı, **Şerh II**, s.1055, Tanner, **ZK, Art 706**, s.348, Schott, s.57, Kırca, **Genel Kurul**, s.257.

¹⁷⁴⁰ Bühler/Von der Crone, s.571. Mahkemenin şirket adına irade beyanında bulunmasına izin verilen olumlu kararın tespiti davasında bu sonuç kabul edilmektedir. Bkz. Kırca, **Genel Kurul**, s.170. İbra davası bakımından da aynı yönde bkz. Aytaç, **İbra Davası**, s.249. Alman hukuku bakımından aynı yönde bkz. Schüppen, s.577.

¹⁷⁴¹ Bühler/Von der Crone, s.571.

¹⁷⁴² Schwander/Dubs, s.356, Kırca, **Genel Kurul**, s.170.

¹⁷⁴³ Bühler/Von der Crone, s.571, Riemer, s.97. Yazar, iptal davası ile mahkemenin genel kurul yerine geçerek karar verebileceği hallere çeşitli örnekler vermiştir. Bu örnekler arasında esas sözleşmeye aykırı olarak pay

Kanaatimizce kâr dağıtım kararı verilebilmesi için, öncelikle genel kurul kararının iptalinin istenmesi zorunluluğu, şirketin finans politikalarında belirliliğinin sağlanması bakımından da isabetli bir çözümdür. Şöyle ki, genel kurul kararının iptali davası için kanun koyucu genel kurul kararından itibaren üç aylık bir süre öngörmüştür (TTK m.445). Bu sürenin geçmesinin ardından, yedek akçe ayırma kararının iptali istenemeyecektir. Bu durumda, anonim şirketin kâr dağıtımını talep eden pay sahiplerinin kâr dağıtım davası açması da mümkün olmayacaktır¹⁷⁴⁴.

Genel kurul, yedek akçe ayırma kararını iptal ettikten sonra, iptal edilen yedek akçe ayırma kararı yerine, kâr dağıtımına karar verecektir. Genel kurul kararı hakkında mahkemenin kısmi iptal vermesi halinde, mahkeme iptaline hükmettiği tutarın kâr payı olarak dağıtımına karar verecektir¹⁷⁴⁵.

c. Kâr Dağıtım Davası Sonrasında İcra

Kâr payı hakkı ihlal edilen pay sahibinin talebi üzerine, genel kurul kararının iptali ile birlikte kâr dağıtımına karar verilmesi halinde, pay sahibinin kâr payı alacağı doğmuş olacaktır. Bunun üzerine pay sahibi, kâr payı alacağının ifası için ödeme emri gönderebilir ve ilamsız takip yoluna başvurabilir.

Pay sahibinin ilamlı icra yoluna başvurabilmesi için, mahkemenin ayrıca kâr payı alacağının ifasına yönelik bir hüküm tesis etmesi gerekecektir. Aksi takdirde, sadece genel kurul kararını ikame edecek bir irade beyanı, pay sahibinin ilamlı icra yoluna başvurması için yeterli olmayacaktır. Pay sahibinin mahkeme kararı sonucunda ilamlı icra yoluna başvurabilmesi için, açtığı davada kendisine düşen kâr payı alacağının tespitini ve bu tutarın ifasını da istemesi gerekir. Bu şekilde mahkeme kararı sonucunda, pay sahibi bakımından icrası istenebilir bir ilam söz konusu olacaktır.

Belirtmek gerekir ki, bu durum kâr dağıtım davasının irade beyanında bulunma borcu niteliği ile örtüşmemektedir. Esasen irade beyanında bulunma borcu sonucunda, mahkemenin sadece irade beyanı yerine geçecek hüküm tesis etmesi ve hukuki işlemi kurması gerekir. Ancak

sahiplerine kâr payı ve yönetim kurulu üyelerine kazanç payı ödenmemesi kararları bulunmaktadır. Ayrıca yönetim kuruluna temsilci gönderme imtiyazını ihlal eden yönetim kurulu üyeleri seçimi bakımı da önem taşıyan diğer bir örnektir. Bkz. Riemer, s.98.

¹⁷⁴⁴ Varılan bu sonucun, yedek akçe ayırma kararının iptal edilebilir nitelikte olduğu hallere ilişkin olduğunu vurgulamak gerekir. Eğer genel kurulun yedek akçe ayırmaya yönelik kararı butlan ile sakatsa, bu durumda butlanın tespiti talebi kural olarak süreye tabi olmadığı için, kâr dağıtım davası açılması bakımından da bir sınırlama söz konusu olmayacaktır.

¹⁷⁴⁵ Karahan, s.29.

bu durumda, borcu ifa etmek konusunda direnen borçluya karşı tekrar bir ifa davası açılması zorunluluğu doğacaktır¹⁷⁴⁶. Bu ise davacının davadan elde etmeyi umduğu hukuki korumaya ket vuracaktır. O nedenle de pay sahibi mahkemeden kâr dağıtım davasında, sadece kâr dağıtım kararına hükmetmesini değil, aynı zamanda kâr payı alacağını ifası yönünde bir talepte bulunmalıdır¹⁷⁴⁷.

III. Haklı Sebeple Fesih Davası Yoluyla Kâr Payı Hakkının Korunması

1. Genel Olarak Haklı Sebeple Fesih Davası

a. İlgili Düzenleme ve Amaç

2012 tarihinde yürürlüğe giren TTK'nın getirdiği en önemli yeniliklerden¹⁷⁴⁸ bir tanesi, TTK m.531'de düzenlenen anonim ortaklıklarda haklı sebeple fesih davasıdır¹⁷⁴⁹. Anonim ortaklığın feshi davasını düzenleyen TTK m.531 hükmü şu şekildedir: *“Haklı sebeplerin varlığında, sermayenin en az onda birini ve halka açık şirketlerde yirmide birini temsil eden payların sahipleri, şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinden şirketin feshine karar verilmesini isteyebilirler. Mahkeme, fesih yerine, davacı pay sahiplerine, paylarının karar tarihine en yakın tarihteki gerçek değerlerinin ödenip davacı pay sahiplerinin şirketten çıkarılmalarına veya duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer bir çözüme karar verebilir”*.

¹⁷⁴⁶ İrade beyanında bulunma borcu bir eda davasının konusu olsa da bu açıdan inşai davalara benzeyen bir durum ortaya çıkmaktadır. İnşai davalarda, mahkemenin hükmü sonucunda yeni bir hukuki durum ortaya çıksa da bu hukuki duruma uygun bir ifanın sağlanabilmesi için davacının ayrıca bir talepte bulunması gerekmektedir. Bkz. Postacıoğlu/Altay, s.263. İrade beyanında bulunma borçlarında da mahkemenin hükmü irade beyanın bulunma borcunun yerine geçse de irade beyanı sonucunda ortaya çıkan hukuki duruma uygun bir eda emri için yine dava açılması ihtiyacı da ortaya çıkacaktır. Bu açıdan irade beyanında bulunma borcuna ilişkin eda davası ile inşai dava arasında benzerlik ortaya çıkmaktadır.

¹⁷⁴⁷ İrade beyanında bulunma borçlarında, hukuki işlemin tesisinden sonra ayrıca hukuki işlemde doğan borcun ifasına yönelik hüküm kurulması hukuk sistemimize yabancı değildir. Yargıtay kararlarında, taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinde benzer bir uygulama önemli yer edinmiştir. Bkz. Örnek olarak bkz. HGK E.474 K. 1050 10.07.2013, 14.HD. E.1201 K.2856 16.03.2015. Bu şekilde, taşınmaz mülkiyetinin devralan geçişine de hükümerek ikinci kez dava açılması ihtiyacını ortadan kaldırmaktadır. Bkz. Başoğlu, s.92.

¹⁷⁴⁸ Anonim şirketin pay sahipleri tarafından haklı bir sebebe dayanılarak feshinin talep edilip edilemeyeceği, ETTK döneminde çeşitli tartışmalara sebep olmuştur. Ancak gerek Yargıtay kararlarında gerekse öğretinin çoğunluğunda pay sahiplerinin anonim şirketin feshi talebi ile bir dava açmasının mümkün olmadığı sonucuna varılmıştır. ETTK dönemindeki tartışmalar için bkz. Şahin, s.36 vd.

¹⁷⁴⁹ TTK m.531'de düzenlenen dava haklı sebeple fesih davası olarak ifade edilse de bu davanın sadece bir fesih davası olarak değerlendirilmesi isabetli değildir. TTK m.531 hükmü İBK m.736 f.4'te 1991 yılında yapılan değişikliği de dikkate alarak hâkimin fesih dışında başka bir çözüme de karar verebileceğini belirtmektedir. Bu nedenle bu dava niteliği itibarıyla “alternatif çözümleri de içeren bir fesih davası” olarak tanımlanabilir. Bkz. Tekinalp, **Fesih Davasında Usuli Sorunlar**, s.216. Ancak öğretisi ve yargı kararlarında haklı sebeple fesih davası olarak isimlendirildiği için bu çalışmada da haklı sebeple fesih davası ifadesinin kullanılması isabetli olacaktır.

Söz konusu maddenin mehzarı İBK m.736 f.4 hükmünün 1991 yılında değişmiş¹⁷⁵⁰ düzenlemesidir. İki hüküm arasındaki temel farklılık, haklı sebeple fesih davası kapsamında hâkimin hükmedebileceği alternatif çözümlerden biri olan davacının paylarının alınması kararının madde metninde açıkça belirtilmesidir¹⁷⁵¹.

Haklı sebeple fesih davasının kabul edilmesindeki en temel amaç, çoğunluk pay sahiplerinin yönetim konusundaki güçlerini azınlık pay sahiplerinin menfaatlerini ihlal edecek şekilde kullanmalarını engellemektir¹⁷⁵². Başka bir anlatımla, çoğunluk pay sahiplerinin bu konumlarını kullanarak, azınlık zararına olacak şekilde kendi çıkarlarına bir menfaat elde etmeleri halinde, şirketin haklı sebeple feshine karar verilmesi veya alternatif çözümlere hükmedilmesi riski ile karşılaşacaklarından, haklı sebep teşkil edecek eylem ve işlemlerden kaçınmaları arzu edilmektedir¹⁷⁵³.

Haklı sebeple fesih davası, hâkime istisnai olarak şirketin iç işleyişine müdahale etme yetkisi ve görevi tanımaktadır. Bu nedenle de bu dava, pay sahiplerinin haklarının korunmasına yönelik davaları ortadan kaldırmayan, ancak bu gibi davaların etkin bir koruma sağlamasının mümkün olmadığı veya pay sahiplerinden sürekli söz konusu münferit koruma yollarına başvurmalarının beklenemeyeceği hallerde başvurulacak bir hukuki yoldur. Bu açıdan haklı sebeple fesih davası, her türlü halde başvurulabilecek bir dava olmayıp pay sahipliği haklarını koruyan diğer davaların etkisiz kalacağı hallerde başvurulabilecek son çare olarak tanımlanır¹⁷⁵⁴. Hâkime şirketin işleyişine müdahale etme hakkı ve görevi verdiğinden, sadece

¹⁷⁵⁰ Haklı sebeple fesih davası İsviçre hukukuna girdiğinde, hâkimin başvurabileceği tek çözüm şirketin feshine karar vermektir. Ancak bu düzenleme menfaat dengesinin sağlanması bakımından hâkime esneklik tanımadığı için pay sahipleri açısından da etkin bir koruma sağlamakta yetersiz kalmıştır. 1991 yılında maddede değişikliğe gidilerek, hâkime fesih yerine başka bir çözüme karar verme yetkisi de tanınmıştır. Aynı zamanda dava açabilmek için gereken pay sahipliği oranları düşürülmüştür. İsviçre hukukunda kanunun geçirdiği değişiklik hakkında açıklama için bkz. Sanwald, Reto, **Austritt und Ausschluss aus AG und GmbH**, Dike Verlag, Zurich/St. Gallen, 2009, s.168, Kunz, Peter V., **“Zur Auflösungsklage gemäss Art. 736 Ziff. 4 OR- Garant für ein indirektes Austrittsrecht?”** Festschrift für Rolf Bär, Stämpfli Verlag, Bern, 1998, s.236.

¹⁷⁵¹ İki hüküm arasındaki bir diğer farklılık bu hakkın sermayenin onda biri yerine yirmide birinin halka açık anonim ortaklıklarda davanın açılması için yeterli olduğunun TTK m.531 hükmünde açık şekilde belirtilmesidir.

¹⁷⁵² Vogt, Hans-Ueli/ Enderli, Thomas, “Die Auflösung einer Aktiengesellschaft aus wichtigen Gründen und die Anordnung einer “anderen sachgemässen Lösung” (Art. 736 Ziff.4 OR)”, Recht Heft 6, 2010, s.241 (Erişim: https://www.rwi.uzh.ch/dam/jcr:00000000-4529-5db9-ffff-ffffc83f1916/Recht_6_Vogt.pdf, Erişim tarihi: 08.08.2018), Stäubli, **Basler Kommentar**, s.1582, Ayoğlu, **Haklı Nedenle Fesih**, s.221-222, Calderon/Geiser, **OFK**, s.492, Pulaşlı, **Şerh III**, s.2420.

¹⁷⁵³ Veziroğlu, Cem, **“Buy-Out of the Oppressed Minority’s Shares in Joint Stock Companies: A Comparative Analysis of Turkish, Swiss and English Law”**, European Business Organization Law Review (EBOR), 2018, s.3 (Erişim: <https://link.springer.com/article/10.1007/s40804-018-0103-9>, Erişim tarihi: 08.08.2018).

¹⁷⁵⁴ İsviçre hukukunda fesih davasının bu özelliğini belirtmek için ikincil nitelik (“subsidiarität”) ifadesi kullanılmaktadır. Örnek olarak bkz. Erdem, **Haklı Sebep**, s.211 vd., Ayoğlu, **Haklı Nedenle Fesih**, s.234 vd. Buradan hareketle Türk doktrininde de ikincil nitelik ifadesinin kullanıldığı görülmektedir. Ne var ki, *Şahin* “ikincil” kavramının bir hakkın başka bir hak ile olan bağlantısını tanımlarken, aralarında asıl-tali bağlantısı kurmak için kullanıldığını, halbuki haklı sebeple fesih davası ile diğer davalar arasında böyle bir ilişkinin

belirli bir eşiği aşmış ihlaller bakımından haklı sebeple fesih davasına başvurulması imkânı bulunmaktadır. Bu aşamaya gelmeyen hukuka aykırılıklar bakımından kanunda düzenlenen ilgili davaların, örneğin genel kurul kararının iptali davası, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu davası, açılması gerekmektedir¹⁷⁵⁵. Bununla birlikte, münferit olarak haklı sebep teşkil etmeyen hallerin, belirli bir süre tekrar etmesi veya birbirine eklenmesi sonucunda pay sahibinin anonim şirketin feshini talep etmeyi haklı kılabilceği unutulmamalıdır¹⁷⁵⁶.

b. Davacı Sıfatına İlişkin Özellikler

Haklı sebeple fesih davası, kanunda belirtilen orandaki pay sahiplerine tanınmış bir azınlık hakkıdır. TTK m.531 uyarınca kapalı anonim şirketlerde pay sahibinin dava açabilmesi için¹⁷⁵⁷ şirket sermayesinin %10'u oranında paya sahip bulunması gerekirken¹⁷⁵⁸, halka açık anonim ortaklıklar için bu oran %5'e düşürülmüştür¹⁷⁵⁹. Bu oran bir pay sahibi tarafından sağlanabileceği gibi, birden çok pay sahibi birlikte hareket ederek de bu davayı açabilirler¹⁷⁶⁰. Öğretide davacının sahip olması gereken pay oranının dava süresince korunması gerektiği belirtilmektedir. Buna göre, dava devam ederken söz konusu oranın altına düşülmesi halinde,

olmadığını belirtmektedir. Yazara göre, haklı sebeple fesih davasını münferit davalardan bağımsız olarak değerlendirmek gerektiğinden, bu ilkeyi "son çare" ilkesi olarak tanımlamak gerekmektedir. Bkz. Şahin, s.324. Kanaatimizce de bu ifade hem davanın ortaklıklar hukukundaki diğer davalar ile hem de fesih talebinin hâkim tarafından verilebilecek alternatif çözümlerle olan ilişkisini daha açık şekilde ortaya koymaktadır.

¹⁷⁵⁵ Birçok yazar yerine bkz. Habegger, s.118-119, Erdem, **Haklı Sebep**, s.116. Ancak söz konusu davanın davacı bakımından etkin bir koruma sağlayamayacak olması halinde, haklı sebeple fesih davası açılması yine söz konusu olabilir. Öğretide bu duruma örnek olarak, genel kurul kararına karşı açılan iptal davasının kabul edilmesi halinde, genel kurulun tekrar karar alması gereken bir durum söz konusu olacaksa, bu durumda etkin bir yoldan bahsedilemeyeceğinden, pay sahibinin genel kurul davasını açma hakkının bulunmasının haklı sebeple fesih davasının açılması bakımında da bir engel teşkil etmeyeceği belirtilmektedir. Habegger, s.121.

¹⁷⁵⁶ Çamoğlu, **Haklı Sebep**, s.7, Habegger, s.136-137.

¹⁷⁵⁷ Belirtmek gerekir ki, *Nomer Ertan*, söz konusu pay sahipliği şartının dava açılmadan önce haklı sebebin varlığı sırasında aranması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Nomer Ertan, **Haklı Sebep Fesih Üzerine**, s.424.

¹⁷⁵⁸ Belirtilen oranların özellikle büyük ölçekli şirketlerde pay sahiplerinin dava hakkını sınırladığı savunulmaktadır. Bkz. Kunz, **Auflösungsklage**, s.238. İsviçre öğretisinde davanın her pay sahibi tarafından açılabilir şekilde yeniden düzenlenmesi yönünde görüşler olduğu belirtilmektedir. Açıklama için bkz. Sanwald, s.252. Öte yandan Sanwald, bu yöndeki bir düzenlemenin etkisinin sınırlı olacağını, zira küçük orandaki pay sahiplerinin sadece kâr payı hakkına sahip olduklarını ve zaten yönetime katılamadıklarını belirtmektedir. Bu nedenle yazara göre, zaten kâr payı hakkı dışında ihlal edilebilecek bir menfaat bulunmayan pay sahiplerinin haklı sebeple fesih davası açmaları da sık karşılaşılabilecek bir durum olmayacaktır. Bkz. Sanwald, s.253.

¹⁷⁵⁹ Haklı sebeple fesih davasının sonuçları dikkate alındığında, HAAO'lar bakımından dava hakkının kapalı ortaklıklara göre daha düşük bir orana bağlanmış olmasının eleştiriye açık olduğu belirtilmektedir. Bkz. Görmez, s.142. Nitekim İBK m.736 f.4 düzenlemesinde halka açık anonim ortaklıklar bakımından ayrı bir düzenleme getirilmediğinden %10'luk eşik hem HAAO hem de kapalı anonim şirketler bakımından aranan bir şarttır. Öte yandan İsviçre hukukunda 2007 yılındaki değişiklik tasarısında şirket sermayesinin %5'ine veya itibari değeri bir milyon İsviçre Frankı olan pay sahiplerine de bu davayı açma hakkı tanınması önerisi yer almaktadır. Bkz. Görmez, s.138 dn.127.

¹⁷⁶⁰ Şahin, s.346, İlbasmış Hızlısoy, s.196, Hanağası, Emel, "Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshi Davasının Medeni Usul Hukuku Perspektifinden Değerlendirilmesi", *Batider*, C.32 S.1, 2016, s.213. Bu durumda davacılar arasında zorunlu dava arkadaşlığı olduğu yönünde bkz. Şahin, s.346, İlbasmış Hızlısoy, s.196, Hanağası, s.213.

davacıya eksikliğin giderilmesi için süre verilmesi ve bu eksiklik giderilmezse davanın reddedilmesi gerekir¹⁷⁶¹.

Pay sahiplerini koruyucu etkisi sebebiyle, azınlığın şirketin haklı sebeple feshini isteme hakkının genel kurul kararı yahut esas sözleşme ile sınırlandırılmayacağı veya daha ağır şartlara tabi kılınamayacağı konusunda öğretide görüş birliği bulunmaktadır¹⁷⁶². Bu bağlamda;

- dava açılması için kanunda belirtilenden daha yüksek oranda paya sahip olunması şartının¹⁷⁶³,
- bazı hallerin haklı sebep teşkil etmeyeceğine dair düzenlemelerin¹⁷⁶⁴,
- dava açılması öncesinde genel kuruldan görüş alınması gibi usuli yükümlülüklerin¹⁷⁶⁵ esas sözleşmede yer alsalar bile geçerli sayılmayacakları kabul edilmektedir.

Öte yandan kanunda haklı sebeple fesih davasını açabilmek için davacının sahip olması gereken pay miktarı şartının düşürülmesinin mümkün olup olmadığı konusunda öğretide farklı görüşler bulunmaktadır. Birinci görüşe göre madde metni “en az” %10 ifadesine yer verdiğinden bu oranın indirilmesi maddenin lafzı karşısında mümkün değildir¹⁷⁶⁶. Bu görüşü savunan yazarlara göre TTK m.411’de genel kurulu toplantıya çağırma yetkisi bakımından getirilen %10 oranının düşürülmesi olanağına dair bir hüküm bulunsa da bu hükmün kıyasen haklı sebeple fesih davasına uygulanması mümkün değildir. Zira genel kurulu toplantıya çağırma yetkisinden farklı olarak haklı sebeple fesih davası, sadece şirketin iç düzenine ilişkin olmayıp, tüm menfaat sahipleri bakımından da önemli sonuçlar doğuracaktır¹⁷⁶⁷. İlaveten TTK m.340 hükmünde yer alan emredici hükümler ilkesine göre, esas sözleşmede kanundan sapan bir hüküm getirilmesi için kanunun buna açıkça izin vermesi gerekmektedir. Halbuki TTK m.531’de haklı sebeple fesih davasının açılabilmesi için daha düşük bir oran belirlenmesine

¹⁷⁶¹ Örnek olarak bkz. İlbasmış Hızlısoy, s.198, Hanağası, s.215-216, Pulaşlı, **Şerh III**, s.2422-2423. Öte yandan *Yüksel*, dava sırasında şirketin sermaye artırımına gitmesi sebebiyle davacının pay sahipliği oranının gerekliliği eşiğin altına düşmesi halinde, bu durumun davanın görülmesine engel teşkil etmemesi gerektiğini savunmaktadır. Bkz. Yüksel, **Davalı Sıfatı**, s.868.

¹⁷⁶² Örnek olarak bkz. Habegger, s.49, Rayroux, **CR**, s.1363, İlbasmış Hızlısoy, s.42 vd., Erdem, **Haklı Sebep**, s.189.

¹⁷⁶³ Erdem, **Haklı Sebep**, s.171.

¹⁷⁶⁴ İlbasmış Hızlısoy, s.56 vd.

¹⁷⁶⁵ Habegger, s.52, İlbasmış Hızlısoy, s.57.

¹⁷⁶⁶ Nomer Ertan, **Haklı Sebep Fesih Üzerine**, s.424, İlbasmış Hızlısoy, s.49 vd., Aker, Halit, “**Anonim ve Limited Şirketlerde Ortaklık Sıfatının Sona Ermesi ve Özellikle Haklı Sebep Fesih Davasına İlişkin Bazı Değerlendirmeler**”, Batider, C.32 S.1, 2016, s.124.

¹⁷⁶⁷ İlbasmış Hızlısoy, s.43 vd.

açıkça izin verilmediğinden, esas sözleşmede bir düzenleme getirilemeyeceği de bu görüşe dayanak teşkil etmektedir¹⁷⁶⁸.

Bununla birlikte doktrinde kabul edilen diğer görüşe göre hükmün getiriliş amacı karşısında, kanundaki düzenleme esasen nispi emredici nitelikte sayılmalıdır¹⁷⁶⁹. O nedenle esas sözleşme hükmü ile haklı sebeple fesih davasının şartlarını hafifletmek mümkünse de daha ağır şartlar getirilmesi mümkün değildir. Bu görüş göre, haklı sebeple fesih davasının azınlık pay sahiplerini koruma amacı dikkate alındığında, söz konusu oranların indirilmesine imkân tanınmasının menfaat dengesine daha uygun olacağı ve bu yüzden şirket esas sözleşmesinde kanunda belirtilenden daha düşük bir oran kararlaştırılabileceği belirtilmektedir¹⁷⁷⁰. Nitekim madde gerekçesinde de esas sözleşmede daha düşük bir oran belirtilebileceğine açıkça yer verilmesi bu görüş bakımından bir dayanak teşkil etmektedir¹⁷⁷¹.

Kanaatimizce haklı sebeple fesih davası bakımından getirilen %10 ve %5’lik eşiklerin esas sözleşmede yer alacak bir hüküm ile düşürülmesine bir engel bulunmamaktadır. Öncelikle TTK m.531 hükmünün amacı pay sahiplerinin etkin bir şekilde korunmasıdır. Bu nedenle kanaatimizce hükmün getiriliş amacı dikkate alındığında, oranların düşürülmesine hükmün amacı bakımından bir engel bulunmamaktadır.

Maddenin lafzında yer alan “en az” ifadesi, kanaatimizce kanundaki düzenleme uyarınca hakkın kullanılması için sahip olunması gereken asgari pay oranını göstermeyi hedeflemektedir. Söz konusu hükümden yola çıkarak hakkın kullanılması için gereken pay oranının düşürülemeyeceği sonucuna varmak, kanaatimizce maddenin lafzından yola çıkarak kanun koyucunun hedeflemediği bir sınırlama getirmek anlamına gelmektedir. Nitekim madde gerekçesinde davayı açmak için gerekli olan pay oranının düşürülebileceğinin açık şekilde belirtilmesi, kanun koyucunun TTK m.531’deki “en az” ifadesine esas sözleşmede aksine hüküm bulunmayan hallere ilişkin olarak yer verdiği fikrini desteklemektedir.

Haklı sebeple fesih davası açabilmek için pay sahipliği oranının indirilmesine yazarlar, bu imkânın tanındığı genel kurulu toplantıya çağırma yetkisi ile haklı sebeple fesih davası açma yetkisinin etkilerinin farklılığına vurgu yapmaktadırlar. Gerçekten de şirketin iç işleyişine ilişkin bir hükümdeki düzenlemeyi genişleterek tüm menfaat sahipleri bakımından sonuçları

¹⁷⁶⁸ Karasu, Rauf, **Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi**, Yetkin Yayınları, 2. Bası Ankara 2015, s.53, İlbasım Hızlısoy, s.43, Pulaşlı, **Şerh I**, s.737-738.

¹⁷⁶⁹ Habegger, s.50.

¹⁷⁷⁰ Erdem, **Haklı Sebep**, s.168-169, Şahin, s.315, Ayoğlu, **Haklı Nedenle Fesih**, s.221, Calderon/Geiser, **OFK**, s.492, Habegger, s.50, Pulaşlı, **Şerh III**, s.2421.

¹⁷⁷¹ Bkz. Madde Gerekçesi m.531.

olacak bir başka davaya uygulamaya tereddütle yaklaşılması yerindedir. Öte yandan TTK sisteminde şirketin feshi tahtında pay sahiplerinin tercihinin üstünlük tanındığı söylenebilir. Şöyle ki, TTK m.529 1-c hükmü şirket esas sözleşmesinde kanunda yer almayan fesih halleri getirilmesine olanak tanımaktadır. Üstelik bu konuda kanun fesih sebepleri konusunda bir sınırlama getirmemiş ve pay sahiplerinin şirketin sona erme hallerini serbestçe belirlemesine olanak tanımıştır. O nedenle de şirketin feshinin diğer menfaat sahiplerinin de etkilemesinden hareketle esas sözleşmede bir düzenleme getirilemeyeceğini savunmak mümkün görünmemektedir. Üstelik buradan hareketle, kanaatimizce TTK m.340 hükmünün de TTK m.531’de şart koşulan sermaye oranlarının düşürülmesine engel teşkil etmeyeceği sonucuna varılabilir. Zira her ne kadar TTK m.531 hükmünde oranların değiştirilebileceğine ilişkin açık bir düzenleme bulunmasa da kanun koyucu şirket esas sözleşmesinde fesih sebeplerinin serbestçe düzenlenmesine olanak tanımıştır. Şirket esas sözleşmesinde fesih konusunda düzenleme getirilmesi mümkünse, “çoğun içinde az da vardır” mantığı uyarınca, mevcut bir fesih yolunun kolaylaştırılmasının da mümkün olması gerekecektir.

c. Haklı Sebep Kavramı

TTK m.531 kapsamında haklı sebeple fesih davası açılması için öncelikle “bir haklı sebebin” bulunması gerekmektedir. O nedenle bu bölümde haklı sebep kavramına kısaca değinmek yararlı olacaktır.

Ne TTK m.531 ne de mehz İBK m.736 f.4 hükümlerinde haklı sebep kavramı tanımlanmıştır¹⁷⁷². Haklı sebep kavramını tanımlamayan kanun, aynı zamanda haklı sebebe ilişkin örnekler vermekten de kaçınmıştır¹⁷⁷³. Zira bir işlem veya eylemin haklı sebep teşkil edip etmeyeceği somut olayın şartlarına göre hâkim tarafından değerlendirilecektir¹⁷⁷⁴. Bir olay bakımından haklı sebep teşkil eden haller, başka bir olay bakımından aynı etkiyi haiz olmayabileceğinden haklı sebep teşkil etmeyebilir. Bu durumu dikkate alan kanun koyucu, “mutlak haklı sebep” olarak algılanacağı endişesiyle haklı sebep örneği vermekten de imtina etmiştir¹⁷⁷⁵.

¹⁷⁷² İsviçre hukukunda da kanun koyucu benzer bir yol izlemiştir. Bkz. Stäubli, **Basler Kommentar**, s.1583. Kanuni bir tanım vermenin haklı sebep kavramının doğasına uygun düşmediği yönünde bkz. Şahin, s.107.

¹⁷⁷³ Çamoğlu, **Haklı Sebep**, s.6. Anonim ortaklık ilişkilerinin gösterdiği farklılıklar karşısında örneklendirmeden kaçınılmasının isabetli bir tercih olduğu yönünde bkz. Şahin, s.108-109.

¹⁷⁷⁴ Örnek olarak bkz. Rayroux, **CR**, s.1363-1364, Stäubli, **Basler Kommentar**, s.1584, Calderon/Geiser, **OFK**, s.493.

¹⁷⁷⁵ Çamoğlu, **Haklı Sebep**, s.8-9.

Söz konusu kanun boşluğu¹⁷⁷⁶ karşısında, öğretide anonim şirketlerin feshi bağlamında¹⁷⁷⁷ haklı sebep, “ortaklık sözleşmesinin akdedilmesi bakımından kişisel veya objektif esaslı koşulların artık geçerli olmamasından dolayı hedeflenen ortaklık amacının gerçekleştirilmesinin mümkün olmaması veya esaslı şekilde zorlaşması/tehlikeye düşmesi ve pay sahibinden ortaklık ilişkisinin devam ettirmesinin beklenemeyeceği” haller olarak tanımlanmaktadır¹⁷⁷⁸.

Hangi işlem ve eylemlerin haklı sebep teşkil edeceği konusunda kapsayıcı veya dışlayıcı bir liste vermek mümkün değildir. Ancak öğretide haklı sebepler; i) çoğunluğun gücünün kötüye kullanılması ve ii) ortaklığa ilişkin sebepler olarak ikiye ayrılmaktadır¹⁷⁷⁹. Bunun dışında bazı hallerde kişisel sebeplerin¹⁷⁸⁰ de haklı sebep teşkil edebilmesi sebebiyle¹⁷⁸¹, öğretide kişisel sebepler de üçüncü bir haklı sebep kategorisi olarak değerlendirilmektedir¹⁷⁸².

Anonim ortaklıklar bakımından haklı sebebin en yaygın görüntüsü, çoğunluk gücünün kötüye kullanılması halidir. Esasen anonim ortaklıklarda çoğunluk ilkesi geçerlidir. Buna bağlı olarak şirketin yönetiminde ve genel kurulda alacağı kararlarda çoğunluk pay sahipleri belirleyici konumda olacaklardır. Ancak çoğunluk konumundaki pay sahipleri, söz konusu

¹⁷⁷⁶ Bu düzenlemenin bir kanun için (*intra legem*) boşluk olduğu yönünde bkz. Sanwald, s.143.

¹⁷⁷⁷ Bilindiği üzere haklı sebep kavramı ortaklıklar hukukuna özgü olmayıp özel hukukun geniş bir alanına yayılmıştır. O nedenle anonim şirketin haklı sebeple feshine ilişkin çalışmalarda, özel hukukun farklı alanlarındaki haklı sebep kavramı arasındaki bağlantılar da incelenmiştir. Örnek için bkz. Erdem, **Haklı Sebep**, s.75 vd., Şahin, s.9 vd. Nitekim anonim ortaklıklardaki haklı sebeple fesih davasının da sürekli sözleşmelerin haklı sebeple feshine ilişkin genel kuralın özel bir görünümü olduğu belirtilmektedir. Bkz. Von der Crone, s.581.

Haklı sebep kavramının bu kapsamlı görünümüne rağmen, biz çalışmamızda haklı sebep kavramını sadece anonim ortaklıklar düzleminde ele aldığımız için bu tartışmalara değinmekte yarar görmüyoruz.

¹⁷⁷⁸ Sanwald, s.144. Elbette ki, haklı sebep kavramı için getirilen tek tanım bu değildir. Örneğin Şahin, haklı sebebi, “pay sahibinin hak veya menfaatlerini sürekli olarak ağır ve ciddi şekilde ihlal eden ve dürüstlük kuralı gereğince davacı pay sahibi yönünden ortaklığa devamı çekilmez kılan karar, işlem ve davranışlar” olarak tanımlanmıştır. Bkz. Şahin, s.109. Haklı sebeple fesih kavramı konusunda muhtelif tanımlar yapılabilirse de Sanwald’ın yaptığı tanımın haklı sebeplerin farklı görünimleri bakımından daha kapsayıcı olduğunu düşündüğümüz için ona öncelik vermeyi tercih ettik.

¹⁷⁷⁹ Bu şekilde bir sınıflandırma yapan yazarlar için örnek olarak bkz. Şahin, s.137 vd., Erdem, **Haklı Sebep**, s.111 vd.

¹⁷⁸⁰ Kişisel sebepler öğretide pay sahiplerinin şahsi durumlarından yahut pay sahipleri arasındaki şahsi ilişkilerden kaynaklanan olay ve olgular olarak tanımlanmaktadır. Bkz. Kaşak, Esra, “**Anonim Şirketlerin Haklı Sebeple Feshinde Şahsi Sebeplerin Değerlendirmeye Alınıp Alınmayacağı Hususunun Hâkimin Takdir Yetkisi Bakımından Değerlendirilmesi**”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XXIII, Y. 2019, Sa. 3, s.163. Öte yandan ortaklar arasındaki ilişkideki şiddet veya tehdit gibi hareketlerin ortaklık haklarının kullanılmasına engel olması sebebiyle kişisel sebep sayılamayacağı yönünde bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-II**, s.344.

¹⁷⁸¹ Kişisel sebeplerin hangi şartlarda haklı sebep teşkil edeceği konusundaki açıklamalar için bkz. Şahin, s.183 vd., Habegger, s.60 vd., Kaşak, s.179 vd. Kişisel sebeplerin haklı sebep teşkil etmemesi gerektiği yönündeki görüş için bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku-II**, s.344, Nomer Ertan, **Haklı Sebeple Fesih Üzerine**, s.426. Anonim şirketlerin sermaye şirketi olmasına rağmen bazı şirketler bakımından kişisel özelliklerinin de isitisnai olarak değerlendirilebileceği yönünde bkz. BGE 136 III 278 280 ff. Şahsi sebeplerin haklı sebep olarak kabul edilip edilmeyeceği konusundaki farklı görüşler ve yargı kararları hakkında bkz. Kaşak, s.164 vd.

¹⁷⁸² Sanwald, s.147 vd., Şahin, s.139 vd., Rayroux, **CR**, s.1364.

yönetim gücünü kullanırken şirket menfaatlerini ve azınlık pay sahiplerinin menfaatlerini tamamen göz ardı edemezler. Çoğunluk pay sahipleri mevcut konumlarını azınlık pay sahiplerini zarara uğratmak gibi şirket amacına yabancı olan hedefler için kullandıkları takdirde, çoğunluk gücünün kötüye kullanılması söz konusu olacaktır¹⁷⁸³. Bu açıdan çoğunluk gücünün kötüye kullanılmasının MK m.2’de yer alan dürüstlük kuralının şirketler hukukundaki görünümü olarak değerlendirilmesi mümkündür¹⁷⁸⁴.

Doktrinde ortaklığın menfaatlerine yönelik olmayan, nesnel ölçütlerle gerekliliği ortaya konulamayan, eşit işlem ilkesini ihlal eden veya hakların sakınılarak kullanılması ilkesine aykırılık taşıyan işlemlerin çoğunluk gücünün kötüye kullanıldığını¹⁷⁸⁵ işaret ettiği kabul edilmektedir¹⁷⁸⁶. İlaveten çoğunluğun söz konusu karar ve eylemlerden menfaat elde etmesi zorunlu olmamakla birlikte, çoğunluk gücünün kötüye kullanıldığını göstermek bakımından dikkate alınması gereken bir husustur¹⁷⁸⁷.

Anonim ortaklığın feshi bahsindeki bir diğer haklı sebep kategorisi ise “ortaklığa ilişkin” haklı sebeplerdir. Bu geniş başlık içerisinde şirket organlarının karar alamaması, şirketin kötü yönetilmesi, şirketin nihai amacı olan kâr edip ortaklara dağıtma amacının gerçekleşmesinin esaslı şekilde zorlaşması gibi haller gösterilmektedir¹⁷⁸⁸. Bu gibi ortaklık ilişkisinin etkin bir şekilde sürdürülemediği hallerde de çoğunluk gücünün kötüye kullanılması söz konusu olmasa bile, bir haklı sebebin var olduğu kabul edilmektedir¹⁷⁸⁹.

d. Alternatif Çözümler

Haklı sebeple fesih davası İsviçre hukukuna girdiğinde, hâkimin başvurabileceği tek çözüm şirketin feshine karar vermektir. Ancak bu düzenleme menfaatler dengesinin sağlanması bakımından hâkime esneklik tanımadığı için, 1991 yılında değişikliğe gidilerek, hâkime fesih

¹⁷⁸³ Erdem, **Haklı Sebep**, s.113.

¹⁷⁸⁴ Şahin, s.144.

¹⁷⁸⁵ İsviçre Federal Mahkemesi, haklı sebep teşkil eden olguların gerçekleşmesi gerektiğini, ileride bu olguların gerçekleşeceği endişesinin haklı sebep teşkil etmeyeceğini kabul etmiştir. Bkz. BGE 104 II 32 42ff.

¹⁷⁸⁶ Sanwald, s.151, Erdem, **Haklı Sebep**, s.114.

¹⁷⁸⁷ Şahin, s.151.

¹⁷⁸⁸ Şahin, s.211 vd.

¹⁷⁸⁹ Erdem, **Haklı Sebep**, s.146, Şahin, s.245 vd., İlbasmış Hızlısoy, s.153, Habegger, s.95 Sanwald, s.154. Sanwald, bu durumun bir haklı sebep teşkil edebilmesi için süreklilik arz etmesi dışında yapısal değişiklikler ile giderilememesinin de şart olduğunu belirtmektedir. Bkz. Sanwald, s.154.

yerine başka bir çözüme karar verme yetkisi ve görevi¹⁷⁹⁰ tanınmıştır¹⁷⁹¹. Zira anonim şirketin varlığını sürdürmesi, sadece davanın taraflarının menfaatlerine ilişkin olmayıp çalışanlar, tedarikçiler, davacı dışındaki pay sahipleri ve devlet gibi diğer menfaat sahipleri bakımından da etkilere sahiptir. O nedenle de kanun haklı sebeple dahi olsa, feshin son çare olacağı bir düzen getirmiştir¹⁷⁹².

TTK m.531 hâkimin “*duruma uygun düşen ve kabul edilebilir*” bir çözüme hükmedebileceğini belirtmektedir. Duruma uygun düşen ifadesi ile kastedilen somut olayda davacının haklarını korumaya elverişli bir çözüme hükmedilmesi gerekliliğidir¹⁷⁹³. Alternatif çözümün duruma uygun düşmesi için, haklı sebebi oluşturan olayları tam ve kesin olarak ortadan kaldırabilmesi gerekir¹⁷⁹⁴. Kabul edilebilir çözüm ise, tüm menfaat sahipleri¹⁷⁹⁵ arasındaki dengeyi sağlamaya elverişli, adil bir çözümü ifade etmektedir¹⁷⁹⁶. Elbette ki, alternatif çözümün her bir menfaat sahibi yönünden ayrı ayrı en ideal çözüm olması beklenemez, ancak en azından menfaatlerin asgari olarak korunması önem taşımaktadır¹⁷⁹⁷. Duruma uygun düşen ve kabul edilebilir çözümün ne olacağı, haklı sebebe yol açan şartlar ışığında hâkim tarafından değerlendirilecektir¹⁷⁹⁸.

Alternatif çözümlerin neler olabileceği konusunda kanunda bir sınırlama yer almamaktadır. TTK m.531 hükmü, mehaz İBK m.736 f.4 hükmünden farklı olarak alternatif çözümlerden bir tanesini açıkça göstermiştir. Ancak alternatif çözümler şüphesiz ki bu örnek ile sınırlı değildir. Öğretide haklı sebebi gidermek için hükmedilebilecek alternatif çözüm bakımından şirket esas

¹⁷⁹⁰ TTK m.531 “diğer bir çözüme karar verebilir” ifadesine yer vermektedir. Ancak bu konuda hâkime sadece bir yetki değil, aynı zamanda bir görev verildiği ve hâkimin fesih dışındaki çözümleri de değerlendirmesinin zorunlu olduğu belirtilmektedir. Bkz. Tekinalp, **Fesih Davasında Usuli Sorunlar**, s.213-214. İsviçre hukuku bakımından aynı görüş için bkz. Kunz, **Auflösungsklage**, s.239, Vogt, Hans-Ueli/Enderli, Thomas, “**Die Auflösung einer Aktiengesellschaft aus wichtigen Gründen und die Anordnung einer “anderen sachgemässen Lösung”** (Art. 736 Ziff.4 OR)”, Recht Heft 6, 2010, Erişim: https://www.rwi.uzh.ch/dam/jcr:00000000-4529-5db9-ffff-ffffc83f1916/Recht_6_Vogt.pdf, Erişim tarihi: 08.08.2018, s.246.

¹⁷⁹¹ Sanwald, s.168.

¹⁷⁹² Feshin son çare olduğu birçok yazar tarafından belirtilmektedir. Örnek için bkz. Sanwald, s.168, Vogt/Enderli, s.239, Böckli, **Aktienrecht**, s.2332.

¹⁷⁹³ Erdem, **Haklı Sebep**, s.238, Şahin, s.504.

¹⁷⁹⁴ Höhn, Jakob, “**Andere sachgemässe und den Beteiligten zumuthbare Lösungen im Sinne von Art. 736 Ziff. 4 OR**”, Neues zum Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht- Festschrift zum 50. Geburtstag von Peter Forstmoser, Schultess, Zurich, 1993 s.117.

¹⁷⁹⁵ Birçok yazar yerine bkz. Böckli, **Aktienrecht**, s.2332. Alternatif çözüme hükmedilirken sadece davanın taraflarının değil, tüm menfaat sahiplerinin menfaatlerinin dikkate alınacağı hususu TTK m.531 hükmünde yer almamaktadır. Halbuki mehaz İBK m.736 f.4 hükmü, alternatif çözüm tüm ilgililere (“Beteiligten”- “intéressés”) ifadesine yer vermektedir. Hükmün “taraflardan” değil de ilgililerden bahsetmesi sebebiyle, alternatif çözüme tüm menfaat sahiplerinin durumunu dikkate alarak karar verilmesi gerektiği sonucuna varılmaktadır. Bkz. Höhn, s.116, Habegger, s.167.

¹⁷⁹⁶ Erdem, **Haklı Sebep**, s.240, Şahin, s.505.

¹⁷⁹⁷ Habegger, s.168.

¹⁷⁹⁸ Höhn, s.116.

sözleşmesinin değiştirilmesi, mahkemenin genel kurul yerine geçerek kâr dağıtım kararı vermesi, şirketin bölünmesine karar verilmesi veya yönetim kuruluna davacı pay sahiplerinden birinin atanması gibi kararlar örnek gösterilmektedir¹⁷⁹⁹. Her ne kadar hâkimin hükmedebileceği alternatif çözüm bakımından geniş bir takdir yetkisi bulunsa da baskın görüşe göre, TTK m.531’de belirtilen davanın şirket tüzel kişiliğine karşı açılabilceğinden, alternatif çözümün de sadece şirkete yönelik olacağı belirtilmektedir. Bu görüş uyarınca davacının şirketin hâkim pay sahibinin paylarını devralması şeklinde, şirket tüzel kişiliğine değil de hakim pay sahibine yönelik bir alternatif çözüm mümkün olmayacaktır¹⁸⁰⁰.

TTK m.531 hükmünde hâkimin feshe veya başka bir çözüme karar verebilmesi beraberinde muhtelif sorular getirmektedir. Bu sorulardan ilki, davacının talebinin feshe yönelik olmasının zorunlu olup olmadığı noktasındadır. Diğer bir ifade ile davacı, fesih talebini “pas geçerek” doğrudan alternatif bir çözüme hükmedilmesini isteyebilir mi? Türk öğretisinde kabul edilen görüş maddenin lafzı karşısında, davacının sadece alternatif çözümleri talep etmesinin mümkün olmadığı, talebinin mutlaka feshi de içermesi gerektiği yönündedir¹⁸⁰¹.

İkinci olarak sorulması gereken soru, davacının dava dilekçesinde alternatif çözümleri göstermesinin zorunlu olup olmadığıdır. Öğretide kabul edildiği üzere bu durumda davacının hükmedilecek alternatif çözümü göstermesi zorunluluğu bulunmamaktadır. Hâkim somut olayda fesih dışı bir çözümün menfaatler dengesine daha uygun olduğunu tespit ettiği takdirde, davacının talebi olsun veya olmasın alternatif çözüme karar verebilecektir¹⁸⁰². Bu açıdan TTK

¹⁷⁹⁹ Rayroux, CR, s.1365-1366, Stäubli, **Basler Kommentar**, s.1585, Şahin s.390 vd., Erdem, **Haklı Sebep**, s.241 vd. TTK maddede gerekçesi, İsviçre öğretisine atıf yaparak, mahkemenin kâr dağıtım zorunluluğunu karara bağlaması, uygun bir yeni pay sahibinin şirkete alınması veya şirketi sağlığa kavuşturabilecek kısmî tasfiyeye hükmetmesi örneklerine yer vermektedir.

¹⁸⁰⁰ Örnek olarak bkz. Tekinalp, **Fesih Davasında Usuli Sorunlar**, s.215, Hanağası, s.222-223. Davalı sıfatının usul hukuku ilkeleri açısından kapsamlı bir değerlendirmesi için bkz. Yiğit, Begüm, “**Anonim Şirketin Haklı Nedenle Feshi Davasında Davalı Sıfatının Belirlenmesi**”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2019/1, s.584 vd. Davanın şirket tüzel kişiliğine ilaveten hakim pay sahibine karşı da açılabilceği ve bu durumda alternatif çözümün hakim pay sahibine yükümlülük yüklemesinin mümkün olduğu yönünde bkz. Yüksel, **Davalı Sıfatı**, s.874 vd.

¹⁸⁰¹ Şahin, s.496, Ayoğlu, **Haklı Nedenle Fesih**, s.239, Hanağası, s.242-243, Aker, s.126, Yiğit, s.593. İsviçre hukukunda bu yönde bkz. Höhn, s.119-120. Öte yandan İsviçre’de davacının fesih talebinde bulunmadan doğrudan alternatif çözümü talep edebileceğini savunan görüşler bulunmaktadır. Bkz. Sanwald, s.169, Kunz, **Auflösungsklage**, s.240, Vogt/Enderli, s.247. Bu görüş kanaatimizce İsviçre hukuku bakımından tutarlıdır. Aşağıda daha kapsamlı olarak açıklanacağı üzere İsviçre hukukunda haklı sebep kavramı hükmedilecek çözümden bağımsız olarak değerlendirilmemektedir. Bu durumda şirketin feshi için haklı sebep bulunmadan davacının alternatif çözümlere hükmedilmesi talebiyle “fesih davası” açması mümkün olacaktır. Bu durumda davacının fesih talebinde bulunmasını zorunlu kılmak, davacıyı şartları gerçekleşmemiş ve belki de istemediği bir talepte bulunmaya zorlamak anlamına gelecektir. Gerekçe için bkz. Vogt/Enderli, s.247. Bu görüşün Türk hukuku bakımından da kabul edileceği yönünde bkz. İlbasım Hızlısoy, s.225.

¹⁸⁰² Şahin, s.492, Tekinalp, **Fesih Davasında Usuli Sorunlar**, s.217, Handschin, Lukas, “**Auflösung der Aktiengesellschaft aus wichtigen Gründen und andere sachgemässe Lösungen**”, SZW/RSDA 1/93, 1993, s.44.

m.531 hükmünün usul hukukundaki taleple bağlılık ilkesinin kanuni bir istisnası¹⁸⁰³ olduğu belirtilmektedir¹⁸⁰⁴.

Son olarak sorulması gereken soru ise davacının hâkim tarafından hükmedilebilecek alternatif çözümler için bir sınırlama getirmesinin mümkün olup olmadığıdır. Örneğin davacı şirketin feshini ve bu talep kabul edilmezse şirketin kâr dağıtımında bulunmasını talep ettiği takdirde, hâkim her iki talebi de reddederek bir başka çözüme hükmedebilecektir midir? Davacının kendi menfaatlerini koruyan alternatif çözümü dava dilekçesinde belirtebileceği konusunda bir tereddüt yoktur¹⁸⁰⁵. Ancak bu durumda dahi hâkimin davacının belirttiği alternatif çözümler ile sınırlı olmadığı ve uygun gördüğü başka bir çözüme hükmedebileceği kabul edilmektedir¹⁸⁰⁶.

e. Haklı Sebep ile Alternatif Çözüm Arasındaki İlişki

Bu noktada haklı sebebin varlığı için aranacak eşik ile hâkimin alternatif çözüme hükmedebilmesi arasındaki bağlantıyı da ele almak gerekmektedir. Öğretide yapılan haklı sebep kavramı tanımlanırken pay sahipleri açısından mevcut olan menfaat ihlallerinin “*şirketin feshini haklı kılacak*” veya “*ortaklığın devamını çekilmez kılacak*” seviyede olması unsurlarına yer verilmektedir¹⁸⁰⁷. İBK m.736 f.4 hükmü, 1991 yılında yapılan değişikliği öncesinde haklı sebebin varlığı halinde fesih dışında başka bir çözüme imkân vermediğinden, bu tarihe kadar haklı sebebin varlığı için “feshi meşrulaştıracak” kadar ağır bir ihlal eşiğinin belirlenmesi de doğaldır. Ancak 1991 yılında kanunda yapılan değişiklik ile hâkime alternatif çözümlere hükmetme yetkisi de tanınmış ve TTK m.531 düzenlemesi de bu yetkiyi Türk hukukuna da aktarmıştır. Bu noktada ortaya çıkan soru şudur: Acaba TTK m.531 kapsamında “haklı sebeplerin” şirketin feshini kılacak derecede olması zorunlu mudur; yoksa şirketin feshini haklı kılmaya yetmeyecek olmakla birlikte, hâkimin şirketin işleyişine müdahale ederek alternatif bir

¹⁸⁰³ Bununla birlikte *Handschin*, hükmün istisna olarak değerlendirilmesinin çok da isabetli olmadığını aktarmaktadır. Zira borçlar hukukunda hâkimin tazminatın miktarını ve şeklini belirleme yetkisi vardır. Yazara göre, alternatif çözüme hükmetme yetkisi tazminatın şeklini belirleme yetkisinin özel bir görünümüdür. *Handschin, Auflösung*, s.44.

¹⁸⁰⁴ Hanağası, s.202, Şahin, s.492-493, Ayoğlu, *Haklı Nedenle Fesih*, s.237. Bu durum davalının savunma yapma hakkını da sınırlayıcı bir etkiye sahip olabilir. Bkz. Vogt/Enderli, s.247.

¹⁸⁰⁵ Şahin, s.497, Nomer Ertan, *Haklı Sebeple Fesih Üzerine*, s.435, Tekinalp, *Fesih Davasında Usuli Sorunlar*, s.217.

¹⁸⁰⁶ Şahin, s.492, Nomer Ertan, *Haklı Sebeple Fesih Üzerine*, s.435, Yiğit, s.599, Rayroux, *CR*, s.1365, Kunz, *Auflösungsklage*, s.239. Öte yandan bu durumun davacı açısından hukuki öngörülebilirliği azalttığı, davacıya kabul edeceği alternatif çözümler ile ilgili bir sınırlama getirme imkânı tanınmasının yerinde olacağı görüşü de savunulmaktadır. Bkz. Şahin, s.498, Nomer Ertan, *Haklı Sebeple Fesih Üzerine*, s.432, Veziroğlu, s.6. Nitekim *Ayoğlu*, bu nedenle haklı sebeple fesih davasının davacılar için bir “rus ruleti” durumu teşkil edeceğini belirterek, benzer bir görüşü ifade etmektedir. Bkz. Ayoğlu, *Haklı Nedenle Fesih*, s.237.

¹⁸⁰⁷ Örnek olarak bkz. Şahin, s.109, Nomer Ertan, *Haklı Sebeple Fesih Üzerine*, s.435.

çözüme hükmetmesini haklı kılacak seviyedeki nedenler bu madde kapsamında haklı sebep olarak görülecek midir? Diğer bir ifade ile davayı inceleyen hâkim, somut olaydaki vakıaların şirketin feshini meşru kılmadığını, ancak şirketin işleyişine müdahale edilmesini gerekli kıldığını gördüğü takdirde, TTK m.531 uyarınca bu çözüme hükmedebilecek midir?

İlk bakışta oldukça kuramsal gibi görünen bu tartışma, uygulamada haklı sebebin varlığının tespiti bakımından önem taşımaktadır. Sorunun önemi çalışmamızın konusu olan anonim şirketin kâr dağıtımından haksız yere imtina etmesi ihtimalinde daha da belirgin hale gelmektedir. Zira bir anonim şirkette çoğunluğun azınlığı kâr payından mahrum ettiğinden bahsedebilmek için, öncelikle bu şirketin otofinansmanını sağlayacak ve piyasa risklerine karşı kendisini güvence altına alacak ölçüde kâr elde etmesi gerekmektedir. Bu ise ancak ticari olarak başarılı bir şirketin varlığı halinde söz konusu olacaktır. Öte yandan, şirketin ticari başarısının artması karşısında, bu şirketin feshedilmesine karar vermek de aynı derecede zorlaşacaktır; çünkü ticari anlamda başarılı şirketin sürdürülmesinde tüm ilgililerin menfaati vardır. O nedenle de haklı sebebin hükmedilecek çözümünden (fesih veya alternatif çözüm) bağımsız olarak feshi haklı kılmasının gerekip gerekmediği, ticari olarak başarılı olduğu halde kâr dağıtmayan şirketlerde TTK m.531 hükmünün uygulanıp uygulanmayacağı sorusunun yanıtı bakımından belirleyici olacaktır.

Türk hukukunda önemli destek bulan görüşe göre, TTK m.531 uyarınca haklı sebebin kabulü için, haklı sebebin hükmedilecek alternatif çözümünden bağımsız olarak şirketin feshini haklı kılacak seviyede olması gerekmektedir¹⁸⁰⁸. Bu nedenle hâkim, somut olaydaki şartların şirketin feshini haklı kılmadığına kanaat getirirse, menfaat çatışmasını çözecek alternatif çözümlere de hükmedemeyecektir. Sabit haklı sebep kuramı olarak ifade edebileceğimiz bu görüşün bir sonucu olarak, TTK m.531 hükmünün uygulanması için aranan şartlar (haklı sebebin varlığı) ile hükmün sonuçları (fesih veya alternatif çözümler) birbirinden bağımsız olarak değerlendirilecektir¹⁸⁰⁹.

Doktrindeki diğer bir görüşe göre ise 1991 yılında alternatif çözümlerin İBK m.736 f.4 hükmüne girmesi ile birlikte, haklı sebep kavramının da farklı bir şekilde yorumlanması zorunluluğu doğmuştur. Maddenin son hali karşısında haklı sebep kavramını, hâkimin şirketin işleyişine müdahale ederek hükmedeceği alternatif çözümü haklı kılan bir hal olarak anlamak

¹⁸⁰⁸ Bu görüşteki yazarlara örnek olarak bkz. Şahin, s.125, Çamoğlu, **Haklı Sebep**, s.9-10, Aker, s.111. Veziroğlu, s.3-4. İsviçre öğretisi bakımından bkz. Von der Crone, s.583.

¹⁸⁰⁹ Bu görüş uyarınca haklı sebebin ağırlığını vurgulamak için haklı sebebin varlığı halinde şirketin var olma hakkını kaybetmiş olması gerektiği belirtilmektedir. Von der Crone, s.583. Kanaatimizce söz konusu ifade, haklı sebebin şirketin feshini haklı gösterecek seviyede olması şartını çarpıcı şekilde ifade etmektedir.

gerekmektedir. Bu görüş uyarınca sabit bir haklı sebep eşiğinden bahsetmek mümkün değildir. Hâkim haklı sebebi tespit ederken hükmedeceği alternatif çözümü de dikkate alacak ve somut olaydaki şartlar şirketin feshedilmesini haklı kılmaya bile, hâkimin müdahalesini haklı kılacak nitelikte ise alternatif çözüme hükmedecektir. Haklı sebebin kabulü için aşılması gereken eşiğin hükmedilecek çözüme göre değişkenlik gösterdiği bu görüş, İsviçre hukukunda tespit edebildiğimiz kadarıyla baskın görüş konumundadır¹⁸¹⁰. Türk hukukunda da bu görüşü savunan yazarlar bulunmaktadır¹⁸¹¹.

Kanaatimizce sabit haklı sebep-değişken haklı sebep¹⁸¹² tartışmasında, sabit bir haklı sebep eşiği tespit etmek yerine, hükmedilebilecek alternatif çözümü de dikkate alarak haklı sebep eşiğinin tespit edilmesi (değişken haklı sebep kuramı), maddenin amacına daha uygun bir çözüm olacaktır. Hemen belirtmek gerekir ki, sabit haklı sebep eşiğini kabul eden görüş, kuramsal açıdan daha tutarlı görünmektedir. Zira bu şekilde hükmün şartları ile sonuçları arasında net bir ayırım yapılması mümkündür. Halbuki, değişken haklı sebep eşiği kabul edildiği takdirde, TTK m.531 hükmünün şartları, hükmün sonuçlarına göre değişiklik gösterecektir. Öte yandan kanaatimizce İBK m.736 f.4 hükmünün geçirdiği değişim süreci ve TTK m.531 hükmünün *ratio legis*'i farklı bir değerlendirme yapmayı gerektirmektedir.

Öncelikle, sabit bir haklı sebep eşiğinin belirlenmesi, bazı durumlarda çoğunluk gücünün kötüye kullanılmasına karşı azınlık pay sahiplerini korumasız bırakmaktadır. Özellikle şirketin işletme düzeyinde başarılı olduğu ve yüksek kâr elde ettiği durumlarda, şirketin feshedilmesini haklı kılacak ölçüde bir haklı sebebin bulunduğunu kabul etmek her zaman kolay olmayacaktır. Konuyu bir örnekle açıklamak gerekirse şu soruyu sorabiliriz: Çok iyi bir iş modeli veya münhasırlık veren fikri mülkiyet hakları sebebiyle yüksek derecede kâr elde eden, tedarikçilerine ve alacaklılarına ödemelerini düzenli olarak gerçekleştiren ve çok sayıda işçi çalıştırarak toplumsal değer yaratan bir şirketin haklı bir sebep bulunmamasına rağmen üç yıl boyunca ortaklarına kâr dağıtmaması, bu şirketin feshini ve başarılı iş modelinin tasfiyesini haklı kılacak mıdır?

¹⁸¹⁰ Sanwald, s.253, Kunz, **Auflösungsklage**, s.239, Vogt/Enderli, s.244, Handschin, **Auflösung**, s.44, Habegger, s.57.

¹⁸¹¹ Erdem, **Haklı Sebep**, s.108 ve tekrar s.208, Tekinalp, **Fesih Davasında Usuli Sorunlar**, s.218, İlbasmış Hızlısoy, s.80.

¹⁸¹² Tespit edebildiğimiz kadarı ile öğretideki görüşler bakımından herhangi bir isimlendirme yapılmamıştır. Haklı sebeple alternatif çözümler arasındaki etkileşime ilişkin görüşleri isimlendirmenin konunun tartışılması açısından kolaylık sağlayacağı kanaatindeyiz. O nedenle de doktrindeki görüşleri sabit haklı sebep ve değişken haklı sebep kuramları olarak isimlendirmeyi tercih ettik.

Kanaatimizce belirttiğimiz ihtimalde soruya olumlu yanıt vermek pek kolay olmayacaktır. Hâkim, davacıların üç yıl boyunca kâr dağıtılmamasına katlanmalarının beklenemeyeceğine kanaat getirirse bile, bu durumun şirketin feshini ve buna bağlı olarak tasfiye sürecine girmesini haklı kılmayacağı sonucuna varabilir. Zira olayda pay sahiplerinin kâr payı haklarının ihlal edildiği açık olsa da bu ihlalin iyi işleyen, kârlı ve verimli bir şirketin tasfiye edilmesinin yaratacağı ağır sonuçları göğüslemeyi meşrulaştırdığı şüphelidir¹⁸¹³. Bu nedenle de eğer haklı sebebin feshi haklı kılacak ölçüde olması aranırsa, iyi bir işletme modeline veya yüksek kârlılık oranına sahip olan ortaklıklarda haklı sebebin var olduğunu kabul etmek ve buna bağlı olarak menfaatleri ihlal edilen pay sahiplerini korumak zor olacaktır.

Sabit haklı sebep kavramının azınlık pay sahiplerinin korumasını azaltması, kâr payı hakkının ihlalinde daha da özellikli hale gelmektedir. Zira bir şirketin kârlılık oranı yüksek olduğunda, bir yandan bu şirketlerin feshini meşrulaştırmak zorlaşırken bir yandan da azınlık pay sahiplerinin mahrum bırakıldıkları kâr payı miktarı da artmış olmaktadır. Yani şirketin kârlılığının artması hem menfaat ihlalinin artıracak hem de bu ihlalin giderilmesi için getirilen hukuki yola başvuruyu zorlaştıracaktır. Bu durumda şirketin ticari başarısı ve kârlılığı, pay sahipliği haklarını ihlal eden şirketler için haklı sebeple fesih davasına karşı bir “kalkan” oluşturacaktır. Sonuç olaraksa ticari olarak başarılı şirketlerde pay sahiplerinin haklarını korumak için başvurulabilecek haklı sebeple fesih davası imkânı fiilen kaldırılmış olacaktır¹⁸¹⁴. Bu yorumun yargı kararlarına yansımaları halinde, haklı sebeple fesih davasının çoğunluk pay sahiplerini caydırıcı etkisi, en azından ticari olarak başarılı şirketler bakımından ortadan kalkmış olacaktır. O nedenle de eğer sabit haklı sebep kuramı kabul edilirse, bu durumda haklı sebeple fesih davası belki de en sık verilen haklı sebep örneği olan “çoğunluk pay sahiplerinin haksız yere kâr dağıtımından imtina etmesi” hali bakımından uygulanma kabiliyetini kaybedecektir.

Nitekim İBK’nın zaman içerisinde geçirdiği değişiklik süreci de bu belirttiğimiz endişeyi teyit etmektedir. 1991 yılında İsviçre hukukunda alternatif çözüme hükmetme yetkisi tanınırken, şirketin feshinin ağır sonuçları nedeniyle hâkimin böyle bir karar vermekten imtina

¹⁸¹³ Nitekim doktrinde bu durumda şirket başarılı şekilde yönetildiği için pay sahiplerinin malvarlığı haklarının zarar görmediği yönünde görüşler ileri sürülmüştür. Bkz. Vogt/Enderli, s.240.

¹⁸¹⁴ Nitekim İsviçre hukukunda büyük şirketlerin feshinin çok istisnai olarak gerçekleşebileceği belirtilmektedir. Bkz. Von der Crone, s.586-587. Nitekim İsviçre hukukunda 1991 yılında yapılan değişiklikle alternatif çözümlere hükmedilmesi imkânı tanınmadan, haklı sebeple fesih davasının atıl bir yöntem olduğu; zira şirketin feshini haklı kılmasını beklemenin yüksek bir eşik olduğu belirtilmekteydi. Bkz. Handschin, *Auflösung*, s.43. Eğer İsviçre hukukundan farklı olarak sabit haklı sebep kuramı kabul edilirse bu durumda büyük şirketlerde çoğunluk gücünün kötüye kullanılması hallerine karşı hukuki koruma sağlanması da istisnai bir konuma gerileyecektir.

ettiği belirtilmektedir¹⁸¹⁵. Bu durum göstermektedir ki, anonim şirketin feshini meşrulaştıracak bir haklı sebep eşliğinin mahkeme tarafından kabul edilmesi nadiren söz konusu olacaktır. O nedenle İsviçre hukukunda feshe göre daha hafif sonuçları olacak alternatif çözümlere izin verilmesi suretiyle menfaat dengesinin sağlanması hedeflenmiştir. Türk hukukunda kanun koyucu da aynı hükmü benimsemiş, hatta menfaat dengesini sağlayacak çözümlere örnek de vermiştir. Eğer haklı sebebin varlığı için şirketin feshini haklı kılacak derecede ağır şartların varlığı aranacak olursa, İsviçre hukukunda 1991 yılında yapılan değişiklik fiilen etkisiz kılınmış olacaktır.

Son olarak, sabit bir haklı sebep kuramının kuramsal tutarlılığını kabul etmekle birlikte, muhakeme sürecinin gerçeklerini belirli ölçüde göz ardı ettiği kanaatindeyiz. Sabit haklı sebep kuramı, maddenin şartları ile sonuçlar arasında belirgin bir ayrım getirmektedir. Bu duruma göre hâkim, önce davanın şartlarının varlığını inceleyecek, bu soruya olumlu yanıt verirse de davanın sonucunda feshe veya alternatif bir çözüme hükmedecektir. Başka bir ifade ile aynı davanın içinde davanın şartları ve sonuçları için iki ayrı muhakeme süreci yürütülecektir. Halbuki yargılama sırasında hâkimin böyle bu zihinsel ayrım yapması makul bir öngörü değildir. Hâkim işin doğası gereği davayı incelerken hem taraflar arasındaki ihtilafın kaynağını hem de çözümü eşzamanlı olarak ve birlikte görecektir, dolayısıyla da söz konusu iki muhakemeyi birlikte yürütecektir.

Diğer bir anlatımla, yargılamayı yürüten ve dosyayı inceleyen hâkim, herkes için kabul edilebilir ve işin doğasına uygun bir alternatif çözüm yolunun varlığına ve bu yolla davacının menfaatlerinin korunacağını tespit ettiği takdirde, artık daha da ileri giderek aynı vakıaların hükmetmeyi zaten düşünmediği feshi de haklı kılıp kılmayacağı konusunda farazi bir değerlendirme yapmayacaktır. Örneğin kâr dağıtımını yapmayan şirkette TTK m.531 kapsamında kâr payının dağıtılması kararının davacının menfaatlerini koruyacağını fark eden bir hâkim, artık bu şirketi feshetmenin gerekip gerekmediği konusunda objektif bir değerlendirme yapma ihtiyacı hissetmeyecektir, zira zaten fesih yerine alternatif olarak vereceği kâr dağıtım kararı menfaatler dengesinin sağlanması bakımından somut olaya uygun ve kabul edilebilir bir çözüm teşkil etmektedir.

Bu durumda da fiili durumda hâkim, önce alternatif çözüme karar verecek, sonra alternatif çözümü uygulayabilmek için aslında şirketin feshine dahi hükmedilebilecek derece ağır bir ihlal olduğunu gerekçelendirmeye çalışacak, ardından da neden feshe değil de alternatif çözüme

¹⁸¹⁵ Sanwald, s.168.

hükmettiğini gerekçelendirecektir. Somut olay adaletini sağlamak isteyen hâkimin işini bu derece zorlaştırmamak adına, haklı sebep kuramının hâkimin uygun göreceği alternatif çözüm ile oranlı olmasını beklemek kanaatimizce hayatın gerçeklerine daha uygun düşecektir.

Sonuç olarak, kanaatimizce haklı sebep değerlendirilmesi yapılırken, haklı sebebin varlığına kanaat getirmek için haklı sebebin şirketin feshini gerektirecek ölçüde olması zorunlu değildir¹⁸¹⁶. Şüphesiz ki, ortaya çıkan durumda şirketin feshini haklı kılan gerekçeler de olabilir ve hâkim bu durumda şirketin feshine de karar verebilme yetkisini haizdir. Ancak hâkim, şirketin feshini gerektirecek ölçüde bir haklı sebebin bulunmadığı sonucuna varsa bile, mevcut duruma katlanmanın davacı pay sahipleri tarafından çekilmez olduğuna kanaat getirdiği takdirde, ortaklık ilişkisine ve şirketin işleyişine müdahale için haklı bir sebebin var olduğu kabul etmelidir. Bu durumda da hâkim, fesih yerine olaya uygun düşen bir alternatif çözüme hükmedebilecektir. Bu sayede makul bir ticari gerekçe olmaksızın kâr dağıtımından imtina eden, ancak ticari olarak başarılı olduğu için katma değer yaratan ve yüksek kârlılık sağlayan başarılı bir şirket olması halinde dahi, hâkim haklı sebebin varlığına hükmedebilecektir.

2. Kâr Payı Hakkından Mahrumiyetin Haklı Sebep Teşkil Etmesi

a. Kâr Payı Hakkı ve Haklı Sebep İlişkisi

Anonim şirkete sermaye getiren pay sahibinin temel beklentisinin mali menfaat elde etmek olduğunu ve kâr payı dağıtımının da bu açıdan özel bir önem taşıdığına değinmiştik¹⁸¹⁷. Bu bağlamda anonim şirketin kâr dağıtımını yapacağı beklentisi, ortaklık ilişkisinin temelinde yer alan sebeplerden biridir¹⁸¹⁸. O nedenle de kâr payı hakkını esaslı ve sürekli olarak tehdit eden koşullar pay sahipleri bakımından ortaklık ilişkisinin devamını çekilmez hale getirebilir ve şirketin feshi için haklı sebep teşkil edebilir.

Kâr payı hakkının ihlal edilmesinin bir haklı sebebe yol açması iki ana başlık altında değerlendirilebilir. İlk olarak şirketin kâr elde edememesi sonucunda dağıtılabilecek bir kâr olmaması halinde pay sahipleri bakımından katlanılamaz bir durum ortaya çıkabilir. İkinci ihtimalde ise şirket kâr elde etmiş olmakla birlikte, çoğunluğun kâr dağıtımından imtina etmek

¹⁸¹⁶ Böyle bir yorum karşısında anonim ortaklığın feshi için haklı sebep kavramının da tekrar yorumlanması ve haklı sebep kavramının fesih de dahil olmak üzere hâkim tarafından verilebilecek farklı kararları dikkate alarak tanımlanması gerektiği kanaatimizce haklı olarak doktrinde savunulmaktadır. Bkz. Erdem, **Haklı Sebep**, s.105-106.

¹⁸¹⁷ Bkz. Birinci Bölüm-II-A-Mali Menfaat Elde Etme Hakkı.

¹⁸¹⁸ Kendigelen, **İntifa Hakkı**, s.123, Schüppen, s.571, Birsell, s.18, İmregün, **Kâr Payı Hakkı**, s.413., Chenaux/Gachet, **CR**, s.570. Yargıtay'ın da görüşü bu yöndedir bkz. 11.HD. E.2014/14684 K.2015/1913 (lexpera), 11.HD. E.2012/13234 K.2014/3514 25.2.2014 (lexpera).

suretiyle azınlıktaki pay sahiplerini söz konusu kârdan yararlanmaktan mahrum etmeleri mümkündür. Bu noktada şirket kâr elde etmiş olsa da pay sahiplerinin bu kârdan yararlanamaması halinde ortaklık ilişkisinin çekilmez hale gelmesi söz konusu olmaktadır. Aşağıda kâr payı hakkının ihlal edilmesinin bu iki görünümü üzerinde durulacaktır.

i. Ortaklık Yapısından Kaynaklanan Haklı Sebeplerle İlişkisi

Kâr payı hakkının şirketin haklı sebeple feshine yol açtığı ilk hâl şirketin kâr elde edememesine ilişkin hallerdir. Şirket kâr elde edemediği için, pay sahiplerine kâr dağıtması mümkün olmamaktadır. Bu durumda çoğunluğun gücünü kötüye kullanması söz konusu olmasa da pay sahipleri bakımından ortaklık ilişkisinin devam ettirilmesinin beklenemeyeceği bir durum ortaya çıkmaktadır.

Şirketin kâr elde edememesi ile iki farklı şekilde karşılaşılabilir. Bu görünümleden ilki şirketin kâr elde ederek bu kârı ortaklara aktarma yönündeki nihai amacının¹⁸¹⁹ gerçekleşmesinin önemli derecede güçleşmesidir. Kârlılığın kaybı olarak da ifade edilebilecek bu durumda, şirketin sürekli olarak kâr elde edemez hale gelmesi nedeniyle kâr dağıtımı mümkün olmamaktadır. Kârlılık kaybı değişen koşullar sebebiyle şirketin iş modelinin kârlılığını kaybetmesinden kaynaklanabilir. Örneğin şirketin üretim için kullandığı hammaddenin ihracının yasaklanması veya iş modelinin özel kamu izinlerine bağlanması halinde böyle bir durumla karşılaşılması olasılık dahilindedir. Kârlılığın ortadan kaybolmasının sadece süreye ilişkin olmadığı, kârlılığın kaybının engellenemez nitelikte olması gerektiği belirtilmektedir¹⁸²⁰.

Şirketin kâr elde edememesi suretiyle kâr payı hakkının ihlal edilmesinin ikinci bir görünümü, şirketin kötü yönetimi sebebiyle kâr elde edilememesidir. Kârlılığın kaybından farklı olarak burada değişen koşullar veya dış faktörler değil, şirketin kendi kararları sebebiyle kâr elde edilememektedir. Ne var ki, azınlık pay sahipleri sınırlı yönetime katılma imkânları ile bu durumu değiştirme imkânına sahip değillerdir. Bu durumda da şirketin feshi için haklı bir sebebin doğduğu belirtilebilir¹⁸²¹. İsviçre Federal Mahkemesi *Grumser* Kararı'nda bir aile şirketinin kötü yönetimini fesih için haklı bir sebep saymıştır¹⁸²².

¹⁸¹⁹ Şirketin ekonomik amaç ile kurulması ile pay sahibinin mali menfaat elde etme hakkı arasındaki bağlantı için bkz. Birinci Bölüm-II-1-Geniş Anlamda Kâr Payı Hakkı: Mali Menfaat Elde Etme Hakkı.

¹⁸²⁰ Habegger, s.95.

¹⁸²¹ Şahin, s.213 vd., Sanwald, s.157, Stäubli-Basler Kommentar, s.1584, Habegger, s.99-100, İlbasmış Hızlısoy, s.172.

¹⁸²² ATF 126 III 266- Grumser Kararı.

Sonuç itibariyle, kâr payı hakkı anonim ortaklık için temel bir hak niteliğinde olduğundan, çoğunluğun gücünü kötüye kullanması söz konusu olmasa bile ister dış şartlardan ister şirketin kötü yönetiminden kaynaklansın, anonim şirketin feshinin talep edilmesi mümkün olmaktadır¹⁸²³.

ii. Kötüye Kullanma Hallerinde

Kâr payı hakkının ihlal edilmesinin haklı sebep teşkil ettiği hallerden biri de çoğunluk gücünün kötüye kullanılmasıdır. Bilindiği üzere yedek akçe ayırma konusunda yetkili organ genel kuruldur ve genel kurulda çoğunluğa sahip olan pay sahiplerinin iradesine göre karar alınır. Genel kurulun haklı bir gerekçe olmaksızın sürekli olarak kâr dağıtımını yapmaktan kaçınmasının çoğunluk gücünün kötüye kullanılması hali olduğu ve bu nedenle de anonim şirketin feshi davası bakımından haklı sebep teşkil edeceği belirtilmektedir¹⁸²⁴. Hatta haklı sebep kavramı incelenirken en sık verilen örneklerden bir tanesi, çoğunluk pay sahiplerinin kâr dağıtımından kısmen veya tamamen imtina ederek azınlık pay sahiplerini kâr payı açlığına mahkûm etmesidir¹⁸²⁵.

Bu noktada çoğunluk gücünün kötüye kullanılmasının sadece genel kurul kararları vasıtasıyla gerçekleşebileceği gibi bir sonuca varılmamalıdır. Şirketin gizli yedek akçe ayırmak suretiyle pay sahiplerine kâr dağıtımından kısmen veya tamamen imtina etmesi de mümkündür. Bu durumda da haklı sebeple fesih davası açılması mümkündür¹⁸²⁶.

Kâr dağıtımından imtina edilmesinin çoğunluk gücünün kötüye kullanılması teşkil edebileceği ve haklı sebep teşkil edebileceği konusunda bir tereddüt yoktur. Öte yandan kâr dağıtılmamasının bir haklı sebep seviyesine ulaşması için süreklilik göstermesi, yani belirli bir süre tekrar etmesi gerekmektedir¹⁸²⁷. Bu sürenin ne kadar olduğu konusunda ne kanunda ne de

¹⁸²³ Belirtmek isteriz ki, şirketin değişen koşullar veya kötü yönetim sebebiyle feshine karar verilmesi konusu daha kapsamlı bir incelemeyi gerektirmektedir. Ancak tezimizin konusu şirketin mevcut kârının ortaklara dağıtılmaması olduğundan, konuyu dağıtmamak için bu hususlarla ilgili kısa bir bilgi verilmesi tercih edilmiştir. Daha kapsamlı açıklamalar için bkz. Şahin, s. 211 vd, Erdem, **Haklı Sebep**, s.140 vd.

¹⁸²⁴ Çamoğlu, **Haklı Sebep**, s.7, Rayroux, **CR**, s.1362, Stäubli, **Basler Kommentar**, s.1584, Pulaşlı, **Şerh III**, s.2422.

¹⁸²⁵ Erdem, **Haklı Sebep**, s.119, Von Büren/Stoffel/ Weber, s.319.

¹⁸²⁶ Habegger, s.78.

¹⁸²⁷ Birçok yazar yerine örnek olarak Sanwald, s.151, Stäubli, **Basler Kommentar**, s.1584, Badak, s.278. Aslında haklı sebebin varlığı için süreklilik bir zorunlu unsur değildir. Bazı hallerde bir olayın arızı olarak gerçekleşmesi dahi, ortaklık ilişkisinin temelinden sarsılmasına ve hukuki ilişkinin sürdürülemez hale gelmesine yeterli olabilir. Çamoğlu, **Haklı Sebep**, s.7, Şahin, s.119. *Çamoğlu* bu gibi ihlallere örnek olarak terör listesindeki kişiler ile iş birliği yapmak veya gıda üretim kurallarına bilinçli aykırılıklar gibi halleri örnek vermektedir. Bkz. Çamoğlu, **Haklı Sebep**, s.7. Ne var ki, pay sahibinin kâr payı hakkının doğası gereği bu örneklerden daha hafif nitelikte olduğu ve ancak belirli bir süreklilik gösterdiği takdirde haklı sebep mertebesine ulaşabileceği kanaatimizce de yerinde olarak belirtilmektedir.

öğretide açık bir ölçüt vardır. İsviçre’de Vallais Kanton Mahkemesi bir kararında 10 yıl boyunca şirketin kârı artarken dağıtılan kâr payının makul bir sebep olmaksızın azalmasını haklı sebep olarak kabul etmiştir¹⁸²⁸. Öğretide bir-iki yıl süreyle dağıtım yapılmamasının haklı sebep teşkil etmesinin olası olmadığı, bu durumun daha uzun bir süre devam etmesi gerektiği belirtilmektedir¹⁸²⁹. Görüldüğü gibi bu konuda verilen örneklerdeki süreler arasındaki dönem haklı sebebin varlığı açısından bir gri bölge oluşturmaktadır ve hâkim her somut olayın şartlarını değerlendirerek bir sonuca varmak zorunda kalmaktadır. Bu ise hukuki belirliliğin sağlanmasını zorlaştırmaktadır.

b. Haklı Sebeple Fesih Davasının Son Çare Niteliği ile Çeşitli Davaların İlişkisi

i. İptal Davası ile İlişkisi

TTK m.523 f.2 hükmü genel kurulun hangi amaçlarla olağanüstü yedek akçe ayırabileceğini belirtmiştir. Çoğunluğun sürekli olarak TTK m.523 f.2 hükmünü ihlal ederek yedek akçe ayırma kararı vermesi halinde, bu durumun haklı sebebin varlığı bakımından dikkate alınacağı konusunda bir şüphe yoktur. Bununla birlikte genel kurulun TTK m.523 f.2 hükmüne aykırı olmayan veya süresi içerisinde iptal davası açılmadığı için hukuka uygunluğu mahkeme denetiminden geçmemiş genel kurul kararlarının haklı sebebin varlığına yol açması ihtimali var mıdır? Bu soruyu, iptal davası açılmamış ve iptal davası açılmış, fakat reddedilmiş kararlar bakımından ayrı ayrı ele almakta yarar vardır.

Öncelikle iptal davası açılmamış yedek akçe ayırma kararlarını incelemek daha yararlı olacaktır. Her ne kadar haklı sebeple fesih davası, sorumluluk davası veya genel kurul kararının iptali davası gibi münferit ihlallere ilişkin davalar karşısında son çare niteliğinde olsa da söz konusu davaların açılması haklı sebeple fesih davası bakımından bir dava şartı değildir. O nedenle de bu davaların açılmamış olması, tek başına haklı sebeple fesih davasının reddini de gerektirmemelidir¹⁸³⁰. Şüphesiz ki, davacıların haklarını daha az müdahaleci yöntemlerle korumayı tercih etmemiş olmaları, haklı sebebin varlığının değerlendirilmesinde dikkate alınabilir¹⁸³¹. Ancak söz konusu davaların açılmaması sebebiyle haklı sebeple fesih davasının

¹⁸²⁸Vallais Kanton Mahkemesi Keger Kararı, RVJ 1986, s.349.

¹⁸²⁹Şahin, s.162-163.

¹⁸³⁰Doktrinde bu husus birçok yazar tarafından belirtilmektedir. Örnek olarak bkz. Ayoğlu, **Haklı Nedenle Fesih**, s.235, Nomer Ertan, **Haklı Sebeple Fesih Üzerine**, s.428, Tekinalp, **Fesih Davasında Usuli Sorunlar**, s.213. İsviçre hukukundaki örnekler için bkz. Rayroux, **CR**, s.1365, Stäubli, **Basler Kommentar**, s.1583.

¹⁸³¹Nomer Ertan, **Haklı Sebeple Fesih Üzerine**, s.428. Özellikle ilgili kararlar alınırken karara muhalefet etmemişler veya genel kurulda tartışılması için atabilecekleri adımları atmadıkları takdirde haklı sebebe dayanamayacaklardır. Bkz. Habegger, s.120, Nomer Ertan, Füsün, **“Yargıtay Kararları Işığında Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi”**, Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu-20 Ekim 2017, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2018, s.113. Yönetim kurulu üyesi de olan pay sahibinin yönetim kurulunun kâr dağıtım önerisine

mutlak şekilde reddedileceği şeklinde bir yorum, bir yandan kanunda belirtilmeyen bir dava şartı ihdas ederken bir yandan da azınlık pay sahiplerine sürekli dava açma külfeti yükleyecektir; çünkü pay sahipleri dava açmadıkları tüm olayların gelecekte açacakları haklı sebeple fesih davası bakımından davanın kabulünü zorlaştıracakı düşüncesinde olacaklardır. Bu şekilde bir külfet ise pay sahipleri arasındaki ilişkilerin daha da fazla bozulmasına yol açacaktır¹⁸³².

İlk bakışta böyle bir kararın genel kurul kararlarına karşı belirli bir süre içinde dava açılması şartının bertaraf edilmesine yol açacağı gibi bir eleştiri getirilebilir. Ancak unutmamak gerekir ki, iptal davası için getirilen süre, alınan kararın hukuka aykırılığını kaldıran bir süre olmayıp hukuk güvenliğini koruyan bir düzenlemedir¹⁸³³. Ayrıca haklı fesih davasında davanın konusu ilgili işlemin geçerli olup olmadığı değil, iptal edilmediği için geçerli olmaya devam eden kararın haklı sebep teşkil edip etmediğidir. Üstelik bu davada hâkimi genel kurul kararını haklı sebebe yol açacak olaylar bütünü içinde “haklı sebebe giden yoldaki taşlardan biri” olup olmadığını inceleyecektir. O nedenle de genel kurul kararına karşı süresi içinde dava açılmamasının haklı sebep incelemesinde bu kararı göz ardı etmeyi gerektiremediği kanaatindeyiz.

Alınan yedek akçe ayırım kararının hukuka uygun olması halinde, bu kararın haklı sebep bakımından dikkate alınıp alınmayacağı konusunda farklı iki yorum yapmak mümkündür. İlk görüşe göre bu durumda şirketteki çoğunluk pay sahipleri ticari olarak takdir yetkilerini yedek akçe ayrılmasına ilişkin hükümlere uygun olarak kullandıklarından, burada bir hukuka aykırılığın varlığı sonucuna varmak kolay olmayacaktır¹⁸³⁴. İsviçre Federal Mahkemesi de yedek akçe ayrılmasına ilişkin kurallara uygun olan bir kararın fesih için haklı sebep teşkil etmeyeceğini karara bağlamıştır. Kararda Federal Mahkeme, haklı sebeple fesih davası açma imkanının anonim ortaklıklarda geçerli olan çoğunluk ilkesini ortadan kaldırmadığını, azınlık

muahalefet etmemiş olması karşısında pay sahibi sıfatıyla dava açamayacağı yönündeki Yargıtay kararı için bkz. 11.HD. 28.01.2016 2015-2939/937. Kararın değerlendirilmesi bakımından bkz. Nomer Ertan, **Yargıtay Kararlarında Haklı Sebeple Fesih**, s.113. İsviçre Federal Mahkemesi’nin de eğilimi genel olarak bu yöndedir. Federal Mahkeme, iptal davası için sebepler bulunmasına rağmen dava açılmaması halinde, daha sonra aynı olguların fesih için haklı sebep olarak ileri sürülemeyeceği yönünde karar vermiştir. Bkz. 104 II 35. Bir başka kararda ise Federal Mahkeme, iptal davası açılmasının bir dava şartı olmadığını belirtmekle birlikte, sadece iptal davası ile giderilebilecek bir hukuka aykırılık varken, bu yolun kullanılmamasına rağmen fesih davası açılmasının dayanaksız olduğunu belirtmektedir. Bkz. BGE 84 II 44 S. 47. Kanaatimizce Federal Mahkeme’nin bu kararları, yedek akçe ayırma kararının iptalini haklı sebeple fesih davası bakımından bir dava şartı haline getirmemekte, ancak fesih davasının “son çare” niteliğini muhafaza ederek hâkimin takdir yetkisinin nasıl kullanılacağı konusunda bir yönlendirme yapmaktadır.

¹⁸³² Vogt/Enderli, s.250.

¹⁸³³ Habegger, s.138, Vogt/Enderli, s.250.

¹⁸³⁴ Erdem, **Haklı Sebep**, s.124-125, Şahin, s.159-160.

pay sahiplerinin genel kurul kararından memnun olmadıkları için fesih davası yoluna başvuramayacaklarını belirtmiştir. Mahkeme ayrıca genel kurul kararlarına karşı başvurulabilecek hukuki yollar varsa, pay sahibinin bu hukuki yollara başvurması gerektiğini belirtmiştir¹⁸³⁵.

Federal mahkemenin bu kararı doktrinde fazla şekilci olduğu gerekçesi ile eleştirilmiştir¹⁸³⁶. Bu görüşe göre, kararı eleştiren yazarlar, haklı sebeple fesih incelemesinin bu şekilde kategorik hale getirilemeyeceğini, somut olayın tüm şartları dikkate alınarak bir inceleme yapılması gerektiğini belirtmektedirler¹⁸³⁷. Ayrıca böyle bir yorumun çoğunluk gücünün kötüye kullanılması kavramını sadece hukuka aykırı eylemler ile gerçekleştirilebilecek bir çerçeveye hapsedeceği eleştirisi de getirilmiştir¹⁸³⁸.

Kanaatimizce sorunun yanıtını verebilmek için kademeli bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Çoğunluk gücünün kötüye kullanılmasının sadece hukuka aykırı işlemler aracılığıyla gerçekleşmez. Somut olayın şartlarında hukuka uygun eylemler bütününe birleşerek haklı sebep teşkil etmesi ihtimalini dışlamak mümkün değildir. Zira bir işlemin hukuka uygunluğu için getirilen şartlar ile birçok işlemin birbirine eklenerek haklı sebep teşkil edip etmediğinin incelenmesi farklı değerlendirmeleri gerektirebilir. Bu durum yedek akçe ayırma ve kâr dağıtımını sınırlama kararları bakımından özellikle önem taşır. Zira söz konusu kararlar bakımından genel kurulun geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır. Bu nedenle somut olayın şartlarında mahkemenin genel kurulun takdir yetkisini ayakta tutması, bu gibi kararların birleşerek çoğunluk gücünün kötüye kullanıldığının kabul edilmesine engel teşkil etmemelidir. Diğer bir ifade, genel kurula tanınan takdir yetkisine binaen bir genel kurulunun iptal edilmemesi, bu kararların zaman içerisinde birbirlerine eklenerek haklı sebep teşkil etmeyeceği anlamına gelmemektedir. O nedenle haklı sebebin varlığı incelemesi, sadece yedek akçe ayırma kurallarına uyulup uyulmadığına indirgenmemelidir. TTK m.531 kapsamında kâr dağıtımını yapılmaması sebebiyle açılan bir haklı sebeple fesih davasında, hâkim genel kurula uygun olarak somut olayın şartları ışığında bu durumun pay sahipleri için katlanılamaz bir noktaya gelip gelmediğini değerlendirmelidir.

ii. Kâr Dağıtım Davası-Haklı Sebeple Fesih Davası İlişkisi

¹⁸³⁵ BGE 136 III 278 E.2.2.2.

¹⁸³⁶ Vogt/Enderli, s.249.

¹⁸³⁷ Vogt/Enderli, s.249. Haklı sebeple fesih incelemesi ile yedek akçe ayrılması şartlarının farklı olduğunu belirttiği için *Sanwald*'in de bu görüşte olduğu sonucuna varıyoruz. Bkz. *Sanwald*, s.152.

¹⁸³⁸ Vogt/Enderli, s.250.

Çalışmada savunulan görüş uyarınca, pay sahiplerinin kâr dağıtım davası açması imkânı olduğu kabul edilirse, azınlık niteliğinde olmasa bile pay sahibinin yedek akçe ayırma kararının hukuka aykırı olması sebebiyle genel kurul kararının iptalini ve daha sonra da genel kurul kararı yerine geçecek bir kâr dağıtım kararı verilmesini talep edebilecektir. Bu durumda, pay sahipleri anonim şirketin kâr dağıtımından imtina etmesine karşı bir hukuki yola sahip olacaklarından, anonim şirketin kâr dağıtımından imtina etmesi sebebiyle, TTK m.531 hükmüne dayanarak fesih davası açıp açamayacağı sorusu ortaya çıkmaktadır. Özellikle haklı sebeple fesih davasının son çare niteliği dikkate alındığında, kâr dağıtım davasının kabul edilmesi halinde haklı sebeple fesih davasının uygulama alanının kalmayacağı akla gelebilir. Üstelik kâr dağıtım davası açılabilmesi için, haklı sebeple fesih davasından farklı olarak, pay sahibinin kâr payı hakkının ihlalinin süreklilik arz etmesine de gerek yoktur. Arızı olarak bir genel kurulun kâr dağıtımından haksız yere imtina etmesi halinde dahi, kâr dağıtım davası açılması olasılığı bulunmaktadır.

Kâr dağıtım davasının TTK m.531 uyarınca açılacak haklı sebeple fesih davasının işlevini bir ölçüde üstleneceği ve haklı sebeple fesih davasına duyulan ihtiyacı azaltacağı görüşündeyiz. Bununla birlikte, kâr dağıtım davasının kabul edilmesi, kâr dağıtılmaması sebebiyle TTK m.531 hükmünün hiçbir şart altında uygulanmayacağı anlamına gelmemektedir. Öncelikle, TTK m.531 hükmü, sadece iradi olarak kâr dağıtımından imtina edilen hallerle sınırlı olmayıp ortaklığın işleyişinden kaynaklanan nedenlerle kâr dağıtımı yapılamaması halinde de uygulanan bir hükümdür¹⁸³⁹. Şirketin kâr elde edememesi sebebiyle kâr dağıtılamaması halinde, pay sahibinin kâr dağıtım davası açma imkânı bulunmamaktadır. Ancak bu hallerde, TTK m.531 uyarınca fesih davası açılması olasılığı bulunmaktadır.

İlaveten, kâr dağıtım davasının kabulü, TTK m.531 hükmü uyarınca haklı sebeple fesih talebine duyulan ihtiyacı da tamamen ortadan kaldırmamaktadır. Kâr dağıtım davası, şirket bakımından dağıtım zorunluluğu bulunan tutarın dağıtımı yönünde karar alınmasına yöneliktir. Bu tutar ise, net dönem kârından kanuni ve esas sözleşmesel yedek akçelerin ayrılması ile tespit edilecektir. Diğer bir ifade ile kâr dağıtım davasının konusu, net dönem kârının dağıtılabılır kısmına ilişkindir. Şirketin yedek akçeleri serbest nitelikte dahi kâr dağıtım davasının konusunu teşkil etmezler.

Bununla birlikte, serbest yedek akçelerin dağıtılmamasının belirli şartlarda pay sahipleri bakımından haklı sebep teşkil etmesi olasılığı bulunmaktadır. Esasen anonim şirketin serbest

¹⁸³⁹ Bu konuda bkz. Yukarıda 2-a-i-Ortaklık Yapısından Kaynaklanan Haklı Sebeplerle İlişkisi.

yedek akçelerden dağıtım yapma yükümlülüğünü öngören bir hüküm bulunmamaktadır. Fakat, özellikle şirketin birikmiş yedek akçe tutarı yüksek olmasına rağmen, şirketin bu kaynakları kullanabileceği ticari fırsatlarının bulunmadığı, diğer bir ifade serbest yedek akçelerin atıl kaldığı hallerde, serbest yedek akçelerin dağıtılmaması pay sahiplerinin menfaatlerini olumsuz şekilde etkileyecektir. Ayrıca net dönem kârının azalması sebebiyle pay sahiplerinin aldığı kâr payı ödemelerinin azalması halinde, pay sahibi bakımından ortaklık ilişkisinin katlanılmaz hale geldiği ileri sürülebilecektir. Bu durumda, net dönem kârı tutarı düşük olduğundan kâr dağıtım davası açılması, pay sahibinin kâr payı hakkını korumak bakımından işlevsiz kalacaktır. Ancak pay sahibinin TTK m.531 uyarınca haklı sebeple fesih davası açması menfaatlerinin korunması bakımından tercih edilebilir.

TTK m.531 hükmünün pay sahipleri bakımından sağladığı bir diğer fayda ise, hâkimin hükmedebileceği alternatif çözümler bakımından kanunda bir sınırlamanın bulunmamasıdır. Yukarıda açıklandığı üzere, haklı sebeple fesih davası kapsamında hâkimin somut olayın şartlarına uygun düşen bir alternatif çözüme hükmetmesi de mümkündür. Şirketin kâr dağıtmamasının nedenlerine ve pay sahiplerinin beklentilerine göre, hâkimin fesih veya bir alternatif çözüme hükmetmesi mümkündür. Örneğin şirketin uzun süredir kâr dağıtmaması, şirketin faaliyet konusuna ilişkin kalıcı engellerden yahut çoğunluk pay sahiplerinin kötü yönetiminden kaynaklanıyorsa, hâkimin fesih veya azınlık pay sahiplerinin paylarının satın alınmasına hükmetmesi, azınlık pay sahiplerinin menfaatlerinin korunması bakımından daha uygun bir çözüm olabilir. Halbuki, şartları olsa bile kâr dağıtım davasında, pay sahibinin talebi şirket genel kurulunun kâr dağıtım kararını ikame edecek bir hüküm tesisi olduğundan, bu davanın pay sahipleri açısından pratik faydası sınırlı olabilecektir.

Özetle, TTK m.531 hükmü ile getirilen haklı sebeple fesih davası, öğretide kâr payı hakkının ihlaline karşı etkin bir koruma yöntemi olarak değerlendirilmiştir. Ne var ki, davacı sıfatının azınlık pay sahipleri ile sınırlanması ve davanın doğası gereği çare niteliğinde olması, hukuka aykırı yedek akçe ayırma kararlarına karşı, her koşulda mutlak bir koruma sağlamamaktadır. O nedenle de kâr payı hakkının daha etkin korunması için, kâr dağıtım davasına olan ihtiyacın devam ettiği kanaatindeyiz. Bununla birlikte, kâr dağıtım davasının kabul edilmesi de pay sahiplerinin kâr payı alamamaları sebebiyle haklı sebeple fesih davası yoluna başvurmalarına engel olmayacaktır. İki davanın şartları, korumak istedikleri menfaatler ve mahkeme kararı sonucunda elde edecekleri hukuki koruma farklılık göstermektedir. Bu nedenle de iki davanın hukuk sisteminde birlikte var olmalarına bir engel bulunmamaktadır.

c. Kâr Dağıtımından Kaçınılması Halinde Haklı Sebep Fesih Davasında Hükmedilebilecek Çözümler

i. Genel Açıklamalar

TTK m.531 hâkime fesih veya somut olayın şartlarına uygun ve kabul edilebilir bir alternatif çözüme hükmetme yetkisi vermektedir. Hâkim, çoğunluğun gücünü kötüye kullanarak kâr dağıtımından imtina etmesinin haklı sebep teşkil ettiğine karar verdiğinde somut olaya uygun düşen ve kabul edilebilir bir çözüme hükmedecektir. Bu bölümde önce ilgili çözümlerin neler olabileceğine dair bir açıklama yapılacak olup ardından kâr dağıtımı bakımından en büyük önemi taşıyan hâkimin kâr dağıtım kararı alması ve esas sözleşme değişikliğine hükmetmesi çözümlerine değinilecektir.

TTK m.531’de düzenlenen davayı tanımlayan temel talebin şirketin feshi olmasına binaen, incelenmesi gereken ilk husus şirketin kâr dağıtmaktan imtina etmesi halinde hâkimin şirketin haklı sebeple feshedilmesine karar verip veremeyeceği noktasındadır. Öğretide şirketin kâr dağıtmamasının feshi haklı kılacak seviyeye ulaşabileceği kabul edilmektedir¹⁸⁴⁰. Kategorik olarak kâr payı hakkının ihlal edilmesinin şirketin feshine hükmetmeyi gerektirebileceği fikrini reddetmemekle birlikte, kanaatimizce hâkimin bu sebeple açılan bir davada feshe karar vermekten mümkün olduğunca kaçınması gerekir. Hâkimin hükmedeceği çözümü belirlerken sadece davacı pay sahiplerinin menfaatlerini değil, tüm menfaat sahiplerinin durumunu değerlendirmesi yükümlülüğü vardır¹⁸⁴¹. Bu durumda azınlıkta kalan pay sahipleri ile çoğunluk pay sahipleri arasında, kârın paylaşılması konusundaki bir uyuşmazlık, öncelikli olarak anonim şirketin kâr elde etmesini ve işletmesel düzeyde iyi yönetilmesini gerektirir. Böyle bir şirketin devamında hem işçilerin hem tedarikçilerin hem davacı dışındaki ortakların hem de kamunun menfaati bulunmaktadır. Hatta şirketin bu kârlılığını gelecekte de sürdürmesi mümkünse, bizzat davacı pay sahiplerinin bile şirketin devamında menfaati olduğu gözden kaçırılmamalıdır. O nedenle istisnai haller haricinde, bu nitelikteki şirketlerde kârın bölüşülmesinden çıkan sebeplerden anonim şirketin feshine karar vermek isabetli bir çözüm olmayacaktır¹⁸⁴².

¹⁸⁴⁰ Örnek olarak bkz. Çamoğlu, **Haklı Sebep**, s.7, Şahin, s.159 vd. Aslında doktrinde kâr dağıtımından imtina edilmesinin haklı sebep teşkil edeceğine ilişkin görüş birçok yazar tarafından ifade edilmektedir. Bkz. Rayroux, **CR**, s.1362, Stäubli, **Basler Kommentar**, s.1584, Pulaşlı, **Şerh III**, s.2422, Erdem, **Haklı Sebep**, s.210. Öte yandan bu yazarlar dinamik haklı sebep kavramını kabul ettiklerinden haklı sebebin mutlak şekilde şirketin feshini haklı kılması şartını aramamaktadırlar. O nedenle de haklı sebebin varlığını kabul ettiklerinde mutlak şekilde şirketin feshini de meşrulaştırdığı sonucuna vardıkları şeklinde bir sonuç bir varsayım teşkil edecektir.

¹⁸⁴¹ Örnek olarak bkz. Rayroux, **CR**, s.1364, Pulaşlı, **Şerh III**, s.2430.

¹⁸⁴² Aker, s.114.

TTK m.531 kapsamında alternatif çözümler konusunda ele alınması gereken diğer bir ihtimal ise davacı pay sahiplerinin paylarının satın alınması ihtimalidir. Gerçekten de azınlık pay sahiplerinin en önemli sorunlarından biri, şirkete getirdikleri sermayenin şirkette bağlı kalması ve söz konusu yatırımı paraya çevirme imkanının sınırlandırılmış olmasıdır. Bu açıdan azınlık pay sahiplerinin şirkete getirdikleri sermaye sebebiyle şirkete hapsedildiklerini söylemek mümkündür. Pay sahiplerinin paylarının gerçek değer üzerinden satın alınması, pay sahiplerinin yatırımları üzerindeki kilidin çözülmesini ve yatırımlarını geri almalarını sağlayacaktır. Üstelik bu durumda geçmiş yıllarda dağıtılmayan kârların şirketin ve dolayısıyla payların gerçek değerini artıracığı düşünüldüğünde, pay sahiplerinin karşılaştığı menfaat ihlallerini gidermek için etkin bir yöntem olduğu söylenebilir¹⁸⁴³. Ayrıca, hâkimin azınlık pay sahiplerine paylarını satma hakkı tanınması ihtimali, pay sahiplerinin müzakere gücünü artıracığı için çoğunluk pay sahiplerinin hukuka uygun davranmasını da güvence altına almaya yardımcı olacaktır¹⁸⁴⁴.

Mehaz İBK m.736 f.4 hükmünden farklı olarak, TTK m.531 metninde davacının paylarının şirket tarafından satın alınmasına hükmedilebileceği açıkça belirtilmiştir. Davacının paylarının satın alınmasına hükmedilmesinin alternatif çözümler arasında öncelikle tercih edilen bir hal olmasının isabetli olup olmadığı veya kanun koyucunun örnek verirken böyle bir amaç güdüp gütmeyeceği tartışmaya açık bir konudur¹⁸⁴⁵. Ancak hukuki bir zorunluluk bulunmamasına rağmen, bu çözümün maddede açıkça zikredilmesi nedeniyle uygulamada diğer alternatif çözümlere göre öncelik kazanması, bir anlamda eşitler arasında birinci (“*primus inter pares*”) bir konuma gelmesi ihtimali bulunmaktadır.

Bununla birlikte haklı sebebin çoğunluk gücünün kötüye kullanılmasından kaynaklandığı hallerde, hâkimin davacının paylarının alınmasına hükmedilmesi yönünde bir karar vermesinin,

¹⁸⁴³ Hatta öğretilde bazı yazarlar, azınlığın paylarını satma imkânının bulunduğu borsaya kote şirketler bakımından haklı sebeple fesih davasına ihtiyaç olmadığını savunmaktadır. Bu yöndeki görüşlerin özeti için bkz. Şahin, s.285-288. Türk hukukunda bu görüşü savunana yazarlara örnek olarak bkz. Nomer Ertan, **Haklı Sebep Fesih Üzerine**, s.422-423. Borsadaki gelişmiş piyasalar için aynı yönde bkz. Aker, s.118 dn.202. Öte yandan borsaya kote şirketlerde dahi yüksek oranda payın devredilmesinin kolay olmayabileceği gerekçesiyle haklı sebeple fesih davasına başvurulmasının mümkün olabileceği yönünde bkz. Şahin, s.290.

¹⁸⁴⁴ Andersson, Jan, “**Minority Shareholder Protection in SME’s: a question of information ex post and bargaining power ex ante**”, Company Law and SMEs, Thomson Reuters, 2010, s.204.

¹⁸⁴⁵ Ayoğlu mehaz kanunda olmayan bu örneğin tasarı aşamasından beri kanunda bulunması karşısında, söz konusu çözümün diğer çözümlere göre öncelikli bir çözüm olduğu çıkarımının yapılabileceğini belirtmektedir. Bkz. Ayoğlu, **Haklı Nedenle Fesih**, s.238. *Tekinalp* de bu alternatif çözüm yoluna başvurulması ihtimalinin güçlü olduğunu belirtmektedir. Tekinalp, **Fesih Davasında Usuli Sorunlar**, s.214. Aynı yönde bkz. Veziroğlu, s.1-2 ve tekrar s.7. Doktrinde söz konusu çözüme hükmedilirken dikkatli davranılması gerektiği ve TTK m.531 hükmünün “anonim ortaklıktan çıkma” davası haline dönüştürülmemesi gerektiği belirtilmektedir. Bkz. Çamoğlu, **Haklı Sebep**, s.13. Benzer şekilde, payların satın alınması yönündeki çözümün zikredilmesinin diğer çözümlerin değerlendirilmesine engel teşkil etmemesi gerektiği yönünde bkz. Erdem, **Haklı Sebep**, s.233.

sakıncalı bir sonuç olabileceği görüşündeyiz. Zira uygulamada kâr payı dağıtmaktan imtina edilmesi sıklıkla çoğunluğun azınlık pay sahiplerini kâr payı açlığına maruz bırakarak finansal açıdan zor duruma düşürmeye çalışmasından kaynaklanmaktadır. Çoğunluğun bu tercihi bazı durumlarda taraflar arasındaki kişisel husumetlerden kaynaklanabildiği gibi, bazı durumlarda ise azınlık pay sahiplerini paylarını satmaya zorlayarak ileride elde edilmesi beklenen değer artışı ve kârdan tek başına yararlanma isteğinden de kaynaklanabilir¹⁸⁴⁶. Özellikle, girişim şirketleri (*start-up*) olarak tanımlanan şirketlerin değeri, fikri mülkiyet hakları veya iş modelleri gibi piyasa değerinin tespit edilmesi zor olan malvarlığı unsurlarına dayanmaktadır. Pay sahiplerine bu değerler üzerinden satış hakkı tanınması, halinde pay sahiplerinin beklentilerini karşılamayan bir değer tespit edilmesi ihtimali yüksektir¹⁸⁴⁷. Ayrıca özellikle aile şirketi gibi, pay sahiplerinin sadece mali menfaat elde etme amacı taşımadığı, ayrıca şirkete kişisel aidiyet hissettiği durumlarda da pay sahibine paylarını satma hakkı tanınması, menfaat dengesine uygun olmayacaktır¹⁸⁴⁸.

Her durumda da hâkimin davacı pay sahiplerinin paylarının alınmasına hükmetmesi, çoğunluk pay sahiplerinin sistematik ihlal ile güttükleri amaca hizmet edecektir¹⁸⁴⁹. Altını çizmek isteriz ki, şirketin kâr dağıtmaması sebebiyle hiçbir zaman davacının paylarının alınmasına hükmedilmemesi gerektiği gibi bir iddiamız bulunmamaktadır. Tam tersine davacının paylarının alınmasına hükmedilmesinin uygun bir çözüm olabileceği durumlar olacaktır. Bu noktada vurgulamak istediğimiz husus, somut olayın şartları ve davacıların menfaatleri değerlendirilmeden, sırf TTK m.531 hükmünde davacının paylarının alınması çözümüne açıkça yer verilmesi sebebiyle mahkemenin bu yönde bir karar vermesinin, hükmün korumak istediği azınlık pay sahiplerinin menfaat ihlaline hukuki teşvik yaratabileceğidir.

Bu bağlamda daha detaylı olarak ele alınması gereken çözümlerden ilki, hâkimin genel kurul yerine geçerek kâr dağıtım kararı vermesidir. Bu çözüm şirketin mevcut kârının dağıtılmasını sağlayarak davacı pay sahiplerinin kâr payı hakkının korunmasını sağlarken bir yandan da davacının pay sahibi konumunu korumasını sağlayacaktır. Öte yandan, söz konusu karar çoğunluk pay sahiplerinin ilerleyen yıllarda kâr dağıtımını yapmasını garanti almaya yeterli

¹⁸⁴⁶ Şahin, s.527-528, Rock/Wachter, s.207 ve tekrar s.231.

¹⁸⁴⁷ Rock/Wachter, s.207, Veziroğlu, s.10.

¹⁸⁴⁸ Neville, Mette, “A Statutory buy-out Right in SME’s- An Important Corporate Governance Mechanism and Minority Protection”, Company Law and SMEs, Thomson Reuters, 2010, s.266 dn.60.

¹⁸⁴⁹ İlbasmış Hızlısoy, s.336, Andersson, s.205, Neville, s.266 dn.60. Aynı gerekçelerle Şahin, haklı sebebin varlığı değerlendirirken davacıların paylarını satma girişiminde bulunup bulunmadıklarının değerlendirilmesinin de isabetli olmayacağını belirtmektedir. Bkz. Şahin, s.332 ve tekrar s.527-528. Bu nedenle Aker tarafından ifade edilen (bkz. Aker, s.122) pay sahiplerine paylarının satın alınmasını isteme hakkının bulunduğu durumlarda fesih davası açılmayacağı yönündeki görüşe de katılmıyoruz.

olmayacaktır. O nedenle doktrinde hâkimin bir esas sözleşme değişikliği vasıtasıyla pay sahiplerinin kâr payı hakkını güvence altına alabileceği belirtilmektedir. Aşağıda söz konusu iki çözüm yönetimi hakkında daha detaylı açıklamalar yapılacaktır.

ii. Kâr Dağıtım Kararı

Doktrinde şirkette çoğunluğun gücünü kötüye kullanarak ticari bir dayanağı olmaksızın uzun süre kâr dağıtmaması halinde hâkimin kâr dağıtımına karar verebileceği belirtilmektedir¹⁸⁵⁰. İsviçre Federal Mahkemesi de mahkemenin böyle bir yetkisi bulunduğunu teyit etmiştir¹⁸⁵¹. Bu şekilde davacı pay sahipleri kâr payı ödemesine kavuşacak ve menfaat ihlali ortadan kalkacaktır.

Hâkim bu ihtimalde genel kurul yerine geçerek karar vermektedir¹⁸⁵². Hâkimin vereceği tüm ilgililer için etki doğuran (“*erga omnes*”) nitelikte bir karardır¹⁸⁵³. O nedenle de hâkim eğer böyle bir alternatif çözüme karar verirse sadece davacıya yönelik olarak hükmü kaleme almamalı, sadece davacının alacağı kâr payı miktarını belirtmekle yetinmemelidir. Hâkimin kararı genel kurul kararı yerine geçeceği için, genel kurulun kâr dağıtım kararında bulunması gereken asgari hususları da içermesi zorunludur¹⁸⁵⁴. O nedenle kararda dağıtım yapılacak tutarın açıkça gösterilmesi gerekmektedir¹⁸⁵⁵.

Doktrinde hâkimin icra edilebilir bir karar vermesinin pay sahiplerinin haklarının korunması açısından önemli olduğu belirtilmektedir¹⁸⁵⁶. Bu bağlamda kanaatimizce hâkimin dağıtılacak toplam kâr payı miktarına ilaveten, davacının payına düşen kısmını da kararda göstermesi, davacının bu karara dayanarak ilamlı icra yapabilmesi bakımından faydalı olacaktır. Aksi takdirde ilamda davacının alacağı açık bir şekilde belirtilmediği için icra aşamasında zorluklar yaşanması söz konusu olabilecektir.

Haklı sebeple fesih davasında hâkim dağıtım miktarını belirtirken sadece yıllık kâr ile sınırlı değildir. Gerekli gördüğü takdirde şirketin geçmiş yıllarda birikmiş yedek akçelerinin

¹⁸⁵⁰ Örnek olarak bkz. Şahin, s.529, Çamoğlu, **Haklı Sebep**, s.14, Nomer Ertan, **Haklı Sebeple Fesih Üzerine**, s.432-433, Pulaşlı, **Şerh II**, s.1840, Rayroux, **CR**, s.1365-1366, Tekinalp, **Fesih Davasında Usuli Sorunlar**, s.218, Stäubli, **Basler Kommentar**, s.1585.

¹⁸⁵¹ ATF 4A_475/2009 consid. 2.2.1. (naklen Şahin, s.529), BGE 136 III 378 E.2.2.4 (naklen Vogt/Enderli, s.242)

¹⁸⁵² Tekinalp, **Fesih Davasında Usuli Sorunlar**, s.221, İlbasmış Hızlısoy, s.332.

¹⁸⁵³ Rayroux, **CR**, s.1365, Stäubli, **Basler Kommentar**, s.1585, Von der Crone, s.582, Von Büren/Stoffel/Weber, s.319. Bununla beraber davanın reddi sadece taraflar için sonuç doğurur ve kesin hüküm etkisi de sadece taraflar arasında olacaktır. Bkz. Calderon/Geiser, **OFK**, s.493, Hanağası, s.240.

¹⁸⁵⁴ Şahin, s.508 ve tekrar s.529, Çamoğlu, **Haklı Sebep**, s.15.

¹⁸⁵⁵ Tekinalp, **Fesih Davasında Usuli Sorunlar**, s.221.

¹⁸⁵⁶ Sanwald, s.171, Tekinalp, **Fesih Davasında Usuli Sorunlar**, s.221.

dağıtımına yönelik bir karar vermesi de mümkündür¹⁸⁵⁷. Üstelik haklı sebep teşkil edecek bir kâr dağıtımından imtina halinin süreklilik arz etmesi gerektiğinden, hâkimin sadece davanın açıldığı dönemdeki net dönem kârını esas alması büyük bir ihtimalle davacının menfaatlerini korumak için yetersiz kalacaktır. O nedenle de hâkimin serbest yedek akçeleri de dağıtım miktarına dahil etmesi yerinde olacaktır.

Haklı sebeple fesih davası hâkime alternatif çözümler bakımından geniş bir yetki tanımıştır. Lakin, bu geniş takdir yetkisi, hâkimi şirketler hukukuna ilişkin genel kurallardan muaf hale getirmez ve hâkim anonim şirketin temel ilkelerini ihlal edecek bir karara hükmedemez. O nedenle de kâr dağıtım kararı verilirken sermayenin korunması ilkesine uygun bir karar vermesi gerekmektedir¹⁸⁵⁸. Diğer bir ifade ile hâkimin dağıtımına hükmedebileceği miktar, kanunun dağıtımına izin verdiği kârdan, yani dağıtılabılır kârdan, daha fazla olamaz¹⁸⁵⁹.

Hâkimin kararı bakımından dikkate alması gereken bir diğer husus ise, eşit işlem ilkesidir¹⁸⁶⁰. Bu durumda hâkimin kâr dağıtım kararı vermesi halinde bu karar tüm pay sahipleri bakımından etki doğuracak ve davayı açmayan pay sahipleri bakımından da kâr payı hakkı doğacaktır¹⁸⁶¹. Haklı sebeple fesih davası yoluyla pay sahipleri arasındaki eşitlik ilkesinin zedelenmemesi gerekmektedir. Hâkimin vereceği kararın *erga omnes* niteliği karşısında, kararın diğer pay sahipleri için de sonuç doğurması sebebiyle bu ilke özel olarak önem taşımaktadır.

Hâkimin haklı sebeple fesih davası sonucunda dağıtım miktarını belirlemesinin mümkün olduğunu belirtmekle birlikte, bu kararın verilmesinde birçok fiili zorluk bulunduğunu da eklemek gerekmektedir. Öncelikle dağıtım kararı bakımından hâkime hareket noktası sağlayacak bir kural bulunmamaktadır¹⁸⁶². Söz konusu davada hâkimin dağıtım kararı, sadece net dönem kârı ile sınırlı olmayıp serbest yedek akçelerin dağıtımını da içerebilir. O nedenle dava sonucunda ne kadar kâr dağıtımına karar verilmesi gerektiğini belirlemek zor olabilir. Üstelik hâkimin dağıtım miktarını belirlerken şirketin sadece mevcut durumunu değil, gelecekteki durumuna dair bir öngöründe de bulunması gerekecektir. Zira dava sonucunda hâkimin yüksek miktarda fon dağıtımına karar vermesi halinde, şirketin nakit akışının zarar

¹⁸⁵⁷ Şahin, s.529-530, Tekinalp, **Fesih Davasında Usuli Sorunlar**, s.218.

¹⁸⁵⁸ Şahin, s.509-510, Erdem, **Haklı Sebep**, s.237, Sanwald, s.170, Höhn, s.117. Bazı yazarlar ise açıkça belirli bir ilkeyi zikretmemekle birlikte verilen kararın şirketler hukuku kurallarına uygun olması gerektiğini belirterek aynı sonucu kabul etmektedirler. Bkz. Vogt/Enderli, s.243.

¹⁸⁵⁹ Dağıtılabılır kâr kavramı için bkz. İkinci Bölüm-A-5-Dağıtılabılır Kâr.

¹⁸⁶⁰ Erdem, **Haklı Sebep**, s.236, Sanwald, s.170, Höhn, s.117.

¹⁸⁶¹ Tekinalp, **Fesih Davasında Usuli Sorunlar**, s.222.

¹⁸⁶² Bu açıdan net dönem kârının dağıtımını konu alan kâr dağıtım davası ile bir farklılık olduğuna dikkat çekmek gerekir.

görmesi olasılığı bulunmaktadır. Özellikle ülkede veya şirketin faaliyet gösterdiği sektörde ekonomik risklerin yüksek olması gibi ticari hususların da dağıtım miktarının belirlenmesi bakımından dikkate alınması gerekecektir. İlâveten davalı şirketin bir borsa şirketi olması halinde, dağıtım kararının şirketin payları üzerinde nasıl bir etkisinin olacağının da göz önünde bulundurulması gerekecektir. Özetle, hâkimin alternatif çözüm kapsamında kâr dağıtımına karar verirken sadece kanuni sınırlara değil, ticari gereksinimlere de dikkate etmesi gerekecektir.

iii. Esas Sözleşmenin Değiştirilmesi

Alternatif çözümler tahtında değerlendirilen olası çözümlerden biri de hâkimin esas sözleşmeyi değiştirme yetkisidir. Bu çözüm kâr dağıtımından imtina eden şirketler bakımından özel bir önem taşır; zira yukarıda incelenen kâr dağıtım kararı verilmesine yönelik alternatif çözüm sadece geçmiş yıllarda dağıtılmayan ve yedek akçe olarak biriken fonların dağıtılmasını sağlamaktadır. Ancak bu şekilde bir çözüm, çoğunluk pay sahiplerinin gelecek yıllarda çoğunluk gücünü kötüye kullanarak kâr dağıtımından imtina etmelerine engel teşkil etmemektedir. Bu durumda da davacı pay sahiplerinin tekrar tekrar fesih davası yoluna başvurmaları gerekebilir. Bu endişeler sebebiyle öğretide alternatif çözüm kapsamında genel kurul yerine geçerek kâr dağıtım kararı vermesi dışında, ayrıca esas sözleşme değişikliğine hükmederek¹⁸⁶³ gelecekteki kâr dağıtımını da güvence altına alması önerilmektedir¹⁸⁶⁴.

Hâkimin alternatif çözüme hükmetme görev ve yetkisinin şirketin esas sözleşmesini değiştirmeyi de kapsayıp kapsamadığı konusunda öğretide farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüş, ortaklık sözleşmesinin ortaklar arasındaki yapıyı kuran temel bir norm olmasından ötürü hâkimin ortaklık sözleşmesine müdahale edemeyeceğini savunmaktadır¹⁸⁶⁵. Bir diğer görüş ise TTK m.531 düzenlemesinin hâkime verdiği geniş takdir yetkisi kapsamında esas sözleşmede değişiklik yapılmasının da mümkün olduğunu belirtmektedir¹⁸⁶⁶.

Hâkimin esas sözleşme değişikliği kararının nasıl icra edileceği konusunda ise Türk hukuku ile İsviçre hukukunda bir farklılık dikkat çekmektedir. İsviçre hukukunda tespit edebildiğimiz kadarıyla çoğunluk görüşü, hâkimin doğrudan genel kurul yerine karar verebileceği ve şirket

¹⁸⁶³ Bu şekilde geleceğe yönelik bir kâr dağıtım politikası değişikliği yapılabilmesi için esas sözleşme değişikliği yapılmasının zorunlu olduğu yönünde bkz. Höhn, s.126.

¹⁸⁶⁴ Erdem, **Haklı Sebep**, s.253, Ayoğlu, **Haklı Nedenle Fesih**, s.247 dn.61, Tekinalp, **Fesih Davasında Usuli Sorunlar**, s.221. Nitekim TTK m.531 madde gerekçesi de kâr dağıtım zorunluluğu getirilebileceğini İsviçre öğretisine atıf yaparak açıkça zikretmiştir.

¹⁸⁶⁵ Çamoğlu, **Haklı Sebep**, s.17, Nomer Ertan, **Haklı Sebep Fesih Üzerine**, s.433.

¹⁸⁶⁶ Erdem, **Haklı Sebep**, s.250, Tekinalp, **Fesih Davasında Usuli Sorunlar**, s.219, İlbasmış Hızlısoy, s.341, Höhn, s.129, Habegger, s.236.

esas sözleşmesini bizzat mahkeme kararı ile değiştirmenin mümkün olduğu yönündedir¹⁸⁶⁷. Bu sonuç esas sözleşme değişikliğinin ticaret siciline kimin tarafından tescil edileceği sorusunu da beraberinde getirmektedir.

Türk hukukunda ise mahkemenin şirket organı yerine karar vermesine ilişkin genel bir düzenleme olmadığı için¹⁸⁶⁸, mahkemenin doğrudan esas sözleşme değişikliğine karar veremeyeceği, vereceği ara karar ile esas sözleşmenin değiştirilmesi için şirkete süre vereceği ve bu süre içinde esas sözleşme değişikliği yapılmazsa şirketin feshine karar vereceği belirtilmektedir¹⁸⁶⁹. Öte yandan Türk hukuku bakımından da hâkimin doğrudan esas sözleşme değişikliğine hükmetme yetkisi olduğu yönünde görüşler bulunmaktadır¹⁸⁷⁰. Bu görüşe göre mahkemenin esas sözleşme kararına hükmetmesi ve sonrasında TTK m.532 hükmünün kıyasen uygulanması sonucu değişikliğin ticaret siciline tescilini sağlayabileceği savunulmaktadır¹⁸⁷¹.

Kanaatimizce de hâkimin TTK m.531 kapsamında haklı sebebin varlığı halinde esas sözleşmeyi değiştirme yetkisi bulunmaktadır. TTK m.531 alternatif çözümler bakımından bir sınırlama getirmemiştir. Üstelik bu çözümler kapsamında da hâkimin şirket organlarının yetkisine giren bir konuda karar verebileceği konusunda da geniş bir uzlaşma vardır. Nihayetinde yukarıda incelenen kâr dağıtım kararı da esasen genel kurulun münhasır yetkisine giren bir konudur. O halde, nasıl ki hâkim genel kurulun kâr dağıtımını konusunda karar alma yetkisini icra ederek dağıtım kararı verebiliyorsa, genel kurul şirket esas sözleşmesini değiştirmeye de karar verebilmelidir. Bir kez bu yetkiyi tanıdıktan sonra, artık bu konuda genel kurulun tekrar karar vermesini aramakta bir menfaat bulunmamaktadır. Bu noktada esas sözleşme değişikliğinin tescil edilmesi şartı da bu sonucu değiştirmemelidir. Zira tescil işlemi basit bir usuli işlem olup mahkemenin ticaret siciline yapacağı bir bildirim ile bu usuli şartın sağlanması mümkündür¹⁸⁷².

¹⁸⁶⁷ Habeggar, s.245, Höhn, s.130.

¹⁸⁶⁸ İsviçre Usul Kanunu m.344 f.2 hükmü hâkimin kararının irade beyanı yerine geçmesi ve bu hususun ticaret siciline tescil edilmesi söz konusu ise, kararı veren mahkemenin tescil işlemini de yapabileceğini belirtmektedir. Kanaatimizce bu hüküm İsviçre hukukunda sorunun giderilmesi için bir dayanak teşkil etmektedir.

¹⁸⁶⁹ Erdem, **Haklı Sebep**, s.252 vd. Unutulmamalıdır ki, Türk hukukunda şarta bağlı karar verme imkânı bulunmamaktadır. Bkz. Tekinalp, **Fesih Davasında Usuli Sorunlar**, s.220. O nedenle hâkimin belirli süre içerisinde esas sözleşmede değişiklik yapılmaması halinde şirketin feshine yönelik bir karar vermesi mümkün olmayacaktır.

¹⁸⁷⁰ İlbasmış Hızlısoy, s.344.

¹⁸⁷¹ İlbasmış Hızlısoy, s.344.

¹⁸⁷² Bu noktada İsviçre Usul Kanunu m.344 hükmünün muadilinin Türk hukukunda olması bir eksiklik teşkil etmektedir. İsviçre Usul Kanunu m.344, bir irade beyanında bulunma borcunun ifasına yönelik kararın tescil edilmesi gerektiği takdirde, mahkemenin tescil için gerekli bildirim yapacağını açıkça belirtmektedir.

Bununla birlikte, hâkimin esas sözleşme değiştirme yetkisinin bulunduğunu kabul etmek, içsel olarak kâr payı dağıtılmamasından doğan haklı sebepler özelinde hâkimin bu çözüme başvurusunun uygun olduğu anlamına gelmemelidir. Kâr payı hakkı, pay sahipleri açısından mutlak bir hak olmayıp şirketin ticari performansı ve piyasa koşulları gibi ekonomik koşullardan önemli şekilde etkilenmektedir. Gerçekten de şirketin performansının düşmesi sonucu kâr azalabileceği gibi, piyasadaki risklerin artması sonucunda şirketin kârından yüksek oranda bir yedek akçe ayrılması ihtiyacı da doğabilir. Bu nedenle hâkimin geleceğe yönelik bir değerlendirme yapması ve bu sırada ticari konulara ilişkin belirsizlikler bakımından kararlar vermesi gerekmektedir. Bu ise mevcut yedek akçelerin dağıtılmasına karar vermeye göre daha riskli bir değerlendirmedir. Zira yedek akçelerin dağıtılması konusunda karar alan hâkim çoğunlukla vakıalar gerçekleştikten sonra (*ex post*) bir inceleme yapacak ve geçmişte olan bir olayı değerlendirecektir. Halbuki, şirket esas sözleşmesi ile gelecek yıllarda kâr dağıtım zorunluluğu getirmek doğası gereği ileriye dönük (*ex ante*) bir değerlendirme gerektirecektir ki, bu değerlendirmeyi yapmak çok daha yoğun bir belirsizliği ve ticari takdir yetkisi kullanımını beraberinde getirecektir.

Hâkimin geleceğe dönük olarak böyle belirsizlikler içeren bir konuda karar vermesi ise uygun olmayan sonuçlar doğurabilecektir. Hâkim işletmesel performans ve piyasa risklerini dikkate almadan yüksek miktarda kâr dağıtımına hükmederse, bu durumda şirketin finansal durumunu olumsuz etkileyecek bir karar verebilir. Zira bu durumda ilgili genel kurul toplantısında yedek akçe olarak ayrılması ticari olarak makul hatta zorunlu görünen fonlar, mahkemenin değiştirdiği esas sözleşme hükmüne binaen pay sahiplerine dağıtılacaktır. Diğer yandan hâkimin fazla korumacı davranıp çok düşük bir kâr payı dağıtım oranı belirlemesi halinde ise şirketin dağıtabileceği kâr mahkeme kararı ile yersiz yere sınırlanmış olacaktır.

Özetle hâkimin esas sözleşme ile kâr dağıtımını konusunda geleceğe ilişkin bir çözüm getirirken somut olayın şartlarını dikkate alarak ideal oranı belirlemesi gerekecektir. Halbuki, esas sözleşme değişikliği için ileri dönük değerlendirme yapılması zorunluluğu, bu ideal oranı bulmayı oldukça zorlaştırmaktadır. O nedenle kategorik olarak hâkimin esas sözleşme değişikliği yapma yetkisini reddetmemekle birlikte, hâkimin gelecekteki kârın dağıtımına ilişkin getireceği düzenlemelerin olaya uygun ve kabul edilebilir olmasının düşük bir olasılık olduğunu belirtme ihtiyacı hissediyoruz¹⁸⁷³.

¹⁸⁷³ Aynı yönde bkz. Höhn, s.127. Benzer şekilde *Şahin* de hâkimin şirketin işletme ve finans politikasını belirleyecek kararlar almaktan kaçınması gerektiğini belirterek benzer bir hususa işaret etmektedir. Bkz. *Şahin*, s.516 vd. ayrıca tekrar s.532 vd. Esas sözleşme değişikliği yapılmaması halinde pay sahipliği haklarının korunması

Bununla birlikte, eğer şirketin kâr dağıtımından kaçınması, şirket esas sözleşmesinde yer alan bir yedek akçe ayırma yükümlülüğünden kaynaklanıyorsa¹⁸⁷⁴ farklı bir sonuca varmak gerekebilir. Eğer esas sözleşmede yer alan ve yüksek yedek akçe ayrılmasını öngören hüküm haklı sebep teşkil edecek konuma ulaştıysa, bu durumda hâkimin esas sözleşmedeki hükmü kaldırması mümkündür. Esas sözleşme hükmünün kaldırılmasıyla birlikte, yedek akçe ayırma yetkisi genel kurulun olağan kararları ile kullanılacaktır. Bu yetkinin kötüye kullanılması halinde ise hem genel kurul kararının iptali yoluna hem de haklı sebeple fesih davası açılması yoluna başvurulması mümkün olacaktır.

Bu noktada pay sahibinin ilgili esas sözleşme hükmüne onay verdiği hallerde, örneğin yedek akçe ayrılmasına ilişkin kuruluş esas sözleşmesinde kabul edilmişse veya daha sonradan oybirliği ile esas sözleşme değişikliği yapılmışsa, şirket esas sözleşmenin değiştirilmesini talep etmesinin çelişkili davranış yasağına aykırılık teşkil edip etmeyeceği sorusu akla gelebilir. Gerçekten de burada bir çelişkili davranış ortaya çıkma ihtimali bulunsa da kategorik olarak dürüstlük kuralına aykırılık olduğu sonucuna varılması mümkün değildir. Unutmamak gerekir ki, yedek akçe ayrılmasına ilişkin kararlar ilgili piyasanın koşulları, şirketin yatırım fırsatları veya şirketin yaşam döngüsündeki yeri gibi etmenlerden etkilenmektedir. O nedenle pay sahiplerinin kuruluştaki kabul ettikleri bir yedek akçe-kâr dağıtım politikasının daha sonra kâr payı hakkını katlanmaz şekilde sınırlaması olasılığı göz ardı edilemez. Örneğin bir şirketin kuruluş aşamasında ticari faaliyetlerine yatırım yapması gerekmektedir. Ancak şirket yatırım sürecini tamamladıktan sonra, söz konusu yatırımın amortisman süresi uzunsa bu yatırımı tekrar etmesine gerek olmayacaktır. Keza ekonomik küçülme döneminde esas sözleşmesini oybirliği ile değiştirip yüksek miktarda yedek akçe ayrılmasını kararlaştıran bir şirket, piyasa koşullarının rahatlaması halinde aynı miktarda yedek akçeye ihtiyaç duymayabilir. Bu gibi örneklerde pay sahipleri çevresi hiç değişmemiş olsa dahi, ekonomik koşullardaki değişiklik

bakımından kalıcı bir çözümün sağlanamayacağı ve tekrar dava açılması ihtiyacı doğacağı için aksi görüşte bkz. Ayoğlu, **Haklı Nedenle Fesih**, s.247 dn.61, Habegger, s.251.

¹⁸⁷⁴ Bu ihtimal için bkz. Şahin, s.160. *İlbasmış Hızlısoy*, kanunda veya esas sözleşmede öngörülmüş yedek akçelerin pay sahiplerinin kâr payı hakkına göre öncelikli olması sebebiyle bu nitelikteki yedek akçe ayırımlarının kâr payı hakkını ihlal etmeyeceği görüşündedir. Bkz. *İlbasmış Hızlısoy*, s.108. Yazarın tespitine kâr payı hakkının somut anlamı kapsamında katılıyoruz. Zira kanun olağanüstü yedek akçe ayrılması konusunda bir çerçeve çizmiş olmakla birlikte, esas sözleşmede yedek akçe ayrılmasına ilişkin düzenleme getirilmesi bakımından aynı sınırlamalar söz konusu değildir. Üstelik bu nitelikteki yedek akçeler kâr payına göre öncelikli olduğu için, bu düzenlemelerin somut kâr payı hakkını ihlal etmeyeceği iddiası anlaşılabilir. Ne var ki, anonim şirketin nihai amacı kâr payının ortaklara aktarılması olduğundan, bu amaçtan doğan soyut kâr payı hakkının şirket esas sözleşmesi yoluyla ihlal edilmesi ihtimal dahilindedir. Nasıl ki, şirket esas sözleşmesi ile şirketin kâr dağıtmayacağına ilişkin bir düzenleme getirilmesi mümkün değilse, soyut kâr payı hakkının özünü zedeleyen bir yedek akçe ayrılması şartı da hukuka aykırı olacaktır. Kanaatimizce bu durumda ilgili esas sözleşme hükmünün butlanı gündeme gelecektir. Ancak söz konusu hüküm kesin hükümsüz olsa dahi, bu hükmün esas sözleşmeden çıkartılarak esas sözleşmenin görünüşteki durumunun hukuki duruma uygun hale getirilmesi hukuki belirliliğin sağlanması için yararlı olacaktır.

yedek akçe ayrılması konusunda esas sözleşme hükümlerini pay sahiplerinin kâr payı hakkının özünün sınırlandırılması sonucunu doğurabilecektir. Bu durumda pay sahibinin şirket esas sözleşmesindeki hükmün değiştirilmesini talep etmesi veya mahkemenin bu yönde bir alternatif çözüme karar vermesinin çelişkili davranış yasağını ihlal edeceğini iddia etmek isabetli olmayacaktır.

3. Haklı Sebeple Fesih Davasının Kâr Payı Hakkının Korunmasındaki Rolüne Dair Ara Değerlendirme

TTK m.531 düzenlemesi ile birlikte Türk hukukuna giren haklı fesih davası ve özellikle de bu dava kapsamında hâkimin alternatif çözümlere hükmedebilme yetkisi, anonim şirkette azınlık konumunda bulunan pay sahiplerinin korunması bakımından son derece önemli bir araç olup ortaklar arası uyuşmazlıkların çözümü bakımından etkili bir yöntem getirmiştir. Bu etki tezimizin konusu olan kâr payı hakkının korunması bakımından daha da önemlidir. Zira Türk hukukunda genel kurul kararının iptali davasını takiben hâkimin genel kurul yerine geçerek karar verememesi, pay sahiplerinin kâr payı hakkının korunması bakımından önemli bir eksikliğe yol açmaktadır. TTK m.531 ile getirilen haklı sebeple fesih davası, söz konusu eksikliğin giderilmesi bakımından önem taşımakta ve mahkemenin genel kurul yerine karar verememesinden doğan eksikliği gidermektedir¹⁸⁷⁵.

Haklı sebeple fesih davasını bu derece etkin hale getiren husus elbette ki hâkimin fesih dışında bir çözüme karar verebilme yetkisidir. Bu bağlamda özellikle hâkimin şirket organı yerine geçerek kâr dağıtım kararı verebilmesi, uzun yıllar haksız yere kâr dağıtımından imtina eden şirketlerde biriken kârın pay sahiplerine aktarılmasını sağlaması açısından etkin bir yöntem teşkil etmektedir.

Esasen hâkime bu yetkinin verilmediği bir düzende, hâkim ticari anlamda başarılı ve kâr elde eden bir şirketi feshetmekten imtina edebilirdi. Nitekim ticari olarak başarılı bir şirketin feshi kararı, şirketin bizzat davacı pay sahiplerinin dahi istemeyeceği sonuçlar doğurabilecektir. Zira şirketin feshi kararı ve tasfiyesi hem şirketin mevcut malvarlığının kaybolmasına hem de ileride elde edeceği kârdan mahrum kalmasına yol açacaktır. Bu ise çoğunluk gücü kötüye kullanılsa bile hâkimin müdahale yetkisini sınırlayacağından, davacı pay sahipleri için etkin bir koruma sağlamayacaktır. Bu bağlamda hâkimin fesih yerine kâr dağıtımına karar verebilmesi hâkime menfaat dengesini kurma olanağı getirmiştir.

¹⁸⁷⁵ Örnek olarak bkz. Erdem, **Haklı Sebep**, s.251, Şahin, s.167 ve tekrar s.333, Ayoğlu, **Haklı Nedenle Fesih**, s.221.

Haklı sebeple fesih davasının kâr payı hakkının korunması bakımından getirdiği bu etkin korumaya rağmen, bazı açılardan yetersiz kaldığını ve hukuki koruma dışında kalan alanlar bıraktığını belirtmek zorunludur. Öncelikle TTK m.531 düzenlemesi, haklı sebeple fesih davasını bir azınlık hakkı olarak düzenlemiştir. O nedenle kanunda belirtilen oranlara sahip olmayan pay sahiplerinin bu şekilde korunması mümkün olmayacaktır¹⁸⁷⁶. Tartışmalı bir husus olmakla birlikte, kanunda belirtilen bu oranların esas sözleşme ile azaltılması hatta her bir pay sahibine bu davayı açma imkânının tanınması mümkündür. Ancak bunun için pay sahiplerinin bu konuyu müzakere etme imkânlarının ve güçlerinin bulunması gerekmektedir. Kanunda pay sahiplerine getirilen korumaların asıl hedefinin ortaklık sözleşmesini veya pay sahipliği sözleşmelerini müzakere etme imkânı ve gücü olmayan pay sahiplerinin korunması olduğu düşünülürse, haklı sebeple fesih davasının bıraktığı korumasız alan daha da belirgin hale gelmektedir.

İkinci bir sorun ise haklı sebeple fesih davasının korumasının sadece “haklı sebep” eşliğini aşacak nedenlerin varlığı halinde devreye girecek olmasıdır. Örneğin yedek akçe ayrılmasına imkân veren hallerden biri olmaksızın kâr dağıtımından bir sene imtina edilmesi halinde bir hukuka aykırılık olduğu kesin olmakla birlikte, bu durumun “haklı sebep” teşkil etmesi söz konusu olmayacağından, TTK m.531 hükmü bir koruma sağlamamaktadır. Yine öğretide tartışmalı olmakla birlikte, değişken haklı sebep eşliğinin kabul edilmesi yoluyla bu sorun kısmen giderilebilir. Zira bu durumda hâkimin şirket içindeki uyuşmazlığa müdahale etmesi için, şirketin feshini haklı kılacak bir sebebin varlığı şart olmayıp hâkimin kâr dağıtım kararı almasını haklı kılacak olayların bulunması yeterli olacaktır.

Ne var ki, bu şekilde haklı sebebin varlığı için aranan eşğin düşürülmesi halinde dahi, haklı sebeple fesih davası açılabilmesi için kâr payı hakkının ihlalinin belirli bir süre devam etmesi gerekecektir. Zira değişken haklı sebep kuramını kabul eden yazarlar dahi, münferit bir kâr payı hakkı ihlalinin “haklı sebep” sayılmasını kabul etmemekte, hâkimin kâr dağıtım kararına karar verebilmesi için ihlalin bir süre devam etmesi şartını aramaktadırlar¹⁸⁷⁷. Bu durumda pay sahiplerinin bu yola başvurmak için birkaç yıl kâr payı haklarının ihlal edilmesine katlanmaları gerekir ki, bunun da ideal bir çözüm olmadığı aşîkârdır. Üstelik çoğunluk pay sahiplerinin birkaç yıl kâr dağıtımını yapmadıktan sonra, takip eden birkaç yıl dağıtım yapmaları ve sonra yine haksız yere kâr dağıtımından imtina etmeleri halinde haklı sebebin varlığının kabul

¹⁸⁷⁶ Aydoğan, s.127.

¹⁸⁷⁷ Örnek olarak bkz. Sanwald, s.151, Stäubli, **Basler Kommentar**, s.1584, Erdem, **Haklı Sebep**, s.116, Vogt/Enderli, s.240.

edilmesi gereken süre hatrı sayılır miktarda uzamış olacaktır. Bu sonuç, çoğunluk pay sahiplerine haklı sebeple fesih davasını tetiklemeden kâr payı hakkını daha uzun süre ihlal etme olanağı veren bir korumasız alan yaratacaktır.

Kuramsal bağlamdaki bu korumasız alana davacının karar alma sürecinden kaynaklanan halleri de eklemek gerekmektedir. Haklı sebeple feshin varlığının kabulü için kâr payı dağıtımından ne kadar süre ile haksız olarak imtina edilmesi gerektiği konusunda kanunda hiçbir ölçüt yoktur. Bu durumda menfaatleri ihlal edilen davacının bu duruma ne kadar katlanması gerektiğini öngörmesi mümkün değildir¹⁸⁷⁸. Bu durum davacının haklı sebeple fesih davasına başvurmasına ket vuracaktır. Daha somut şekilde anlatmak gerekirse, üç yıldır haklı bir sebep olmaksızın kâr payı dağıtılmayan bir şirkette pay sahibinin dava açması halinde, üç yıllık sürenin “süreklilik unsuru” bakımından yeterli sayılıp sayılmayacağı belirsizdir. Bu durumda davacı vaktinden erken bir dava açarak uzun bir yargılama süreci sonunda davayı kaybetmeyi göze alamayacağı için, bu unsurun gerçekleştiğinden emin olana dek beklemeyi tercih edecektir. Böyle bir durumda bekleme ise pay sahibinin kâr payı hakkının daha uzun bir süre ihlal edilmesi sonucunu doğuracaktır¹⁸⁷⁹.

Öğretide pay sahiplerinin şirket esas sözleşmesinde bazı hallerin haklı sebep teşkil edeceğini kararlaştırabilecekleri belirtilmektedir¹⁸⁸⁰. Bu görüş uyarınca, pay sahiplerinin kâr dağıtımından imtina edilmesinin hangi şartlarda haklı sebep teşkil edeceğinin kararlaştırılması mümkün olacaktır. Örneğin şirketin üç yıl boyunca net dönem kârının %20’sinden daha azını dağıtmasının haklı sebep teşkil edeceği şeklinde bir açık hüküm getirilmesi mümkündür. Böyle bir düzenleme karşısında, hâkim artık esas sözleşmede yazan koşulun bir haklı sebep teşkil edip etmediğini incelemeyecek, sadece esas sözleşmede belirtilen haklı sebebin unsurlarının somut olayda mevcut olup olmadığını inceleyecektir¹⁸⁸¹. Bu şekilde koruma dışı alanlar giderilmiş¹⁸⁸² olur hem de davacıyı biraz daha sabretmeye mecbur kılan hukuki belirsizliğin önüne geçilir.

¹⁸⁷⁸ Elbette yargı kararları ile bu konuda hukuki belirliliğin sağlanması mümkündür. Ancak haklı sebeple fesihte somut olayın tüm şartlarının dikkate alınması gerektiği için kararlar arasında doğal olarak farklı yaklaşımlar ortaya çıkacaktır. Bu ise ne kadar süre kâr dağıtılmaması halinde bunun haklı sebep teşkil edeceği konusunda Yargıtay’ın kesinlik sağlayan ve azınlık pay sahiplerinin önceden hukuki sonucu öngörmesine olanak sağlayacak müstakar içtihat oluşturmalarını geciktirecektir.

¹⁸⁷⁹ Elbette davacının davanın reddedilmesi üzerine tekrar dava açma imkânı olacaktır. Bu nedenle de ilk bakışta bu durumun azınlık pay sahibine bir zarar vermeyeceği düşünülebilir. Ancak yine de davanın reddinin pay sahibi açısından bazı sakıncaları olduğu göz ardı edilemez. İlk akla sakınca gelen davacının reddedilen davadan doğan yargılama giderlerine katlanmasıdır. İkinci olarak pay sahibinin sürekli olarak haklı sebeple fesih davası açması, şirketin faaliyetlerine ve ticari itibarına zarar vereceği için şirkete zarar verebilir. Bu nedenle azınlık pay sahiplerinin dava haklarını sakınarak kullanacaklarını varsaymanın isabetli olacağı kanaatindeyiz.

¹⁸⁸⁰ Örnekle olarak bkz. Erdem, **Haklı Sebep**, s.197, İlbasmış Hızlısoy, s.43 vd., Pulaşlı, **Şerh III**, s.2421.

¹⁸⁸¹ Şahin, s.309-310, Ayoğlu, **Haklı Nedenle Fesih**, s.221, İlbasmış Hızlısoy, s.43 vd.

¹⁸⁸² Hatta taraflar kâr payı dağıtımından imtina edilmesinin tek başına haklı sebeple fesih teşkil edeceğine ilişkin bir düzenleme getirerek, koruma dışı alanı tamamen de ortadan kaldıracaklardır.

Kuramsal olarak etkin olan böyle bir düzenleme yapılması içinse yine azınlık pay sahiplerinin çoğunluk pay sahipleri ile müzakere imkânın ve gücünün bulunması önkoşulu devreye girecektir. O nedenle esas sözleşme düzenlemeleri vasıtasıyla haklı sebeple fesih davasının şartlarını daha belirgin hale getirmek uygulamada birçok durumda mümkün olmayacaktır.

Yukarıda belirttiğimiz eksikliklerden mütevellit, haklı sebeple fesih davasının kâr payı hakkını korumak için tam bir koruma getirdiğini söylemek mümkün değildir. Kanaatimizce haklı sebeple fesih davasında hâkime kâr dağıtma kararı verme yetkisi tanınmış olmasına rağmen, münferit olarak genel kurul kararının iptali üzerine hâkimin kâr dağıtım kararı vermesine imkân veren bir düzenlemeye yine de ihtiyaç bulunmaktadır. Nitekim, haklı sebeple fesih davasına ilişkin çalışmalarda da belirtildiği üzere, haklı sebeple fesih davasının amacı münferit ihlallerin giderilmesi olmayıp sistematik ihlallere karşı pay sahiplerini korumaktır¹⁸⁸³. Bundan ötürü, TTK m.531'in kâr payı hakkının korunması bakımından üstlendiği önemli işleve rağmen, münferit ihlaller için başvurulabilecek, ihlalin haklı sebep seviyesine erişmesini beklemeyi gerektirmeyen ve azınlık teşkil etmeyen pay sahiplerinin de kullanabileceği bir hukuki yola duyulan ihtiyaç devam etmektedir. Kanaatimizce iptal davası ve bu davayı takiben hâkimin genel kurul yerine net dönem kârının dağıtımına karar vermesi, söz konusu münferit ihlalleri gidermek için etkili bir yöntem olacaktır.

IV. De Lege Feranda Koruma Yöntemi: Azınlık Pay Sahiplerine Kâr Payı Dağıtım Talebi Hakkı Tanınması

Yukarıda pozitif hukukta şirketin haksız yere kâr dağıtımından imtina etmesi halinde pay sahiplerinin başvurabileceği hukuki yollar konusunda bir değerlendirme yapılmıştır. Söz konusu hukuki yollar, haksız yere kâr dağıtımından imtina edilen bir anonim şirkette pay sahiplerinin doğrudan veya dolaylı olarak kâr dağıtımını sağlaması veya en azından dağıtımdan imtina edilmesinin olumsuz etkilerinin giderilmesini sağlamaktadır. Kanaatimizce yukarıda savunduğumuz görüşler çerçevesinde, pay sahiplerinin kâr payı hakkının korunması mümkün olacaktır.

Öte yandan pozitif hukuktaki düzenlemelerin sorunsuz olduğu da iddia edilemez. Öğreti ve yargı kararlarında benimsenen iptal davası, salt bozucu inşai etkisi sebebiyle azınlıkta kalan pay sahiplerini korumak açısından yetersizdir. Bizim de savunduğumuz kâr dağıtım davası ise öğretilerde azınlık görüş olup yargı uygulamasında da sınırlı bir kabul görmüştür. Haklı sebeple fesih davası ise kuramsal olarak ideal bir çözüm sunsa da azınlık teşkil etmeyen pay sahiplerini

¹⁸⁸³ Habegger, s.118-119, Erdem, **Haklı Sebep**, s.116.

korumadığı gibi münferit ihlalleri de engellemekte etkisidir. Üstelik öğretilerde haklı sebep kavramının şirket feshini haklı kılacak derecede olması yönündeki görüşü Yargıtay tarafından benimsendiği takdirde, yüksek oranda kâr eden, ticari olarak başarılı ancak azınlık pay sahiplerinin kâr payı hakkını ihlal eden şirketler bakımından bu hukuki yolu kapatabilecektir.

Özetle, pozitif hukuktaki korumalar pay sahipleri bakımından büyük önem taşıyan kâr payı hakkı bakımından “dikensiz gül bahçesi” sunmamaktadır. Bu nedenle de bir hukuk sisteminde daimî olan “daha iyi çözüm” arayışı, pay sahiplerinin kâr payı hakkının korunması bakımından aciliyetini korumaktadır. Bu bölümde, karşılaştırmalı hukukta benimsenen kâr payı hakkının korunması amacını taşıyan ve pay sahiplerine kanun ile tanınan kâr payı dağıtılmasını talep etme hakkını tanıyan “azınlık kâr payı” (“*minority dividend*”) kavramını tartışmaya açmak istiyoruz.

A. Genel Açıklamalar

Azınlık kâr payı kavramı ile kast edilen, şirkette azınlık haklarını kullanmaya ehil olan pay sahiplerinin talebi üzerine, şirket net dönem kârının belirli bir kısmının dağıtılması zorunluluğudur. Diğer bir ifade ile net dönem kârının kanunda belirtilen bir kısmının dağıtımı için genel kurul kararı aranmamakta, azınlık pay sahiplerinin bu konudaki talebi yeterli olmaktadır. Net dönem kârının kalan kısmı bakımından ise çoğunluk kuralı çerçevesinde genel kurulun dağıtım veya yedek akçe ayırma yönünde karar alması gerekecektir.

Azınlık pay sahiplerine kâr dağıtım talebi yetkisi veren bu gibi düzenlemeler muhtelif Kuzey Avrupa hukuk sistemlerinde yer bulmuştur. Bu örneklerden ilki, Finlandiya Şirketler Kanunu Bölüm 12 Kısım 4/2 düzenlemesidir. Bu hüküm uyarınca, şirketin paylarının en az %10’una sahip bulunan pay sahiplerinin talep etmesi üzerine, şirket genel kurulunda net dönem kârının %50’sinin dağıtımı yönünde karar alınması zorunlu hale gelir¹⁸⁸⁴. Bu şekilde teknik olarak azınlık teşkil eden pay sahiplerinin kâr payı beklentisi korunmuş olmaktadır. Söz konusu hüküm, azınlık pay sahiplerinin kâr payı beklentisi bakımından koruma sağlarken, şirketin finansal düzenini olumsuz yönde etkilememek için de bazı sınırlamalar getirmiştir. Söz konusu hakkın kullanılması sonucunda dağıtılacak miktar şirketin özkaynağının %8’ini geçemeyecektir¹⁸⁸⁵. Ayrıca Finlandiya Şirketler Kanunu’nun azınlık hakkı, sadece net dönem kârının yarısının dağıtımına ilişkindir. Diğer bir ifade ile azınlık kâr payı hakkı kapsamında

¹⁸⁸⁴ Kinkki, s.471, Truyen, s.149 dn. 35.

¹⁸⁸⁵ Kinkki, s.471. Yazar 1993 öncesinde bu oranın %5 olduğunu 1993’teki değişiklik ile %8’e çıkartıldığını belirtmektedir.

geçmiş yılların kârından ayrılan yedek akçelerin dağıtılması istenemeyeceği gibi, bu hakkın kullanıldığı ilgili yılda şirketin zarar etmesi halinde de bu madde kapsamında dağıtım söz konusu olmayacaktır¹⁸⁸⁶.

Norveç hukukunda da mahkemenin azınlık pay sahiplerinin talebi üzerine, belirli bir miktarda kârın dağıtımına karar vermesi açıkça düzenlenmiştir (Norveç Şirketler Kanunu Bölüm 8 Kısım 4)¹⁸⁸⁷. Finlandiya hukukunda da olduğu üzere bu hak, şirket sermayesinin en az %10'unu temsil eden paylara sahip olan pay sahipleri tarafından kullanılabilir¹⁸⁸⁸. Öte yandan kanun ile mahkemeye tanınan bu yetkiye yine muhtelif sınırlamalar getirilmiştir. Buna göre, mahkeme, yönetim kurulu tarafından önerilen miktarın üzerinde kâr dağıtımına karar veremez¹⁸⁸⁹. Aynı zamanda ilgili hüküm, dağıtılabilecek kârın şirket özkaynaklarının %5'ini aşamayacağını da belirterek, yüksek kâr dağıtımının olası olumsuz etkilerini dengelemeyi hedeflemiştir¹⁸⁹⁰.

Norveç ve Finlandiya hukukundaki düzenlemelere benzer bir hüküm, İsveç Şirketler Kanunu Bölüm 18 Kısım 11'de yer almaktadır¹⁸⁹¹. Bu düzenlemeye göre şirket sermayesinin en az %10'unu temsil eden paylara sahip olan pay sahipleri, şirketin net dönem kârının bir kısmının dağıtılmasına karar verilmesini isteyebilir. Bu talep üzerine, genel kurulda net dönem kârından kanun ve esas sözleşme uyarınca ayrılması gereken yedek akçeler ayrıldıktan sonra kalan kısmın %50'sinin dağıtılması gerekmektedir¹⁸⁹². Bunun için gerekli yüzdeyi sağlayan pay sahiplerinin genel kurul toplantısında kâr dağıtım talebinde bulunması gerekli ve yeterli olup, talepte bulunan pay sahiplerinin dava açacakları yönünde bir bildirimde bulunmalarına gerek bulunmamaktadır. Ancak genel kurulun azınlık pay sahiplerinin talebine uygun olarak karar vermesi halinde, talepte bulunan pay sahipleri dava açarak mahkemenin genel kurul yerine karar vermesini talep edebilirler¹⁸⁹³.

¹⁸⁸⁶ Kinkki, s.483.

¹⁸⁸⁷ Truyen, s.149.

¹⁸⁸⁸ Truyen, s.150.

¹⁸⁸⁹ Truyen, s.149. Bu sınırlama Norveç hukukundaki genel hükümler ile uyumludur. Zira Norveç hukukunda yönetim kurulu tarafından belirlenen kâr dağıtım önerisi genel kurulun yetkisini sınırlamakta olup genel kurul, yönetim kurulunun önerdiğinden daha fazla dağıtıma karar verememektedir. Bkz. Truyen, s.149. O nedenle de mahkemenin kararı bakımından getirilen bu sınırlama, esasen genel kurulun yetkisine getirilen sınırlamanın mahkemeye teşmilinden ibarettir.

¹⁸⁹⁰ Truyen, s.150.

¹⁸⁹¹ Truyen, s.149 dn.35.

¹⁸⁹² İsveç Şirketler Kanunu Bölüm 18 Kısım 11'de yer alan hüküm, esas sözleşmeye konulacak bir maddeyle hakkın kullanılması için gereken %10'luk sınırın azaltılabileceğini veya %50'lik dağıtım oranının artırılabilceğini de belirtmektedir.

¹⁸⁹³ Skog/Fäger, s.109.

Kuzey Avrupa ülkelerinde¹⁸⁹⁴ yukarıda irdelenen kanuni düzenlemeye kavuşan azınlık kâr payı hakkı, Avrupa’da şirketler hukuku düzenlemelerinin uyumlaştırılması yönündeki çalışmalara katkı vermek için hazırlanan Avrupa Model Şirketler Kanunu’nda (*European Model Company’s Act*, “EMCA”) da örnek teşkil etmiştir¹⁸⁹⁵. EMCA’nın 7.02 maddesinin 2. fıkrası uyarınca, şirket sermayesinin en az %10’unu temsil eden paylara¹⁸⁹⁶ sahip olan pay sahiplerinin talep etmesi halinde, esas sözleşme uyarınca ayrılması gereken yedek akçeler ayrıldıktan sonra kalan net dönem kârının en az yarısının dağıtılması zorunludur. Bunun için azınlık pay sahiplerinin talepte bulunması gerekli ve yeterlidir. Talep üzerine genel kurul, azınlık pay sahiplerinin talebini kabul ederek dağıtıma karar vermelidir. Genel kurul talebe uygun olarak bir karar almadığı takdirde, azınlık pay sahiplerinin mahkemeye başvurarak dağıtım kararı verilmesini talep etmeleri mümkündür¹⁸⁹⁷.

EMCA hükümlerinde de EMCA düzenlemesine örnek teşkil eden mehzaz hukuk sistemlerinde (Finlandiya-İsveç-Norveç) olduğu gibi, şirketin finansal durumunun muhafaza edilmesi için bazı dağıtım sınırlamaları getirilmiştir. Bu bağlamda EMCA m.7.02 f.2 uyarınca bu maddede düzenlenen hakkın kullanılması üzerine dağıtılacak kâr miktarı şirketin özvarlığının %10’unu aşamayacaktır. EMCA m.7.02 hükmünde yer alan azınlık kâr payı hakkı düzenlenirken, pay sahiplerinin farklı bir düzenleme getirmesi ihtiyacı da göz ardı edilmemiştir¹⁸⁹⁸. İlgili hüküm nisbi emredici nitelikte olup EMCA m.7.02 f.3 uyarınca şirket esas sözleşmesinde dağıtım konusunda azınlık pay sahiplerinin daha lehine bir düzenleme getirilmesi mümkündür. Öte yandan, esas sözleşmede azınlık kâr payı hakkının kaldırılmasına veya sınırlandırılmasına yönelik bir düzenleme yapılması mümkün değildir¹⁸⁹⁹.

B. Hükmün Olması Gereken Hukuk Bakımından Yerindeliği

Kuzey Avrupa ülkelerinin mevzuatlarında yer bulmaya başlayan bu çözümün pay sahiplerinin kâr payı hakkını koruma açısından etkinliğini değerlendirmek gerekir. Zira bazı

¹⁸⁹⁴ Belirtmek gerekir ki, Portekiz Şirketler Kanunu m.294’te de kâr dağıtımı konusunda azınlık pay sahiplerinin iradesine sonuç bağlayan bir düzenleme bulunmaktadır. İlgili hüküm uyarınca şirketin net dönem kârının yarısından daha az bir dağıtıma karar verilmesi için genel kurulda şirket sermayesinin %75’ini temsil eden pay sahiplerinin onayı gerekmektedir. Bu düzenleme esasen Kuzey Avrupa ülkelerinde benimsenen azınlık kâr payı hakkının farklı bir kurgusu olarak görülebilir. Bkz. **EMCA Raporu**, s.139.

¹⁸⁹⁵ Kuzey Avrupa ülkelerinde yoğunlaşmış pay sahipliği yapısına rağmen, çoğunluk pay sahiplerinin bu durumu kendi yararlarına kullanma eğiliminin az olduğu, bu nedenle de söz konusu hukuk sistemlerinin yaklaşımlarının dikkate alındığı belirtilmektedir. Bkz. Ilmonen, s.490.

¹⁸⁹⁶ Hak, sermayeye katılma oranına bağlanmış olup, talepte bulunan kişinin sahip olduğu oy oranı dikkate alınmayacaktır. Bkz. **EMCA Raporu**, s.140.

¹⁸⁹⁷ **EMCA Raporu**, s.140.

¹⁸⁹⁸ **EMCA Raporu**, s.141.

¹⁸⁹⁹ EMCA Raporu, pay sahiplerinin söz konusu haktan sadece o anlık olarak vazgeçebileceklerini, önceden bu haktan vazgeçmelerinin mümkün olmadığını belirtmektedir. Bkz. **EMCA Raporu**, s.141.

ulusal hukuklarda getirilen bu koruma yönteminin EMCA'da da benimsenmesi karşısında, ilerleyen yıllarda başka ulusal hukuklarda da azınlık pay sahiplerine kâr dağıtım talep hakkı verilmesi ihtimal dahilindedir. O nedenle de ileride Türk hukukunda gerçekleştirilecek yasama faaliyetleri sırasında azınlık kâr payı konusunda bir düzenleme getirilmesine gerek olup olmadığı noktasında, bu düzenlemelerin yerindeliğinin ve etkililiğinin tartışılması yararlı olacaktır.

Söz konusu düzenlemenin pay sahiplerinin kâr payı hakkını güvenceye alıp almadığı hususunda Finlandiya hukukuna ilişkin olarak yapılan bir çalışmada, azınlık pay sahiplerine etkin bir hukuki koruma yöntemi tanınması halinde hâkim pay sahiplerinin bu durumu dikkate aldıkları ve kâr payı hakkını koruyacak kâr dağıtım politikaları benimsedikleri tespit edilmiştir¹⁹⁰⁰. Bu açıdan bizatihi ilgili hükmün varlığı, azınlık pay sahiplerinin dava açmasına gerek olmaksızın çoğunluk pay sahiplerinin dürüstlük kuralına aykırı veya ticari olarak ikna edici olmayan kurumsal finansman uygulamalarını caydırıcı bir etki göstererek pay sahipleri açısından önleyici bir koruma sağlamış görünmektedir.

Ampirik incelemelerin gösterdiği bu olumlu sonuçlar, kanaatimizce teorik öngörüler ile de desteklenebilir. Öncelikle azınlık pay sahiplerinin daha etkin korumaya sahip olması, çoğunluk pay sahiplerini şirket içi uyuşmazlıkların müzakere ile çözülmesi yönünde zorlayacaktır; çünkü çoğunluk pay sahibi salt çoğunluk olmasına binaen istediği kurumsal finansman kararını tek başına alamayacaktır. Bu durum iki şekilde azınlık pay sahiplerini koruyucu etkiyi haizdir. İlk olarak eğer çoğunluk pay sahibinin kâr dağıtımından kaçınması, çoğunluk gücünün kötüye kullanılması niteliğindeyse, azınlığın kâr payı dağıtılması talebi önemli bir caydırıcılık sağlayacaktır¹⁹⁰¹.

İkinci ihtimalde eğer çoğunluk pay sahibi kâr dağıtımından imtina etmesi çoğunluk gücünün kötüye kullanılmasından değil de yönetim konusundaki fikir ayrılığından kaynaklanıyorsa, bu durumda azınlık pay sahiplerinin kâr payı hakkı konusunda önemli bir etkiye sahip olması

¹⁹⁰⁰ Kinkki, s.485 ve s.498. Belirtmek gerekir ki yazarın yaptığı çalışma halka açık şirketlere ilişkindir. Nitekim halka kapalı şirketlerde benzer bir araştırma yapmanın fiilen çok zor, hatta belki de imkânsız olduğu söylenebilir. Öte yandan halka açık şirketler bakımından varılan sonucun kapalı şirketler bakımından da esas itibarıyla geçerli olduğu varsayılabilir.

¹⁹⁰¹ Elbetteki bu durumda çoğunluk pay sahiplerinin finansal tablolarda oynamalar ile kârı düşük göstermeleri veya yönetim yetkisini kullanarak şirket kârını azaltacak hukuki işlemlere başvurarak azınlık pay sahiplerinin kâr payı haklarını sınırlandırması, bir çeşit “arka kapı politikası” uygulaması mümkündür. Ancak kârı gizleyecek ve azaltacak bu gibi işlemlere karşı şirketler hukukunda bilgi alma hakkı veya sorumluluk davası gibi, azınlık pay sahipleri lehine birçok koruyucu hüküm bulunmaktadır. O nedenle çoğunluk pay sahiplerinin azınlık pay sahiplerinin menfaatlerine zarar verecek arka kapıların bu gibi hükümler ile kapatılabileceği göz ardı edilmemelidir.

taraflar arasında müzakere ve uzlaşmayı zorunlu kılacaktır. Böyle bir durumda, çoğunluk pay sahipleri tek başına istedikleri fikri uygulayamayacak ve azınlık pay sahiplerini ikna etmek zorunda kalacaklardır. Bu zorunluluk çoğunluk pay sahipleri ile azınlık pay sahipleri arasındaki bilgi paylaşımını ve birlikte karar alma süreçlerinin güçlenmesi sonucunu doğuracaktır ki, bu yönde bir adımın çoğunluk pay sahipleri ile azınlık pay sahipleri arasındaki asil-vekil sorununun çözümü bakımından olumlu etkiye sahip olacağı öngörülebilir. Örneğin önümüzdeki dönemde yatırımların artmasını isteyen çoğunluk pay sahipleri, azınlık pay sahiplerinin dağıtım talebinde bulunmasını engellemek için yatırıma ilişkin planları ve yatırımın geri dönüş hızı gibi beklentileri paylaşacak ikna edici bir model ortaya koymak zorunda kalacaklardır ki, bu sonucun ilkesel olarak olumlu bir sonuç olduğu söylenebilir.

Kanaatimizce azınlık kâr payı hakkını etkili hale getiren bir diğer sebep ise, azınlık pay sahipleri için getirilen korumanın şartlarının açık ve objektif olarak tespit edilebilir olmasıdır. Zira mevcut durumda Türk hukukunda haklı sebeple fesih davası (TTK m.531) veya yedek akçe ayrılması kararının iptalini takiben dağıtım talep edilmesine yönelik bir dava açılması halinde, hâkimin değerlendirmesi gereken birçok husus olduğu gibi, bu dava sonucunda verilecek karar bakımından da hâkimin geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır. Örneğin hâkimin şirketin genel finansal durumunu, likidite durumunu, ticari performansını, şirketin faaliyet gösterdiği piyasa koşullarını ve yedek akçe ayırma kararlarının ticari temelinin bulunup bulunmadığını incelemesi ihtiyacı ortaya çıkacaktır. İlaveten söz konusu kararın hakların sakınılarak kullanılması ilkesine uygun olup olmadığını da değerlendirmesi gerekecektir. O nedenle pozitif hukuk bakımından ele alınan dava imkânlarında hâkim tarafından değerlendirilmesi gereken birçok husus bulunması, hem hâkimi çözmesi gereken çok karmaşık hukuki sorunlarla karşı karşıya bırakmakta hem de hukuki sonucun öngörülebilmesini zorlaştırmaktadır. Diğer bir ifade ile bu konularda davanın tarafları davanın kabul edilip edilmeyeceği ve dava kabul edilirse ne oranda dağıtım karar verileceğini öngöremeyeceklerdir¹⁹⁰². Bu belirsizlik hali ise azınlıkta kalan pay sahiplerinin kâr payı hakkının korunması için getirilen yöntemlerin etkinliğine ket vurmaktadır.

Halbuki yukarıda incelediğimiz ulusal hukuk veya model kanun düzenlemeleri uyarınca azınlık pay sahiplerine dağıtım talebinde bulunma yetkisi veren hükümlerde, bu talebin şartları

¹⁹⁰² EMCA m.7.02'nin gerekçesinde de azınlık pay sahiplerini korumaya yönelik genel hükümlerin ne kadar özenle yazılırsa yazılsın esaslı bir incelemeyi zorunlu kıldığı, o nedenle azınlık pay sahiplerinin etkin korunması için belirgin ve somut bir koruma getirilmesinin zorunlu olduğu belirtilmiştir. Bkz. **EMCA Raporu**, s.140. Nitekim Alman hukukunda da genel kurulun kâr dağıtımını sınırlayan kararlara karşı iptal davası açılmasına ilişkin AktG m.254 hükmünün uygulanması bakımından aynı sorunun bulunduğu yönünde bkz. Schwab, **Schmidt/Lutter Kommentar, AktG 254**, para.8.

ve sonuçları objektif olarak belirlidir. Pay sahiplerinin sahip olması gereken pay oranı ve talep üzerine dağıtılacak kâr payı oranı kanunda açıkça belirtilmiştir. Üstelik bunun dışında somut olayın şartlarını değerlendirmeyi zorunlu kılan herhangi bir ilave şart da benimsenmemiştir¹⁹⁰³. O nedenle de bir uyuşmazlık halinde, nasıl bir karar verileceği ve ne oranda kâr dağıtımına hükmedileceği hakim tarafından oldukça kolay şekilde tespit edilebilecek ve davanın başında olası sonuç öngörülebilecektir.

Bu durum geriye doğru bir zincirleme etkiye de yol açacaktır. Zira bu düzenleme karşısında hâkim basit bir inceleme sonucunda, azınlık pay sahiplerinin talebinin hukuka uygunluğunu tespit edebilecektir. Bu nedenle gerek azınlık gerekse çoğunluk pay sahipleri genel kurulda alınacak kararların yargılama sonucundaki akıbetinin ne olabileceğini öngörebileceklerdir. Karmaşık bir değerlendirme sonucunda, öngörülemeyen bir karar yerine, şartları ve sonuçları belirli bir dava imkânı karşısında çoğunluk ve azınlık pay sahipleri davranışlarını uyarlamaları, uyuşmazlığın çıkmasını ve sürecin yargı önüne taşınmasını engelleyici bir etkiye sahip olacaktır¹⁹⁰⁴.

Azınlık pay sahiplerine böyle bir hak tanınmış olması, şirketin finansal düzenine müdahale sonucunu doğuracağı için ilk bakışta bir endişe doğurabilir. Gerçekten de azınlık pay sahiplerinin bir kısmının kısa vadeli beklentilerinin korunmasında aşırıya kaçılması, şirketin uzun vadeli menfaatlerine zarar verebilecektir. Ayrıca çoğunluk gücünün kötüye kullanılması kadar sık olmasa da azınlık pay sahiplerinin de belirli şartlarda güçlerini kötüye kullanması ihtimali yok sayılamaz. Örneğin çoğunluk pay sahibi ile ihtilaf halinde olan azınlık pay sahibi, şirket menfaatlerine uymayacağını bildiği halde kâr payı dağıtılmasına yönelik hakkını yalnızca çoğunluk pay sahibine veya şirkete zarar vermek amacıyla kullanabilir. O nedenle de azınlık pay sahiplerine dağıtım üzerinde doğrudan bir etki vermenin olumsuz sonuçlara yol açabileceği ihtimali tamamen göz ardı edilemez.

Kanaatimizce örnek kanunlar bu endişeyi giderecek düzenlemeler getirmektedir. Öncelikle mahkemenin vereceği dağıtım kararı şirketin yıllık kârının bir kısmına ilişkin olup geçmiş yıllarda oluşan yedek akçelerin dağıtımına karar verilememektedir. Üstelik dağıtılacak

¹⁹⁰³ Elbette somut olayın şartlarında pay sahibinin paylarını hukuka uygun olarak iktisap edip etmediği veya bu hakkın kötüye kullanımının söz konusu olup olmadığı gibi sorunlar ortaya çıkabilir. Böyle bir durumda hâkimin ilave olguları ve hukuki sorunları da değerlendirmesi gerekebilir. Ancak söz konusu hallerin düşük ihtimaller olduğu ve istisnai olarak yargılama konusu olacağı söylenebilir.

¹⁹⁰⁴ Belirtmek gerekir ki, şirketin kâr payı ödemesi mahkeme kararına kadar gecikeceği için çoğunluk pay sahiplerinin yine de dağıtımdan kaçınma kararı vererek mahkeme kararına kadar bir “fiili vade” oluşturmaya çalışabilecekleri fikri akla gelebilir. Ancak davanın kabulü için gereken şartların objektif ve açık olması sebebiyle yargılamanın kısa sürmesi halinde bu sakınca tamamen bertaraf edilmese de sınırlandırılmış olacaktır.

miktar da yıllık kârın belirli bir kısmı ile sınırlandırılmıştır. Buna ilaveten dağıtılabilecek azami miktar şirketin özkaynaklarına oranlı olacak şekilde de sınırlandırılmıştır. Örneğin Norveç ve İsveç hukuklarında mahkeme kararı ile dağıtılabilecek miktar şirket özkaynağının %5'i ile sınırlıyken bu oran Finlandiya hukukunda ise %8 olarak belirlenmiştir. EMCA ise azınlık kâr payı hakkı ile dağıtılacak miktarı şirket özkaynağının %10'u ile sınırlamıştır¹⁹⁰⁵. Söz konusu sınırlamalar ile pay sahiplerinin kâr payı beklentisi güvence altına alınırken, şirketin özkaynaklarına ve net dönem kârına oranlı bir dağıtım yapması güvence altına alınmış ve şirketin finansal düzenine sarsıcı etkisi sınırlandırılmıştır.

Bu sınırlayıcı etkiye rağmen, yine de azınlık pay sahiplerinin bu hakkı dürüstlük kuralına aykırı olarak kullanabilecekleri yadsınamaz. Ancak bu durum, tek başına azınlık kâr payı hakkının reddedilmesi sonucunu doğurmamalıdır. Unutulmamalıdır ki, tüm ortaklık hakları kötüye kullanılabilir, ancak bu bir hakkın tanınmaması için tek başına bir sebep değildir. Eğer azınlık pay sahiplerinin kâr payı talep haklarını dürüstlük kuralına aykırı kullandıkları iddiası söz konusu ise, genel kurul azınlık pay sahiplerinin talebini göz ardı ederek karar alacak ve azınlık pay sahipleri bu karara karşı dava açacaklardır. Açılan davada çoğunluk azınlık pay sahiplerinin talebinin dürüstlük kuralına aykırı olduğunu ispat ederek, davanın reddini talep edecektir. Bu noktada dürüstlük kuralına aykırılık iddiası hâkim tarafından karara bağlanacaktır. Bu açıdan bakıldığında, pozitif hukuktaki düzenlemelere benzer bir durum söz konusudur. Zira gerek genel kurul kararının iptali davalarında gerekse haklı sebeple fesih davalarında mahkemeler çoğunluk pay sahiplerinin genel kuruldaki oy haklarını dürüstlük kuralına ve kanuna aykırı kullanılıp kullanmadıklarını incelemektedirler. Diğer bir ifade ile burada şu hukuk politikası sorunu doğmaktadır: Kâr payı kararı, genel kurulun takdirine bırakılıp çoğunluk pay sahiplerinin iradesinin hukuka uygunluğu mu kontrol edilmelidir yoksa karar azınlık pay sahiplerinin talebine bırakılıp azınlık pay sahiplerinin iradesi mi denetlenmelidir? Kanaatimizce varsayımsal olarak bir şirkette çoğunluğun gücünü kötüye kullanması, azınlığın gücünü kötüye kullanmasından daha olasıdır ve gerçekleşmesi halinde daha yıkıcı etkilere sahiptir. O nedenle azınlık kâr payı hakkında olduğu gibi, kural olarak azınlık pay sahiplerini korumak, istisnai olarak da azınlığın bu hakkı kötüye kullandığı iddiasını

¹⁹⁰⁵ EMCA Raporu, %10 sınırının keyfi olduğunun iddia edilebileceğini kabul etmektedir. Ancak şirketin dağıtılabileceği azami kârın şirketin finansal büyüklüğü ile oranlı olması bir zorunluluk olarak kabul edilmiştir. Ayrıca her ne kadar azınlık pay sahiplerinin korunması hedeflense de bu amaca ulaşırken şirketin finansal istikrarından fedakârlık edilmemesi gerektiği kabul edilmektedir. O nedenle de EMCA da mehz Kuzey Avrupa ülke düzenlemelerini takip ederek bir sınırlama getirmeyi tercih etmiştir. **EMCA Raporu**, s.140.

mahkeme denetimine tabi tutmak hukuk politikası açısından kanaatimizce daha isabetli sonuçlar doğuracaktır.

Görüldüğü üzere hüküm hem pay sahiplerinin bu hakka hangi şartlarda sahip olduğunu düzenlemiş hem de hükmün sonuçlarının neler olabileceği konusunda belirgin bir çerçeve çizmiştir. Olası bir uyuşmazlık halinde, hâkimin dağıtım kararı vermek için inceleyeceği hususlar pay sahipliği oranı ve şirketin yıllık kârı gibi objektif unsurlarla sınırlıdır. Hâkim, söz konusu şartların mevcut olduğunu tespit ettiği takdirde, hükümde belirtilen ölçütler ışığında dağıtılacak miktarı belirleyecektir. Ancak kanun dağıtım miktarına ilişkin düzenlemeler getirerek, dağıtım kararının şirket üzerinde doğurabileceği olumsuz sonuçları sınırlandırmaktadır. Bu açıdan düşünüldüğünde söz konusu düzenlemenin kâr payı açlığını gidermek için etkin ve menfaat dengesini koruyan bir model olduğu ve Türk hukuku bakımından da değerlendirmeye alınmasının yararlı olacağı kanaatindeyiz.

C. Azınlık Kâr Payı Hakkının Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi

Yukarıda azınlık kâr payı hakkı olarak ifade edilen hukuki korumanın azınlık pay sahiplerinin kâr payı açlığının giderilmesi için etkin bir yöntem olabileceğini belirttik. Bu bölümde, azınlık kâr payı hakkı Türk hukuku bakımından daha detaylı olarak mütalaa edilecektir. Bu şekilde bir koruma yönteminin öncelikle Türk pozitif hukuku bakımından mümkün olup olmadığını değerlendirilecek ve ardından da böyle bir hakkın ileride gerçekleştirilebilecek bir yasama çalışmasında nasıl ele alınması gerektiği konusu tartışmaya açılacaktır.

1. Pozitif Hukuk Bakımından

TTK veya ilgili mevzuat incelendiğinde, azınlık pay sahiplerine kâr dağıtımını talep etme yetkisi veren açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bu düzenleme eksikliği karşısında, kâr payı dağıtımını talep etmeyi sağlayacak kanuni bir azınlık hakkından da bahsedilemeyeceği açıktır.

Bununla birlikte, şirket esas sözleşmesine konulacak bir hükümle azınlık kâr payı hakkı tanınmasının mümkün olup olmadığı konusunun yanıtı aynı derecede basit değildir. Daha açık şekilde ifade etmek gerekirse, şirket esas sözleşmesine pay sahiplerinden bir kısmının talep etmesi halinde net dönem kârının belirli bir kısmının dağıtılacağı yönünde bir hüküm eklenmesi halinde, Türk hukukundaki mevcut hükümler ışığında, bu düzenleme geçerli olacak mıdır? Bu soruya olumlu cevap verilmesi halinde, Türk hukukunda azınlık kâr payı hakkının esas sözleşmede düzenlenmesi şartıyla iradi olarak yer bulabileceği sonucuna varılabilir.

Böyle bir düzenlemenin mümkün olup olmadığının tespit edilmesi bakımından TTK'da yer alan ve esas sözleşmede düzenlenebilecek konulara sınır getiren iki hükmün daha detaylı olarak değerlendirilmesi gerekir. Bu hükümlerden ilki TTK m.340 hükmüdür. Bilindiği üzere, TTK m.340 "*Esas sözleşme, bu Kanunun anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak Kanunda buna açıkça izin verilmişse sapabilir*" ifadesine yer vermektedir. Bu hükme göre, şirket esas sözleşmesi bakımından borçlar hukuku sözleşmelerine hâkim olan irade serbestisi ilkesi uygulanmaz ve yalnızca açıkça izin verilen hallerde şirket esas sözleşmesinde kanundan sapan bir düzenleme getirilebilir¹⁹⁰⁶. Bu hüküm karşısında, azınlık kâr payı hakkının şirket esas sözleşmesinde düzenlenmesinin TTK m.340 hükmünü ihlal edip etmeyeceği sorusu akla gelebilir. Zira TTK'da azınlık kâr payı hakkı tanınması yönünde açıkça atıf yapılmadığı için, şirket esas sözleşmesinde de böyle bir düzenleme getirilemeyeceği ilk bakışta savunulabilir.

Ne var ki, kanaatimizce TTK m.340 hükmü esas sözleşmede azınlık pay sahiplerine kâr dağıtım talebi hakkı verilmesine engel teşkil etmez. TTK m.340'taki emredici hükümler ilkesi, kanunda getirilen düzenlemelerden "sapılmasını" yasaklamaktadır. Bununla birlikte, kanunda düzenlenen bir konunun detaylarının veya usulünün belirlenmesine ilişkin hükümler bakımından bir sınırlama veya yasak getirmemektedir. Bu şekilde kanundaki düzenlemeye aykırı olmayan, ancak bu hükümlerin nasıl uygulanacağı konusunda düzenlemeler getiren esas sözleşme hükümleri, "tamamlayıcı hükümler" olarak tanımlanmakta olup TTK m.340 düzenlemesinin tamamlayıcı hükümlere cevaz verdiği belirtilmektedir¹⁹⁰⁷. Bu noktada azınlık kâr payı düzenlemesinin kanundaki hükümlerden bir sapma niteliğinde mi olduğu, yoksa kanundaki düzenlemeleri tamamlayıcı bir nitelikte mi olduğunun tespit edilmesi gerekmektedir.

TTK m.507 ve TTK m.521 hükümlerinin şirketin esas sözleşmesinde kâr dağıtım ve yedek akçe ayrılması konusunda kurallar getirilmesine izin verdiği, bu durumda genel kurulun söz konusu esas sözleşme düzenlemelerine uygun olarak karar vermesinin gerekeceğine yukarıda değinmiştik¹⁹⁰⁸. Söz konusu iki hüküm dikkate alındığında, şirketin esas sözleşmesinde yedek akçe ayrılması ve kâr dağıtımın yapılması konusunda düzenlemeler getirilmesine açıkça izin verildiği anlaşılmaktadır. Bu düzenleme karşısında, azınlık pay sahiplerine kâr dağıtım kararı alınmasını talep etme yetkisi veren bir esas sözleşme hükmünün TTK m.340 hükmü karşısında kanundan sapan bir düzenleme değil, kanunu tamamlayıcı bir hüküm olarak değerlendirilmesi gerektiği görüşündeyiz. Şöyle ki, azınlık kâr payı hakkı tanıyan bir esas sözleşme düzenlemesi,

¹⁹⁰⁶ TTK m.340 düzenlemesi ve emredici hükümler ilkesi hakkında kapsamlı açıklama için bkz. Karasu.

¹⁹⁰⁷ Karasu, s.60, Şehirli Çelik (Kırca/Manavgat), s.165, Ayoğlu, **Tahkim**, s.30.

¹⁹⁰⁸ Bkz. Yukarıda Dördüncü Bölüm- I-A-2- Esas Sözleşmeye Aykırılık.

belirli bir sermaye oranını temsil eden paya sahip olan pay sahiplerinin talep etmesi halinde şirketin belirli bir miktar kârı yedek akçe olarak ayıramayacağı ve bu miktarı pay sahiplerine dağıtmak zorunda kalacağı anlamına gelmektedir. Diğer bir ifade ile azınlık kâr payı hakkı olarak ifade edilen düzenleme, şirketin yedek akçe ayırması yönündeki kararının belirli bir miktarda pay sahibinin itiraz etmemesi şartına bağlanmasını ifade etmektedir. Bu açıdan, esas sözleşmeye konulacak bu şekilde bir hüküm, TTK m.509’da yedek akçe ayırma veya kâr dağıtımını yapma kararının hangi usulle alınacağına ilişkin koşulları belirtmekte, yani kanundaki düzenlemeyi tamamlamaktadır. Bu nedenle kanaatimizce azınlık kâr payını düzenleyen bir esas sözleşme hükmü, tamamlayıcı hüküm niteliğinde olup emredici hükümler ilkesini ihlal etmeyecektir.

Öte yandan esas sözleşmede azınlık kâr payı hakkı tanınmasına engel teşkil edebilecek ve bu nedenle irdelenmesi gereken bir diğer norm ise genel kurulun devredilemez yetkilerini düzenleyen TTK m.408 hükmüdür. TTK m.408 hükmü, kâr dağıtımını konusunda genel kurula devredilemez bir yetki tanımaktadır. Dağıtılacak kârın belirlenmesinin devredilemez bir yetki olduğu düşünüldüğünde, şirketin dağıtacağı miktarın bir grup pay sahibinin talebine bağlanmasının mümkün olmadığı iddia edilebilir. Bu nedenle de şirket esas sözleşmesinde azınlık kâr payı hakkı benimsenmesine izin veren açık bir hüküm bulunmadığından genel kurulun devredilemez yetkisini ihlal ettiği ileri sürülebilir.

Ancak böyle bir görüşe karşı birkaç gerekçe ileri sürülebilir. Öncelikle genel kurulun bir konuda devredilemez yetkisinin bulunması, genel kurulun bu konuda karar alırken takdir yetkisinin mutlak olduğu ve esas sözleşme uyarınca sınırlanamayacağı anlamına gelmez. *Şehirali Çelik*, genel kurulun yetkilerini, “münhasır yetkiler” ve “paylaşımlı yetkiler” olarak iki başlıkta değerlendirmektedir. Münhasır yetki niteliğindeki yetkilerde karar verilmesi her koşulda genel kurula aittir ve bu yetkinin esas sözleşme veya yönetim kurulu kararları ile sınırlandırılması mümkün değildir¹⁹⁰⁹. Diğer bir ifade ile bu konularda yönetim kurulu kararları veya esas sözleşme ile bir düzenleme getirilmesi mümkün değildir. Öte yandan paylaşımlı yetkilerde, genel kurul karar almaya yetkili organ olmakla birlikte, genel kurulun yetkisinin esas sözleşme ya da yönetim kurulu ile sınırlandırılması veya ikame edilmesi mümkündür¹⁹¹⁰. Buna

¹⁹⁰⁹ Bu gibi yetkilere örnek olarak rüçhan hakkının sınırlandırılması gösterilebilir. TTK m.461 uyarınca pay sahiplerinin rüçhan hakkı esas sermaye sisteminde genel kurul tarafından sınırlanırken, bu konuda yönetim kurulu karar alamadığı gibi şirket esas sözleşmesinde de önceden bir sınırlama getirilmesi mümkün değildir. Görmez, s.130-131.

¹⁹¹⁰ Şehirali Çelik, Feyzan Hayal, “TTK M. 408.2 Dışında Düzenlenen Genel Kurul Yetkilerinin Devredilmezliği: Kural mı, İstisna mı?” Prof. Dr. Hikmet Sami Türk’e Armağan (Ed: Aynur Yongalık/Murat Gürel/İbrahim Bektaş), Turhan Yayıncılık, Ankara, 2017, s.648 vd. Yazar paylaşımlı yetkiler arasında da bir ayırım

göre, paylaşımlı yetki niteliğindeki yetkilerde, genel kurul yetkili organ olmakla birlikte, şirket esas sözleşmesinde bir düzenleme varsa, şirket esas sözleşmesindeki düzenleme öncelik kazanacaktır. Diğer bir ifade ile bu durumda karar almaya yetkili organ genel kurul gibi görünse de genel kurulun takdir yetkisi şirket esas sözleşmesinin tanıdığı alan ile sınırlı olmaktadır¹⁹¹¹.

Ayrıca şirket genel kurulunun yetkili organ olması ile bu yetkiyi kullanırken sahip olduğu takdir yetkisinin sınırlanması farklı konulardır. Kanaatimizce TTK m.360'da yer alan yönetim kuruluna aday gösterme imtiyazı söz konusu ayrımı göstermesi bakımından açık bir örnektir. TTK m.408 uyarınca yönetim kurulu üyelerinin seçilmesi genel kurulun devredilemez yetkilerinden olmakla birlikte, TTK m.360 ışığında belirli pay sahibi gruplarına yönetim kurulu üyeliği için aday gösterme imtiyazı tanınabilir. Bu durumda genel kurulun yönetim kurulu üyesi seçme yetkisi bir başkasına devredilmese de genel kurulun üye seçimi konusundaki takdir yetkisi fiilen devredilmiş olup esas sözleşme hükmü sebebiyle genel kurulun gösterilen bu adayları seçmesi zorunludur.

Takdir yetkisi ile yetkili organ ayrımı hukuki durumdan kaynaklandığı gibi, fiili durumdan da kaynaklanabilir. Bu duruma bir örnek olarak genel kurulun karar nisaplarının ağırlaştırılması hali verilebilir. Bilindiği üzere TTK m.418 esas sözleşmede kanuna kıyasla daha ağır bir yetersayının kararlaştırılmasına izin vermektedir. Şirket esas sözleşmesine eklenecek bir hükümle genel kurulun yedek akçe ayırma kararının sermayenin %90'ını temsil eden pay sahiplerinin olumlu oyu ile alınmasına yönelik bir hüküm eklenmesi mümkündür. Böyle bir hüküm karşısında, genel kurul şekli olarak karar verme yetkisini muhafaza ettiği için TTK m.408 uyarınca devredilemez yetkilere ilişkin hükmünün ihlal edilmesi de söz konusu olmayacaktır. Öte yandan, bu hüküm sebebiyle şirkette %10'dan daha fazla oranda paya sahip olan her pay sahibi şirketin yedek akçe ayırmasına fiilen engel olabilecektir, çünkü genel kurul bu pay sahiplerinin rızası hilafına karar alma imkânını kaybetmiştir. Ancak kararın içeriği bakımından azınlık pay sahibinin iradesinin belirleyici olması, şekli olarak genel kurulun yetkili

yapmaktadır. Eğer genel kurulun yetkisi, yönetim kurulu veya esas sözleşme ile paylaşılıyor ise "yarışan paylaşımlı yetki" bulunmaktadır. Eğer genel kurulun yetkisi yönetim kurulu tarafından alınan bir kararın onaylanması şeklinde kullanılıyorsa, bu durumda "kümülatif paylaşımlı yetki" söz konusu olmaktadır. Şehirli Çelik, **GK Yetkilerinin Devredilmezliği**, s.648 vd.

Bu kavramlara birkaç örnek vermek isteriz. Şirket esas sözleşmesinde yönetim kurulu üyelerine kazanç payı ödenebileceğine ilişkin bir hüküm getirirken, dağıtılacak miktar için bir üst sınır getirilmiş olabilir. Bu durumda genel kurul yetkili organ olmakla birlikte, yetkisi esas sözleşme ile sınırlandırıldığı için yarışan paylaşımlı yetki söz konusu olmaktadır. Genel kurulun kümülatif paylaşımlı yetkilerine örnek olarak ise TTK m.408 f.2-f uyarınca önemli miktarda malvarlığının satışı veya TTK m.356'da belirtilen kuruluştan itibaren iki yıl içerisinde belirli iktisap işlemlerine onay verilmesi gösterilebilir. Bu kararlarda genel kurulun karar yetkisi tek başına sonuç doğurmamakta, ancak yönetim kurulunun yaptığı işlem ile birleşerek sonuç doğurmaktadır.

¹⁹¹¹ Şehirli Çelik, **GK Yetkilerinin Devredilmezliği**, s.648 vd.

organ olduğu gerçeğini değiştirmediği için, bu gibi bir düzenleme karşısında TTK m.408 hükmü ihlal edilmemiştir.

Kanaatimizce esas sözleşme ile azınlık kâr payı hakkı tanınmasına yönelik bir düzenleme de benzer bir etki taşımaktadır. Esas sözleşmede belirli bir oranda paya sahip olan pay sahiplerinin talebine göre genel kurulun belli bir oranda kâr dağıtımını yönünde karar verme zorunluluğunun getirilmesi, devredilemez yetki kuralını ihlal etmeyecektir. Bu durumda genel kurul hala şekli bakımdan yetkili organ konumunu muhafaza edecek, ancak bu yetkisini kullanırken takdir yetkisini esas sözleşme kurallarına uygun olarak kullanmak zorunda kалаacaktır.

Anonim şirket esas sözleşmesinde şirketin dağıtacağı kâr payının nasıl dağıtılacağına ilişkin hüküm getirilmesine olanak tanındığına yukarıda değinmiştik. Bu bağlamda örneğin şirketin net dönem kârının %20'sinin dağıtılması yönünde bir hüküm esas sözleşmeye eklenebilir ve bu şekilde kâr payı hakkı esas sözleşme ile güvence altına alınabilir. Esas sözleşme ile kr payının bir kısmının dağıtımını zorunlu hale getirilebilecekken, kâr payını belirli bir miktar paya sahip olan azınlık pay sahiplerinin talebi halinde dağıtılmasını kanuna aykırı kabul etmek çelişkili bir yaklaşım olacaktır. Zira kanun, esas sözleşmeye konulacak hükümle kr payına ilişkin getirilecek hükümlerin genel kurulun iradesine üstün kılınabilmesine olanak tanımış ve bu şekilde bir sınırlamayı devredilemez yetkinin ihlali olarak görmemiştir. Diğer bir ifade ile genel kurulun kâr payını belirlemeye dair devredilemez yetkisi, şirket esas sözleşmesinin kendisine tanıdığı alandaki yetkinin bir başka organa devredilmesini yasaklarken, esas sözleşme ile bu yetkinin kapsamına ve hangi şartlarla kullanılacağına dair düzenlenme yapılmasına engel oluşturmamaktadır. O nedenle de esas sözleşme ile finansal tabloların onaylanması ve kr bulunması şartıyla kendiliğinden kâr dağıtım yükümlülüğü getirilebilen bir hukuk düzeninde, azınlık pay sahiplerine böyle bir talepte bulunma imkânı tanıyan bir esas sözleşme düzenlemesine de cevaz verilmesinin isabetli olduğu kanaatindeyiz.

şirket esas sözleşmesinde pay sahiplerine kâr payı dağıtım kararı alınmasını talep etme hakkı verilmesi halinde, esas sözleşmenin bu hakkın şartlarını düzenlemesi de gerekmektedir. Bu bağlamda özellikle bu hakkı kullanabilecek pay sahiplerinin ne oranda paya sahip olması gerektiği ve bu hak kullanıldığı takdirde ne oranda dağıtım yapılacağının da belirtilmesi gerekmektedir. EMCA düzenlemesi uyarınca bu hakkın kullanılması için şirket sermayesinin %10'unu temsil eden pay sahiplerinin talebi üzerine net dönem kârının yarısının dağıtımını öngörülmüştür. Benzer şekilde azınlık kâr payı hakkı bakımından örnek kanunlarda da %10 sınırı kabul edilmiştir. Esasen Türk hukukunda da azınlık hakları için aranan eşik, şirket

sermayesinin %10'una sahip olunmasıdır. Ancak belirtmek gerekir ki, Türk hukukunda azınlık kâr payı hakkı bakımından kanuni bir düzenleme olmadığı için, esas sözleşmede hakkın kullanılması eşiği değiştirilebilecektir.

Model kanun veya mehzaz ÷lke kanunlarında, hakkın kullanılması halinde dağıtım taleple edilebilecek miktara ilişkin kapsamlı düzenlemeler getirilmiştir¹⁹¹². Türk hukukunda ise bu konuda bir düzenleme olmadığı için, hakkın kullanılma eşiğı bakımından olduğı gibi, hakkın kullanılması halinde yapılacak dağıtım bakımından da esas sözleşmede getirilecek düzenlemelerde büyük bir serbesti bulunmaktadır. Hak sahibi olan pay sahiplerinin talep etmesi halinde, dağıtılacak kısmın azami ve asgari oranı veya şirket özvarlığına oranı kural olarak serbestçe belirlenebilecektir. Bu nedenle model kanunlarda net dönem kârının %50'sinin talep üzerine dağıtılması söz konusu iken, Türk hukukunda bu oranın %25 veya %40 olarak belirlenmesine bir engel yoktur.

Bununla birlikte, esas sözleşmede yapılacak düzenlemenin kanundaki diğler hükümleri ihlal etmemesi gerektiğı açıktır. Bu nedenle TTK hükümleri uyarınca dağıtılmasına izin verilmeyen bir tutarın dağıtılması sonucunu doğuracak bir azınlık kâr payı hakkı düzenlemesi yapılması mümkün olmayacaktır. Böyle bir esas sözleşme hükmü, malvarlığının korunması ilkesine aykırılık teşkil edeceği için butlan ile sakat olacaktır (TTK m.447).

2. De Lege Feranda

Son olarak olası bir kanun değışikliğinde model kanunda veya örnek ulusal kanunlarda olduğı gibi azınlık pay sahiplerine kâr dağıtım taleple etme hakkı tanınması tercih edilirse, bu yönde bir düzenleme getirilirken hangi hususlara dikkat edilmesi gerektiğı üzerinde durmakta yarar bulunmaktadır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, azınlık pay sahiplerine böyle bir hak tanınması kanaatimizce etkin bir yöntemdir ve olası bir TTK değışikliğinde azınlık pay sahiplerine böyle bir hak tanınması üzerine düşün÷lmelidir. Eğer TTK'da bu yönde bir değışiklik yapılması tercih edilirse, düzenleme yapılırken model olarak Kuzey Avrupa ÷lkelerindeki düzenleme veya EMCA hükümleri esas alınarak dağıtım kararının şartlarının ve sonuçlarının objektif ölçütlerle belirlenmesi özel önem taşımaktadır.

Böyle bir düzenleme yapılması tercih edildiğı takdirde, örnek kanunlarda ve EMCA'da olduğı gibi hâkimin bu hakkın kullanılması sonucunda dağıtıma karar verebileceğı azami miktarın belirtilmesi hem şirketin finansal planlamasının yapılabilmesi hem de hâkimin

¹⁹¹² Bu sınırlamalar için açıklamalar için bkz. İkinci Bölüm-II- Dağıtılabilir Kârın Belirlenmesi.

yapacağı hukuki denetimi kolaylaştırarak etkin hale getirmesi açısından yararlı olacaktır. Zira öğretide haklı olarak belirtildiği gibi, yedek akçe ayrılmasının kanuna ve amaca uygunluğunun tespit edilmesi ve yedek akçelerin işlevsel olup olmadığını tespiti büyük zorluk arz etmektedir¹⁹¹³.

O nedenle de ilgili hüküm sevk edilirken, azınlık pay sahiplerinin dağıtım talebinde bulunabileceği miktarı, bu hakkı tanıyan diğer hukuk sistemlerinde olduğu gibi yıllık kârın belirli bir kısmı ile sınırlamak isabetli olacaktır. Kanunda dağıtımı zorunlu hale getirilecek kâr payı oranının ne olacağı ise sadece hukuki değerlendirme ile tespit edilemez. Kâr dağıtım oranının belirlenmesi bakımından daha fazla iktisadi verinin değerlendirilmesi ve Türk ekonomisinin yapısal özelliklerinin de dikkate alınması gerekir. Aksi takdirde, hukukçuların kâğıt üzerinde getireceği normların iktisadi gerçeklik ile bağdaşmaması riski doğacaktır. O nedenle konu sadece hukuk tekniği açısından değil, şirketlerdeki sermaye birikimi ve likidite sorunları gibi iktisadi konular da göz önünde bulundurarak ele alınmalıdır. Sonuç olarak Kuzey Avrupa hukukları ve EMCA düzenlemesinde belirtilen azınlık pay sahiplerinin kâr payı dağıtım talep etme hakkını kuramsal olarak kabul etmekle birlikte, net dönem kârından dağıtılacak oran ve bunun özvarlıklara oranı konusunda getirilecek sınırlamalar konusunda iktisat alanındaki değerlendirmeler ile desteklenmeyen bir yasama faaliyetinden sakınmak gerekecektir.

Model kanunlarda olduğu gibi kâr payı dağıtımını talep etme hakkının bir azınlık hakkı olarak tanınması halinde, azınlık haklarından yararlanamayacak olan pay sahiplerinin korumasız kalacağını unutmamak gerekir. Zira kâr payı oransal bir hak olmakla birlikte, aynı zamanda bir paya sahip olan pay sahibinin de kâr payı hakkı bulunmaktadır. Ne var ki, azınlık kâr payı hakkı belirli bir eşiğin altındaki pay sahiplerini koruma kapsamı dışında bırakacaktır. O nedenle bu hakkın korunması için ayrıca bireysel bir koruma yöntemi de muhafaza edilmelidir.

Bu soruna bir çözüm olarak kâr dağıtım talep etme hakkının bireysel pay sahipliği hakkı olarak düzenlenmesi fikri akla gelebilir. Ne var ki, kanaatimizce hukuk politikası açısından şirketin finansal düzenine ilişkin konularda söz hakkı sahibi olacak pay sahiplerinin belirli bir oranda paya sahip olmasını sağlamak, diğer bir ifade ile hakkı bireysel pay sahipliği hakkı olarak düzenlememek isabetli olacaktır¹⁹¹⁴. Ayrıca, kâr dağıtımını talep etme yetkisi tanınması

¹⁹¹³ Üçışık/Çelik, s.438.

¹⁹¹⁴ Bu çalışmanın ilgili kısmında iptal davası ve bu davayı takiben dağıtım talep edilmesi konusunda azınlık teşkil etme şartı aranmasına gerek olmadığını savunmuştuk. Bu bölümde kâr dağıtım talebinde bulunmak için

halinde, pay sahibine sadece kendisine ait malvarlığı hakkının korunmasına yönelik bir yetki verilememekte, aynı zamanda şirketin finansman ve dolayısıyla işletme politikasına müdahale hakkı da tanınmaktadır. Mali bir hak olarak kâr payı hakkı bireysel bir haktır ve hukuka aykırı olarak bu hakkın ihlal edilmesi halinde pay sahibinin dava hakkının da bireysel bir hak olması tutarlıdır. Öte yandan azınlık pay sahiplerine şirketin ne oranda kâr dağıtacağını belirleme hakkı tanınması mali bir hak ile bağlantılı olduğu kadar, şirketin yönetimi ile de yakından ilgilidir. O nedenle de kâr dağıtım talebinde bulunma yetkisinin tanınması bireysel hakkın (kâr payı hakkı) korunması kadar şirketin yönetimine yön verme sonucunu da doğuracağından, kâr dağıtım talebinde bulunma hakkının bireysel bir hak olarak düzenlenmemesi ve belirli oranda pay sahibi olma şartına bağlanması kanaatimizce bir çelişki doğurmayacaktır.

Azınlık pay sahiplerine bu şekilde bir hak tanınması konusunda diğer önemli bir mesele ise söz konusu hakkın esas sözleşme ile değiştirilip değiştirilemeyeceği noktasındadır¹⁹¹⁵. Acaba azınlığa tanınan böyle bir hakkın şartlarının esas sözleşme ile değiştirilmesi mümkün olmalı mıdır? Örneğin bu talepte bulunmak için model kanunlarda aranan %10 paya sahip olma şartının azaltılması veya artırılması ya da dağıtım miktarının yıllık kârın daha düşük veya yüksek bir oranı olması yönünde esas sözleşmeye bir hüküm konulmasına izin verilmeli midir?

Kanaatimizce bu şekilde getirilecek bir düzenleme bakımından taraflara belirli bir serbesti tanınması yararlı olabilir. Zira şirketin faaliyet gösterdiği faaliyet alanına göre daha sıkı veya daha esnek bir kâr dağıtım politikasına karar verilmesi isabetli olabilir. Kanun koyucunun sektör temelli hususları dikkate almadan, yaşam döngüsünde farklı noktalarda bulunan şirketler için yeknesak bir kural belirlemesi, öngörülmesi zor sonuçlar doğurabilir ve belirli sektörlerin gelişmesi bakımından önemli engeller doğurabilir. Pay sahiplerine şirketin finansal düzeni ve kâr payı haklarının korunması konusunda müzakere etme ve bu konuyu esas sözleşmede düzenleme olanağı tanımak isabetli olacaktır. Öte yandan, çoğunluk pay sahiplerinin esas

münferit pay sahipliğinin yeterli sayılmaması yönündeki görüşü savunmanın çelişki olduğu iddia edilebilir. Ancak hatırlatmak isteriz ki, iptal davası ve sonrasında kâr dağıtım talebinde bulunulması için şirketin yedek akçe ayırma kararının hukuka aykırı olması gerekmektedir. Hâlbuki bu bölümde ele aldığımız kâr dağıtım talebinde bulunmak için bir hukuka aykırılık bulunması zorunlu değildir. Diğer bir ifade ile iptal davası ve bunu takiben dağıtım talebi, esasen bir hakkın ihlaline karşı başvuru hukuki korumadır. Hâlbuki azınlık pay sahiplerine dağıtım talep etme hakkı tanıyan hukuk sistemleri aynen oy hakkı gibi şirketin yönetimine ilişkin olarak pay sahiplerine bir yönetsel hak tanımaktadırlar. O nedenle de bir hakkın ihlaline karşı hukuki korumaya başvurmadan farklı olarak, şirketin yönetimine ve finansal düzlemine müdahale edecek pay sahipleri bakımından belirli bir oranda paya sahip olmalarını aramak bir çelişki teşkil etmeyecektir.

¹⁹¹⁵ EMCA 7.02 düzenlemesi bu konuda hazırlanma sürecinde bir değişim göstermiştir. EMCA çalışmalarının taslak aşamasında, henüz kamuya paylaşılmamış metinde 7.02 maddesinin 3.fıkrasında esas sözleşme ile azınlık kâr payı talebinin farklı şekilde düzenlenebileceği belirtilmişti. Bu açıdan hükmün bir yedek hukuk kuralı olduğu sonucuna varılabilirdi. 2017 yılında kamuya açılan metin ise esas sözleşmede sadece daha lehe düzenleme getirilebileceğini belirterek hüküm nisbi emredici nitelik kazanmıştır.

sözleşme değişikliği yoluyla, azınlık kâr payı hakkını fiilen ortadan kaldırmasını engellemek için, belirli bir orandan düşük dağıtım yapılmasına imkân tanınmaması gerekebilir. Bu bağlamda kanun koyucunun yedek hukuk kuralı getirdikten sonra, kâr dağıtım talebinde bulunabilmek için gerekecek pay oranı ve dağıtılması talep edilecek net dönem kârının alt ve üst sınırlarının ne olacağı, diğer bir ifade ile esas sözleşmedeki irade serbestisinin sınırlarını belirlemesi yararlı olacaktır¹⁹¹⁶.

Son olarak, Türk hukuku bakımından dikkate alınması gereken bir diğer husus azınlık pay sahiplerinin talebinin genel kurul tarafından reddedilmesi halinde, bu konuda başvurulabilecek hukuki yola ilişkindir. Öncelikle bu durumda, genel kurul kararının iptali yeterli olmayıp mahkemenin genel kurulun yerine geçerek genel dağıtım kararı vermesi gerektiği açıktır. Pozitif hukukta kâr dağıtmama kararları bakımından mevcut tartışmalar dikkate alındığında, mahkemenin genel kurul yerine dağıtım kararı verebileceğinin açık hükme bağlanmasının yararlı olacağı kanaatindeyiz.

İlaveten Türkiye’deki yargılama süreleri göz önünde bulundurulduğunda dikkate alınması gereken bir sorun daha vardır. Azınlık pay sahiplerinin talebine rağmen genel kurul kâr dağıtım kararı vermemesi üzerine mahkemenin genel kurul yerine karar vermesi durumunda, arada geçen süre sebebiyle azınlık pay sahiplerinin kâr payından mahrumiyetinin giderilmesi gerekecektir. Mahkemenin kararının kurucu kabul edilmesi halinde, karar kesinleşene kadar kâr payı hakkı alacak hakkına dönüşmemiş olacağından dolayı, temerrüt faizi işletilmesi ve bu şekilde azınlık pay sahibinin kaybının giderilmesi söz konusu olmayacaktır. O nedenle gecikmenin yaratacağı zararın giderilmesi için ya pay sahiplerinin tazminat talep edebileceğine ilişkin bir hüküm getirilmesi ya da genel kurul tarihinden hükmün açıklandığı tarihe kadar geçen süre için yasal faize oranlı bir talep hakkı tanınması düşünülebilir.

¹⁹¹⁶ Bu açıklamalara örnek teşkil etmesi açısından aşağıda örnek bir hükme yer vermek isteriz.

“Şirket sermayesinin onda birini temsil eden paylara sahip olan pay sahiplerinin talep etmesi üzerine, genel kurul şirket net dönem kârından kanuni ve esas sözleşmede belirtilen yedek akçeler düşüldükten sonra net dönem kârının en az %50’sini dağıtmak zorundadır. Şirket esas sözleşmesinde dağıtılacak net dönem kârı oranı değiştirilebilirse de bu oran %25’ten az olamaz.”

Tekrar belirtmek isteriz ki, söz konusu oranlar farazi nitelikte olup sadece ilgili hükmün nasıl düzenlenebileceği konusunda örnek vermek amacıyla seçilmiştir.

Sonuç

Çalışmamızda vardığımız sonuçları ana hatları ile aşağıdaki gibi özetlemek mümkündür.

1. Kâr payı hakkı kavramı ile farklı özellikler gösteren ve farklı yetkiler veren birden çok hak ifade edilmektedir. Geniş anlamıyla kâr payı hakkı, pay sahibinin şirkete yaptığı yatırım karşılığında mali bir menfaat elde etme hakkı bulunduğunu ifade eder. Pay sahibinin bu hakkı, şirkete uzun vadeli ve sürdürülebilir bir kâr elde etme amacı ile faaliyetlerini yürütme ve elde edilen kârı, şirketin belirleyeceği bir yöntem ile pay sahiplerine aktarmayı ifade eder. İsviçre hukukundan farklı olarak bu hak Türk hukukunda bu hak vazgeçilemez ve kaldırılamaz bir hak niteliğindedir. Ancak gerek kârın nasıl elde edileceği gerekse nasıl dağıtılacağı konusunda şirketin geniş bir takdir yetkisinin bulunması karşısında pay sahibinin bu yükümlülüklerin doğrudan ifasını sağlama imkanı sınırlıdır.
2. Dar anlamda kâr payı hakkı, kanun ve esas sözleşme düzenlemelerine tabi olmak üzere, şirkete net dönem kârının dağıtılması yükümlülüğü yükleyen ve pay sahiplerine şirket tarafından dağıtılan kâra katılma yetkisi veren hak olarak tanımlanabilir. Benzer tanımlar, öğreti ve yargı kararlarında kabul görmüşse de söz konusu tanımlar, kâr dağıtım kararı alınması konusunda şirketin bir yükümlülüğü bulunduğu fikrini kısmen göz ardı etmektedirler. O nedenle de dar anlamda kâr payı hakkının şirkete kâr dağıtım yükümlülüğü yüklediğinin de dikkate alınması gerekir.
3. Anonim şirketin kâr dağıtımında yıllık finansal tablolar esas alınacaktır. Ancak finansal tabloların hangi muhasebe standartları ile geleceği konusunda 6335 sayılı kanun ile yapılan değişiklikler neticesinde bazı belirsizlikler bulunmaktadır. Bu durum özellikle vergi mevzuatı uyarınca tespit edilen kâr ile ticari amaçla hazırlanan finansal tabloların farklılaşması sebebiyle önem taşımaktadır. Kanaatimizce TTK m.514 hükmü, dağıtılacak kârın TFRS yahut BOBİ Frs uyarınca hazırlanan finansal tabloların esas alınmasını gerektirmektedir. Vergi mevzuatı uyarınca tespit edilen kârın dağıtım sınırlaması teşkil edeceği yönündeki görüşün TTK m.514 hükmü ile uyumlu olmadığı görüşündeyiz. Ancak halka açık şirketler bakımından SPK Kurulu'na tanınan yetki sebebiyle Kâr Payı Rehberi'nde dağıtılacak kârın mali finansal tablolar ile ticari finansal

tablolarla tespit edilen tutarlardan düşük olanı ile sınırlanacağına yönelik düzenleme geçerli olacaktır.

4. Şirketin dağıtılacağı kârın ve ayrılacak yedek akçelerin tespit edilmesi bakımından kanunda “yıllık kâr”, “net dönem kârı” ve “bilanço kârı” gibi kavramlara yer verilmişse de söz konusu kavramların tanımı yapılmamış ve kavramların içeriği kanun ile belirlenmemiştir. Bu durum ilgili kavramlara öğretide farklı anlamlar yüklenmesine yol açmıştır. Özellikle net dönem kârının kanun tarafından tam olarak tanımlanmaması uygulama güçlüklerine yol açacaktır. Kanaatimizce yıllık kâr şirketin faaliyet yılı içinde elde ettiği kârdan mali yükümlülüklerin düşülmesi ile bulunan kârı ifade edecek şekilde anlaşılmalıdır. Net dönem kârı ise yıllık kârdan geçmiş yıl zararlarının düşülmesi ile elde edilen kârı ifade etmektedir.
5. Anonim şirketin hukuken dağıtmasına izin verilen azami kâra dağıtılabilir kâr denilmektedir. Anonim şirket, net dönem kârı ve serbest yedek akçelerden kâr dağıtılabilir. Ancak bu kalemler üzerinden kanun ve esas sözleşme uyarınca zorunlu olan yedek akçelerin ayrılması gerektiğinden dağıtılabilir kâr, net [(dönem kârı+serbest yedek akçe)-kanun ve esas sözleşme uyarınca zorunlu yedek akçeler] yöntemi ile tespit edilecektir.
6. TTK düzenlemeleri, Kıta Avrupası sistemini takip ederek, şirketin bilanço kalemlerini esas alarak dağıtılabilir kârı sınırlamaktadır. Bilanço testi olarak ifade edilen bu sistem, bazı açılardan alacaklı koruması için yetersiz kalırken bazı noktalarda ise aşırı korumacı sonuçlar doğurarak yersiz şekilde pay sahiplerinin kâr payı hakkını sınırlayabilmektedir. Yabancı hukuk sistemlerinde bilanço testine alternatif olarak, şirketin nakit kaynak akışının borçlarını ifaya yeterli olup olmadığını esas alan, ödeme gücü testi olarak ifade edilen bir sistem tartışılmaktadır. Karşılaştırmalı hukukta bilanço testi-ödeme gücü testi sistemlerinin güçlü ve zayıf yönlerine ilişkin tartışmalar devam etmektedir. Ancak ödeme gücü testi ile desteklenen bir bilanço testinin uygulanması, öğretide destek bulan bir görüştür. Bu bağlamda Türk hukukunda da gelecekteki yasama faaliyetleri bakımından konunun ele alınmasında yarar bulunmaktadır.
7. Kâr dağıtım kararı bakımından Türk hukukunda genel kurulun mutlak bir kontrolü vardır. Kâr dağıtım kararı genel kurulun devredilemez yetkilerinden olduğu gibi (TTK m.408), mehz İsviçre hukukundan farklı olarak Türk hukukunda kanun iradi olarak gizli yedek akçe ayrılmasına izin verilmemektedir. Ayrıca Alman hukukundan farklı olarak şirketin finansal tabloları genel kurul tarafından onaylanmaktadır. Genel kurulun kârın nasıl kullanılacağı konusundaki bu geniş hakimiyeti, bazı usul kuralları ile

desteklenmektedir. Finansal tabloların ve yönetim kurulunun hazırladığı kâr dağıtım önerisinin denetimden geçmesi gerekmektedir. Buna ilaveten tüm genel kurul toplantılarında geçerli olan gündeme bağlılık veya genel kurulda bilgi alma hakkı gibi pay sahiplerinin menfaatlerini koruyacak diğer usul şartları da dikkate alındığında, kanun koyucunun kâr dağıtım sürecinde pay sahiplerinin menfaatlerinin korunmasına özel bir önem atfettiği sonucuna varmak mümkündür.

8. Kâr dağıtım kararı alınması sonucunda, pay sahibi dağıtılan kâra iştirak etme yetkisine sahiptir. Kâr dağıtımına katılma oranı bakımından kapalı şirketler ve halka açık şirketler bakımından farklı kurallar bulunmaktadır. SPK m.19 uyarınca halka açık şirketlerde payların itibari değerleri ile orantılı olarak kâra katılım hakkı bulunmaktadır. Bu bakımdan dağıtılan kâra katılma hakkı klasik anlamda oransallık ilkesinin geçerli olduğu bir haktır. Kapalı anonim şirketlerde ise, pay sahibi payın itibari değeri için yaptığı ödeme tutarına, yapılan ödemelerin zamanı da dikkate alınacak şekilde katılma hakkına sahiptir (TTK m.508). Bu açıdan kapalı anonim şirketlerde de kâra katılma yetkisi, sahip olunan payların itibari değerine göre değişiklik gösterdiği için oransal nitelikte gibi görünse de payların itibari değeri bakımından yapılan ödemelerin tutarı ve zamanı da dikkate alındığından klasik anlamda oransallık ilkesinden ayrılmaktadır. Bu nedenle klasik oransallık ilkesinden ayrılan kâr payına ve tasfiye bakiyesine katılma yetkisi bakımından geçerli olan bu oransallık çalışmamızda farklılaşmış oransallık ilkesi olarak tanımlanmıştır.
9. Anonim şirketin kâr payı dağıtımının nakit olması konusunda bir zorunluluk bulunmamaktadır. Her ne kadar nakit dışı dağıtım konusunda kanunda açık bir hüküm bulunmasa da anonim şirketin nakit dışı kâr dağıtımını yapmasını yasaklayan bir hüküm de bulunmamaktadır. Bu nedenle şirket genel kurulu, kâr dağıtım sınırlamalarına ve usulüne uymak şartıyla kâr payı olarak nakit dışı malvarlığı unsurlarının dağıtımına da karar verebilir. Bununla birlikte, bu yöntemin kâr payı hakkının özünü ihlal etmemesi gerekir. Kâr payı, iktisadi işlevi açısından şirket malvarlığına dahil olduğu için pay sahiplerinin doğrudan yararlanamadığı malvarlığının pay sahiplerine aktarımı işlevi görmektedir. Kâr payının özündeki bu işlevi ortadan kaldırmaması için, dağıtılan malvarlığı unsurunun pay sahibi tarafından kolaylıkla paraya çevirebilir nitelikte olması önem taşır. Bu nedenle de nakit dışında kâr dağıtımını ile pay sahibine devredilecek malvarlığı unsurunun kolay tedavül edebilen bir malvarlığı unsuru olması gerekmektedir.

10. Anonim şirket genel kurulunun alacağı bir karar ile net dönem kârının bir kısmını veya tamamını olağanüstü yedek akçe olarak şirket bünyesinde muhafaza edebilecektir. TTK m.523 hükmü şirkete bu konuda geniş bir takdir yetkisi tanımaktadır. Ancak bu takdir yetkisi sınırsız değildir. TTK m.523 hükmü olağanüstü yedek akçe ayrılmasını belirli şartların varlığına bağlamaktadır. Bu şartların varlığında dahi, genel kurul kararının dürüstlük kuralına uygun olması gerektiğinden (TTK m.445) yedek akçe ayrılması konusunda genel kurulun takdiri hukuki bir denetime tabidir. Kanundaki şartları taşımayan yahut bu şartları taşısa bile dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eden yedek akçe ayırma kararı hakkınıda TTK m.445 ve devamındaki hükümler uyarınca genel kurul kararının iptali davası açılabilir.
11. Genel kurulun yedek akçe ayırma kararının iptali, tek başına pay sahibinin kâr payı alacağının doğması anlamına gelmez. Kâr payı alacağının doğması için genel kurulun bu konuda bir kararının olması gerekir. İptal davasının bozucu inşai niteliği, genel kurul kararının iptal davası ile ikame edilmesine imkân vermez. Bununla birlikte öğretide genel kurul kararının iptali üzerine mahkemenin kâr dağıtımına karar verip veremeyeceği tartışmalıdır. Bu konuda özellikle vurgulanması gereken hususlar şunlardır:
- a. Öğreti ve yargı kararlarında çoğunlukla savunulan görüş, mahkemenin genel kurul kararı yerine geçerek kâr dağıtım kararı veremeyeceği yönündedir. Bu görüşün temel dayanağı, kâr dağıtım kararı bakımından yetkinin münhasıran genel kurula bırakılmış olması ve mahkemenin şirket organı kararı yerine geçecek bir hüküm tesis etmesinin mümkün olmamasıdır.
 - b. Hâkim görüş, iptal davasının azınlıkta kalan pay sahiplerinin kâr payı hakkını koruma bakımından yetersiz olduğunu kabul etmekle birlikte, bu eksikliğin TTK m.531 ile getirilen haklı sebeple fesih davası yoluyla telafi edilebileceği kanaatindedir.
 - c. Öğretide azınlıkta kalan görüş, mahkemenin genel kurul kararın iptali ile birlikte kâr dağıtımına da hükmedebileceğini savunmaktadır. Bu görüş, pay sahibine böyle bir talep hakkı tanınmasının dürüstlük kuralının bir gereği olduğu ve aksine bir yorumun çoğunluk gücünün kötüye kullanımını teşvik edeceğidir.
 - d. Kanaatimizce genel kurulun kanun ve esas sözleşme çerçevesinde kâr dağıtım kararı alması, şirket açısından pay sahibine karşı bir borç niteliği taşımaktadır ve pay sahibinin kâr payı hakkının bir doğal sonucudur. Bu bağlamda, genel kurulun bu konuda karar almaması şirket tüzel kişiliğinin borcunun ihlali

anlamına gelir. Pay sahibinin kâr dağıtımına hükmedilmesi talebi, şirket tüzel kişiliğinin borcunun ihlaline karşısında bir aynen ifa talebidir. Hukukumuz irade beyanında bulunma borçları bakımından da aynen ifa mümkün olduğundan, mahkemenin şirket adına kâr dağıtım kararı vermesi mümkündür. Çalışmamızda belirliliği sağlamak için bu dava kâr dağıtım davası olarak isimlendirilmiştir.

- e. Hâkim görüşün kâr dağıtımının münhasıran genel kurulun yetkisinde olması sebebiyle mahkemenin kâr dağıtım kararı veremeyeceği görüşüne iştirak edemiyoruz. Kanaatimizce ilgili hükmün amacı şirket organları arasındaki yetki dağılımına ilişkin olup mahkemenin vereceği hükmü sınırlandırma amacı bulunmamaktadır.
- f. Hâkim görüş tarafından ileri sürülen bir diğer gerekçe, mahkemenin şirket organı yerine geçerek karar vermesinin mümkün olmadığıdır. Ancak kanundaki birçok düzenleme gerekse kanunda açıkça yer almasa da öğreti ve yargı kararları ile benimsenen birçok davada mahkeme şirket organı kararını ikame edecek şekilde hüküm vermektedir. Kanaatimizce bu durum özel hukukun özüne uygundur. İdare hukukunda iptal edilen karar yerine mahkemenin bir işlem tesis etmemesi Anayasa’da temelini bulan bir ilke ve güçler ayrılığının bir sonucudur. Ancak özel hukuk ilişkilerinde kişiler yargı kararları ile bağılırlar ve mahkemenin özel hukuk kişisinin iradesini ikame edecek bir hüküm tesis etmesi olağandır. Anonim şirketler bakımından da bu konuda istisna getirilmediğinden, anonim şirket organı kararının yargı kararı yoluyla ikame edilmesine bir engel olmamalıdır.

12. Azınlık pay sahiplerinin kâr payı alacağının korunması bakımından bir diğer yol, TTK m.531 ile getirilen haklı sebeple fesih davası ve özellikle de bu dava kapsamında hâkimin hükmedeceği alternatif çözümlerdir. TTK m.531, haklı sebeplerin varlığı halinde azınlık pay sahiplerinin şirketin feshini talep edebileceğini düzenlemektedir. Şirketin sürekli olarak kâr dağıtımını yapmaması halinde azınlık pay sahipleri bakımından bir haklı sebebin varlığının kabul edilmesi mümkündür. Bu davada, her ne kadar öğretilde aksine görüşer bulunsa da hâkimin alternatif çözümler kapsamında şirket yerine geçerek kâr dağıtımına karar verebileceğini kabul etmek azınlık pay sahiplerinin korunması bakımından isabetli olacaktır.

13. Kâr payı hakkının korunmasına yönelik hukuki imkanlar, çeşitli açılardan eksiklikler barındırmakta ve pay sahiplerinin kâr payı hakkını etkin şekilde korumak bakımından yetersiz kalmaktadır. O nedenle bu konuda karşılaştırmalı hukukta gelişen bir yaklaşıma

da çalışmamızda yer verilmiştir. Azınlık kâr payı hakkı olarak ifade edilen bu yöntem uyarınca, azınlık teşkil eden pay sahiplerinin talebi üzerine şirket kârının bir kısmının dağıtılması zorunlu hale gelmektedir. Azınlık kâr payı hakkı bazı Avrupa ülkelerinde ve model kanun çalışmalarında kendine yer bulmuştur. Bu düzenlemeler şirket sermayesinin %10'unu temsil eden paylara sahip olan azınlığın talep etmesi üzerine şirket net dönem kârının yarısına kadarlık bir kısmının dağıtımını zorunlu kılmaktadır. Bununla birlikte, alacaklı menfaatlerinin korunması bakımından dağıtım talep edilecek tutar bakımından bazı ilave sınırlamalar da söz konusudur. Türk hukukunda mevcut durumda bu hakkın esas sözleşmede bir azınlık hakkı olarak düzenlenmesinin mümkün olduğu görüşündeyiz. Ayrıca kanaatimizce ilerideki yasama çalışmalarında bu yöntem üzerinde tartışılması gereken bir yöntemdir. Bununla birlikte azınlık kâr payı hakkı kapsamında ne oranda kâr dağıtımının zorunlu kılınacağına belirlenmesi için saha araştırması yapılması ve ekonomik gerçekliğin tespit edilmesi önem taşımaktadır.

Kaynakça

- Adıgüzel, Burak **Sermaye Piyasası Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017
- Akbulak, Yavuz **“Anonim Şirketlerde Kar Dağıtım Esasları ve Yedek Akçeler”**, Vergi Dünyası 2001, s. 152 – 157
- Akdağ Güney, Necla **“Anonim Şirketlerde Hakların Sakınılarak Kullanılması İlkesi ve Uygulaması”**, Prof. Dr. Hikmet Sami Türk’e Armağan, Turhan Kitapevi, 2013
- Aker, Halit **“Anonim ve Limited Şirketlerde Ortaklık Sifatının Sona Ermesi ve Özellikle Haklı Sebeple Fesih Davasına İlişkin Bazı Değerlendirmeler”**, Batider, C.32 S.1, 2016, s.63-150
- Akın, Murat Yusuf **Anonim Ortaklıkta Bağlı Nama Yazılı Hisseler**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014
- (Bağlı Nama Yazılı Hisseler)
- Akın, Murat Yusuf **Ticaret Bakanlığının 31.03.2020 tarihli Kâr Payı Dağıtımına İlişkin Yazısı Üzerine Düşünceler**
- Erişim:
- <http://www.ticaretkanunu.net/murat-yusuf-akin-ticaret-bakanliginin-31-03-2020-tarihli-kar-payi-dagitimina-iliskin-yazisi-uzerine-dusunceler/>
- Erişim tarihi: 10.04.2020
- Akın, İrfan **Şirketler Topluluğu Sorumluluk Hukuku**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014
- Aktaş, Betül **İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulu**, 12 Levha, İstanbul, 2019

Akipek, Seda

“6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Azlığın Finansal Tablolarının Müzakeresini Erteleme Hakkı”, Rona Aybay’a Armağan- Legal Hukuk Dergisi Özel Sayı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2014

Altay, S. Anlam

Anonim Ortaklıklar Hukuku’nda Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimler (Equity Joint Ventures), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009

(Ortak Girişimler)

Altay, S. Anlam

“Bağımsız Denetim Karşısında Anonim Ortaklık Organlarının İşleyişi”, Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan, Galatasaray Üniv. Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2010/1, C. II

Altay, S. Anlam

“Yönetim Kurulunun Seçiminin Finansal Tabloların Müzakeresiyle İlişkisi”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2019/2

(Finansal Tablolar)

Altay, Anlam

“Türk ve İsviçre Anonim Ortaklıklar Hukuku’nda Esas Sözleşmesel Bağlam”, İsviçre Borçlar Kanunu’nun İktibasının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukuku’nun Türk Ticaret Hukuku’na Etkileri, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009

(Esas Sözleşmesel Bağlam)

American Bar Association

Model Business Corporation Act Annotated, 4. Baskı- C. 1, Chicago, 2013

(MBCA Annotated).

Andersson, Jan

“Minority Shareholder Protection in SME’s: a question of information ex post and bargaining power ex ante”, Company Law and SMEs, Thomson Reuters, 2010

Apaydın, Şükrü

Mikro İktisat, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2015

Ararat, Melsa / Yurtoğlu
Burçin B.

**“Sermaye Piyasası Kurulu’nun ‘Kurumsal Yönetim’
konulu tebliğleri ile ilgili genel değerlendirme ve yorum”,**
Yönetim Araştırmaları Dergisi, C. 6, S.1-2, 2006

Erişim:

<https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=316105111106007106004127105101028094097057069013079039085087071107105000122071080075054034098101102014042108114090071104105098037027053089084031118067082064119098037033035091066080019027013072017072019020109016119079079023023113003008088072123082007&EXT=pdf>

Erişim Tarihi: 09.09.2020

Arıcı, Fatih/ Veziroğlu, Cem

**Kaldıraçlı Devralma ve Anonim Şirketin Finansal Destek
Yasağı**, 2. Bası, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2018

Armour, John

“Legal Capital: An Outdated Concept?”, Centre for
Business Research, University Of Cambridge Working Paper
No.320,

Erişim:

https://www.cbr.cam.ac.uk/fileadmin/user_upload/centre-for-business-research/downloads/working-papers/wp320.pdf

Tarih: 30.06.2017

Ateşgaoğlu, Erdem

**Vergi Hukuku Bakımından Anonim Şirketlerde Kâr Payı
Dağıtımı**, 12 Levha, İstanbul, 2012

Ayan, Özge

**“Anonim Şirketin Genel Kurul Kararı İle Kendi Paylarını
İktisap Etmesi Veya Rehin Almasının Koşulları (TTK 379)”**,
Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVII, Y.2013, Sa.
1-2

Aydın, Alihan

Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını İktisap Etmesi,
Arıkan, İstanbul, 2008

Aydoğan, Fatih

“Anonim Şirketlerde Kâr Payının Ödenmesine Mahkemece Karar Verilip Verilemeyeceği Meselesi”, Yürürlüğünün 5. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu (Tebliğler ve Tartışmalar) 20 Ekim 2017, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2018

Ayoğlu, Tolga

“Anonim Ortaklıkların Haklı Nedenle Feshi”, Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Saygı Günü Sempozyumu, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 2013/2

(Haklı Nedenle Fesih)

Ayoğlu, Tolga

“Anonim Ortaklıkların Kendi Paylarını İktisap Etmeleri ve Karşılıklı Katılmalar Meselesi”, İsviçre Borçlar Kanunu’nun İktibasının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukuku’nun Türk Ticaret Hukuku’na Etkileri, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009

(Kendi Paylarını İktisap)

Ayoğlu, Tolga

Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018

(Tahkim)

Aytaç, Zühtü

“İbranın Reddi-İbra ve Sorumluluk Davası- Yargıtay’ın Görüşü”, Prof. Dr. Sabih Arkan’a Aramağan (Ed: Başak Şit İmamoğlu, İbrahim Bektaş, İsmail Kırca, Merve İrem Yener, Murat Gürel, Ufuk Tekin), 12 Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019

(İbra Davası)

Aytaç, Zühtü

“Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Kar Dağıtımı”, Sermaye Piyasası Kurulu 15. Yıl Sempozyumu, Ankara, 1998

(Kâr Payı)

Aytuğar, Bilge

“Oy Hakkında İmtiyazlı Pay Grubunun Yönetim Kurulunda Temsil Edilme Hakkı”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XXIII, Y. 2019, Sa. 1

(Temsil Edilme Hakkı)

Aytuğar, Bilge

“Anonim Şirketlerde Kâr Payı ve Kâr Payı Avansı Dağıtımı Hakkında 7244 Sayılı Kanun ile Öngörülen Tedbirler”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.11 S.2, 2020

(Kâr Payı)

Badak, Zehra

Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Şirkette Pay Sahibinin Kâr Payı Hakkı, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2018

Bahar Sayın, Hediye

Pay Sahibi Haklarının Korunması Kapsamında Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanı, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015

Bahtiyar, Mehmet

Anonim Şirketler Genel Kurulunda Toplantı Yetersayısının “Toplantı Süresince Korunması” Şartına İlişkin TTK m.418/1 Hükmünün Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2017

(Nisabın Korunması)

Bahtiyar, Mehmet

Anonim Ortaklık Anasözleşmesi, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2001

(Anasözleşme)Bahtiyar, Mehmet/
Hamamcıoğlu, Esra

Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantıları, Beta Yayınları, İstanbul, 2014

Bainbridge, Stephan M.

Corporation Law and Economics, Foundation Press, 2002

(Corporation Law)

Bainbridge, Stephan M.

“Director Primacy: The Means and Ends of Corporate Governance”, University of California Los Angeles School of Law Research Paper Series, Research Paper No: 02-06

Erişim:

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=300860

Erişim Tarihi:

29.04.2020

(Director Primacy)

Bauen, Marc/ Bernet, Robert/
Rouiller, Nicholas

La Société Anonyme Suisse, Bruylant- Schulthess, 2007

Baums, Theodor

“The Law of Corporate Finance in Europe”, Institute for
Law and Finance Johann Wolfgang Goethe-Universität Working
Papers Series

Erişim:

[http://www.ilf-
frankfurt.de/fileadmin/ migrated/content uploads/ILF WP 063.
pdf](http://www.ilf-frankfurt.de/fileadmin/migrated/content/uploads/ILF_WP_063.pdf)

Erişim Tarihi: 26.12.2017

Baker, Malcolm/ Wurgler,
Jeffrey

“A Catering Theory of Dividends”, The Journal of Finance
Vol. Lix, No. 3, June 2004

Baker, Malcolm/Wurgler,
Jeffrey

“Why are dividends disappearing? An empirical analysis”
NYU Corporate Governance Working Group Reseach Paper
Series, 2012

Başoğlu, Başak

**Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa
Talebi**, 12 Levha, İstanbul, 2012

Benz, Ulrich

Aktienbuch und Aktionärswechsel, SSHW Schulthess
Verlag, 1981

Besen, Murat

Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Paylar, 12 Levha
Yayınları, İstanbul, 2018

Bilgeç, Hakan

**“Türk Hukukunda Anonim Şirketlerde Kâr Payında
İmtiyaz”**, DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi- Prof. Dr. Durmuş
Tezcan’a Armağan, C.21. Özel Sayı, 2019, s.2323-2356

- Birsel, Mahmut **Anonim Şirketler Hukukunda Kâr Kavramı**, Ege Üniversitesi Matbaası, İzmir, 1973
- Black, Fischer **“The Dividend Puzzle”**, Journal of Portofolio Management Special Issue- 1996, s.8-12
- Bochmann, Christian **Covenants und die Verfassung der Aktiengesellschaft**, Mohr Siebeck, 2012
- Booth, Richard A. **Capital Requirements in United States Corporation Law**, University of Maryland School of Law Legal Studies Research Paper, 2005-64
- Erişim:
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=864685
 Erişim tarihi: 03.07.2017
- Boyle, A. J. **Minority Shareholders’ Remedies**, Cambridge University Press, 2004
- Bozbel, Savaş **“Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Azınlığın Bilanço Görüşmelerini Erteletmesi (Yeni TTK m.420)”**, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013
- Bozkurt, Tamer **Anonim Şirketlerde Pay Devrinin Sınırlandırılması (Bağlam)- Die Vinkulierung**, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2016
- Böckli, Peter **Neue OR-Rechnungslegung**, Schulthess, 2014
(OR-Rechnungslegung)
- Böckli, Peter **Schweizer Aktienrecht**, Schulthess, Zurich, 2009
(Aktienrecht)
- Böckli, Peter **“L’Agio, Champ de Bataille”**, Schweizer Treuhänder : Monatszeitschrift für Revision, Rechnungswesen und Beratung, 2011,
(Agio)

Grunewald, Barbara/ Schaal,
Hans-Jürgen]

Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, CH. Beck, 2017
(Yazarın soyadı, **Münkommentar**)

Canözü, Salih

Anonim Şirketlerde Kâr Payının Tespiti ve Dağıtılması,
Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015

Carney, William J.

Corporate Finance- Principles and Practice, Foundation
Press, 2005

Champtier de Ribes-Justeau,
Anne-Laure,

Les Abus de Majorité, de Minorité d’Egalité, Dalloz, 2010

Cheffins, Brian R.

**“Dividends as a Substitute for Corporate Law: The
Separation of Ownership and Control in the United
Kingdom”**, ECGI Working Paper Series in Law, 2006

Erişim:

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=906068

Erişim Tarihi:

29.10.2019

Cox, James D./ Hazen, Thomas
Lee

Corporation Law, American Bar Association, 2012

Çapa, Mehmet Sadık

**6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim ve
Limited Şirketlerin Kendi Paylarını İktisap Etmesi**, 12 Levha,
İstanbul, 2013

Çamoğlu, Ersin

**“Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshinde Hakimin
Takdir Yetkisi”**, Batider C.31 S.1, 2015, s.5-19

(Haklı Sebep)

Çamoğlu, Ersin

**Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin
Sorumluluğu**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010

(YK Üyelerinin Sorumluluğu)

Çamoğlu, Ersin

“Azınlığın Bilanço Ertelemesi Gündemdeki Diğer Maddeleri Nasıl Etkiler”, Bilgi Toplumunda Hukuk-Ünal Tekinalp’e Armağan, Beta Yayıncılık, 2003

(Bilanço Ertelemesi)

Çatakoğlu, Buket

“Tahvillere Sağlanan Kâr Payı Hakkı ve Hak Sahiplerinin Korunması”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.22 S.3- Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan Sayısı, 2016

(Kâr Payı Hakkı)

Çatakoğlu, Buket

Türk Sermaye Piyasası Hukukunda Borçlanma Araçları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016

(Borçlanma Araçları)

Çetin, Nusret/ Töremiş, Hatice

Ebru/ Cantimur, Zeynep

6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nun Sistemik Analizi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014

Daenikier, Daniel

“Wer kontrolliert die Aktiengesellschaft”, SZW, 2016

Davies, Paul

Gower and Davies’ Principles of Modern Company Law 8th Edition, Sweet&Maxwell, 2008

Değirmenci, Cenker

Anonim Ortaklıkta Iskat, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006

Demir, Erdal H.

Sermaye Piyasası Kurulu’nun Anonim Şirketlerdeki Yönetim Kuruluna İlişkin Kurumsal Yönetim İlkeleri, 12 Levha, İstanbul, 2013

Doğan, Beşir Fatih

“Anonim Şirketlerde Sermaye Payını Geri Ödeme Yasağı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.56, 2005, s.48-60

Druey, Jean Nicholas /Druey

Just, Eva /Glanzmann, Lukas

Gesellschafts- und Handelsrecht, Schulthess, 2015

Dubs, Dieter

“Beschulussvoraussetzungen und deren Abgrenzung von anderen Bedingungen für die Rechtswirksamkeit von

Aktionärsbeschlüssen”, Festschrift für Peter Böckli zum 70. Geburtstag, Schulthess, 2006

Dural, Ali

“İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulu”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013/2

Dural, Ali

“Anonim Şirket Yönetim Kurulunda Temsil Edilme Hakkı”, İsviçre Borçlar Kanunu’nun İktisabının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukuku’nun Türk Ticaret Hukuku’na Etkileri, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009

Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan

Türk Özel Hukuku Cilt II- Kişiler Hukuku, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2013

Egger, J. G.

Dividenbezugrecht des Aktionärs, Springer, Berlin, 1930

Erdem, Nuri

“6102 sayılı “Yeni” TTK’ya Göre Anonim Ortaklık Pay Sahiplerinin Müktesep (Kazanılmış) Hakları”, Regesta, C.2 S.1, 2012

(Müktesep Hak)

Erdem, Nuri

Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshi, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012

(Haklı Sebep)

Eren, Fikret

Borçlar Hukuku-Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014

Emmerich Volker/Habersack,
Mathias

Aktien und GmbH Konzernrecht, C.H.BECK, 2016

Erişim:

Beck Online

Enriques, Luca/ Macey,
Jonathan R.

“Creditors versus Capital Formation: The Case against the European Legal Capital Rules”, Cornell Law Review C.86 S.6 Eylül 2001, s.1166-1204

Erişim:

http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2425&context=fss_papers

Erişim Tarihi: 12.10.2017

Faulkender, Michael /
Millbourn, Todd,/Thakor,
Anjan

“Does Corporate Performance Determine Capital Structure and Dividend Policy?”, 2006

Erişim:

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=686865

Erişim Tarihi: 09.09.2020

Ferran, Eilis

Company Law and Corporate Finance, Oxford University Press, 1999

Fischel, Daniel R.

“The Law and Economics of Dividend Policy”, Virginia Law Review, C.67 S.4, 1981, s.699-726

Fleischer, Holger

“Legal Capital: A Navigation System for Corporate Law Scholarship”, European Business Organization Law Review C.7, 2006, s. 29-38

Forstmoser, Peter

“Sachausschüttungen im Gesellschaftsrecht”, Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag (Zürich 1989) s.701-714

(Sachausschüttungen)

Forstmoser, Peter

“Profit- Da Mass Aller Dinge?”, Individuum und Verband, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2006 (Zürich 2006)

Erişim

<https://www.forstmoser.ch/publications/articles/2006-profit-jt.pdf>

Erişim Tarihi: 24.08.2020

(Profit)

Friedman, Milton

“Social Responsibility of Business”, The New York Times, September 1970

- Germain, Michel/ Magnier, Véronique **Les Sociétés Commerciales**, LGDJ, 2017
- Giertz, Magdalena/ Hemström, Carl **Corporations and Partnerships in Sweden**, 2. Bası, Wolter Kluwer, 2015
- Glanzmann, Lukas **“Die Bilanzierung des Eigenkapitals im Einzelabschluss von Kapitalgesellschaften”**, Revue suisse de droit des affaires et du marché financier, SZW 2017, S. 274 vd.
- Graham, John R./ Kumar, Alok **“Do Dividend Clienteles Exist? Evidence on Dividend Preferences of Retail Investors”**, The Journal of Finance, C. 61, S. 3, 2006, s. 1305-1336
- Groner, Roger **Erwerb Eigener Aktien**, Helbing&Lichtenhahn, 2003
- Grund, Thomas **Sachdividenden bei Aktiengesellschaften**, Peter Lang Verlag, 2006
- Gürbüz Usluel, Aslı **Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Kâr Payı Alma Hakkı**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2016
- Görmez, Onur **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Rüçhan Hakkının Kısıtlanması**, Beta Yayınları, 2017, İstanbul
- Gürel, Murat **Anonim Şirketin Kendi Paylarının İktisabı Amacıyla Finansal Destek Verme Yasağı**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2014
- Handschin, Lukas **“Rechnungslegung im Gesellschaftrecht”**, Schweizerisches Privat Recht, 8.Cilt (Ed: von Büren), Helbing Lichtenhahn, 2016
- (Rechnungslegung)
- Handschin, Lukas **“Auflösung der Aktiengesellschaft aus wichtigen Gründen und andere sachgemässe Lösungen”**, SZW/RSDA 1/93, 1993
- (Auflösung)

- Handschin, Lukas **Zürcher Kommentar Allgemeine Bestimmungen, Art 620-659b OR Die Aktiengesellschaft**, Schulthess, 2016
(Yazarın soyadı, ZK)
- Haas, Jeffrey J. **Corporate Finance in a Nutshell**, West, 2011
- Habegger, Philipp **Die Auflösung der Aktiengesellschaft aus wichtigen Gründen**, Stämpfli Verlag, Bern, 1996
- Hanağası, Emel **“Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi Davasının Medeni Usul Hukuku Perspektifinden Değerlendirilmesi”**, Batider, C.32 S.1, 2016
- Hannigan, Brenda **Company Law, 4th Edition**, Oxford University Press, 2015
- Heaton, J.B. **“Solvency Tests”**, The Business Lawyer, C. 62, S.3, 2007,
Erişim:
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=931026
Erişim Tarihi: 10.07.2017
- Helvacı, Mehmet/Cankat, Rıfat **“Karşılaştırmalı Hukukta Şirket Menfaati Kavramı”**, Prof. Dr. Sabih Arkan’a Armağan, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2019
- Hopt, Klaus J. **“Modern Company Law Problems: A European Perspective Keynote Speech, Company”** Law Reform in OECD Countries- A Comparative Outlook of Current Trends- 7-8 Aralık 2000
Erişim:
<https://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceprinciples/1857275.pdf>
Erişim tarihi: 06.12.2016
(Company Law Problems)
- Hopt, Klaus J. **“Şirketler Topluluğu: Karşılaştırmalı Hukukta Vekalet Sorunları, Düzenleyici Modeller ve Yasal Stratejiler”** (Çev: Kerem Çelikboya), Karşılaştırmalı Şirketler Topluluğu Hukuku-

80. Yaş Gününde Prof. Dr. Ünal Tekinalp'e Saygı Konferansı, 12 Levha, İstanbul, 2018

Hopt, Klaus J./ Wiedemann, Herbert

Großkommentar Aktiengesellschaft, 4.Baskı, De Gruyter Berlin, 2012

Höhn, Jakob

“Andere sachgemässe und den Beteiligten zumutbare Lösungen im Sinne von Art. 736 Ziff. 4 OR”, Neues zum Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht- Festschrift zum 50. Geburtstag von Peter Forstmoser, Schulthess, Zurich, 1993

Huguenin, Claire/ Mahler, Bruno

“Anfechtbarkeit und Nichtigkeit als Folgen mangelhafter Generalversammlungsbeschlüsse”, Aktuelle Herausforderungen des Gesellschafts- und Finanzmarktrechts- Festschrift für Hans Caspart von der Crone zum 60. Geburtstag, Schulthess, 2017

Hüffer, Uwe/ Koch, Jens

Aktiengesetz, BECK, 2018,

Erişim:

Beck Online

Ilmonen, Klaus R.

“A Political Narrative of Nordic Corporate Governance Shareholders, Stakeholders and Change of Control”, ECFR, 2015

İlbasmış Hızlısoy, Özlem

Anonim Şirketin Haklı Sebeple Feshi, Adalet Yayınları, Ankara, 2016

İmregün, Oğuz

“Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Kâr Payı (Temettü) Hakkı”, Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, Beta Yayınları İstanbul, 2002,

(Kâr Payı Hakkı)

İmregün, Oğuz

“Anonim Ortaklıklarda Kurucu Senetleri”, İÜHFM, C.45, S. 1-4, Doğumunun 100. Yılında Atatürk'e Armağan, 1981

(Kurucu Senetleri)

İmregün, Oğuz

Anonim Şirketlerde Pay Sahipleri Arasında Genel Kurul Kararlarından Doğan Menfaat İhtilafları ve Bunları Telif Çareleri, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1962

(Menfaat İhtilafları)

Jain, Pawan / Chu, Quentin C.

“Dividend clienteles: a global investigation”, Review of Quantitative Finance and Accounting, 2014, DOI 10.1007/s11156-013-0351-2

Jung, Boochun/ Lee, Woo-Jong/ Yang, Yanhua Sunny Sunny

“The Impact of Dividend Covenants on Investment and Operating Performance”, Journal of Business, Finance, and Accounting,

Erişim:

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2693412

Erişim Tarihi: 09.09.2020

Karahan, Sami

“Kar Dağıtımına İlişkin Genel Kurul Kararını İptal Eden Mahkeme, Karın Dağıtılmasına Karar Verebilir mi?”, REGESTA, Cilt: 3 Sayı: 1, Yıl: 2013, s. 19-32

Karaman Coşgun, Özlem

Anonim Şirketin Tasfiyesi, Adalet Yayınları, Ankara, 2015

Karasu, Rauf

Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, Yetkin Yayınları, 2. Bası Ankara 2015.

Karayağcın, Yaşar

Bilanço Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1979

(Bilanço Hukuku)

Karayağcın, Yaşar

“Kanuni Yedek Akçenin İlk Ayrımı Bakımından Safi Kâr Kavramı ve Dönem Vergi Borçları”, Batider, C.15 S.3 1990

(Safi Kâr Kavramı)

Karyağdı, Nazmi

Tüm Yönleriyle Kâr Dağıtımı, Maliye Hesap Uzmanları Derneği, İstanbul, 2014

Kaşak, Esra

“Anonim Şirketlerin Haklı Sebeple Feshinde Şahsi Sebeplerin Değerlendirmeye Alınıp Alınamayacağı Hususunun Hâkimin Takdir Yetkisi Bakımından Değerlendirilmesi”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XXIII, Y. 2019, Sa. 3

Kayıhan, Şaban/ Çetiner, Ali
Emre

Anonim Şirketlerde Yedek Akçeler ve Muhasebeleştirilmesi, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.5 S.1-2, 2010, s.03-28.

Kästle, Martina

Rechtsfragen der Verwendung von Covenants in Kreditverträgen, Duncker&Humboldt, Berlin, 2003

Kendigelen, Abuzer

Yeni Türk Ticaret Kanunu- Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2016

(İlk Tespitler)

Kendigelen, Abuzer

“Türk Ticaret Kanunu Tasarısında İntifa Senetleri”, Batider C.25 S.2 2009

(Tasarıda İntifa Senetleri)

Kendigelen, Abuzer/ Conkar,
Halil

“Zamanaşımına Uğrayan Kâr Payı Alacağı Konusundaki Özel Düzenleme”, İÜHFM C. LXXI, S. 2, 2013, s. 205-224

Kendigelen, Abuzer

İsviçre Hukukunda Farklı Pay Sahibi Kategori veya Gruplarının Şirket Organlarında Temsil (OR Art 709), Makalelerim Cilt I, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2018

Kendigelen, Abuzer

“Anonim Ortaklıkta İmtiyazlı Paylara İlişkin Değişiklik Önerileri”, Makalelerim C.II- 2001-2017, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2018, s.175 vd.

Kendigelen, Abuzer

Anonim Ortaklık Payı Üzerinde İntifa Hakkı, Beta Basım, İstanbul, 1994

Kırca, İsmail/ Şehirali Çelik,
Feyzan Hayal/ Manavgat,
Çağlar

Anonim Şirketler Hukuku Cilt 1, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2013

Kırca, İsmail

Anonim Şirketler Hukuku Cilt 2/2 Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2016

Genel Kurul

Kiefner, Alexander/ Mertens,
Hans-Joachim/ Cahn, Andreas/
Noack, Ulrich/ Zetzsche, Dirk/
Arnold, Arnd/ Winnen, Armin

Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, (Ed: Kiefner, Alexander/ Mertens, Hans-Joachim/ Cahn, Andreas/ Noack, Ulrich/ Zetzsche, Dirk/ Arnold, Arnd/ Winnen, Armin)

Carl Heymens Verlag, 2018

(Yazarın soyadı, **Kölner Kommentar**)

Kinnki, Seppo

“Minority Protection and Dividend Policy in Finland”, European Financial Management, C. 14, S. 3, 2008, 470–502

doi: 10.1111/j.1468-036X.2007.00408.x

Knobloch, Stefan

Das System zur Durchsetzung von Aktionärsrechten, Schulthess, 2011

Kocayusufpaşaoğlu, Necip

Borçlar Hukuku Genel Bölüm-I, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2017

Kostkiewicz, Jolanta Kren/
Wolf, Stephan/ Amstutz, Marc/
Fankhauser, Roland

Orell Fusli-OR Kommentar, Orell Fusli Verlag, 3.Auflage, 2016

(Yazarın soyadı- OFK)

Kunz, Peter V.

“Zur Auflösungsklage gemäss Art. 736 Ziff. 4 OR- Garant für ein indirektes Austrittsrecht?”

Festschrift für Rolf Bär, Stämpfli Verlag, Bern, 1998

(Auflösungsklage)

Kunz, Peter V.

“Funktion(en) des Aktienrechts vom Organizationrecht zum Katalysator der Gesellschaftspolitik”, SZWF, 2018, s.253-265

(Funktionen)

Kunz, Peter V.

Die Klagen im Schweizer Aktienrecht, Schulthess, Zurich, 1997

(Klagen)

Kuran, Timur

“The Absence of the Corporation in Islamic Law: Origins and Persistence”, The American Journal of Comparative Law, C.53 S.4,2005,

Erişim:

<https://sites.duke.edu/timurkuran/files/2016/10/absence-of-corporation-1.original.pdf> Erişim tarihi: 03.09.2020.

Erişim tarihi 10.09.2020

Kuru, Baki

Medeni Usul Hukuku, Legal Yayınları, İstanbul, 2016

Honsell, Heinrich/ Vogt,
Nedim Peter/ Watter, Rolf/
Wiegand, Wolfgang

Basler Kommentar Obligationenrecht II- Art.671-674,
Helbing Lichtenhahn Verlag, 2012

(Yazarın soyadı, **Basler Komm-2012**)

Honsell, Heinrich/ Vogt,
Nedim Peter/ Watter, Rolf

Basler Kommentar Obligationenrecht II- Art.671-674,
Helbing Lichtenhahn Verlag, 2016

(Yazarın soyadı, **Basler Kommentar**)

La Porta, Rafael/ Lopez-de-
Silanes, Florencio/ Shleifer,
Andrei/ Vishny, Robert W.

“Agency Problems and Dividend Policies Around the World”, The Journal of Finance, C. 55, S. 1, 2000, p. 1-33

Erişim:

https://www.jstor.org/stable/222549?seq=1#page_scan_tab_contents

Erişim Tarihi: 10.10.2017

Lassare, André

La Société Anonyme à But Non-économique en Droit Suisse, Barblan&Saladin, Friburg, 1976

Last, Jens

Der Erwerb eigener Aktien als Ausschüttungsinstrument,
Berliner Wissenschaftsverlag, 2016

- Leu, Daniel **Variable Vergütungen für Manager und Verwaltungsräte**, SSHW Schulthess, 2005
- Lintner, John **“Optimal Dividends and Corporate Growth under Uncertainty”**, The Quarterly Journal of Economics, 1964, C. 78, S 1, 49-95
- Lörsch, Florian **Kompetenzfragen der Mezzanine-Finanzierung**, Nomos, 2013
- Lutter, Marcus/ Leinekugel, Magdalena/ Rödder, Thomas **“Die Sachdividende Gesellschaftsrecht und Steuerrecht”**, Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (ZGR), C.31 S.2, 2002, s.204-240
- Lutz, Peter **Vinkulierte Namenaktien**, SSHW Schulthess, Zurich, 1988
- Macey, Jonathan R. **“A Close Read of an Excellent Commentary on Dodge v. Ford”**, Virginia Law & Business Review, C.2 S.1, 2008
- Marsh Jr., Harold/ Finkle, Roy R. **Marsh’s California Corporation Law Volume-2**, Prentice Hall Law and Business, New Jersey, 1992
- Mayer, Alexander **“Bilanzielle Kapital Erhaltung vs. Solvenzttest”**
- Erişim:**
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1964257
- Erişim tarihi:** 07.07.2020
- Meier-Hayoz, Arthur/ Forstmoser, Peter **Schweizerisches Gesellschaftsrecht**, Stampfli Verlag, Bern, 2012
- Meier-Hayoz, Arthur/ Forstmoser, Peter/Iordanov, Peter **Droit Suisse des Sociétés**, Stämpfli Verlag, 2015
- Memiş, Tekin/ Şimşek Bahar **Azlığın Finansal Tabloların Müzakeresini Erteleme Hakkı Üzerinde Değerlendirmeler**, Prof. Dr. Sabih Arkan’a Armağan, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2019

Millon, David

“Radical Shareholder Primacy”, University of St. Thomas Law Journal, C.10 S.4, 2013

(Radical Shareholder)

Millon, David

“Theories of the Corporation”, Duke Law Journal, 1990, s. 201-262

Erişim:

<https://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol39/iss2/2>

Erişim Tarihi:

29.04.2020

(Theories)

Modigliani, Franco/ Miller,
Merton H.

“The Cost of Capital Corporation Finance and the Theory of Investment”, The American Economic Review, C.48 S.3. 1958.

Moroğlu, Erdoğan

Anonim Ortaklık Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017

(Genel Kurul)

Moroğlu, Erdoğan

“Kurucu İntifa Hakkı Sahiplerinin Kâr Payı Talep Hakları ve Yargıtay Kararları”, Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul, 1998 s.397-468

(Kurucu İntifa Senetleri)

Moroğlu, Erdoğan

Anonim Ortaklıklarda Sermaye Artırımı, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015

(Sermaye Artırımı)

Neville, Mette

“A Statutory buy-out Right in SME’s- An Important Corporate Governance Mechanism and Minority Protection”, Company Law and SMEs, Thomson Reuters, 2010

Nomer Ertan, Füsün

“Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi Davası-TTK m.531 Üzerine Düşünceler”, İÜHFM C.73 S.1, 2015, s.421-440

(Haklı Sebeple Fesih Üzerine)

Nomer Ertan, Füsün

“Yargıtay Kararları Işığında Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi”, Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu-20 Ekim 2017, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2018

(Yargıtay Kararlarında Haklı Sebeple Fesih)

Oğurlu, Yücel

İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu, Seçkin Yayınları, Ankara, 2008

Oğuzman, Kemal/ Öz, Turgut

Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I-II, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013

Oğuzman, Kemal/ Barlas,
Nami

Medeni Hukuk, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018

Oğuzman, Kemal/ Seliçi, Özer/
Oktay Özdemir, Saibe

Eşya Hukuku, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2018

Okutan Nilsson, Gül

Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Şirketler Topluluğu Hukuku, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2009

(Şirketler Topluluğu)

Okutan Nilsson, Gül

“Şirketler Topluluğunda Karşılıklı İştirak”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı, “Türk Ticaret Kanununu Beklerken”, C.18, S.2, 2012

(Karşılıklı İştirak)

Erişim:

<http://dergipark.gov.tr/download/issue-file/425>

Erişim Tarihi: 23.08.2018

Okutan Nilsson, Gül

Anonim Ortaklıklarda Paysahipleri Sözleşmeleri, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları, İstanbul, 2001

(Pay Sahipleri Sözleşmeleri)

Okutan Nilsson, Gül/ Atalay,
Oğuz

“Anonim Ortaklıkta Paysahipleri Sözleşmelerinde Öngörülen Pay Alım ve Satım Opsiyonlarının Cebri İcrası”,
Prof.Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, C.I, İstanbul, 2007

Omağ, Aclan

Şirketler Kâr Pay Dağıtımı, (Ed: İdil Özlem Koç), Nobel Yayınları, 2016

Oulevey Xavier

L'institution de la Décharge en Droit de la Société Anonyme, Schulthess, 2008

Oser, David/Vogt, Hans-Ueli

“Die Ausschüttung von Agio nach geltendem und künftigem Aktienrechts”, GesKR, 2012, s.19.

Paslı, Ali

Anonim Ortaklıkta Kurumsal Yönetim, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları, İstanbul, 2005

Paslı, Ali/ Veziroğlu, Cem

Kaldıraçlı Devral ve Anonim Şirketin Finansal Yardım Yasağı, 12 Levha, İstanbul, 2018

Pekcanitez, Hakan/ Atalay,
Oğuz/ Özekes, Muhammet

Medenî Usûl Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007.

Pekcanitez, Hakan/ Özekes,
Muhammet/ Akkan, Mine/ Taş
Korkmaz, Hülya

Medeni Usul Hukuku, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017
(Yazar, Pekcanitez Usul)

Pellens, Bernhard/ Sellhorn,
Thorsten

“Improving Creditor Protection Through IFRS Reporting and Solvency Tests”, European Company and Financial Law Review, Special Issue 1/2006

Erişim:

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=938156

Erişim Tarihi: 20.09.2017

Pichonnaz, Pascal/ Erdem,
Ercüment/ Esmailzadeh
Jourabchi, Tannaz/ Dural, Ali

“La Force Contraignante Des Conventions D'actionnaires: Quelques Aspects De Droits Suisse Et Turc”, SJZ 102, 2006

Pinto, Arthur R.

“Protection of Close Corporation Minority Shareholders in the United States”, Brooklyn Law School Legal Studies Research Papers No.369 2014

Poroy, Reha/ Tekinalp, Ünal/
Çamoğlu, Ersin

Ortaklıklar Hukuku Cilt. I-II, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017

(Cilt I için Ortaklıklar Hukuku-I

Cilt II için Ortaklıklar Hukuku II)

Poroy, Reha/ Tekinalp, Ünal/
Çamoğlu, Ersin

Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, Arıkan Yayınevi, İstanbul, 2005

(Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku)

Pulaşlı, Hasan

“Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Sakatlığı Ve Müeyyidesi” Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVII, Y.2013, Sa. 1-2, s.885-898

(GK Kararları)

Pulaşlı, Hasan

Şirketler Hukuku Şerhi Cilt I-II-III, Üçüncü Baskı, Adalet Yayınları, Ankara, 2018

(Şerh (Cilt No))

Rickford, Jonathan

“Reforming Capital: Report of the Interdisciplinary Group on Capital Maintenance”, European Business Law Review (EBLR), C.15 S.4 2004, s.920-1027

Erişim:

https://www.biiicl.org/files/916_capital_maintenance_report_-_final.pdf

Erişim tarihi: 03.07.2017

Riemer, Hans Michael

Anfechtungs-und Nichtigkeitsklage im schweizerischen Gesellschaftsrecht (AG, GmbH, Genossenschaft, Verein, Stockwerkeigentümergeinschaft), Stampfli Verlag, Bern, 1998

- Riederer, Flurin **Riederer, Flurin, “Rückstellungen: Eigen- oder Fremdkapital?”**, Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis, 2017
- Reul, Adolf **Anfechtungs- und Nichtigkeitsgründe im Aktienrecht**, (Ed: Olaf Gärtner, Michael Rose, Adolf Reul), Beck, 2014
- Rock, Edward B./ Wachter, Michael L. **“Waiting for Omelette to Set: Match-Specific Assets and Minority Oppression”**, Concentrated Corporate Ownership (Ed. Randall K. Morck), A National Bureau of Economic Research Conference Report, The University of Chicago Press, 2000
- Rommens, An/ Cuyvers, Ludo/ Deloof, Marc **“Companies: Stand-Alone and Group Companies in Belgium”**, European Financial Management, C.18, S. 5, 2012, 816–835 doi: 10.1111/j.1468-036X.2010.00554.x
- Ruedin, Roland **Droit des sociétés**, Staempfli Editions, Bern, 1999
- Santella, Paolo/ Turini, Riccardo **“Capital Maintenance in the EU: Is the Second Company Law Directive Really That Restrictive?”**, European Business Organization Law Review S.9, s.427-461
- Sarıkaya, Sinan **Koronavirüs (COVID-19) Salgını Sebebiyle Ticaret Bakanlığı’nın Sermaye Şirketlerinde Kâr ve Kâr Payı Avansı Dağıtımı Hakkındaki Duyurusu Üzerine Düşünceler**,
Erişim adresi
<https://blog.lexpera.com.tr/covid-salgini-nedeniyle-ticaret-bakanliginin-duyurusu-uzerine-dusunceler/>
Erişim adresi
09.04.2020
- Sanwald, Reto **Austritt und Ausschluss aus AG und GmbH**, Dike Verlag, Zurich/St. Gallen, 2009

- Scheffer, Wolfram **“Das Maßgeblichkeitsprinzip nach dem Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz”**, Das Institut Finanzen und Steuern Schrift Nr. 474,

Erişim: <https://www.ifst.de/wp-content/uploads/2011/07/474.pdf>

Erişim tarihi: 07.05.2020
- Schmidt, Klaus M. **“The Economics of Covenants as a Means of Efficient Creditor Protection”** European Business Organization Law Review C. 7, 2006, s. 89-94
- Schmidt, Karsten/ Lutter, Marcus **Aktiengesetz Kommentar- Band II, (Ed: Schmidt/Lutter)**, Otto Schmidt Verlag, 2015

(Yazar soyadı, **Schmidt/Lutter Kommentar**)
- Schott, Bertrand G. **Aktienrechtliche Anfechtung-barkeit und Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen wegen Verfahrensmangel**, SSHW, Dike Verlag, 2009
- Schön, Wolfgang **“Balance Sheet Tests or Solvency Tests – or Both?”**, European Business Organization Law Review, C.7 S.1- Mart 2006, s.181-198
- Schreiber, Christian **Zweckbildung bei der Aktiengesellschaft**, Juris Druck Verlag, Zurich, 1974
- Schulze-Osterloh, Joachim **“Ausweis der Sachdividende im Jahresabschluss und im Gewinnverwendungsbeschluss”**, FS für Hans Joachim Priester Zum 70. Geburtstag, Dr. Otto Schmidt Verlag, Köln, 2007
- Schüppen, Mathias **“Dividende ohne Hauptversammlungsschluss?- Zur Durchsetzung des Mitgliedschaftlichen Gewinnanspruchs in Pattsituationen”**, Festschrift für Volker Röhrich zum 65. Geburtstag, Dr. Otto Schmidt Verlag, Köln, 2005
- Serozan, Rona **Tüzel Kişiler**, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1990

(Tüzel Kişiler)

Serozan, Rona

Medeni Hukuk- Genel Bölüm- Kişiler Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011**(Medeni Hukuk)**

Sevi, Ali Murat

Anonim Ortaklıkta Payın Devri, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004**(Payın Devri- ETTK)**

Sevi, Ali Murat

Sermayenin Oluşturulması ve Pay Sahiplerine İade Edilmesi Yasağı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013**(Sermayenin Oluşturulması)**

Sirmen, Lale

Eşya Hukuku, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2018

Senarcles, Jean

Les Réserves des Sociétés Anonymes, Université de Geneve- Faculté de Droit-Libraire de Droit, Lozan, 1943

Skog, Rolf/ Fäger, Catarina

The Swedish Companies Act, Norstedts Juridik, 2007

Spörri, Beat

Die aktienrechtliche Rückerstattungspflicht, Schulthess Zurich, 1996

Staehlin jun., Max

Die Reserven der Aktiengesellschaft, Helging&Lichtenhal, Basel, 1939

Stout, Lynn

“Why We Should Stop Teaching Dodge v. Ford Motor Co.”, UCLA School of Law, Law-Econ Research Paper No. 07-11, 2007,

Erişim:

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1013744

Erişim Tarihi:

25.04.2020

Strine, Leo E. Jr.

“One Fundamental Corporate Governance Question We Face: Can Corporations Be Managed for the Long Term

Unless Their Powerful Electorates Also Act and Think Long Term” Business Lawyer, C.66 S.1 November, 2010

Şahin, Ayşe

Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi, Vedat Kitap Evi, İstanbul, 2013

Şehirali Çelik, Feyzan Hayal

“TTK M. 408.2 Dışında Düzenlenen Genel Kurul Yetkilerinin Devredilmezliği: Kural mı, İstisna mı?”

Prof. Dr. Hikmet Sami Türk'e Armağan (Ed: Aynur Yongalık/Murat Gürel/İbrahim Bektaş), Turhan Yayıncılık, Ankara, 2017

Şener, Oruç Hami

Ortaklıklar Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015

Tekinalp, Ünal

Anonim Ortaklığın Bilançosu ve Yedek Akçeleri, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Matbaası, İstanbul, 1980,

(Yedek Akçeler)

Tekinalp, Ünal

Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2015

(Yeni Hukuk)

Tekinalp, Ünal

“Türk Ticaret Hukukunda Küresel Bir Açılım:

IFRS/TMS-TFRS”, Batider C.33 S.68 2007, s.33-66

(UFRS)

Tekinalp, Ünal

“Katılma İntifa Senetleri”, Batider, C.6 1971, s.297-312

(Katılma İntifa Senetleri)

Tekinalp, Ünal

“Anonim Ortaklığın Haklı Sebeplerle Feshi Davasının Bazı Usulî Sorunları”, Prof. Dr. Ersin Çamoğlu'na Armağan, Vedat Kitaplılık, İstanbul, 2013

(Fesih Davasında Usuli Sorunlar)

Tekinalp, Ünal

“Anonim Ortaklıkta Sermayenin Korunması İlkesi”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010

(Sermayenin Korunması İlkesi)

Teoman, Ömer

“Kurucu İntifa Senedi Sahiplerinin Kârdan Pay Alma Haklarının İlk Esas Sermaye Tutarı ile Sınırlı Olup Olmadığı Sorunu”, Otuz Yıl Ticaret Hukuku-Tüm Makalelerim-Cilt II, Beta Yayınları, İstanbul, 2001.

Teoman, Ömer

Anonim Ortaklıkta İntifa Senetleri, Üniversite Kitabevi, İstanbul, 1978,

(İntifa Senetleri)

Teoman, Ömer

“Azınlığın Bilanço Görüşmelerinin Ertelenmesini İsteme Hakkı (TTK m.377) Konusundaki Yargıtay Kararlarının Değerlendirmesi”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu I, 1988

(Görüşmelerin Ertelenmesi)

Teoman, Ömer

“Kurucu İntifa Senedi Sahiplerinin Kârdan Pay Alma Haklarının İlk Esas Sermaye Tutarı ile Sınırlı Olup Olmadığı Sorunu”, Otuz Yıl Ticaret Hukuku-Tüm Makalelerim-Cilt II, Beta Yayınları, İstanbul, 2001

Teoman, Ömer

“Yeni Ticaret Kanunu’nun Pay Senetlerini Halka Arz Eden Bir Anonim Ortaklığın Kurucu İntifa Senetlerinin İptal Edilmesini Öngören Düzenlemesi”, Batider, C.27, S.2, 2011

(Senetlerin İptal Edilmesi)

Tercier, Pierre/ Amstutz, Marc/
Trigo Trindade, Rita (Ed)

Commentaire Rommand- Code des Obligations II, (Ed: Tercier, Pierre/ Amstutz, Marc/ Trigo Trindade, Rita), 2. Baskı, Basel, 2017

(Yazarın soyadı, CR)

Tercier, Pierre/Pichonnaz,
Pascal/ Develioğlu, Murat

Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 12 Levha, İstanbul, 2016

Thomas Sutter-Somm/ Franz
Hasenböhler/ Christoph
Leuenberger

Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), (Ed: Thomas Sutter-Somm/ Franz Hasenböhler/ Christoph Leuenberger), Schulthess, 2013

(Yazarın soyadı, **ZPO**)

Trigo Trindade, Rita

“Révisions du Droit de la Société Anonyme et du Droit Comptable: Présentation Générale”, La Révision du Droit de la Société Anonyme (Editör: Jean Tristian Michel), CEDIDAC, Lozan, 2008

(**Révisions**)

Trigo Trindade, Rita

“Erreur de l’actionnaire et contestation des décisions de l’AG”, Mélanges à la mémoire de Bernard Corboz (Ed: Grégory Bovey, Benoît Chappuis, Laurent Hirsch), Schulthess, 2019

(**Erreur**)

Truyen, Filip

“Shareholder Conflicts in Small and Medium Sized Companies- Remedies for Shareholder’ Abuse of Authority and Improper Retention of Dividends”, Shareholder Conflicts (Ed: Paul Krüger Andersen/Nis Jul Claussen/Rolf Skog), Thomson-Sweet&Maxwell Yayınevi, 2006

Tubke, Christian

Sachausschüttungen im deutschen, französischen und Schweizer Aktien- und Steurrecht, Josef Eul Verlag, Köln, 2002

Turanlı, Hüsnü/ Seyman
Korkmaz, Seda

“Anonim Ortaklıklarda Kâr Payı Alma Hakkı”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.14, S.1, 2015, s. 7-44

Türk, Ahmet

“Anonim Ortaklıkta Gizli Yedek Akçeler”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 2, 2002

(**Gizli Yedek Akçeler**)

Türk, Ahmet

Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını Edinmesi, Adalet
Yayınevi, Ankara, 2016

Kendi Paylarını Edinmesi

Türk, Ahmet

**“Hukuka Aykırı Olarak Bilânçoda Kârın Düşük
Gösterilmesi Halinde Pay Sahiplerinin Hakları”**, İhsan
Tarakçıoğlu’na Armağan, Ankara 1999

Erişim:

<http://debis.deu.edu.tr/userweb/ahmet.turk/dosyalar/Paysahibi.htm>

Erişim tarihi: 10.09.2020

(Bilanço kârı)

Türkyılmaz, İsmail

**Sermaye Piyasası Hukukunda Pay Alım Teklifi
Zorunluluğu**, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2015,

Türkiye Sanayici ve İş
İnsanları Derneği Vergi
Çalışma Grubu

**“Türk Ticaret Kanunu (TTK) ve Vergi Usul Kanunu
(VUK) Hükümleri Kapsamında İki Ayrı Finansal Raporlama
Yapmanın Yol Açtığı Belirsizlikler ve Çözüm Önerileri
Çalıştayı Değerlendirme Raporu”**, 13 Mayıs 2015, Yayın no:
tüsiad – t / 2015-11 / t/ 569

(Tüsiad Raporu)

Ulusoy, Yılmaz

**Anonim ve Limited Şirketlerde Kâr Dağıtımı ve
Vergilendirme**, Olgaç Yayınevi, Ankara, 1987

Uysal, Esra

Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Paylar, 12 Levha
Yayınları, İstanbul, 2018

Ülgen, Gülten

Mikro İktisat, Türkmen Kitabevi, İstanbul, 2014

Ünal, Oğuz Kürşat

“Katılma İntifa Senetleri (KİS)”, Batider C.19 S.3, s.80-92

Varrenti, Alessandro/ de las
Cuevas, Fernando

Shareholders’ Rights, Ed: Varrenti, Alessandro/ de las
Cuevas, Fernando 2nd Edition, Thomas Reuters, 2015

Yazar adı (Varrenti/de las Cuevas)

- Vischer, Markus **“Dividend bei der Aktiengesellschaft in Liquidation”,** Schweizerische Juristen Zeitung (SJZ) s.115, 2019, s.555-563
- Veil, Rudiger **“Capital Maintenance”,** European Company and Financial Law Review- Legal Capital in Europe (Editör: Marcus Lutter), 2006,
(Capital Maintenance)
- Velardocchio, Dominique **“Dividendes”,** Répertoire de Droit des Sociétés, Dalloz, 1996
- Vetter, Eberhard **Beck’iche Kurz Kommentar- Gesellschaftsrecht** (Editör: Henssler/Strohn), C.H. Beck, Münih, 2. Bası, 2014
(Yazarın soyadı, Kurzkomentar (Henssler/Strohn))
- Veziroğlu, Cem **“Buy-Out of the Oppressed Minority’s Shares in Joint Stock Companies: A Comparative Analysis of Turkish, Swiss and English Law”,** European Business Organization Law Review (EBOR), 2018
Erişim
<https://link.springer.com/article/10.1007/s40804-018-0103-9>
Erişim Tarihi:
08.08.2018
- Vito, Roberto/ Trüeb, Hans **Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Personnengesellschaften -Aktiengesellschaft,** 3. Bası, Schulthess, 2016
(Yazarın soyadı, Handkommentar)
- Vogt, Hans-Ueli/ Enderli, Thomas **“Die Auflösung einer Aktiengesellschaft aus wichtigen Gründen und die Anordnung einer “anderen sachgemässen Lösung” (Art. 736 Ziff.4 OR),** Recht Heft 6, 2010
Erişim

https://www.rwi.uzh.ch/dam/jcr:00000000-4529-5db9-ffff-ffffc83f1916/Recht_6_Vogt.pdf

Erişim tarihi: 08.08.2018

Von Büren, Roland / Stoffel,
Walter/ Weber, Rolf

Grundriss des Aktienrechts, Schulthess, Zurich, 2011

Von der Crone, Hans Caspar

Aktienrecht, Stämpfli Verlag, Bern, 2014

Von der Crone, Hans Caspar/
Baum, Olivier

“Aktienrechtliche Verfahren: Klagemöglichkeiten und Klagerisiken”, GesKR 2016 S. 278-299

Yavuz, Mustafa

“Anonim şirketlerde Olağanüstü Yedek Akçe Ayırmak Suretiyle Kâr Payı Alma Hakkının Sınırlandırılması”, Terazi Hukuk Dergisi, S.88, 2013

Yanlı, Veliye

“Yeni Ticaret Kanunu ve Anonim şirketler Kâr Dağıtımı”, Batider Mart 2014 C.30 S.1

(AŞ’de Kâr Dağıtımı)

Yanlı, Veliye

“Anonim Ortaklıklarda Kârın Tamamen Devrine İlişkin Br Tasarruf Yapılabilir Mi?” İHFM C.LV S.4, 1997

(Kârın Tamamen Devri)

Yanlı, Veliye

“Kâr Payı Avansı Dağıtımı Hakkındaki Düzenleme (Sermaye Piyasası Kanunu’na Tabi Olmayan şirketlerde)”, Türk Ticaret Kanunu’na İlişkin İkincil Mevzuatın Değerlendirilmesi Sempozyumu, Kadir Has Üniversitesi, 15 Aralık 2013

(Kâr Payı Avansı)

Yanlı, Veliye

“Yönetim Kurulu Üyelerine Sağlanacak Mali Haklar ile İlgili Bazı Değerlendirmeler”, Batider C.33 S.4, 2017, s.41-69

(YK Mali Haklar)

Yanlı, Veliye

“Sermaye Piyasası Hukukunda Hisse Senedine Dönüştürülebilir Tahviller”, Prof. Dr. Belgin Erdoğan’a Armağan, Der Yayınları, İstanbul, 2011

(Dönüştürülebilir Tahvil)

Yanlı, Veliye

“Şirketin Kendi Paylarını Edinmesinde Finansal Destek Yasağı”, Batider C.28 S.4, 2012

(Finansal Destek Yasağı)

Yanlı, Veliye

“Yönetim Kurulu Üyelerinin Kazanç Payı ile İlgili Bazı Sorunlar”, Prof. Dr. Ali Necip Ortan’a Armağan, Legal Hukuk Dergisi C.8 S.32, 2019

(Kazanç Payı)

Yanlı, Veliye

“Hakimiyet Sözleşmeleri”, Regesta C.3 S.1 2013

(Hakimiyet Sözleşmeleri)

Yanlı, Veliye/ Okutan Nilsson,
Gül

“Türk Ticaret Kanunu’nun 198. Maddesi Uyarınca Bildirim Yapılmamasının Anonim Şirketteki Oy Haklarına Etkisi”, Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan, 12 Levha, İstanbul, 2017

(Bildirim)

Yiğit, Begüm

“Anonim Şirketin Haklı Nedenle Feshi Davasında Davalı Sıfatının Belirlenmesi”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2019/1

Yüksel, Sinan

Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi Davasında Davalı Sıfatı Üzerine Düşünceler, Prof. Dr Hamdi Yasaman’a Armağan, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2017

(Davalı Sıfatı)

Yüksel, Sinan

“Kapalı Anonim Ortaklıklarda Yeni Payların Kâr Payına Hak Kazanmasında ve Kâr Payının Hesaplanmasında Zaman

Unsuru”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2019/1

(Yeni Paylar)

Weber, Arnold

Das Verhältnis von Handelsbilanz und Steuerbilanz, Cosmos Verlag, Bern, 1979

Weber, Manfred/Paa, Kai Uwe

Bilanzen, Haute Verlag, 2016

Wiegand, Phillipp

Die Auskehrung von Sachwerten in der AG durch Sachdividende, Kapitalherabsetzung und Abspaltung, Verlag Dr. Kovac, Hamburg, 2012

Windbichler, Christine

Gesellschaftrecht, 23. Bası, CH. Beck, Münih, 2013

Winter, Jaap/ Garrido Garcia,

José Maria/ Hopt, Klaus J./

Rickford, Jonathan/ Rossi,

Guido/ Shans Christensen, Jan/

Simon, Joëlle

“Report of the High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe”, Avrupa Komisyonu Uzman Kurulu Raporu, Brüksel, 2002

(Winter Raporu)

Zaklama, Nicholas A. S.

“Dividends: Shareholders’ Right, Directors’ Privilege or Companies Curse”, Bracton Law Journal, S.32, 2000, s.22-39

Zweifel, Martin/ Beusch,

Michael

“Ausgewählte Fragen zur Bedeutung der Handelsbilanz für die steuerliche Gewinnermittlung”, Festschrift für Peter Bockli zum 70. Geburtstag, Schulthess, 2006

Özgeçmiş

1986 yılında doğan Kerem Çelikboya, 2004 yılında Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde başladığı lisans eğitimini 2010 yılında tamamlamıştır. 2011 yılında Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü’nde başladığı yüksek lisans programını 2014 yılında sunduğu “Ticari İşletmenin Devri” konulu yüksek lisans tezini sunarak tamamlamıştır. Aynı yıl yine Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü’nde özel hukuk doktora programına başlamıştır.

2011 yılından beri İstanbul Bilgi Üniversitesi’nde araştırma görevlisi olarak çalışan Kerem Çelikboya, İngilizce, Fransızca ve Almanca bilmektedir.



TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite : T.C. GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
Enstitü : SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
Hazırlayanın Adı Soyadı : Kerem Çelikboya
Tez Başlığı : Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Kâr Payı Hakkı
Savunma Tarihi : 29 / 09 / 2020
Danışmanı : Prof. Dr. S. Anlam Altay

JÜRİ ÜYELERİ

Unvanı, Adı Soyadı

İmza

Prof. Dr. S. Anlam Altay (Danışman)

Prof. Dr. Gül Okutan Nilsson

Prof. Dr. H. Murat Develioğlu

Prof. Dr. Veliye Yanlı

Prof. Dr. Tolga Ayoğlu

Prof. Dr. M. Yaman ÖZTEK

Enstitü Müdürü