

2005 ELSA AVRUPA GENÇ HUKUKÇULAR DERNEĞİ
ORD. PROF. DR. HIFZI VELDET VELİDEDEOĞLU
KURGUSAL DURUŞMA YARIŞMASI

Hazırlayanlar

Pınar ÇİFTÇİ / Eda MUKANNASGİL / Hülya ASLANTÜRK
Bengi GÜMGÜM / Betül Fitnat BÖKE

O L A Y

2002 yılında yapılan GSM 1800 telefon işletmeciliğine ilişkin açılan ihaleye Mobitel2 şirketi katılmak istemiştir. Ancak Mobitel2'nin daha önce Türkiye'de hiçbir faaliyeti bulunmamakta ve Türkiye'de yürürlükte bulunan mevzuat uyarınca da imtiyaz sözleşmesi çerçevesinde sürdürülecek olan telekomünikasyon hizmetlerini sürdürmek için ihaleye girecek şirketlerin sermayelerinin en az %51'inin Türk gerçek veya tüzel kişilerinin elinde bulunması gerekmektedir. Bunun üzerine kendine bir Türk ortak bulmak isteyen Mobitel2 Türkiye'nin önde gelen holdinglerinden Kaplan Holding A.Ş. ile irtibata geçmiştir. Kaplan Holding bu işbirliğine sıcak bakmış ve iştiraklerinden Kaplan Bank A.Ş.'nin bu işbirliğine girebileceğini Mobitel2'ye bildirmiştir.

Yapılan görüşmeler sonucunda ihalede imtiyaz sözleşmesi için verilmesi gereken miktarın yaklaşık 2 milyar ABD Doları olacağı, kurulacak şirketin altyapı, tanıtım ve işletme giderleri için de yaklaşık ilk yıl içinde 1,5 milyar ABD Doları nakte ihtiyaç duyulacağı anlaşılmıştır. Kaplan Holding A.Ş. bu proje için en fazla 200 milyon ABD Doları sermaye bulabileceğini ifade etmiştir. Uluslararası bankalar ile yapılan görüşmeler sonucunda imtiyaz sözleşmesi imzalayacak yeni şirket olacak olan Kaplan & Mobitel2 şirketinin hisselerinin rehnedilmeleri sonucunda 1,8 milyar ABD Doları kredi

bulunabileceği anlaşılmıştır. Bunun üzerine yapılan görüşmeler sonucunda projenin finansmanının aşağıdaki tablo uyarınca gerçekleştirilmesi konusunda anlaşılmiş ve “Kaplan & Mobitel2 Finansman Modeli” başlıklı bir belgenin tarafların genel müdürleri tarafından 1 Ağustos 2002 tarihinde imzalanması suretiyle taraflar bir mutabakata varmışlardır.

Finansman Miktarı	Finansman Kaynağı
500,000,000 ABD Doları	Mobitel2 Sermaye Payı
200,000,000 ABD Doları	Kaplan Bank A.Ş. Sermaye Payı
1,800,000,000 ABD Doları	Kaplan & Mobitel2 A.Ş. kredisi - Kaplan & Mobitel2 hisseleri rehni ile uluslararası bankalardan temin edilecek
100,000,000 ABD Doları	Kaplan Bank A.Ş. tarafından Kaplan & Mobitel2 şirketine verilecek kredi, Kaplan Holding A.Ş. kefaleti ile temin edilecek
400,000,000 ABD Doları	İngiliz bankaları tarafından Mobitel2'nin Bulgaristan ve Macaristan'da bulunan iştiraklerinin hisselerinin rehni karşılığında Kaplan & Mobitel2 A.Ş.'ye kullanılacak kredi.
500,000,000 ABD Doları	Nokissson Telekomünikasyon Şirketi tarafından temin edilecek telekomünikasyon ekipmanı üzerinde tesis edilecek rehin karşılığında Danimarka EximBank tarafından Kaplan & Mobitel2 A.Ş.'ye kullanılacak kredi.

Bu tablo çerçevesinde Kaplan & Mobitel2 şirketinin sermayesi 700,000,000 ABD Doları olacak ve şirket toplam 2,800,000,000 ABD Doları kredi kullanacaktır. Anılan 2,800,000,000 ABD Doları kredinin 2,300,000,000 ABD Dolarlık kısmı şirket kaynaklarından temin edilecek, kalan 500,000,000 ABD Doları işletme kredisi olarak kullanılacak ve taraflarca temin edilecektir. Buna göre şirketin ihtiyaç duyduğu ve ortaklar tarafından temin edilecek finansmanın 900,000,000 ABD Dolarlık kısmı Mobitel2, 300,000,000 ABD Dolarlık kısmı ise Kaplan Bank A.Ş. ve Kaplan Holding A.Ş. tarafından temin edilecektir.

Yapılan ihaleye Kaplan Bank A.Ş. ile Mobitel2 konsorsiyumu katılmış ve toplam 2,048,000,000 ABD Doları teklif ile 1 Kasım 2002 tarihinde ihaleyi kazanmışlardır. Taraflar %49'u Mobitel2, %40'ı Kaplan Bank A.Ş., %5'i

Kaplan Holding A.Ş., %3'ü Kaplan Tekstil A.Ş. ve %3'ü Kaplan Dağıtım A.Ş.'ye ait olmak üzere 700,000,000 ABD Doları sermaye ile Kaplan & Mobitel2 A.Ş.'yi 1 Ocak 2003 tarihinde kurmuşlar; şirketin bütün hisselerini uluslararası bankaların oluşturduğu konsorsiyuma rehnetmek suretiyle de 1,800,000,000 ABD Doları kredi temin ederek ihale bedeli olan 2,048,000,000 ABD Dolarını 1 Şubat 2003 tarihinde ödemiş ve imtiyaz sözleşmesini imzalamışlardır. Şirket ana sözleşmesine göre şirket payları iki gruba bölünmüş ve şirketin Mobitel2 şirketinin sahip olduğu A Grubunun göstereceği adaylar arasından seçilecek 3 yönetim kurulu üyesi ile Kaplan Holding A.Ş.'ye bağlı şirketler tarafından gösterilecek adaylar arasından seçilecek 4 yönetim kurulu üyesinden teşekkül edecek 7 kişilik bir yönetim kurulu ile yönetileceğine karar verilmiştir.

Taraflar arasında 15 Aralık 2002 tarihinde ayrıca bir Paysahipleri Sözleşmesi imzalanmıştır. Paysahipleri Sözleşmesinde aşağıdaki hükümler yer almaktadır.

1. Hernekadar şirket sermayesinin %49'u A Grubu, %51'i ise B Grubu paysahiplerine ait ise de sermayenin gerçek bölünmesi %75 A Grubu ve %25 B Grubu şeklindedir.

2. Şirketin sermayesinin %26'lık kısmını temsil eden hisselerle ilişkin süresiz ve gayrikabili rücu bir vekaletname B Grubu pay sahipleri tarafından Paysahipliği Sözleşmesi'nin ekinde A Grubu pay sahiplerine verilmiştir.

3. Kaplan Bank A.Ş.'nin ödemekle yükümlü olduğu ancak ödemediği ve Mobitel2 tarafından ödenen 157,500,000 ABD Dolarlık sermaye payına ilişkin borcun geri ödemeleri şirket kar payından karşılanacak ve Kaplan Bank A.Ş.'nin payına düşen %26'lık temettü ödemeleri doğrudan Mobitel2'ye yapılacaktır.

4. Şirket hisselerinin devri ancak diğer bütün hisselerin satılması halinde (yani şirketin %100'ü) mümkün olacak, bu durumda satış bedelinin %75'i Mobitel2'ye, %25'i ise Kaplan Bank A.Ş. ve diğer B Grubu paysahiplerine verilecektir.

5. Şirketin tasfiyesi halinde tasfiye payı da yukarıda yazıldığı şekilde bölüştürülecektir.

6. Şirketin Yönetim Kurulu A Grubu'nun atayacağı 5 ve B Grubunun atayacağı 2 üyeden oluşacak, A Grubu pay sahipleri hangi 2 üyenin Genel Kurul'da sanki B Grubu'nun adayı gibi atanacağını B Grubu paysahiplerine bildireceklerdir.

7. Şirket'in ek sermayeye ihtiyaç duyması halinde getirilecek ek sermayenin %75'i A Grubu, %25'i ise B Grubu pay sahipleri tarafından karşılanacaktır.

8 Ana sözleşme ile Pay Sahipleri Sözleşmesi arasında bir çelişki olması halinde Pay Sahipleri Sözleşmesi uygulanacaktır.

9. Pay Sahipleri Sözleşmesine Türk Hukuku uygulanacak ve uyuşmazlıkların çözümünde İstanbul Mahkemeleri ve icra daireleri yetkili olacaktır.

Pay Sahipleri Sözleşmesi imzalandıktan sonra şirketin kurulmasından hemen önce Kaplan Holding A.Ş. Yönetim Kurulu Başkanı Mobitel2 Yönetim Kurulu Başkanını aramış ve yönetim kurulu üyeliklerine ilişkin 5/2 kuralının hemen uygulamaya konulmamasını, aksi takdirde Telekomünikasyon Kurumu'nun problem yaratabileceğini, imtiyaz sözleşmesi imzalanana ve Kaplan & Mobitel2 hizmete başlayana kadar Ana Sözleşme'de yazdığı gibi yönetim kurulu üyeliklerinin 3/4 şeklinde belirlenmesini, hizmete başlar başlamaz bir olağanüstü genel kurul ile yönetim kurulu üyeliklerine iki adet Mobitel2 üyesi atanacağını söylemiştir. Mobitel2'nin Yönetim Kurulu başkanı bu teklifi kabul etmiştir. Bu konuda yazılı bir doküman bulunmamaktadır.

Şirket imtiyaz sözleşmesini imzalayıp, altyapı için gerekli yatırımlara başladığı noktada Nokissson şirketi ile kredi sözleşmesi imzalanması aşamasına gelmiş ancak bu noktada Nokissson firması aracılığı ile Danimarka Exim Bank tarafından temin edilecek ekipman üzerinde rehin konulmasına ilişkin çeşitli hukuki sorunlar doğmuştur. Bunun üzerine Nokissson firması Kaplan Holding A.Ş. ve Mobitel2'nin 500,000,000 ABD Doları müteselsil kefaletleri ile ekipmanların finansmanını karşılamayı 1 Haziran 2003 tarihinde kabul etmiştir. Şirketin diğer bankalardan alacağı krediler sorunsuz biçimde temin edilmiştir.

Şirket kurulmasından ve altyapı yatırımlarının sonuçlanmasından hemen sonra hizmete geçme aşamasında 1 Aralık 2003'te Türkiye'de ciddi bir ekonomik kriz çıkmış ve Kaplan & Mobitel2'ye kredi sağlayan bütün bankalar kredi faizlerini yıllık ortalama %16'dan, yıllık ortalama %27'ye çıkarmışlardır. Bu tarih itibari ile Kaplan & Mobitel2'nin toplam yatırım tutarı beklentileri aşarak 3,325,000,000 ABD Dolarına varmış ve şirketin hizmet sunmaya başlaması için gereken tanıtım kampanyası için gereken miktarın da 225,000,000 ABD Doları olduğu, işletme sermayesi ile birlikte

şirketin yaklaşık 250,000,000 ABD Doları daha sermaye ihtiyacı içinde olduğu ortaya çıkmıştır.

Bu tarihte Kaplan Bank A.Ş.'de ciddi mali problemler yaşamaya başlamıştır. Kaplan Bank A.Ş. bilançosunda Kaplan & Mobitel2 şirketine iştiraki, 800,000,000 ABD Dolarlık değer ile en büyük aktif olarak göze çarpmaktadır. Bilançoda Paysahipleri Sözleşmesi uyarınca belirtilen Mobitel2 şirketine karşı olan borç yer almamaktadır.

Bu noktada Türkiye'de yatırım yapmak isteyen bir başka yabancı telekomünikasyon işletmecisi Vodetel, 1 Ocak 2004 tarihinde Mobitel2'ye başvurarak Kaplan & Mobitel2'yi 2,000,000,000 ABD Dolarına alacağını ve bütün kefalet ve rehinleri de üstleneceğini belirtmiş ve bu konuda 1,800,000,000 ABD Doları kredi veren bankaların da desteğini aldığını söylemiştir. Mobitel2 Yönetim Kurulu Başkanı bu teklifi kabul etmiş ve Kaplan Holding A.Ş. Yönetim Kurulu Başkanı ile konuyu görüşmüştür. Kaplan Holding A.Ş. Yönetim Kurulu Başkanı bu teklifi kabul etmemiş, bu satıştan kendilerine kalacak 500,000,000 ABD Dolarının yeterli olmadığını, bunu kabul ederse Kaplan Bank A.Ş.'yi kaybedeceğini söylemiş, zaten Telekomünikasyon Kurumunun böyle bir satışa izin veremeyeceğini çünkü %51 Türk ortak şartının karşılanmadığını aktarmıştır. Şirketin içinde olduğu zor durumun Mobitel2'nin yanlış planmalarından kaynaklandığını da beyan etmiştir. Ayrıca Kaplan & Mobitel2'nin faaliyetlerine devam etmesi için derhal Mobitel2'nin 250,000,000 ABD Dolarını şirkete aktarması gerektiğini aksi takdirde şirketin batacağını, 250,000,000 ABD Dolarından Kaplan Holding A.Ş.'nin payına düşen 62,500,000 ABD Dolarını ise Mobitel2'nin kötü yönetimi nedeniyle Mobitel2 tarafından karşılanması gerektiğini belirtmiştir. Mobitel2 Yönetim Kurulu Başkanı ise böyle bir teklifin kesinlikle kabul edilemeyeceğini en kısa zamanda yönetim kurulunun iki üyesinin değiştirilerek yönetimin Mobitel2'ye geçirilmesi gerektiğini belirterek konuşmayı bitirmiştir.

Vodetel ile görüşmelerin sonuçsuz kalması sonucu tedirgin olan bankalar geç ödenen Şubat ayına ilişkin 100,000,000 ABD Doları kredi geri ödemesi taksidinin karşılığında Kaplan & Mobitel2 A.Ş.'nin imtiyaz sözleşmesi üzerine ihtiyati haciz konulması talebi ile 1 Mart 2004'te İstanbul'da icra dairesine başvurmuşlardır. Bunun üzerine harekete geçen Telekomünikasyon Kurumu da 6 Mart 2004 tarihinde şirketin mali durumunu açıklığa kavuşturmak üzere iki uzmanını görevlendirmiştir.

Mobitel2 şirketin pay sahibi sıfatıyla Kaplan & Mobitel2 A.Ş. yönetim kuruluna 7 Mart 2004 tarihinde bir mektup yazarak şirketin ciddi sorunlar yaşadığını, hizmete geçmek için gerekli sermayenin ödenemediğini, şirketin borca batık olduğu ve TTK 324 çerçevesinde teknik iflas durumunun gerçekleşmiş olabileceğini ifade etmiştir. Tüm bu nedenlerle şirketin tasfiyesine karar vermek üzere en kısa zamanda olağanüstü genel kurulun TTK 370 hükümlerine göre toplanmasına karar verilmesini Yönetim Kurulundan talep etmiştir. Şirketin 9 Mart 2004 tarihinde toplanan Yönetim Kurulunda bu teklif (Mobitel2 temsilcilerinin büyük şaşkınlıkları arasında) oybirliği ile kabul edilmiş ve 23 Mart 2004 tarihinde tasfiye teklifinin oylanması gündemiyle olağanüstü genel kurul toplantısı yapılmasına karar verilmiştir. Bu noktada Mobitel2 Yönetim Kurulu Başkanı bir kaç kere Kaplan Holding A.Ş. Yönetim Kurulu Başkanı ve diğer yetkili kişilere ulaşmaya çalışmışsa da başarılı olamamıştır.

23 Mart 2004 tarihinde toplanan olağanüstü genel kurul'da Mobitel2 kendi sahip olduğu %49 pay yanında, vekaletle sahip olduğu %26 pay içinde hazirun cetveline kendi temsilcisini yazdırmak istemiş ancak bu istek hükümet komiseri tarafından reddedilmiştir. Ret gerekçesi olarak vekaletnamelerin ilgili genel kurul toplantıları için özel olarak düzenlenmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu esnada Kaplan Bank A.Ş. temsilcisi noterde tanzim edilmiş bir azilnameyi ibraz ederek zaten vekalet ilişkisinin sona ermiş olduğunu belirtmiştir. Yapılan oylama sonucunda Kaplan & Mobitel2 A.Ş.'nin tasfiyesine ilişkin teklif %49 kabul, %51 red oyu ile red edilmiştir. Bu karar çerçevesinde Mobitel2 temsilcisi TTK 324'ün tartışılmadığını, zaten şirket hisselerinin %75'inin aslında Mobitel2'ye ait olduğunu, vekaletnamenin haksız olarak iptal edildiğinden ileri sürerek, genel kurulun afaki iyiniyet kurallarına aykırı olduğunu ve bu nedenle iptal davası açacakları şerhini düşmüştür.

Olağanüstü genel kurul toplantısına ilişkin haberler 26 Mart 2004 tarihinde gazetelerde yer almış, 27 Mart 2004 tarihinde ise Telekomünikasyon Kurumu Kaplan & Mobitel2 A.Ş.'nin bir milli servet olduğunu yabancı ortağın tasfiye talebinin kabul edilemeyeceğini, konuya ilişkin gereğinin en kısa zamanda Telekomünikasyon Kurumu tarafından yapılacağını belirtmiştir. 28 Mart 2004 tarihinde ise BDDK Kaplan Bank A.Ş.' TMSF'ye devrettiğini açıklamış, 29 Mart 2004 tarihinde Kaplan Bank A.Ş.'nin yeni yönetim kurulu Kaplan & Mobitel2 A.Ş.'ye bir ihtarname göndererek 100,000,000 ABD Dolarlık kredinin en geç 1 Nisan 2004 tarihinde ödenmesini talep etmiştir. 1

Nisan tarihinde hem Mart taksidini alamamış olan bankalar hem de Kaplan Bank A.Ş. ayrı ayrı dilekçeler ile Kaplan & Mobitel2 A.Ş.'nin iflasını talep etmişlerdir. 4 Nisan 2004 tarihinde ise Telekomünikasyon Kurumu Kaplan & Mobitel A.Ş.'nin imtiyaz sözleşmesinin askıya alındığını ve altyapının Telekomünikasyon Kurumu tarafından işletilerek en kısa zamanda bir başka üçüncü kişi ile imtiyaz sözleşmesi imzalanacağını, zaten şirketin %51'inin Türk ortakta bulunması gerektiği kuralının ihlal edilmiş olduğunu belirtmiştir. BDDK, 5 Nisan 2004 tarihinde Kaplan & Mobitel2 A.Ş.'de Kaplan Bank A.Ş.'yi temsil eden 4 yönetim kurulu üyesi yerine kendi belirlediği üyeleri TTK 315 hükümleri uyarınca atamıştır. Bu atamaların yapıldığı Yönetim Kurulu Toplantısı Mobitel2'nin temsilcileri olan yönetim kurulu üyelerine haber verilmemiş ve atama işlemleri bu üyelerin yokluğunda gerçekleştirilmiştir. 6 Nisan 2004 tarihinde Nokisyon Kaplan & Mobitel2 A.Ş., Mobitel2 ve Kaplan Bank A.Ş. aleyhine icra takibine başlamıştır. Aynı tarihte kullanılan 500,000,000 ABD Doları krediye ilişkin Kaplan & Mobitel2 ve Mobitel2 aleyhine İngiliz bankaları da takipte bulunmuşlardır.

Bu vakıalar ışığında, Mobitel2'nin Kaplan Holding A.Ş. aleyhine, uğramış olduğu zararların tazmini amacıyla açacağı tazminat davasında dava dilekçesini ve bu davaya karşılık Kaplan Holding A.Ş.'nin cevap dilekçesini hazırlayınız.

AÇIKLAMA: Dilekçelerin hazırlanması sırasında gerekli olmadığı ölçüde doğrudan tazminat talebi ve bu talebe verilecek cevapla ilişkili olmayan hususlar üzerinde durulmaması ve özellikle tarafların birbirlerinden hangi hukuki sebebe dayanarak ne talep edebilecekleri üzerinde yoğunlaşılması tavsiye edilmektedir.

(NÖBETÇİ) ASLİYE TİCARET MAHKEMESİ
SAYIN BAŞKANLIĞI'NA
İSTANBUL

*** KAYYIM ATANMASINA İLİŞKİN**
GEÇİCİ HUKUKİ KORUMA TALEPLİDİR (TTK M.435)

**** İHTİYATİ HACİZ TALEPLİDİR**

DAVACI _____ : MOBİTEL2 (ADRES)

VEKİLİ _____ : (ADRES)

DAVALILAR : 1. KAPLAN HOLDİNG A.Ş. (ADRES)

2. KAPLAN&MOBİTEL2 A.Ş. (ADRES)

(Bir ön sorun olan Kaplan&Mobitel2 A.Ş.'nin feshinin talep edilmesi veya infisahının tespiti için Kaplan&Mobitel2'nin de hukuki dinlenilme hakkının korunması bakımından taraf gösterilmesi gerekmektedir¹)

HARCA ESAS DEĞER : Uğradığımız zararın tespit-tayinine ilişkin alınacak bilirkişi raporu sonucunda, fazlaya ilişkin olarak ıslah yoluyla müddeabihî arttırma hakkımız saklı kalmak kaydıyla² bu aşamada 1.657.500.000 USD.

KONU _____ : Davalının, müvekkille arasındaki sözleşmesel ilişkiden doğan edimlerini yerine getirmemesinden kaynaklanan zararların tazminine ilişkindir.

ACIKLAMALAR :

¹ Özkes M., Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003, s.35 vd.

² Özellikle 400.000.000 USD ve 250.000.000 USD'lik borçtan kurtulmaya ilişkin taleplerimizin faiziyle birlikte tahsiline ilişkin ıslah suretiyle müddeabihî arttırma hakkımız saklıdır.

I. MÜVEKKİL İLE DAVALI ARASINDA, FİNANSMAN MODELİ SÖZLEŞMESİYLE SERMAYEYE KATILIMLI JOINT VENTURE (ORTAK GİRİŞİM) İLİŞKİSİ DOĞMUŞTUR.

Joint venture'in türlerinden SERMAYEYE KATILIMLI JOINT VENTURE³; iki/daha fazla sayıda, birbirinden hukuki-ekonomik açıdan bağımsız şirketin, ortak bir menfaati elde etmek ve riski paylaşmak amacıyla yeni bir şirket kurarak oluşturduğu iş ortaklığıdır. Bu girişimde, ortaklar, aralarında bir ortak girişim sözleşmesi (temel sözleşme) akdettikten sonra ticaret şirketi kurarlar ve kurulan şirketin şekline uygun olarak sermayeye katılırlar. Joint venture ortaklarınca kurulan yavru-ticaret şirketinin yönetim-denetimi, joint venture'ı oluşturan ana şirketlerin elindedir. Dolayısıyla kurulan şirket, gerek mali gerekse idari açıdan bağımsız olmayıp kendisini kuran ana şirketlerin hakimiyetindedir⁴.

1. "Sermayeye Katımlı Joint Venture" ortakları arasında, biri, ortak girişim sözleşmesi; diğeri, şirket ana sözleşmesi olmak üzere iki sözleşme akdedilir.

1.1 Ortak girişim sözleşmesinde, joint venture'ın kuruluş amacı-faaliyet sahası, finansmanı, idare-temsil yetkileri, ortakların hak-yükümlülükleri, ortaklıktan doğacak ihtilafların çözümünde uygulanacak hukuk-yargılama usulü gibi hususlar düzenlenir. Bu sözleşme, esas itibarıyla "**paysahipleri sözleşmesi**" (kısaca "**PSS**") olarak da nitelendirilmektedir. Ancak davamızdaki gibi, joint venture'ın finansmanına ilişkin konular ayrı bir "**finansman modeli sözleşmesi**"yle (kısaca "**FMS**") özel olarak düzenlenebilir.

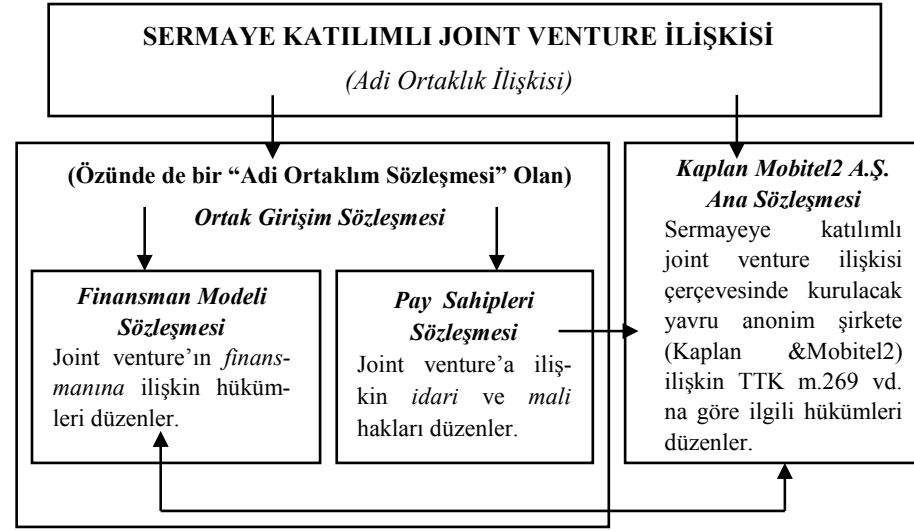
1.2 Şirket ana sözleşmesiye, kurulacak yavru-ticaret şirketi için TTK'nın getirdiği emredici hükümler çerçevesinde şirketin yönetim-organizasyonu, şirketle paysahipleri ve paysahiplerinin kendi aralarındaki ilişkileri düzenler.

1.3 Joint venture ilişkisi, bir sözleşmeler grubudur ve *ortak girişim sözleşmesi, bu grubun çekirdeğidir⁵*. Bir ortaklık sözleşmesi olan joint venture, nitelik itibarıyla adi ortaklık (kısaca "**AdO**") sözleşmesidir⁶.

³ Metin içindeki "joint venture"lar, "sermayeye katımlı joint venture"ı ifade edecektir.

⁴ Öztürk P., Ortak Girişim (Joint Venture) ve Uygulanacak Hukuk, İstanbul 2001, s.20.

⁵ Öztürk, s.31.



2. Müvekkille davalının oluşturduğu sermayeye katılımlı joint venture, bir AdO ilişkisi doğurmuştur (BK m.520).

2.1 Müvekkil, telefon işletmeciliğine ilişkin ihaleye katılmak istemiş; ancak (RG 28.03.2001 T.-24356 Sayılı) Telekomünikasyon Hizmetleri Yönetmeliği m.11/b.1 nedeniyle imtiyaz sözleşmesine taraf şirketin %51 hissesine sahip olacak Türk ortak ihtiyacı belirince, davanın tarafları *ortak girişim*de bulunmuşlardır. Böylece, taraflar, sermayeye katılımlı joint venture ilişkisinin ilk basamağını oluşturan ***Finansman Modeli Sözleşmesi***ni akdetmişlerdir.

2.1.1 Sermayeye katılımlı ortak girişimde taraflar, öncelikle, joint venture ilişkisinin çekirdeğini oluşturan ve joint venture ilişkisinden doğan mali-idari konuları düzenleyen ortak girişim sözleşmesini akdedeceklerdir. Olayda, ortak girişim sözleşmesi altında, joint venture’ın finansmanına ilişkin konular yönünden FMS; idari-mali konulara ilişkinse PSS olmak üzere iki ayrı sözleşme akdedilmiştir.

⁶ **Barlas N.**, Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, İstanbul 1998, s.203; **Dayınlarlı K.**, Joint Venture Sözleşmesi, Ankara 1999, s.226; **Kaplan İ.**, Müşterek İş Ortaklığı, Ankara 1994, s.13; **Öztürk**, s.35; **Poroy R./Tekinalp Ü./Çamoğlu E.**, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, İstanbul 2003, s.46; **Tekinalp G./Tekinalp Ü.**, Joint Venture, Karayalçın’a 65.Yaş Armağanı, Ankara 1989, s.157.

2.1.2 FMS'nin tarafları, müvekkile davalıdır. Bu sözleşmeyle joint venture'in finansmanına ilişkin hükümler çerçevesinde, kurulacak şirketin müstakbel ortaklarının sermaye borçları düzenlenmiş; davalı, dava dışı Kaplan Bank'ın sermaye koyma borcunu taahhüt etmiştir. Davalının yaptığı bu hukuki işlem, niteliği itibariyle **üçüncü kişinin edimini taahhütür**⁷.

2.2 FMS'nin ardından, kurulacak yavru anonim ortaklığa (*kısaca "AO"*) ilişkin idari-mali konuları, bir anlamda sermayeye katılımlı joint venture çerçevesinde kurulacak şirketin iç işleyişini düzenleyen ve bu nedenle de FMS'yi tamamlayan ***Paysahipleri Sözleşmesi*** akdedilmiştir.

2.2.1 *Tek borç ilkesine* rağmen (TTK m.405), sözleşme özgürlüğü çerçevesinde akdedilen, *hüküm-sonuçlarını borçlar hukukunda doğuran PSS'yle* paysahiplerine, pay bedelleri dışında da borçlar yükletilebilir. PSS'de, tek borç ilkesi ve emredici hükümler nedeniyle şirket ana sözleşmesine konulamayacak birçok konu düzenlenebilecek; ancak, bu sözleşmenin ihlâli halinde, şirketler hukukunun yaptırımları uygulanamayacaktır⁸. Bu sözleşme, paysahipleri için *şahsi bir borç* doğurur. Eş deyişle, PSS'de düzenlenen ek yükümlülükler, şirket ana sözleşmesindeki "*paysahipliği mevki*"ne değil; PSS'ye taraf "*paysahiplerine*" yöneliktir. PSS'nin özelliği, *tarafları arasında*, şirket ana sözleşmesinden üstün, ondan da öncelikli etki doğurmasıdır⁹ (PSS m.8).

2.2.2 Davamızdaki ilişki çerçevesinde, bu özellikleri haiz, kurulacak AO'da sermayeye büyük oranda katılan ve bu oranda rizikoları taşıyan müvekkile, ***gerçekte de olması gerektiği oranda yönetsel-mali yetkilerin devredilmesini konu alan*** bir PSS akdedilmiştir. Joint venture ilişkisiyle oluşan AdO çerçevesinde, PSS'nin akdedilmesiyle, finansman hükümleri önceden FMS'yle düzenlenen, çekirdek sözleşme niteliğindeki ortak girişim sözleşmesi tamamlanmıştır.

⁷ Burada, taahhüt eden (davalı) bir başkasını borç altına sokmamakta, sadece üçüncü kişinin (Kaplan Bank) belirli bir edimde bulunacağı (sermaye borcunun ödeneceği) konusunda garanti vermekte; bu şekilde kendisi borç altına girmektedir (**Eren F.**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2003, s.1107; **Tekinay S.S./Akman S./Burcuoğlu H./Altın A.**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s.228).

⁸ **Okutan Nilsson G.**, Anonim Ortaklıklarda Paysahipleri Sözleşmeleri, İstanbul 2003, s.112.

⁹ **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, s.586.

3. Müvekkille, B Grubu arasında, yavru AO'ya ilişkin şirket ana sözleşmesi akdedilmiştir.

3.1 Temel sözleşme niteliğindeki ortak girişim sözleşmesinin (FMS+PSS bütünü) akdedilmesinin ardından, müvekkille B Grubu, joint venture ilişkisi gereğince kurulacak şirket için AO ana sözleşmesi akdetmişlerdir. **Kurulacak AO, joint venture'ın ve PSS'nin amaçlarını gerçekleştirmeye yönelik bir araçtır; bu durumda AdO, bir ticaret ortaklığına adeta hükmetmektedir¹⁰.**

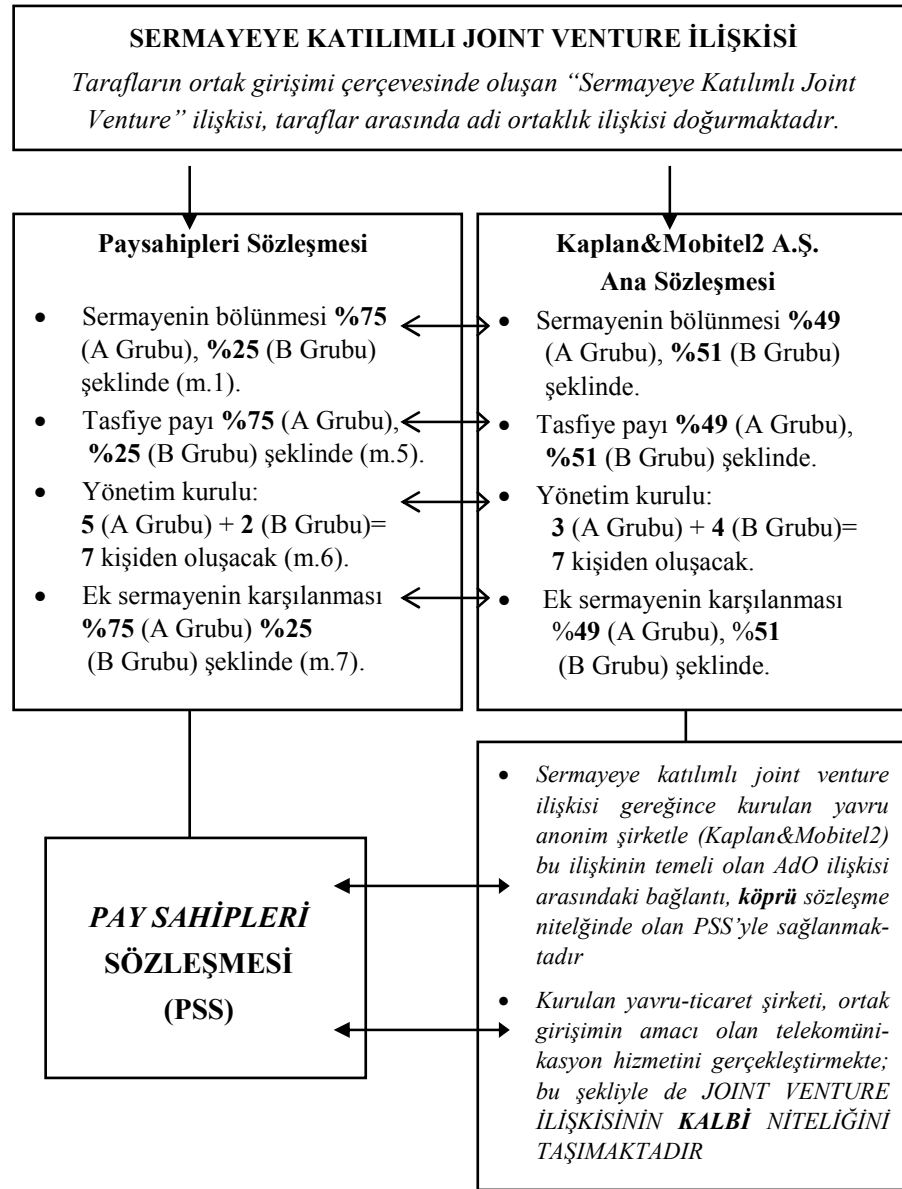
3.2 Davamızda bir **çift ortaklık¹¹** bulunmaktadır. Sermayeye katılımlı joint venture çerçevesinde oluşan AdO'yla (temel girişim sözleşmesi=FMS+PSS) AO, birbirinden bağımsız ve konuları da farklı iki sözleşmeye dayanır:

- AO sözleşmesinin konusu; imtiyaz sözleşmesi gereğince telekomünikasyon hizmeti verilmesi; bu hizmetin karşılığında kazanç elde edilmesi;
- AdO sözleşmesinin konusuysa; öncelikle bir AO kurmak, sonrasında AO ana sözleşmesine rağmen, şirket ana sözleşmesinden kaynaklanan *mali-yönetmel* hakların sermayeye katılma oranında, joint venture ilişkisindeki *mali-idari* haklara uygun olarak düzenlenmesidir.

Ancak, her iki sözleşmenin amaçl, taraflar arasındaki sermayeye katılımlı joint venture ilişkisinin hüküm-sonuçlarının geçerli şekilde doğmasına yöneliktir.

¹⁰ Okutan, s.111.

¹¹ Okutan, s.111; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s.556.



II. PSS'İN KISMEN/TAMAMEN GEÇERSİZLİĞİ, HİÇBİR ŞEKİLDE İLERİ SÜRÜLEMEZ.

4.1 Esasında, müvekkille davalının iradeleri, joint venture süresince başta oluşan AdO doğrultusundadır. Ancak, yürürlükteki hukuka aykırı yönetmelik nedeniyle¹² taraflar, gerçek iradelerini *yavru şirkete yansıtılabilmek amacıyla* PSS akdetmek zorunda kalmışlardır. Yönetmelikle yabancıların teşebbüs özgürlüğünün (Anayasa m.16;48) kısıtlanması kesinlikle mümkün değildir. Bu durumda, tarafların PSS'yle "kanuna karşı hile" yapmaları da söz konusu olmayacaktır; zira, ortada, anayasaya-kanuna aykırı yönetmelik hükmü bulunmaktadır. Böyle bir yönetmelik mahkemelerce hükme esas alınmaz¹³. Yönetmeliğin kanuni dayanakları¹⁴ incelendiğinde, yabancıların teşebbüs özgürlüklerini kısıtlayacak bir düzenlemenin bulunmadığı görülecektir. Ayrıca, müvekkilin, (RG. 9.5.1996 T.-22631 Sayılı) Uluslararası Anlaşma'ya aykırılık nedeniyle Türkiye'ye ileri sürebileceği talep-dava hakkı saklıdır.

4.2 Sözleşmenin, bir an için geçerli olduğu kabul edilecek Yönetmeliğe aykırı olduğu düşünülse dahi, bu geçersizliğin davalıca ileri sürülmesi mümkün değildir. Davalının, hukuka aykırılıktan yararlanıp joint venture ilişkisi gereğince kurulan AO'da hakim durumu ele geçirmesinden sonra, PSS'nin geçersizliğini ileri sürmesi, hukuk düzenince kesinlikle korunamaz ve hakkın kötüye kullanılmasını teşkil eder (TMK m.2).

III. DAVALI, PSS'DEN VE GİDEREK JOINT VENTURE İLİŞKİSİNDEN KAYNAKLANAN EDİMLERİNİ YERİNE GETİRMEMİŞTİR.

Davaya konu uyumsuzluk, tamamıyla ortak girişimin temelindeki joint venture ilişkisinden kaynaklanan ve PSS'de somutlaşan edimlerin yerine getirilmemesine dayanmaktadır. Ancak, uyumsuzluk, kurulan yavru AO'ya yansdığından, şirketler hukukunu ilgilendiren sorunlar da oluşmuştur. Ayrıca, imtiyaz sözleşmesinin 4.4.2004'de askıya alınmasıyla artık davalının

¹² Nitekim, söz konusu aykırılık dikkate alınarak 26.08.2004 T.'li yönetmelikte, %49-%51 şartı aranmamıştır.

¹³ HGK. 28.4.2004, 12-232/243 (YKD C.30, S.11, Kasım-2004, s.1655).

¹⁴ 3348 s.Kanun ve 406 s.Telgraf ve Telefon Kanunu.

borçlarını yerine getirmesi imkanı kalmamış; joint venture ilişkisinin amacı da ortadan kalkmıştır (Bkz. dn.31).

5. Perdeyi kaldırma teorisi çerçevesinde, PSS'nin gerçek tarafları, şirket ana sözleşmesindeki A ve B Gruplarıdır¹⁵.

PSS'nin görünen tarafları; müvekkil, davalı, Kaplan Bank, Kaplan Holding YK başkanıdır. Ancak, Kaplan Holding YK başkanının, Kaplan Holding'in en büyük hissedarı ve Kaplan Holding'in de, Kaplan Bank ve diğer grup şirketlerinin -bu arada Kaplan Tekstil ve Dağıtım A.Ş.- en büyük hissedarı olduğu dikkate alındığında; **oluşan ekonomik bütünlük çerçevesinde**, Kaplan Holding YK başkanının, sözleşmeye, *bağlı şirketlerden* Kaplan Tekstil ve Dağıtım'ı da taraf yaptığı açıktır¹⁶. Bu durumda, AdO ilişkisine, müvekkille birlikte Kaplan Tekstil ve Dağıtım'ın da dahil olduğu B Grubunun taraf olduğu sonucuna varılacaktır. Dahası, PSS incelendiğinde, sözleşmede kararlaştırılan hak-yükümlülüklerin, kişilerden bağımsız olarak müstakbel yavru şirketin A ve B Gruplarına yönelik olduğu (PSS m.1;2;4;6;7); kurulan AO'nun B Grubunda da gerek Kaplan Tekstil'in gerekse Kaplan Dağıtım'ın bulunduğu dikkate alındığında, söz konusu imzanın başka türde yorumlanması mümkün olmayacaktır.

6. Davamız, BK m.528'de düzenlenen sorumluluk esasına dayanmaktadır.

6.1 BK m.528 uyarınca, AdO'da bir ortak, "*diğer şeriklere*" kusuruyla sebebiyet verdiği zararları tazminle yükümlüdür (*Ayrıca Bkz. BK m.528/I,c.2*); bunun için zarar verenin, yönetici ortak olması da gerekmemektedir. Davamız, her ne kadar şirketler hukukuna aitmiş gibi gözükse de, esas itibarıyla davalının, joint venture çerçevesinde oluşan AdO ilişkisinden-sözleşmesinden (PSS) doğan edimlerini ihlâl etmesine dayanmaktadır¹⁷. Bu

¹⁵ Buradan itibaren "B Grubu pay sahipleri", bu teori çerçevesinde PSS'nin gerçek taraflarını ifade edecektir.

¹⁶ 19 HD. 2.11.2000, 5828/7383 (YKD C.27, S.7, Temmuz-2001, s.1055).

¹⁷ PSS'nin ihlalinde; (i)PSS'nin sözleşme özgürlüğü çerçevesinde ve TTK'nın sınırları dışında akdedilen bir sözleşme olması, (ii)TTK'da öngörülen yaptırımların ancak kanunda gösterilen hallerde uygulanabilmesi nedenleriyle, şirketler hukuku yaptırımlarının uygulanması mümkün değildir; ancak borçlar hukuku yaptırımları uygulanabilir (**Okutan**,

durumda, davamızın hukuki sebebi, BK m.528 ve genel hüküm niteliğindeki m.96 vd.dir¹⁸.

6.2 BK m.528'e dayanılarak açılan bu davada, birden fazla ortağın, müvekkil şirkete, birlikte ve sözleşmesel ilişkinin ihlali suretiyle zarar verdiği dikkate alınrsa; ortaklar arasında (BK m.98/II'in atfıyla) BK m.50 ve TTK m.7 uyarınca "**müteselsil sorumluluk**" geçerlidir. Böylece, ortakların her biri ve dolayısıyla davalı, ortaya çıkan zararın *tamamından* sorumludur. Burada müvekkilin yönelttiği talep, "**tüzelkişilik perdesini kaldırma**"dan bağımsız nedenden; joint venture çerçevesinde doğan güven ilişkisinden kaynaklanmaktadır¹⁹. **Sonuç olarak, PSS'den ve giderek joint venture ilişkisinden doğan tüm zararlarımız için husumetimizi davalıya yöneltiyoruz.**

7. Sözleşmenin 2.maddesine göre verilen vekaletnamenin geri alınması, ancak PSS'nin değiştirilmesiyle mümkündür.

7.1 PSS'nin 1.maddesinde taraflar, AdO ilişkisinde sermayenin esasında %75-%25 şeklinde bölüşüldüğünü ifade etmişler ve PSS'nin diğer maddeleriyle de şirket ana sözleşmesinde, B Grubu'nda görünen, ancak **esasında** Mobitel2'ye ait %26'lık AO payından kaynaklanan mali-yönetmel hakların müvekkilce kullanılmasını düzenlemişlerdir. Bu doğrultuda, Kaplan Bank, 2.maddeyle B Grubunun yükümlülüğünü, müvekkile %26'lık AO payından doğan temsil yetkisini vekaletnameyle vererek fiilen yerine getirmiştir. 2.maddede düzenlenen %26'lık paya ilişkin temsil yetkisinin verilmesi, B Grubu pay sahipleri açısından bir yükümlülük, müvekkil açısından da bir haktır. Zira, B Grubu, şirket ana sözleşmesine göre, **esasında AdO'da müvekkile ait %26'lık payın yönetmel-mali haklarını; dolayısıyla**

s.343). Bu durumdaysa, davamızda PSS'nin ihlâl edilmesi, davalı açısından aynen ifayı mümkün kılamayacak; BK m.96 vd. anlamında tazminat borcu doğuracaktır.

¹⁸ Arslanlı H., Anonim Şirketler I, Umumi Hükümler, İstanbul 1959, C.II, s.164; Kırca İ., Adi Şirket Ortağının Özen Borcu, Turgut Kalpsüz'e Armağan, Ankara 2003, s.208; Barlas, s.79.

¹⁹ Yanlı V., Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Paysahiplerinin Ortaklık Alacaklılarına Karşı Sorumlu Kılınması, İstanbul 2000, s.19. Yazar, durumu "konzerne olan güvene" indirgemişse de, sorunun temeli AdO'daki güven ilişkisine dayandığından joint venture ilişkisi açısından da söz konusu durumun tüzelkişilik perdesini kaldırmadan bağımsız bir nedene dayandığı şüphesizdir.

temsil yetkisini şeklen de olsa elinde tutuyor gözükmektedir. Şöyle ki, PSS ve AO ana sözleşmesi, bir aynanın iki tarafı gibidir. *Bu aynanın bize gösterdiğiyse, müvekkilin joint venture çerçevesinde oluşan AdO'da idareci ortak olduğudur.* Bu nedenle AdO'da, aksi kararlaştırılmadıkça kendisine idare yetkisi verilen ortağın, aynı zamanda temsil yetkisine de sahip olması kuralına (BK m.533) uygun olarak, Kaplan Bank²⁰, 2.maddeyle, müvekkile AdO'dan doğan *temsil yetkisini* bir vekaletnameyle vermiştir. *Bu durumda, verilenin, sıradan bir vekaletname olmadığı açıktır²¹.* **Bu vekaletnamenin verilmesi, müvekkilin, AdO'daki konumunun (idareci-temsilci ortak) doğal sonucudur.** Zira, taraflarca gerçekten arzulan bir AdO ilişkisiyken; bu, şirket ana sözleşmesiyle tam olarak ortaya çıkamamış; **uyarlama**, PSS'yle yapılmıştır. Uyarlamaya ilişkin kurallar, bize, bunların aynı zamanda, AdO ilişkisi için de geçerli olduğunun ipucunu vermektedir.

7.2 Vekaletnamenin “süresiz” olması, sadece, süresinin *belirsiz* olduğunu gösterir. Aynı şekilde, maddedeki, vekaletnamenin “*gayrikabili rücu*” olması, onun sınırsız ve bu nedenle de geçersiz olduğunu göstermez. Bu ifade, AdO ilişkisinde de geçerli temsil yetkisinin tek taraflı sona erdirilemeyeceği; bunun *ancak AdO sözleşmesinde yapılacak değişikliklerle veya haklı sebeple mahkemece geri alınabileceği anlamını taşır.* Temsil yetkisinin tek ortağın talebiyle *mahkemece* geri alınabilmesi için haklı sebebin varlığı şarttır²² (BK m.529). Ancak, davamızda, Kaplan Bank'ın mahkemeden böyle bir karar almadan müvekkilin temsil yetkisini tek taraflı geri alması yanında, haklı sebebin de bulunmaması, BK m.529'a aykırıdır. Bu durumda, *Kaplan Bank temsilcisinin, olağanüstü GK toplantısında (23.3.2004), noterde azilname düzenleterek vekalet ilişkisini sona erdirdiğini bildirmesi hukuka aykırıdır.*

7.3 AO ana sözleşmesiyle şeklen de olsa %26'luk payda paysahibi gözüken B Grubu, bu paya ilişkin hakların müvekkile tanınması için, gereken

²⁰ Zira, %26'luk payın çıkabileceği yegane ortak Kaplan Bank'tır.

²¹ Bu vekaletname, *alelade bir vekaletname olarak kabul edilse dahi*, BK m.396/II uyarınca, yapılan haksız azille, müvekkil için tazminat alacağı doğacaktır. Söz konusu vekaletnameyi Kaplan Bank vermiş olsa da, B Grubunun, bu vekaletnamenin Kaplan Bank tarafından sağlanması; haksız olarak da azledilmesini önleme yükümlülüğü (*menfi yükümlülük*) vardı.

²² **Domanıç H.**, Şirketler Hukuku 1, Adi, Kollektif ve Komandit Şirketler, İstanbul 1968, s.40; **Karayalçın Y.**, Ticaret Hukuku Dersleri, Ankara 1965, s.90.

tüm işlemleri yapmalı; örneğin davamızdaki gibi bu hakların kullanılması özel şekil şartını gerektiriyorsa, bunun gereklerini tamamlamalıydı. O halde, müvekkilin, kendisine ait %26'lık paya ilişkin temsil yetkisini olağanüstü GK'da kullanabilmesi için Sermaye Şirketlerinin Genel Kurul Toplantıları ve Bu Toplantılarda Bulunacak Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Komiseri Hakkında Yönetmelik (kısaca "KomYön.") m.23'ün aradığı *özel şekilde tanzim edilmiş vekaletname, B Grubunca, GK'dan önce müvekkile verilmeliydi*. Böyle bir vekaletnamenin PSS'yle verilemeyeceği de açıktır. Zira şekil şartına bağlanan bu vekaletnamelerin özelliği, sadece "o günkü toplantı için" özel olarak düzenlenmeleridir. Bu durumda 23.3.2004'de, m.370'e göre toplanan *olağanüstü toplantının yapılacağıının, PSS'nin akdedildiği 15.12.2002'de, yani toplantıdan 15 ay önce bilinmesi ve bu doğrultuda özel vekaletname verilmesi beklenmemelidir*.

7.4 Toplantıdan önce özel vekaletname verme borcu yerine getirilmemişse de bu borcun, toplantıda, dolaylı olarak gerçekleştirilmesi ve *AdO içinde yönetici-temsilci müvekkilin iradesi doğrultusunda hareket edilmesi gerekirdi*.

7.5 Sonuç olarak, olağanüstü GK'da sunulan azilname birçok yönden hukuka aykırıdır:

- Toplantıdan önce *B Grubunun özel vekaletname düzenletmemesi*,
- Kaplan Bank temsilcisinin toplantı öncesinde, *noterde özel vekaletname düzenleme imkanı varken, azilname düzenletmesi*,
- Kaplan Bank temsilcisinin toplantıda *BK m.529'a aykırı azilname sunması*,
- B Grubunun, *toplantıda AdO ruhuna aykırı olarak (affectio societatis) oy kullanması, hukuka aykırıdır*.

Bu durumda, ***PSS'nin 2.maddesine göre vekaletnameyi veren Kaplan Bank olsa da, bu vekaletname, aynı zamanda AdO'daki temsil yetkisinin de bir sonucu olduğundan, temsil yetkisinin tanınması ve ona riayet edilmesi B Grubu pay sahipleri açısından bölünemez bir borçtur***. O halde, bu borcun yerine getirilmemesi, aynen ifayı (toplantıda alınan kararın iptalini) mümkün kılmasa da, müvekkil açısından tazminat talebi doğuracaktır²³.

²³ Okutan, s.294; Moroğlu E., Oy Sözleşmeleri, İstanbul 1978, s.69.

8. Sözleşmenin 6.maddesindeki “Oy Sözleşmesi”, B Grubunca ihlâl edilmiştir.

8.1 Taraflar, PSS'nin 6.maddesiyle, AO ana sözleşmesinden farklı olarak YK'nın, A Grubunun göstereceği 5; B Grubunun göstereceği 2 üyeden oluşacağını düzenlemişlerdir. Bu nedenle, hangi 2 üyenin B Grubunun adayı gibi seçileceğine ilişkin *oy sözleşmesi*²⁴ akdedilmiştir. *Ancak 5/2 kuralı hiç uygulanmamış; bu kuralın uygulanmayacağına ilişkin taraflar arasında anlaşmaya da varılmamıştır* (HUMK m.290). Ayrıca BDDK'nın, Kaplan&Mobitel2'ye, Kaplan Bank'ı temsil eden 4 YK üyesini kendi belirlediği üyelerden TTK m.315 uyarınca ataması da, oy sözleşmesinin davalıca o anda dahi ihlâl edildiğini göstermektedir. Kaldı ki, edimini ifada temerrüde düşen B Grubu böyle bir müdahale nedeniyle sorumluluktan kurtulmayacaktır (BK m.102/I).

8.2 Müvekkile B Grubunun, oy sözleşmesi akdetmelerindeki amaçları, joint venture çerçevesinde oluşan AdO'ya uygun olarak gerçek iradelerini, YK'ya da yansıtmaktır. Nasıl ki, gerçekte müvekkile ait %26'lık AO payı, müvekkil üzerinde gözükmese de, bu paya bağlı mali-yönetimsel haklar PSS'yle devredilerek *gerçek durum*, AO GK'ya yansıtılmaya çalışılmaktaysa; aynı durum, tarafların oy sözleşmesi akdetmeleriyle AO YK'da da yaratılmak istenmektedir.

8.3 *Oy sözleşmesinin ihlâlinde, müvekkile bir kusur yükletilemez.* Olağanüstü GK toplantısında, müvekkilin gündeme “yönetim kurulu üyelerinin seçimini” eklememesi, müterafik kusurunun bulunduğu anlamına gelmez (PSS m.6).

8.3.1 *Gündeme bağlılık ilkesi*, gündemde bulunan hususların müzakereye açılıp karar verilmesidir²⁵ (TTK m.369/II). Gündeme bağlılık ilkesi, iki unsurdan oluşmaktadır:

²⁴ Oy sözleşmeleri, oy hakkının ortaklık karar organlarında belirli yönde kullanılması, kullanılmaması/kullanımında çekimser kalınması taahhüdünü içerir (Çeker M., Anonim Ortaklıkta Oy Hakkı ve Kullanılması, Ankara 2000, s.233; Moroğlu, s.5). Oy sözleşmesiyle oy hakkı, paydan/paysahibinden ayrı olarak devredilmeyip paysahibinde kalmakta; GK'da paysahibi/temsilcisi tarafından sözleşmede taahhüt edildiği yönde kullanılmaktadır.

²⁵ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s.406.

- GK toplantısından önce usulince gündem oluşturulması; toplantıda, oluşturulan gündemin müzakereye açılması (*olumlu unsur*),
- Toplantı sırasında, oluşturulan-bildirilen gündemin dışında, herhangi bir konunun müzakereye açılıp karara bağlanamaması (*olumsuz unsur*).

8.3.2 Esasında, olağanüstü GK'nın belirli bir gündemi yoktur; ancak toplantıda görüşülecek konular "*usulü uyarınca*" önceden gündem maddesi haline getirilebilir²⁶. Böylece, olağanüstü GK için de gündeme bağlılık ilkesi her iki unsur yönünden geçerlidir. Ancak davamızdaki gibi, olağanüstü GK, TTK'nın 370.maddesine göre toplanıyorsa, gündeme bağlılığın ikinci-olumsuz unsuru geçerli olmayacaktır. Zira, m.370'e göre, bütün pay sahiplerinin bir araya gelmesiyle yapılacak toplantıda, gündeme madde eklenmesi halinde bütün pay sahipleri halihazırda bulunacağından menfaat ihlâlinden bahsedilemeyecektir. Öyleyse, bu durumda, gündeme bağlılık ilkesi geçerli olmasına rağmen olağanüstü GK, TTK m.370'e göre toplandığından, toplantı sırasında gündeme madde ekle(t)mek mümkündür. Yani, böyle bir toplantıda gündeme bağlılık ilkesinin ilk-olumlu unsuru geçerli olacak ancak ikinci-olumsuz unsuru uygulanmayacaktır²⁷.

8.3.3 Bir an için, müvekkilin YK üyelerinin azli-yerlerine yeni üyelerin seçimini gündeme aldırması düşünülebilirse de; daha toplantının başında, PSS'den doğan vekaletname borcunu yerine getirmeyerek gerçek sermaye çoğunluğunun GK'ya yansımaları engelleyen B Grubunun, oy sözleşmesine de riayet etmeyeceği açıktı. Ayrıca, *YK üyelerinin azli-yerlerine yenilerinin seçilmesi GK'da ekseriyetle verilecek kararlar gündeme eklenebileceğinden (KomYön. m.25/II), müvekkilin %26'lık paya ilişkin temsil yetkisi olmadan gündeme YK üyelerinin seçimini ekletebilmesi mümkün değildir*. Öyleyse, hiçbir şekilde müvekkilin kusurundan bahsedilemez.

9. Davalı, ek sermayeye katılma yükümlülüğünü, haklı sebep göstermeksizin yerine getirmekten kaçınmıştır (m.7).

9.1 Ekonomik kriz neticesinde, Kaplan&Mobitel2'ye kredi veren bankalar faizlerini yükseltmiş; şirketin ek sermaye ihtiyacı belirlemiştir. Zarar,

²⁶ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s.406; Pulaşlı H., Şirketler Hukuku, Adana 2003, s.342.

²⁷ Eriş G., Türk Ticaret Kanunu /Ticari İşletme ve Şirketler, C.II, Ankara 2004, s.2127.

müvekkilin “*kötü yönetimi*”nden kaynaklanmamıştır. Sermayeye ihtiyaç duyulduğu dönemde, Türkiye’de ekonomik kriz içindeydi. Ayrıca, AO’nun idare organı YK’dır ve şirket kurulduğundan bu yana, şirket ana sözleşmesindeki 3/4 kuralı uygulanmaktadır. Dolayısıyla müvekkilin AO’yu yönetim yetkisi (m.6), hiç gerçekleşmemiştir. Ayrıca, PSS’nin 1, 2, 4, 6.maddelerini hiçe sayan davalının, 7.maddeden doğan edimini kabul etmesi; ancak bu edimini de müvekkilin *sözde kötü yönetimi nedeniyle* yerine getirmekten kaçınması, davalının, güvene dayalı joint venture ilişkisindeki tutumunu açıkça göstermektedir.

9.2 Davalı, kötüniyetle hem müvekkilin hem de Kaplan&Mobitel2’nin zararına hareket etmiştir. **Zira, hizmete geçemeyen ve her geçen gün daha da zarar eden şirketle birlikte, davalının, PSS’den doğan yükümlülüklerini yerine getirmemesi; şirketin duyduğu ek sermaye borcunu yerine getirmekten kaçınması ve sonunda Vodetel’in teklifini reddetmesi, büyük zararlara neden olmuştur.** Nitekim, davalının bu tutumuyla şirket, 2/3 sermayesini yitirmiş; imtiyaz sözleşmesine ihtiyati haciz konulmak istenmiş²⁸ ve birçok iflas davasına²⁹ maruz kalmıştır. Davalı, Vodetel’in teklifini kabul etseydi, dava konusu zararlar oluşmayacaktı.

9.3 Davalının, sermaye artırımını için taslak sözleşmeyi baştan reddetmesi, sermaye artırımını için getirilen usûlü kapatmış; şirket, her geçen gün katlanılması güç kayıplara uğramaya mahkûm edilmiştir.

9.4 Dava dışı şirket, joint venture’in *kalbi olduğundan*, şirketin ek sermaye ihtiyacı, aynı zamanda joint venture çerçevesinde oluşan AdO’nun aynı oranda zararda olduğunu göstermektedir. Öyleyse, davalı, TTK çerçevesinde bu borcunu ödemeyi reddetse de şirket için duyulan ek sermaye

²⁸ İhtiyati haciz talebi, hukuka aykırıdır: (i) Rehinle teminat altına alınmış alacaklar için ihtiyati haciz istenemez (İİK m.257/1); (ii) (İmtiyaz) Sözleşme ihtiyaten haczedilmez; ancak sözleşmeden doğan alacak hakkı ihtiyaten haczedilebilir ki, lisans hakkının da rızaen temlik mümkün değildir; (iii)İhtiyati haciz kararı, ancak genel mahkemelerce verilir ve icra dairelerince icra edilir.

²⁹ İflas talebinde bulunan alacaklılardan ancak, Kaplan Bank’ın talebi geçerli şekilde sonuç doğurabilecektir. Diğer talepte bulunanların (uluslararası bankalar) alacakları rehinle temin edilmiştir (İİK m.45/1). Ayrıca bkz. 19. HD. 31.5.2001, 688/4205 (İKİD, Kasım 2001, s.696).

ihtiyacı, AdO açısından da bir zarar kalemi olacağından, davalı, zarara BK m.523 kapsamında ve AdO sözleşmesindeki (PSS m.7) oranda katlanmalıdır.

10. Kaplan Holding, Vodetel'in teklifini reddetmekle müvekkili zarara uğratmıştır.

10.1 Vodetel'in kârlı bir teklifle müvekkile başvurarak "*şirketi satın almak istemesi*" üzerine, müvekkil, PSS'nin 4.maddesi gereğince davalıya başvurmuştur. Esasında sürekli zarar eden şirket hisselerinin, bu teklif karşısında bir an evvel elden çıkarılması gerekirken, davalı, kendi kusuruna dayanan sözde gerekçelerle teklifi reddetmiştir. Bu noktada, davalı, müvekkilin BK m.106/II'den doğan "*yoksun kalınan kâr*"ını tazmin etmelidir.

10.2 *Davalı, kendi kusurundan kaynaklanan nedenlerle teklifi reddetmiştir.* Kaplan Holding, 500.000.000 USD'lik satım bedeli yanında, tüm borçlarından da kurtulacağına ilişkin bu teklifi kabul etseydi:

- Sermaye artırımına ilişkin borcundan (62.500.000),
- FMS'deki kefalet borcundan (100.000.000),
- Nokissson'a karşı yüklenilen borcundan (500.000.000),
- Sermaye borcundan (157.500.000), kurtulacaktı.

Davalının kendisini bu kadar borçtan kurtaracak ve kendisine adeta tasfiye kârı da bırakacak bu teklifi reddetmesinin nedeni, kusuruyla yarattığı görünümü yıkmak istememesidir. Teklif, bankanın bilançosunda gösterilen ve gösterilmeyenlerle örtüşmediğinden reddedilmiştir. Oysa, *TMK m.2 çerçevesinde; kişinin elde ettiği menfaat, karşı tarafın daha büyük zararına neden oluyorsa, bu durum hukuk düzenince korunmayacaktır.*

11. Sözleşmenin 3.maddesine göre, davalı, müvekkile 157.500.000 USD borçludur. FMS'de, davalı, Kaplan Bank'ın 200.000.000 USD sermaye koyma borcunu yerine getireceğini taahhüt etmiş (*üçüncü kişinin edimini taahhüt-BK m.110*); böylece sermayenin ödenmemesi sebebiyle doğacak sorumluluğu üstlenmiştir. Bu sebeple Kaplan Bank yerine müvekkil tarafından 157.500.000 USD ödemede bulunulmasıyla, FMS'nin tarafı olan davalıya karşı, ödenen miktarda alacaklı duruma geçilmiştir. Bu alacağın geri ödemesi de, PSS m.3 uyarınca, Kaplan Bank'ın kâr payı üzerinden sağlanacaktır. Bu şekilde, Kaplan Bank'ın şirkete karşı alacak hakkı,

davalının 157.500.000 USD borcunun ifası amacıyla müvekkile temlik edilmiştir. Ancak bu temlik, asıl borçlu durumunda bulunan davalıyı hiçbir şekilde borçtan kurtarmamaktadır. **Kâr payından müvekkilin ödediği miktarın tamamı karşılanmadıkça, davalı borcundan kurtulamaz.** Zira kâr payının temliki, hukuki niteliği itibarıyla **“ifa amacıyla yapılan edimdir”**. İfa amacıyla yapılan edimin kabulüyle alacaklı asıl borç ilişkisinden doğan ifayı talep hakkından vazgeçmemekte; bu yolla alacaklı, borçluya sadece yeni bir imkan tanımaktadır; yani ifa amacıyla edimde, alacaklı asıl alacak yanında ek bir alacak kazanmakta, böylece yeni bir tatmin imkanı elde etmektedir³⁰. Sonuç olarak, müvekkilin ödediği miktarın tahsili için, kâr payının temliki öngörülse de, bu temlik hiçbir zaman davalının borcunu ortadan kaldırmayacaktır. Bu zamana kadar, kâr payı dağıtılmadığına göre, söz konusu borcun kısmen de olsa itfasından bahsedilemez.

IV. TARAFLAR ARASINDAKİ AdO İLİŞKİSİ İNFİSAH ETMİŞTİR (BK m.535/b.1).

12.1 4.4.2004’de Telekomünikasyon Kurumu’nun imtiyaz sözleşmesini askıya alması nedeniyle TTK m.434/b.2 uyarınca Kaplan&Mobitel2 infisah etmiştir. Kamu hizmeti niteliğindeki telekomünikasyon hizmetinin gereği gibi yürütülmemesine dayanarak imtiyaz sözleşmesinin askıya alınması ve hatta iptal edilmesi, Telekomünikasyon Kurumu’nun takdirindedir (Yönetmelik m.50). Nitekim, Kurum, takdir yetkisine dayanarak Yönetmeliğin 53.maddesinde³¹ öngörülen süreyi vermeyi dahi gerek görmeksizin, Kaplan&Mobitel2’nin imtiyaz sözleşmesini askıya almıştır. Bu durumda, şirketin kuruluş amacı (*telekomünikasyon hizmetinin yürütülmesi*) imkansız hale geldiğinden, şirket TTK m.434/b.2 uyarınca infisah etmiştir³².

³⁰ Eren, s.879.

³¹ Kurum, bu maddeye göre, kamu hizmetinin yetki belgesine uygun olmayan şekilde yürütüldüğü kanısındaysa, durumun düzeltilmesi için işletmeciye bir aydan az, dört aydan fazla olmamak üzere süre verir. **Ancak, ihlâlin, etkilerinin süre tanınmasıyla düzeltilemeyecek olduğu durumlarda, herhangi bir süre tanımaz. Davamızda da, Kaplan&Mobitel2’ye süre verilmeksizin, sözleşme askıya alınmıştır (6.03.2004-4.04.2004). Bu durumda, ciddi bir ihlâl olduğu kanısındaki Kurum’dan, sözleşmeyi askıya almasının ardından yetki belgesini de iptal edeceği beklenilmelidir.**

³² 11. HD. 25.02.1993, 7/1207 (Eriş, s. 2558).

12.2 Joint venture'in amacını gerçekleştiren ve ortak girişimin kalbi yavru AO'nun (Kaplan&Mobitel2) infisahı, taraflar arasında joint venture ilişkisiyle oluşan AdO ilişkisinin de infisahına neden olmuştur (BK m.535/b.1). Zira, bu durumda, taraflar arasındaki AdO sözleşmesiyle güdülen nihai amacın *-telekomünikasyon hizmetinin yürütülmesi-* elde edilmesi imkansız hale gelmiştir.

V. KAPLAN&MOBİTEL2 A.Ş. İNFİSAH ETMİŞTİR (TTK m.324)

KAPLAN&MOBİTEL2 A.Ş.AÇILIŞ BİLANÇOSU		
AKTİFLER	PASİFLER	
ÖDENMEMİŞ SERMAYE -	ÖZ KAYNAKLAR	
	ESAS SERMAYE	YEDEK AKÇE
ALACAKLAR -	700.000.000 USD	-
MADDİ VARLIKLAR (TELEKİPMANI) 500.000.000 USD	YABANCI KAYNAKLAR	
	BORÇLAR	
GAYRIMADDİ VARLIKLAR (İMTİYAZ) 2.048.000.000 USD	1.800.000.000 USD (Uluslararası Bankalar)	
	100.000.000 USD (Kaplan Bank)	
	400.000.000 USD (İngiliz Bankaları)	
	500.000.000 USD (Nokisson Firması)	
KASA 952.000.000 USD	TOPLAM BORÇ 2.800.000.000 USD	
NET AKTİF 3.500.000.000 USD	NET PASİF 3.500.000.000 USD	

KAPLAN&MOBİTEL2 A.Ş.YILLIK BİLANÇOSU*		
AKTİFLER	PASİFLER	
ÖDENMEMİŞ SERMAYE -	ÖZ KAYNAKLAR	
	ESAS SERMAYE	YEDEK AKÇE
ALACAKLAR -	700.000.000 USD (-525.000.000) Sermaye Kaybı	-
MADDİ VARLIKLAR (TELEKİPMANI) 500.000.000 USD	YABANCI KAYNAKLAR	
GAYRIMADDİ VARLIKLAR (İMTİYAZ) 2.048.000.000 USD	BORÇLAR	
	1.800.000.000 USD (Uluslararası Bankalar)	
İLK KURULUŞ VE İŞLETME GİDERLERİ 777.000.000 USD	100.000.000 USD (Kaplan Bank)	
	400.000.000 USD (İngiliz Bankaları)	
KASA 175.000.000 USD	500.000.000 USD (Nokisson Firması)**	
	REVİZE EDİLMİŞ TOPLAM BORÇ 3.325.000.000 USD	
NET AKTİF 3.500.000.000 USD	NET PASİF 3.500.000.000 USD	

* Yıllık bilançoda borca batıklık emaresi görüldüğünde, Kaplan&Mobitel2 YK'sının hazırlayacağı ara bilançodan³³ şirketin borca batık olduğu tespit edildiği takdirde, YK, mahkemenen şirketin iflasını isteyebilecekti (TTK m.324/II; İİK m.179; m.345/a). Bu durumdaysa, şirketin/alacaklılardan birinin -koşulları oluştuğu takdirde- mahkemenen, şirketin iflasının ertelenmesini³⁴ isteme olanağı vardı (İİK m.179).

³³ Yıllık bilançoda borca batıklık emaresi mevcutsa, YK ara bilanço hazırlamakla yükümlüdür (Türk A., Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları, Ankara 1999, s.241).

³⁴ Atalay O., Anonim Şirketlerin İflası, İzmir 1996, s.105 vd.

Erteleme kararı verilmesi halindeyse, yapılan icra-ıflas takipleri duracak; yenileri de yapılamayacaktır. Böylece, Kaplan&Mobitel2 aleyhine yapılan takiplerin şirketi daha fazla zarara uğratması engellenecektir.

** Söz konusu borcun şirket tarafından kısmen ödenip ödenmediği konusunda bir bilgi verilmemiştir.

13. Tablodan anlaşılacağı üzere, Kaplan&Mobitel2'nin sermayesinin 2/3'ü karşılıksız kalmıştır. Bu durumda, olağanüstü GK'da oluşturulan gündeme bağlı olarak TTK m.324'ün tartışılması ve bunun sonucunda "yıllık bilançodan³⁵" anlaşılacak "sermayenin 2/3'ünün karşılıksız kaldığı³⁶"nın tespit edilerek GK'nın;

- sermayenin tamamlanmasına veya
- kalan 1/3 sermayeyle devam edilmesine veya
- ortaklığın feshine; karar vermesi gerekirdi³⁷.

Ancak davamızda, GK'da ne tasfiye teklifi kabul edilmiş ne de söz edilen tedbirlerden birine karar verilmiştir. **Bu durumda şirket infisah etmiş sayılmalıdır** (TTK m.434/III).

VI. KAPLAN&MOBİTEL2 A.Ş.'NİN FESHİ VE ŞİRKETTEKİ ORGAN BOŞLUĞUNUN DOLDURULMASI AMACIYLA TEDBİREN KAYYIM ATANMASI GEREKMEKTEDİR (TTK m.435).

14.1 BDDK, 5.4.2004'de Kaplan&Mobitel2'ye TTK m.315 uyarınca 4 YK üyesi atamıştır. Öncelikle, davamızda, BDDK'nın kamusal yetkisine dayanarak Kaplan&Mobitel2 YK'sına üye atama yetkisi bulunmamaktadır. Ancak, Fon'a devredilen Kaplan Bank'ın YK'sı olarak **Fon**, Bankalar Kanunu m.15'e dayanarak -*şartları gerçekleşmişse*- böyle bir atama gerçekleştirebilirdi. Öyleyse, BDDK'nın, yetkisini aşarak böyle bir idari

³⁵ Kayar İ., Anonim Ortaklıkta Mali Durumun Bozulması ve Alınacak Tedbirler, Konya 1997, s.117.

³⁶ Kayar, s.116; Türk, s.152.

³⁷ Türk, s.156. Anılan tedbirler, gündemde bulunmasa dahi görüşülüp karara bağlanmalıydı (Kayar, s.157).

işlemi yapması mümkün değildir. Kaldı ki, atamanın özel hukuk işlemi olarak TTK m.315'e dayanılarak yapılması da mümkün değildir . Şöyle ki;

- Atamanın yapılacağı YK toplantısı, diğer YK üyelerine bildirilmeliydi. Oysa böyle bir bildirim yapılmamış; atama diğer üyelerin yokluğunda gerçekleşmiştir.
- YK'da bir/birden çok üye boşalması halinde geri kalan üyelerin, YK toplantı-karar yetersayısını sağlayabilmeleri gerekir. TTK m.330, AO YK'da toplantı yetersayısı için, üye sayısının yarıdan bir fazlasını aramıştır³⁸. Davamızda da bu maddeye dayanılarak yapılan atamanın geçerli olabilmesi için 5 YK üyesinin toplanması ve ancak 2 üyenin atanması gerekirdi.

14.2 Yolsuz idari işlem, Kaplan&Mobitel2'nin "*çifte yönetim kuruluna*" sahip olmasına neden olmuştur. Şöyle ki;

- *Yeni YK*, BDDK'nın yaptığı atamayla göreve başlamıştır.
- Atama, TTK m.315'e aykırı olduğundan, *eski YK* üyelerinin görevleri sona ermemiştir.

Bu durumda, TTK m.435'in aradığı anlamda bir "*organ boşluğu*" oluşmuştur. Zira, m.435, her ne kadar "*çifte YK'nın olmasından*" bahsetmese de esasında, maddede düzenlenen YK'nın karar alamamasıdır. Davamızda da, oluşan çifte YK'yla karar alınamayacağından "*organ çokluğu-yönetim boşluğu*"³⁹ nun oluştuğu şüphesizdir.

14.3 TTK m.435, kanuni organlardan birinin yokluğunda, pay sahiplerinden birine mahkemedan AO'nun feshini isteme imkanı tanımıştır. Buna göre, mahkemenin, AO'nun durumunu düzeltebilmesi için vereceği sürede, organ boşluğunun doldurulması amacıyla kayyım atanması,

³⁸ **İmregün O.**, Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Toplantı ve Karar Yetersayıları ve Yönetim Kurulu Kararlarına Karşı Başvuru Yolları, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80.Yaşgünü Armağanı, İstanbul 2001, s.283; **Kırca İ.**, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeliği Seçimine İlişkin Kararın Hükümsüzlüğü, Ünal Tekinalp'e Armağan, C.I, İstanbul 2003, s.497; **Yılmaz S.**, Sermaye Şirketlerinde Geçici Hukuki Korumalar, İzmir 2004, s.152; 11. HD 21.03.1985, 1162/1587 (**Eriş**, s.1903); 11. HD. 13.05.1993, 6736/3457 (**Eriş**, s.1906); 11. HD. 25.06.2001, 3660/5770 (**Eriş**, s.1811).

³⁹ 11. HD. 21.02.1994, 4208/1331 (**Eriş**, s.2573).

maddenin öngördüğü tedbirlerden ilkidir⁴⁰. Nitekim şirketin yürütme organı yoktur. Öyleyse, “çifte YK nedeniyle” organ boşluğunun giderilmesi amacıyla geçici hukuki koruma olarak kayyım atanması mecburiyeti doğmuştur. **Zira, davamızda, tasfiyeyi yürütebilecek bir YK dahi bulunmamaktadır.**

HUKUKİ GEREKÇELER : TTK; BK; TMK; İİK; HUMK; Telekomünikasyon Hizmetleri Yönetmeliği; Sermaye Şirketlerinin Genel Kurul Toplantıları ve Bu Toplantılarda Bulunacak Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Komiseri Hakkında Yönetmelik; 11.3.1993 T.’li Uluslararası Anlaşma; vs. ilgili mevzuat ve ilmi, kazai içtihat.

MADDİ DELİLLER : İddialarımızın ispatına yarar gerek müvekkil şirket gerekse davalı elinde bulunan her türlü ticari defter ve belgeler; PSS; FMS; imtiyaz sözleşmesi, şirket ana sözleşmesi; alınacak bilirkişi raporu vs. yasal deliller.

SONUC VE İSTEM : Yukarıda anılan haklı ve yasal gerekçelerle *fazlaya ilişkin medeni ve cezai takibata yönelik dava ve talep haklarımız saklı kalmak kaydıyla;*

1. (i) Kaplan&Mobitel2 A.Ş.’nin, TTK m.434/b.2 uyarınca *infisah ettiğinin tespiti* ve bu nedenle taraflar arasındaki *adi ortaklığın* da BK m.535/b.1 uyarınca *infisah ettiğinin tespitine,*

(ii) Kaplan&Mobitel2 A.Ş.’nin TTK m.324/II uyarınca *infisah ettiğinin tespitine,*

2. Davalı Kaplan Holding’in, Vodetel Şirketinin 2.000.000.000 USD’lik teklifini reddetmesi nedeniyle, *1.500.000.000 USD’lik yoksun kaldığımız kârın dava tarihinden itibaren işleyecek ticari faiziyle davalı Holding’den tahsiline,*

3. Müvekkilce ödenen ve davalı tarafın borçlu olduğu *157.500.000 USD’nin dava tarihinden itibaren ticari faiziyle davalı Holding’den tahsiline,*

4. TTK m.435 gereğince, (1.maddedeki tespitler saklı kalmak kaydıyla) *Kaplan&Mobitel2 A.Ş’nin feshine* karar verilmesi ve buna ilişkin olarak

⁴⁰ Arslanlı, C.II, s.212.

organ boşluğunun giderilmesi amacıyla geçici hukuki koruma olarak kayyım atanmasına,

5. Yukarıdaki (2) ve (3) no'lu talebimizde belirtilen alacağın tahsilinin güvence altına alınması amacıyla, İİK m.257 vd. çerçevesinde, teminat karşılığında *ihtiyati hacze*⁴¹,

6. *Yargılama harç ve giderleriyle vekalet ücretinin* davalılara yükletilmesine

karar verilmesini vekaleten saygıyla arz ve talep ederiz.

Davacı Vekili

Av. (İmza)

⁴¹ *Çünkü, alacağımız bir para alacağı olup rehinle temin edilmemiştir ve alacak muaccel hale gelmiştir; muaccel hale gelen alacaklarda da ihtiyati haciz için başkaca şart aranmaz* (Özekes M., İcra ve İflas Hukukunda İhtiyati Haciz, Ankara 1999, s.101 vd.).

(*) ASLİYE TİCARET MAHKEMESİ
SAYIN BAŞKANLIğI'NA
İSTANBUL

Dosya No:

CEVAP VEREN DAVALI : KAPLAN HOLDİNG A.Ş. (ADRES)

VEKİLİ : (ADRES)

K. TARAF DAVACI : MOBİTEL2 (ADRES)

VEKİLİ : (ADRES)

KONU : Açılan haksız ve hukuki dayanağı olmayan davaya karşı mukabil dava ve talep haklarımız saklı kalmak üzere cevaplarımızla karşı açıklamalarımızın sunulması hakkındadır.

AÇIKLAMALAR :

I. TARAFLAR ARASINDAKİ PAYSAHIPLERİ SÖZLEŞMESİ,
BK m.19, 20 UYARINCA KISMEN GEÇERSİZDİR.

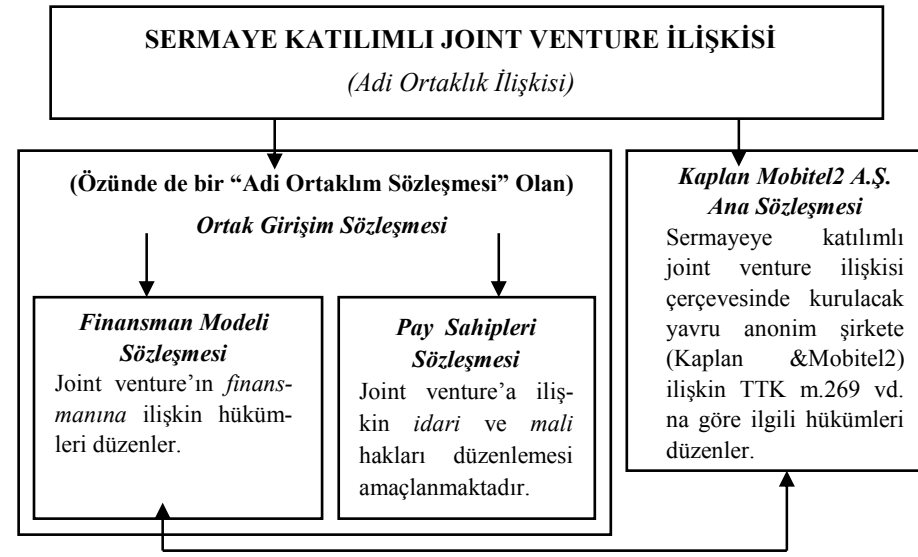
A. MÜVEKKİL KAPLAN HOLDİNG İLE DAVACI ARASINDA,
FİNANSMAN MODELİ SÖZLEŞMESİYLE BİRLİKTE
SERMAYEYE KATILIMLI JOİNT VENTURE (ORTAK
GİRİŞİM) İLİŞKİSİ DOğMUŞTUR.

*Joint venture'in türlerinden **SERMAYEYE KATILIMLI JOİNT VENTURE**; iki/daha fazla sayıda, birbirinden hukuki-ekonomik açıdan bağımsız şirketin, ortak bir menfaati elde etmek ve riski paylaşmak amacıyla yeni bir şirket kurarak oluşturduğu iş ortaklığıdır. Bu girişimde, ortaklar,*

ortak girişim sözleşmesi (temel sözleşme) akdettikten sonra ticaret şirketi kurarlar ve kurulan şirketin şekline uygun olarak da sermayeye katılırlar⁴².

1. Sermayeye katımlı joint venture ortakları arasında, biri ortak girişim sözleşmesi; diğeri şirket ana sözleşmesi olmak üzere iki farklı sözleşme akdedilir.

1.1 Joint venture ilişkisi, bir sözleşmeler grubudur ve *ortak girişim sözleşmesi*, bu grubun çekirdeğini oluşturmaktadır⁴³. Bu sözleşme, esas itibariyle “*paysahipleri sözleşmesi*” (kısaca “*PSS*”) olarak da nitelendirilmektedir. Ancak devamındaki gibi, bu sözleşmenin finansmanına ilişkin hükümlerinin ayrı bir “*finansman modeli sözleşmesi*”yle (kısaca “*FMS*”) düzenlenmesi de mümkündür. *Şirket ana sözleşmesi*yse, sermayeye katımlı joint venture çerçevesinde kurulacak şirket için TTK’nın öngördüğü hususları içerir. Ortaklık sözleşmesi niteliğindeki joint venture, esas itibariyle adi ortaklık sözleşmesidir (kısaca “*AdO*”)⁴⁴.



⁴² Öztürk P., Ortak Girişim (Joint Venture) ve Uygulanacak Hukuk, İstanbul 2001, s.20.

⁴³ Öztürk, s.31.

⁴⁴ Barlas N., Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, İstanbul 1998, s.203; Dayınlarli K., Joint Venture Sözleşmesi, Ankara 1999, s.226; Kaplan İ., Müşterek İş Ortaklığı, Ankara 1994, s.13; Öztürk, s.35; Poroy R./Tekinalp Ü./Çamoğlu E., Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, İstanbul 2003, s.46; Tekinalp G./Tekinalp Ü., Joint Venture, Karayalçın'a 65.Yaş Armağanı, Ankara 1989, s.157.

1.2. Davacı, telefon işletmeciliğine ilişkin ihaleye katılmak istemiş; ancak (RG 28.03.2001 T.-24356 Sayılı) Telekomünikasyon Hizmetleri Yönetmeliği m.11/b.1 nedeniyle Türk ortak ihtiyacı belirince davanın tarafları, *ortak bir girişimde* bulunmuşlardır. Böylece, taraflar, sermayeye katımlı joint venture ilişkisi içerisinde, ortak girişimin ilk basamağını oluşturan **Finansman Modeli Sözleşmesini** akdetmişlerdir. Joint venture'in finansmanını düzenleyen FMS'yle birlikte AdO ilişkisi kurulmuştur. Bunun ardından, kurulacak yavru anonim ortaklığa (*kısaca "AO"*) ilişkin yönetsel-mali hükümler; bir anlamda sermayeye katımlı joint venture çerçevesinde kurulacak şirketin iç işleyişini düzenleyen **Paysahipleri Sözleşmesi** akdedilmiştir.

1.3 PSS, AdO'dan ibaret olup kurulan AO'nun ne şekilde idare edileceğini düzenlemekteyse de PSS'nin hukuk düzenince geçerli sayılması; dolayısıyla taraflar arasında AdO ilişkisinin kurulması mümkün değildir. Emredici kurallara aykırı PSS, hüküm-sonuç doğurmaktan yoksun olup BK m.19,20 uyarınca geçersizdir. Öyleyse, tarafların PSS'deki hükümler çerçevesinde geçerli bir AdO sürdürebilmeleri imkansızdır.

B. PSS m.2 ve 6, EMREDİCİ HUKUK KURALLARINA AYKIRI OLDUĞUNDAN GEÇERSİZDİR.

PSS'nin 2.maddesinde davacıya, %26'lık paya ilişkin gayrikabili rücu ve süresiz vekaletnameyle oy hakkı devredilmiş; 6.maddedeysse, AO ana sözleşmesinden farklı olarak AO yönetim kurulunun A Grubunun göstereceği 5, B Grubunun göstereceği 2 üyeden oluşacağı, düzenlenmiştir. **Böylece, taraflar, paysahipliği sıfatından doğan yönetsel haklar üzerinde tasarrufta bulunmuşlardır. Bu durumda, m.2 ve m.6'nın :**

- AO ana sözleşmesinin ve kanunun emredici hükümlerinin yasakladığı sonucu dolanmaya çalışması⁴⁵ (kanuna karşı hile);
- Hem TTK'ya hem de kamu düzeninin yansıması olan AO'nun genel nitelikleri ve temel ilkelerine aykırı olması⁴⁶ (emredici hukuk kurallarına aykırılık), geçersizliklerine neden olacaktır.

⁴⁵ Okutan Nilsson G., Anonim Ortaklıklarda Paysahipleri Sözleşmeleri, İstanbul 2003, s.318.

⁴⁶ Okutan, s.115.

2. PSS'nin 2.maddesi, gerek TTK'nın gerekse Telekomünikasyon Hizmetleri Yönetmeliği'nin emredici hükümlerine aykırıdır.

2.1 Payscalelerinin GK (Genel Kurul)'da oy kullanmaları, şirketler hukuku açısından müktesep haktır⁴⁷. AO'da payscaleliği sıfatının getirdiği en önemli haklardan biri, oy hakkının kullanılmasıdır. TTK m.360 gereğince, oy hakkının temsili mümkünse de, bu temsil, kesinlikle oy hakkının devri sonucunu doğurmamalıdır. Oysa, **tarafklar 2.maddeyle %26'lık paya ilişkin oy hakkının devrini amaçlamaktadır.** TTK m.385/II, müktesep haklardan oy hakkının kullanılmasının GK (Genel Kurul)/YK (Yönetim Kurulu) kararıyla dahi kaldırılamayacağını düzenlerken, 2.maddeyle oy hakkının devri mümkün olmayacaktır (BK m.19). *Oy hakkının temsiline imkan veren TTK m.360'ın, oy hakkının devrini engelleyen TTK m.385/II'yi dolanmak amacıyla kullanılması, "kanuna karşı hile"dir.*

2.2 2.maddeyle verilen vekaletname, Telekomünikasyon Hizmetleri Yönetmeliği'nin ratio legis'yle bağdaşmamaktadır. Telekomünikasyon Hizmetleri Yönetmeliği m.11/b.1'nin getirdiği "*kurulacak şirketin hisselerinin %51'inin Türk ortakta olması*" hükmünün amacı, kamu hizmeti niteliğindeki telekomünikasyon hizmetini yürütecek şirketin yönetiminin ve temsilinin yabancı müteşebbislere bırakılmamasıdır. Öyleyse, (*müdahaleci-derhal uygulanan*) hükmün *ratio legis'i, sadece hisselerin çoğunluğunun Türk ortakta olması değil; bu hisselerden doğan tüm yönetsel hakların da Türklerce kullanılmasıdır.* O halde, kamu düzenine ilişkin yönetmelik hükmünün, PSS'nin 2.maddesiyle verilen ve %26'lık payın devri sonucunu doğuran vekaletnameyle dolanılmaya çalışılması, hukuk düzenince korunmayacaktır (BK m.19).

3. PSS'nin 6.maddesi, Telekomünikasyon Hizmetleri Yönetmeliğine aykırıdır.

Telekomünikasyon Hizmetleri Yönetmeliği'nin amacının, aynı zamanda kamu hizmeti niteliğindeki telekomünikasyon hizmetini yürütecek şirketin yönetimini de Türk ortakta bırakmak olduğunu belirtmiştik. Bu bakımdan, yönetmeliği dolanan hükümler de geçersiz olacağından, *oy sözleşmesi* (PSS

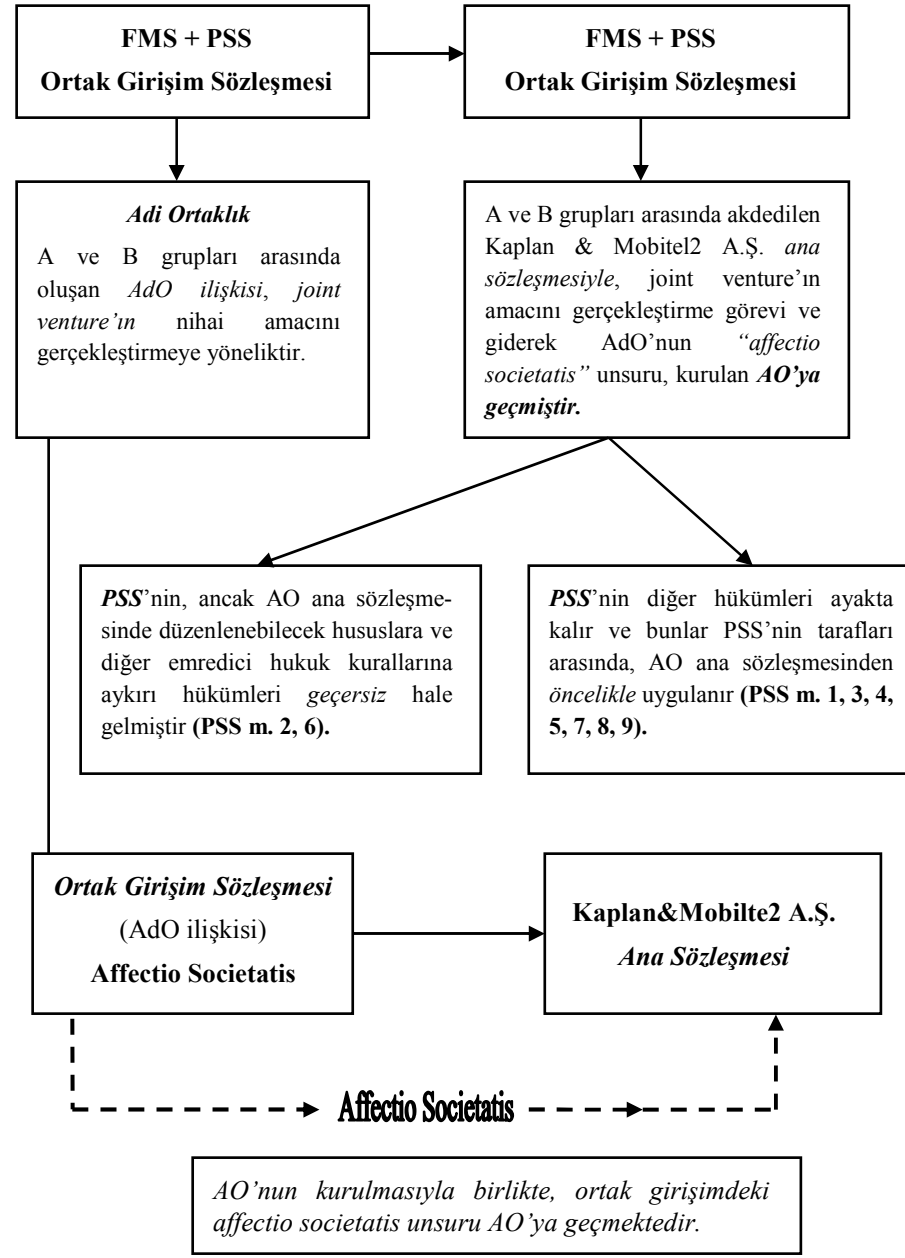
⁴⁷ **Ansay T.**, Anonim Şirketler Hukuku, Ankara 1982, s.245; **Çeker M.**, Anonim Ortaklıkta Oy Hakkı ve Kullanılması, Ankara 2000, s.8; **Eriş G.**, Türk Ticaret Kanunu/Ticari İşletme ve Şirketler, C.II, Ankara 2004, s.2280; **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, s.501.

m.6) de geçersiz olacaktır (BK m.19). Nitekim, oy sözleşmesinin amacı, davacıyı, kurulan AO'nun YK'sında egemen hale getirmektir.

C. PSS m.2 ve 6'nın GEÇERSİZLİĞİ, TARAFLAR ARASINDA FMS'YLE KURULAN AdO İLİŞKİSİNİN DEVAMINA ENGELDİR.

4. Taraflar arasında AO'nun kurulmasından önce oluşan AdO ilişkisine, AO kurulduktan sonra PSS'yle devam edilmesi; böylece "çifte ortaklık" yaratılması, tarafların temel amacıydı. Ancak, tarafların bu amacı, hukuk düzenini çiğnemekte ve PSS'nin, AO'nun idaresine ilişkin incelenen hükümlerini geçersiz kılmaktadır. **Bu hükümlerin geçersizliği, PSS adı altındaki sözleşmenin AdO niteliğini ortadan kaldırmaktadır.** Zira, m.2,6 dışındaki hükümler, taraflar arasında "müşterek amaç için birlikte çaba" (*affectio societatis*) unsurunu içermemekte ve tarafların iradesini ortaklık ilişkisi kurmaktan uzaklaştırmaktadır. Bundan sonraysa, taraflar arasındaki *affectio societatis* unsurundan, sadece kurulan AO çerçevesinde bahsedilebilecektir. Dolayısıyla taraflar arasında biri AO; diğeri de AdO olmak üzere "çifte ortaklık"⁴⁸ bulunamayacaktır.

⁴⁸ Okutan, s.111; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s.556.



D. TARAFLAR ARASINDA AdO İLİŞKİSİNİN BULUNMAMASI SEBEBİYLE, DAVACI, AdO HÜKÜMLERİNE DAYANARAK (ÖZELLİKLE BK m.528) ALACAK-TAZMİNAT TALEBİNDE BULUNAMAZ.

II. DAVACININ, PSS'NİN DİĞER MADDELERİNE DAYANARAK DA İLERİ SÜREBİLECEĞİ ALACAK-TAZMİNAT HAKKI BULUNMAMAKTADIR.

5. PSS'nin geçerli kalan hükümleri, üçüncü kişiler ve bu arada sözleşmeye taraf olmayan ortaklık üzerinde etki doğurmayacağı gibi, AO'ya/organlarına karşı da ileri sürülemez. Bunun nedeniyse; sözleşmelerin nisbiliği ilkesi, ayrılık ilkesi ve PSS'nin şirketler hukuku değil; tamamıyla borçlar hukukunda hüküm doğurmasıdır. Nitekim, hukukumuzda, PSS'nin AO hukuku temel ilkelerine/emredici hukuk kurallarına aykırı olmayan hükümlerinin, geçerli şekilde sonuçlarını doğurmasına izin verilmesinin nedeni, bu hükümlerin şirketler hukukuna yansımamasıdır. Davamızda, AO ana sözleşmesinin akdedilmesiyle geçersiz kalmayan, ancak borçlar hukukunda ileri sürülebilecek PSS hükümlerinin en önemli özelliği, bunların, son bulan AdO ilişkisiyle/ortaklıklar hukuku anlamında yönetsel haklarla ilgili olmayıp taraflar arasında alelade "para borcundan doğan alacak hakkı"nı düzenleyen hükümler olmasıdır. Sonuç olarak, bu hükümler, pawnsahipliği mevkiyle ilgili olmayan; taraflar için sadece şahsi borç doğuran ve sadece borçlar hukukunda sonuçlarını doğurabilecek hükümlerdir:

- m.1-tarafların gerçek sermaye borcu oranları,
- m.3-pawnsahipliği sıfatından kaynaklanan kâr payı hakkının devri⁴⁹,
- m.4-akdi bağlam kuralı,
- m.5-ortakların tasfiye payı,
- m.7-ek sermayeye katlanma oranı,
- m.8-PSS'nin ayakta kalan hükümlerinin, PSS'nin tarafları arasında AO ana sözleşmesinden üstün olacağı kuralı,
- m.9-uygulanacak hukuk ve yetkili mahkemeler kuralı.

⁴⁹ Okutan, s.156.

A. KAPLAN BANK A.Ş.'NİN KÂR PAYINI TEMLİK ETMESİNDEN DOLAYI, MÜVEKKİLİN SORUMLULUĞU BULUNMAMAKTADIR (PSS m.3).

6. FMS'de, Kaplan Bank'ın kurulacak AO için 200.000.000 USD sermaye koyacağı kararlaştırılmıştır. Ancak Kaplan Bank tarafından ödenmesi gereken 157.500.000 USD, davacı karşılamıştır. Davacının bu ödemeyle, bir an için, Kaplan Bank'a mı yoksa müvekkile karşı mı alacaklı duruma geçtiği tartışma konusu yapılabilirse de, PSS m.3'le yapılan temlik, bu tartışmaları bertaraf etmektedir. *Zira, davacının 157.500.000 USD ödeyerek elde ettiği alacak hakkı, kâr payının temlikıyla ve Kaplan Bank tarafından her şekilde ifa edilmiştir.* Kaplan Bank, AO'ya karşı müstakbel alacak hakkını (kâr payını) usulüne uygun olarak davacıya temlik etmiştir (*BK m.162 vd.*). **Tasarruflı işlem niteliğindeki bu temlikle 157.500.000 USD'lik alacağın da ifa edildiği görülecektir.** Böylece, ödenmeyen 157.500.000 USD'den ötürü, Kaplan Holding'in borçlu olduğu kabul edilse dahi, alacağın temlikıyla müvekkilin bu borcu da ifa edilmiş; yani söz konusu temlik *ifa yerine kaim olmuştur.* Artık bu noktadan sonra, söz konusu kâr payının elde edilememesi halinde, alacağın temlik hükümlerine göre, *temlik eden* sıfatıyla Kaplan Bank'ın sorumluluğu doğacaktır. Dolayısıyla, davacı yaptığı ödemeyi AO kâr payından sağlayamadığı gerekçesiyle davalıya başvurmamaktadır.

B. MÜVEKKİLİN, EK SERMAYE BORCUNU YERİNE GETİRMEDİĞİNDEN BAHSEDİLEMEZ (PSS m.7)

7. Müvekkil, sözleşme öncesi görüşmede, ortak girişime ancak 200.000.000 USD sermaye verebileceğini bildirmiş; davacı da bunu kabul etmiştir. Bu doğrultuda, taraflar, *ortak girişimin finansmanına ilişkin hükümleri düzenleyen* FMS'yi akdetmişlerdir. Ancak, davacı, daha sonra oluşan ekonomik krizi bahane ederek, en başta projenin müvekkilce kabulü için eksik hesapladığı yatırım tutarı nedeniyle şirketin ek sermayeye ihtiyaç duyduğunu belirtmiştir. Bu noktada, ek sermaye ihtiyacının Türkiye'deki ekonomik kriz neticesinde Kaplan&Mobitel2'ye kredi veren bankaların faizlerini yükseltmesi nedeniyle oluştuğunun ileri sürülmesi, gerçekte bağdaşmaz. Zira, Kaplan&Mobitel2'ye kredi veren bankaların uluslararası bankalar olduğu; bu bankaların uluslararası ekonomik verilere göre tespit edeceği faizlerin belirlenmesinde, Türkiye'deki ekonomik krizin etkili olmayacağı, aşikardır. Müvekkilin, davacının kendi kusurundan kaynaklanan

sözde sermaye artırımında, payına düşen miktarı ödemeyeceğini bildirmesi yerindedir. Zira, müvekkilin hangi şartlarda ortak girişime girdiği açıktır; Türkiye’de yatırım yapmak isteyen davacının telekomünikasyon hizmeti için müvekkile getirdiği teklifte, *ihtiyaç duyulan sermaye miktarını öngörme ve hesaplama yükümlülüğü bizzat kendisindeydi. Bu durumda müvekkilin kusurundan bahsedilemeyeceği gibi, davacının kendi kusuruyla eksik hesapladığı sermayeyi talep etmesi hukuka aykırıdır.*

C. MÜVEKKİLİN, VODETEL’İN TEKLİFİNİ REDDETMEŞİ YERİNDEDİR.

8.1 Vodetel’in Kaplan&Mobitel2’yi satın almak istemesi üzerine, müvekkilin teklifi reddetmesi, davacıya zarar vermeyeceği gibi teklifin reddedilmesi de “*hukuka aykırı*” değildir. *Faaliyetine çok yakında geçilecek şirketin kurulmasının üzerinden henüz bir yıl geçmişken oluşan ilk zararda davacının şirketi satmak istemesi üzerine müvekkilin bu teklifi kabul etme yükümlülüğü bulunmamaktadır*⁵⁰. Kaldı ki, *davacı, PSS’nin 4.maddesiyle akdi bağlam riskini üzerine almıştır.*

8.2 Ayrıca tarafların güvene dayalı ortak girişime katılmaları, uzun süreli iş birliğini (*bkz.* Yönetmelik m.51) beraberinde getirir. Oysa, davacının henüz hizmete dahi geçmeyen “*şirketi*” satmak istemesi; teklifin müvekkilce kabul edilmemesi üzerine, YK’ya başvurarak şirketin tasfiyesinin oylanması gündemiyle TTK’nın 370.maddeye göre olağanüstü GK talep etmesi, kendisinin her fırsatta iş ortaklığını bitirmek istediği anlamındadır. *Bu durumdaysa, müvekkilin teklifi reddetmesi nedeniyle 4.madde anlamında zararın oluşması; bunun müvekkilce ödenmesi mümkün değildir.*

⁵⁰ Yeri gelmişken belirtmek gerekirse; Kaplan&Mobitel2’nin ne borca batıklığından ne de sermaye kaybından bahsedilemez (TTK m.324/I,II). Söz konusu tespitler için gerekli aktiflerin satış değerini esas alan ara bilanço tanzim edilmediği gibi şirketin maddi ve gayrimaddi malvarlığıyla çok yakında çalışmaya başlayarak nakit akışı sağlanacağı dikkate alındığında, şirket ne borca batıktır ne de sermaye kaybı içindedir (*Ayrıca Bkz. Türk A., Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları, Ankara 1999, s.151*).

**D. KAPLAN&MOBİTEL2 A.Ş.'NİN TASFİYESİNE İLİŞKİN
OLAĞANÜSTÜ GK'DA ALINAN KARAR, HUKUKA
AYKIRI DEĞİLDİR.**

9.1 Olağanüstü GK sonunda, davacı, kararın afaki iyiniyet kurallarına aykırılığı gerekçesiyle iptal davası açacağı şerhini düşmüştür. Öncelikle, davacının GK kararına karşı, toplantı tarihinden itibaren 3 ay içerisinde iptal davası açması gerekirdi (TTK m.381). Hak düşürücü süreyi kaçıran ortağın, alınan kararlar oluşturduğunu iddia ettiği zararlarını gidermek için başka yolları dolanması hukuka aykırıdır. Kaldı ki, davacının ileri sürdüğü iddialar da yerinde değildir:

9.2 Davacı, 7.3.2004'de YK'ya başvurarak TTK m.324 çerçevesinde teknik iflasın gerçekleşmiş olabileceğini belirterek GK'nın m.370 uyarınca toplanmasını talep etmiş; daha sonra da GK'da m.324'ün tartışılmadığını, dolayısıyla GK kararının hukuka aykırı olduğunu ileri sürmüştür. **Ancak, GK kararının hukuka aykırılığından bahsedilemeyecektir.** Zira, 9.3.2004'de davacının talebinin değerlendirildiği YK'da, "olağanüstü GK'nın tasfiye teklifinin oylanması gündemiyle toplanacağı" **oybirliğiyle** kabul edilmiştir. Yani, davacının talebi, GK'nın TTK m.324'ün tartışılması gündemiyle toplanmasıyla; YK'nın kararı, GK'nın TTK m.434/b.9 uyarınca *iradi fesih-tasfiye* gündemiyle toplanması şeklindeydi. Bu doğrultuda, GK'da, YK'nın oluşturduğu gündeme bağlı kalınarak TTK m.434/b.9 uyarınca iradi fesih oylanmış; **dolayısıyla gündemde bulunmayan TTK m.324 tartışılmamıştır.**

Öyleyse davacı, oluşturulan gündemin hukuka aykırılığını ve zararının oluştuğunu iddia ediyorsa, TTK m.336'a göre YK üyelerinin sorumluluğuna gidebilirdi. Ancak, karar, YK'da oybirliğiyle alındığından davacı hakkını yitirmiştir. Böylece, davacı:

- YK'nın, kendisinin talebini dikkate almaması gerekçesiyle toplantıdan önce denetçilere başvurarak (TTK m.355) GK gündemine "TTK m.324'ün tartışılması"nı ekletmemiş (TTK m.366);
- Denetçilerin dahi bu talebi dikkate almaması üzerine, TTK m.367'ye göre, mahkemeye başvurarak gündeme madde ekletebilme imkanını kullanmamış⁵¹;

⁵¹ Eriş, s.2100; 11. HD. 8.10.1986, 4628/5139 (Doğanay İ., Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C.I, İstanbul 2004, s.1071)

- TTK m.370'e göre toplanan olağanüstü GK'da, konuyu gündeme ekletme imkanı varken kullanmamış;
- YK üyelerinin sorumluluğuna gitmemiştir (TTK m.336).

9.3 Davacı, şirket hisselerinin esas bölünmesinin %75-%25 olduğunu, AO olağanüstü GK'da ileri süremez. Nitekim, AdO niyetiyle akdedilen fakat davamızda sadece alacak haklarına ilişkin hüküm-sonuçlarını doğuran PSS, ortaklığa/organlarına ileri sürülemez. Yine, davacı, *-AO ana sözleşmesiyle PSS'nin tarafları aynı olsa dahi-* PSS'ye aykırı olduğunu düşündüğü GK kararına karşı, iptal davası açamayacaktır⁵².

III. PSS'NİN 2.6. MADDELERİNİN BİR AN İÇİN GEÇERLİ OLDUĞU KABUL EDİLSE DAHI, DAVACININ GEREK BU MADDELER GEREKSE AdO ÇERÇEVESİNDE İLERİ SÜREBİLECEĞİ ALACAK - TAZMİNAT HAKKI BULUNMAMAKTADIR.

A. PSS'nin 2.MADDESİNDEKİ VEKALETNAMENİN, TARAFLAR ARASINDA GEÇERLİ AdO İLİŞKİSİNE DAYANARAK VERİLDİĞİ BİR AN İÇİN KABUL EDİLSE DAHI, BU KAPSAMDA GERİ ALINMASI DA HUKUKA AYKIRI DEĞİLDİR.

10.1 Öncelikle, tasfiyesi istenen şirket alelade bir A.Ş. değildir; satışı-devri-tasfiyesi özel şartlara bağlanmıştır. Telekomünikasyon hizmeti, kolluk faaliyeti sınırlarını aşarak kamu hizmeti niteliği kazanan; kamu hukukuna tabi bir faaliyettir. Öyleyse, özel kişilerce yürütülse dahi nihai sorumluluk, bu hizmeti hukuken üstlenmiş idare organına aittir⁵³. Telekomünikasyon Hizmetleri Yönetmeliği'nde, Telekomünikasyon Kurumu'na geniş yetkiler verilmiştir. Tipik idari sözleşme olarak akdedilen imtiyaz sözleşmeleriyle⁵⁴ verilen yetki, özel hukuk sözleşmelerindeki gibi münhasıran tarafların

⁵² Ayrıca bkz. **Tekinalp/Tekinalp**, Perdeyi Kaldırma Teorisi, Reha Poroy'a Armağan, İstanbul 1995, s.396; **Yanlı V.**, Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklılarına Karşı Sorumlu Kılınması, İstanbul 2000, s.70-73.

⁵³ **Ulusoy A.**, Telekomünikasyon Hukuku, Ankara 2002, s.37.

⁵⁴ **Ulusoy**, s.51.

anlaşmalarıyla sona ermez. Nitekim, şirket hisselerinin (m.36)⁵⁵ ve yetki belgesinin (m.59)⁵⁶ devrini sıkı şekillere bağlayan Yönetmelik dikkate alındığında, tasfiyeye karar verilmesi, istenilen sonucu doğurmaya yetmeyecektir. Bunun yanında, **şirketin tasfiyesi kararı, imtiyaz sözleşmesinin ihlâli niteliğini taşıyacak; sözleşmenin Bakanlıkça/Kurumca feshedilmesine neden olabilecektir** (imtiyaz sözleşmesi m.38/a). Bu durumdaysa, *şirketin tüm teçhizatı bedelsiz olarak Bakanlığa/Kuruma devredileceği gibi* (imtiyaz sözleşmesi m.38) Yönetmelik gereğince de cezai şartlar ödeneceğinden (m.50), davacının tasfiye istemi yerinde değildir.

10.2 Toplantıda yapılmak istenen, AdO açısından bir ortaklık kararı olduğundan davacı vekaletnameyi kullanmaz. GK gündeminin “*şirketin tasfiyesi teklifinin oylanması*” olduğu dikkate alındığında, şirketin tasfiyesinin kabulüyle AdO da infisah edeceğinden *-şirketin tasfiyesine karar verildiği takdirde AdO'nun amacı son bulacağından AdO infisah edecektir* (BK m.535/b.1)- karar AdO açısından “*ortaklık kararı*” niteliğindedir. *Bütün ortakların oybirliğiyle alabildiği ortaklık kararları, ortaklığın yönetimiyle ilgili olmayıp yapısı-organizasyonu ile ilgilidir.* Öyleyse, ortaklık kararının oylanmasında davacının, müvekkili temsilen oy kullanmak istemesi (*kaldı ki, ayrıca bkz. Sermaye Şirketlerinin Genel Kurul Toplantıları ve Bu Toplantılarda Bulunacak Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Komiseri Hakkında Yönetmelik m.23*), doğru değildir.

10.3 Kaplan Bank'ın verdiği azilnameyle davacının AdO ilişkisindeki idare-temsil yetkisi sona erdirilmiştir. BK m.529'a göre, haklı sebebin varlığı halinde, *idareci ortağın idare hakkı, bir ortak tarafından da kaldırılabilir. Bunun için idare hakkını kaldırmak isteyen ortağın mahkemeye başvurması da gerekmemektedir*⁵⁷. Nitekim, GK'dan önce, davacının %26'lık pay için

⁵⁵ Örnek imtiyaz sözleşmesinde de (m.22/b), hisse devri için hem Bakanlığın hem de Rekabet Kurumu'nun onayı aranmaktadır.

⁵⁶ Yönetmeliğin sistematığı dikkate alındığında, yetki belgesinin devri, ancak imtiyaz sözleşmesinin iptalinden sonra *müeyyide olarak* Bakanlıkça gerçekleştirilebilecektir. Bu nedenledir ki, *imtiyaz sözleşmesinin(!) haczi şeklindeki işlemin haczedilenin (yetki belgesi olmalydı)* sahibi tarafından iradi olarak devrinin mümkün olmaması nedeniyle geçerliliği tartışmaya açıktır. Böyle bir hacze dayanarak davacının zarara uğramış olduğu iddiası asılsızdır.

⁵⁷ **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, s.71; **Arkan S.**, *Adi Şirket Ortağına Sözleşmeyle Verilen İdare Yetkisinin Kaldırılması ve Sonuçları*, BATİDER C.XXI, S.2, Aralık 2001, s.16.

temsilcisini hazirun cetveline yazdırmak istemesi üzerine (*ki böylece idare yetkisi, haksız ve kötüniyetle kullanılmak istenmiştir*) Kaplan Bank temsilcisi, verdiği azilnameyle BK m.529'a uygun olarak davacının idare; dolayısıyla temsil yetkisini kaldırmıştır⁵⁸. Davacı, bu işlemin hukuka aykırı olduğunu iddia ediyorsa, bunun için Kaplan Bank'a yönelmeliydi.

B. SÖZLEŞMENİN 6. MADDESİNİN GEÇERLİ OLDUĞU BİR AN İÇİN KABUL EDİLSE DAHI, "OY SÖZLEŞMESİ" NİN İHLÂLİNDEN BAHSEDİLEMEZ.

11. Müvekkilin oy sözleşmesinden doğan edimini yerine getirebilmesi için, *davacı*, ilk GK'dan önce hangi iki üyenin B Grubunun adayı gibi gösterileceğini bildirmeliydi. *Oysa, davacı, hiçbir zaman böyle bir bildirimde bulunmamıştır.* GK'da (23.3.2004), toplantının gündemini *bizzat* oluşturan davacı, gündeme "*YK üyelerinin seçimi*" maddesini ekletmediği gibi toplantı sırasında da bunu gündeme getirmemiştir (m.370). Kaldı ki, davacının PSS m.6'ya göre hemen ifasını istemeyerek yapılan GK'dan önce de gündeme "*YK üyelerinin seçimi*"ni ekletmemesi, oy sözleşmesinin ifasına ilişkin talebinden vazgeçtiğinin *göstergesidir*.

C. DAVACI, MÜVEKKİLDEN AdO ÇERÇEVESİNDE DE EK SERMAYE TALEP EDEMEZ.

12. AdO sözleşmesindeki katılma payları, ortaklar için sabit bir yükümlülük oluşturduğundan, AdO'da, bir ortak, sözleşmeyle üstlendiği sermaye oranının ötesinde sermaye artırımı/tamamlanması gerekçesiyle ek sermaye payını ifaya zorlanamaz⁵⁹. Bir an için AdO'da ek sermayenin talep edilebileceği kabul edilse dahi, AO'nun ek sermayeye ihtiyaç duyması halinde, davacının, TTK'nın öngördüğü ek sermaye getirme yükümlülüğünü AdO hükümleriyle dolanması hukuka aykırıdır.

⁵⁸ Söz konusu vekaletnamenin, *alelade bir vekaletname olarak geçerli olduğu kabul edilse dahi -ki vekaletnamenin gayrikabili rücu ve süresiz olması buna engeldir-*, yine de Kaplan Bank, BK m.396/I uyarınca, haklı sebeple ve uygun zamanda *-ki olayımızda iki koşul da gerçekleşmiştir-* davacıyı azledebilirdi. Bu durumda, davacı, Kaplan Bank'tan (*hukuka aykırı davranışı bulunmadığından*) veya müvekkilden (*vekalet sözleşmesinin tarafı olmadığından*) tazminat isteyemeyecektir.

⁵⁹ **Barlas**, s.34.

D. MÜVEKKİLİN, HOLDİNG KAPSAMINDAKİ BAĞLI ŞİRKETLERDEN KAPLAN BANK'IN HUKUKA AYKIRI FİİLLERİNDEN DOLAYI, PERDEYİ KALDIRMA TEORİSİ BAŞTA OLMAK ÜZERE HİÇBİR ŞEKİLDE SORUMLU TUTULAMAZ.

13. Davamızdaki hukuki ilişki, sadece davacıyla davalı arasında gelişmemiş; Kaplan Bank da buna PSS'yle taraf olarak müvekkilin yanında birtakım hak-yükümlülükler sahip olmuştur. Bu durumda, müvekkil, *ayrı tüzel kişiliğe sahip ve bizzat hukuki ilişkinin tarafı olan* Kaplan Bank'ın -eğer varsa- hukuka aykırı fiilerinden sorumlu tutulmayacaktır. Öyleyse, "*perdeyi kaldırma teorisi*", davamızda kesinlikle uygulanamayacaktır.

HUKUKİ GEREKÇELER : TTK; BK; TMK; İİK; HUMK; Telekomünikasyon Hizmetleri Yönetmeliği; Sermaye Şirketlerinin Genel Kurul Toplantıları ve Bu Toplantılarda Bulunacak Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Komiseri Hakkında Yönetmelik vs. ilgili mevzuat ve ilmi, kazai içtihat.

MADDİ DELİLLER : Gerek davacı gerekse davalı müvekkile ait her türlü ticari defter ve belgeler; PSS; FMS; imtiyaz sözleşmesi; şirket ana sözleşmesi; Vodetel'in teklifi; alınacak bilirkişi raporu vs. yasal deliller.

SONUC VE İSTEM : Yukarıda anılan haklı ve yasal gerekçelerle mukabil talep ve dava hakkımız saklı kalmak kaydıyla; *haksız ve her türlü yasal dayanaktan yoksun davanın esastan reddine; şayet davacı tarafından dava dilekçesiyle birlikte istenecek olursa, her türlü geçici hukuki koruma talebinin de reddine; yargılama harç ve giderleriyle vekalet ücretinin davacı yana yükletilmesine karar verilmesini* vekaleten saygıyla arz ve talep ederiz.

Davalı Vekili

Av. (İmza)