

ÇAĞA
HUKUK
ÖDÜLÜ
2001

ANONİM
ORTAKLIKLARDA
PAYSAHIPLERİ
SÖZLEŞMELERİ

GÜL OKUTAN NILSSON

ca
Ga

ÇAĞA
HUKUK
ÖDÜLÜ
2001

*EŖi bulunmaz annem Av. Suna Okutan ile
kıymetli ağabeyim Aziz Gür Okutan'a,
en derin sevgi ve minnet duygulan ile*

ÖNSÖZ

İLKELERDE FARKLI YORUMLA AÇILIM

Kara Avrupası anonim ortaklıklar hukukunu, son yirmibeş yılda, gün geçtikçe artan bir yoğunlukta uğraştıran, içerdiği itici güçle ilkeleri, hatta yapıyı zorlayan, ancak kanunkoyucuların ilgilenmediği örtülü bir sorunla karşı karşıyayız: Esas sözleşme ile paysahipleri sözleşmesi ikilemi. Buna iki hukuk alanının üstünlük-etkileme çarpışması da diyebiliriz. Daha da dar ve özele özgülersek, ticaret hukukunun borçlar hukuku karşısındaki bağımsızlığı sorunsalına da gelebiliriz. Sorun *örtülü*, çünkü, küçük ve kapalı bir çevre onun bilincinde; gelişmiş bir mahkemeler hukuku yok; öğretiyi aysberg algılaması içinde. Konuyu ana çizgileriyle ortaya koyalım: Anonim ortaklık şeklinde kurulan veya bir kısım eski veya yeni payların paket halinde satın alınması ile oluşan ikili, üçlü "joint-venture"larda, esas sözleşme yanında bir de "*paysahipleri sözleşmesi*" imzalanmakta, böylece ortaya biri ortaklıklar, diğeri borçlar hukukuna bağlı iki sözleşme çıkmakta; ikincisi -çoğu kez bir hükümle- birincisine üstün tutularak uygulanmaktadır. İkinci sözleşme bir çok ülkede, vatanı olan Anglo-Amerikan aleminin diliyle "*shareholders agreement*" bazen de **-farklı**

yorumlara ve sorunlara sebep olma pahasına- "*joint-venture agreement*" şeklinde anılmaktadır. Bu sözleşmenin tarafları kim olursa olsun, büyük çoğunlukla İngilizcesi geçerli metin olarak kabul edilmektedir. Paysahipleri sözleşmesine, hemen daima, esas sözleşmeye konulmayan ve hatta ilgili ulusal hukul.'iaki emredici hükümlere aykırı bulunan kurallar konulabilmekte, bunlar anonim ortaklıklar hukukunda geçersiz borçlar hukukunda da geçerli olabilmektedir. Bu ikilem, uygulamada olduğu kadar teoride de bazı temel sorunları doğurmaktadır: *Inter alia*, anonim ortaklık yanında, paysahipleri sözleşmesiyle oluşabilecek, varlığı tartışma yaratan adi ortaklık, yani *çift ortaklık* sorunu. Bunlar arasındaki üstünlük, kesişme, çelişme, karşılıklı etkileme sorunu; tipin dış müdahalelere uğraması sorunu; anonim ortaklıklar hukukuna hakim tek borç ilkesinin, paysahipleri sözleşmesinin getirdiği borç ve yükümler karşısındaki geçerliliği, yani yaşam sorunu; bir hukuka göre geçerli diğerine göre geçersiz hükümler sorunu; aynen ifa sorunu gibi. Bu temel sorunların bir çok alt sorunu içerdiği de şüphesizdir.

Paysahipleri sözleşmesi dolayısıyla bir kısım akademisyenler ikiye ayrılmıştır. Klasik veya direnen görüş, paysahipleri sözleşmesinin hüküm ve etkilerini bu sözleşmenin kendi hukukunun, yani borçlar hukukunun sınırları içine hapseder, çözümleri bu hukuka ve kurallarına özgülerken; açılımcı yeni anlayış *yan alemen* yani borçlar hukukunun saçağı altındaki, bu bazen tek taraflı keskin hükümlerden oluşan düzenin, ortaklıklar hukukunu tam bertaraf etmese bile "*etkilemesi*" yaklaşımının denemelerini yapmaktadır. "Deneme"nin Zöllner gibi büyük bir isim tarafından ve bugünün ünlü profesörleri olan bazı çok kabiliyetli genç bilim adamlarınca yapılması açılıma ağırlık kazandırmıştır. Zaman zaman zorlamaya dönüşen açılım iki noktada odaklanıyor: (1) Anonim ortaklıkta

tek borç ilkesi diye bir ilkenin bulunmadığı söylenemese bile ilkenin istisnaları çoğaltılmaktadır: Mesela, paysahiplerinin bağlılık borcu bulunduğu görüşünün ortaya atılması; payların (hisse senetlerinin) ileride veya bazı şartlar gerçekleştiğinde paysahipleri sözleşmesinde belirtilmiş (sabit) bir fiyattan satılması ve satın alınmasına ilişkin hükümlere geçerlilik kazandırılması; (*call option/put option*); önöneri, önalım ve geriye alım haklarının hüküm ifade etmesi gibi. (□) Paysahipleri sözleşmesinin bazı hükümlerinin, özellikle oyun belli bir yönde kullanılması borcunun, aynen ifası. Buna uluslararası hakem kararlarının tenfizinin paysahipleri sözleşmesinin uygulanabilirlik sınırlarını genişletmesini de ekleyebiliriz. Herhangi bir pozitif hukukla bağlı olmaksızın anonim ortaklıklar hukukunda bu konuda şu bilimsel olay cereyan ediyor: Klasik görüş açılımı cesaretlendirir, ona öz ve sağlam bir içerik kazandırırken, açılımlar da klasiği ucu açık bir neo-klasiğe yöneltiyor; herşey ilkelere göre yapılıyor; ancak ilkeler yeni yorumlarla anlam kazanıyor. Paysahipleri sözleşmesi için söylenenlere henüz nokta konmamıştır; bir çok konu yeni tartışılmaya başlamıştır.

İşte Dr. Gül Okutan Nilsson'un, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinin unutulmaz hocalarından, müstesna bilim adamı *Prof. Dr. Tahir Çaga'nın* adını taşıyan, ilk "*Çaga HukukArmaganı*" ile ödüllendirilen "*Anonim Ortaklıklarda Paysahipleri Sözleşmeleri*" adlı eseri, bu çetin, karmaşık, sıradışı sorunları kendisine konu almıştır; Araştırma Alman ve İsviçre kaynaklarını kullanarak mevcut görüşleri aktarıp eleştirel bir yolla değerlendirmekte; kendi bakış noktalarını belirleyerek, teorik temeller üzerine oturan uygulanır çözümler getirmektedir. İlkeleri farklı yorumlayarak onlarla barışık bir anlayış düzeninde kalan; ikna ediciliğini somut olayın emsal oluşturamayacak istisnai özelliklerinden değil de, dayanılan teorik

yapının gücünden alan; sadece bazı noktalara bağlı kalmayıp kapsamlı bir bilimsel yaklaşımı sergileyen bu çözümlerin ileri atılmış adımlar olduğuna şüphem yoktur. Yenilikleri ve geliştirmeyi mal'Ulde araması, ilkeyi görmemeyi aşama kabul etmemesi Okutan Nilsson'un incelemesinin öne çıkan taraflarındandır. Yeni ufukları görebilme bakımından bizi değişik konumlara getiren, yeniden düşünme olanakları sağlayan kitaplar vardır. "Anonim Ortaklıklarda Paysahipleri Sözleşmeleri"nin bu kitaplardan biri olduğunu ve bilim ile uygulamaya katkı sağladığını biliyorum.

Halen Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesinde öğretim üyesi olan Dr. Gül Okutan Nilsson, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinde benim asistanımdı. "*Anonim Ortaklıklarda Paysahipleri Sözleşmeleri*"ni kendisine, doktora tez konusu olarak ben verdim. Tez danışmanlığını da ben yaptım. Çalışma benim otuz yıldan beri arkasında durduğum bazı görüşlerimin aksini savunan tezlerle doludur. Hem doktora hem de Çağa Hukuk Ödülü jürisinin başkanı idim. Okutan Nilsson'un incelemesi birinci jüri tarafından oybirliği ve takdirle kabul olundu; ikincisinde de aynı şekilde ödüle layık görüldü. Ben de her iki jüride, kitaptaki bana yöneltilmiş eleştiriler ve ortaya konulan farklı sonuçlar üzerinde Dr. Okutan Nilsson'un görüşlerine, bilimsel bir temelde başarıyla savunuldukları için zevkle olumlu oy verdim. Tez yüksek bir bilimsel düzeye, yöneme ve erke sahipti; gerekçeler tutarlılık disiplini içinde teorik yapılar gözetilerek verilmişti. Kendi açımdan önemli olan bir eklemeyi de yapmalıyım: Asistanlarımda yüksek lisans, doktora ve doçentlik tezlerinin -görüşlerimle uyuşmasalar bile- ulaşılmış buldukları bilimsel düzeylerinden ve bilime etkin katkılarından daima gurur duydum. Dr. Gül Okutan Nilsson'un tezi de bu geleneği aynen devam ettiriyor ve onlardan biri olarak hocalık mutluluğumda yerini alıyor.

ÜNAL TEKİNALP

YAZARIN ÖNSÖZÜ

Paysahipleri sözleşmeleri, özellikle sermayenin iki grup arasında bölündüğü ortak girişim şirketlerinde, paysahiplerinin kendi aralarındaki ilişkileri ve ortaklıkla ilgili ileriye dönük planlarını bir mutabakata bağlamak ihtiyacından doğmakta, paysahibinin borcunun sınırlılığı (tek borç) ilkesi nedeniyle bu anlaşmalar ortaklık dışında yapılmaktadır. Nitelik itibariyle borçlar hukuku alanında kalmakla birlikte, içerik itibariyle ortaklıklar hukukunu ilgilendiren bu sözleşmeler, paysahiplerinin haklarının iki farklı hukuk düzeni altında eşzamanlı olarak düzenlenmesi sonucunu beraberinde getirmekte ve bu ikilik hukuki sorunlara yol açmaktadır. Sözleşmenin özellikle ortaklıklar hukuku alanındaki geçerlilik sınırları, ortaklık sahasındaki hukuki etkileri ve ihlalinin sonuçları, bu çalışmada çözüm üretilmesi amaçlanan hususlardır. Ayrıca sözleşmenin sermaye piyasası hukuku, rekabet hukuku ve bağlı işletmeler hukuku alanlarındaki yansımalarına da dikkat çekmeye çalışılmıştır.

Bu çalışma, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora programı çerçevesinde Prof. Dr. Ünal

Tekinalp'in danışmanlığında bir doktora tezi olarak hazırlanmıştır. Sevgili Hocam Prof. Tekinalp, hem bu çalışma için yürüttüğüm araştırmalarda, hem de İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ndeki öğrencilik yıllarımdan beri her türlü çalışmamda beni candan desteklemiş, yol göstermiş ve çalışma azmi ve ilkeleri ile bana daima örnek olmuştur. Uzun yıllar asistanlığını yapmış olmaktan her zaman gurur duyduğum hocama en derin minnet ve şükranlarımı sunuyorum.

Tez, 08.09.2001 tarihinde Prof. Dr. Ünal Tekinalp, Prof. Dr. Özer Seliçi, Prof. Dr. Şener Akyol, Prof. Dr. Hüseyin thgen ve Prof. Dr. Merih Kemal Omağ'dan oluşan jüri önünde savunularak oybirliği ile başarılı bulunmuştur. Savunma sırasında değerli eleştirileri ile kendimi sınamama imkan veren sayın jüri üyelerine buradan teşekkür etmek isterim.

Bu çalışma 2001 yılında Çağa Hukuk Vakfı tarafından tesis edilen Çağa Hukuk Ödülüne katılmış ve 30 Mayıs 2001'de, Prof. Dr. Ünal Tekinalp'in başkanlığında Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Başkan Işıl maş, Prof. Dr. Tuğrul Ansay, Prof. Dr. Ömer Teoman ve Avukat Dr.iur. Yiğit Okur'dan oluşan seçici kurul tarafından ödüle layık görülmüştür. Değerli vakitlerini ayırarak çalışmamı inceleyen seçici kurulun sayın başkan ve üyelerine ve özellikle çalışmanın basımını üstlenen Çağa Hukuk Vakfı ile Başkan Sayın Av. Barbaros Çağa'ya teşekkür etmek benim için zevkli bir görevdir.

Çalışma, ne yazık ki hazırlanmasından ancak iki sene sonra baskıya verilebilmiştir. Aradan geçen zamanda yerli ve yabancı çeşitli kanunlar değişmiş ve kaynakçada yer alan bazı eserlerin yeni basılan çıkmıştır. Çalışma baskıya verilirken temelli bir gözden geçirme yerine kanun ve kaynakça değişikliklerinin işlenmesi ile yetinilmiş, içerikle ilgili olarak da ufak bazı değişiklikler yapılmıştır.

Konu karşılaştırmalı hukuk metodu ile incelenmiştir. Çalışmamın temeli, Max-Planck-Gesellschaft'tan aldığım bir burs ve ağabeyimin desteği ile yedi ay kaldığım *Hamburg, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht* ve İsviçre Hükümet Bursu ile gittiğim *Lausanne, Institut Suisse de Droit Compare* kütüphanelerinde yürüttüğüm araştırmalara dayanmaktadır. Hamburg'da yürüttüğüm çalışmalarda Hamburg Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuk Anabilim Dalı öğretim üyesi ve Max-Planck Enstitüsü'nün o zamanki müdürü *Prof. Dr. Klaus J. Hopt*, ve Lausanne'da yürüttüğüm çalışmalarda Fribourg Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı *Prof. Dr. Walter Stoffel* bana danışmanlık yapmışlardır. Yardımları ve yol göstericilikleri için kendilerine teşekkür ediyorum. Ayrıca hem İsviçre'ye gitmemeye yardımcı olan, hem de İsviçre'de kaldığım tüm süre boyunca bana büyük bir ilgi ve yakınlık gösteren *Prof. Dr. Eugen Bucher'in*, *Prof. Dr. Roland von Büren* ile sevgili ailesinin ve *Lausanne Institut Suisse de Droit Compare* üyelerinin sıcak dostluklarını burada zevkle anıyor ve kendilerine teşekkürlerimi sunuyorum.

Çalışma boyunca takıldığım borçlar hukuku sorunlarında ve medeni hukuk kavramlarında en sadık danışmanım, sevgili arkadaşım ve meslekdaşım *Yard. Doç. Dr. Yeşim Atamer* oldu. Hem akademik yardımları, hem de dostluğu için kendisine minnettarım. Ayrıca usul ve icra hukuku ile ilgili kısımlarda bana destek olan sevgili meslekdaşım *Araş. Gör. Seda Özmutcu'ya* da yardımları için teşekkür ediyorum. Çalışmayı hazırladığım sırada görevli bulunduğum İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı'ndaki değerli hoca ve araştırma görevlisi arkadaşlarıma ve özellikle İ.Ü. Avrupa Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezinin o dönemdeki sekreteri *Şenay Yılmaz* ile uzman kütüphanecisi *Pervin Dedeler'e* zevkli ve huzurlu bir çalışma ortamı sağladıkları için teşekkür ederim.

Bu çalışmanın ortaya çıkmasında hiç kuşkusuz en büyük katkı, sevgili ailemden geldi. Bana daima maddi ve manevi en büyük desteği veren, çok sevdiğim annem *Av. Suna Okutan* ile sevgili ağabeyim *Aziz Gür Okutan'* dır. Karşılaştığım en küçük zorlukları bile benden çok kendine dert edinen anneme ve her koşulda yanımda olduğunu hissettirerek bana güç veren ağabeyime ne kadar teşekkür etsem azdır. Bu çalışma, onlara ithaf edilmiştir.

Ayrıca çalışmayı hazırladığım senelerde kilometrelerce öteden her türlü sıkıntıma ortak olan, bana daima moral ve neşe veren sevgili eşim *Ulf Nilsson'* a da, sabrı ve sevgisi için teşekkür ederim.

Gül ÜKUTAN NILSSON

ACUSTOS 2003, İSTANBUL

(İÇİNDEKİLER)

ÖNSÖZ	v
YAZARIN ÖNSÖZÜ	ix
İÇİNDEKİLER	xiii
KISALTMALAR	xxiii

(GİRİŞ)

I. KAVRAM	1
ii. SORUN	5
iii. YAKLAŞIM	7
IV. TERMİNOLOJİ	10
V. METOD	13

{ I. BÖLÜM }

Paysahipleri Sözleşmesi ile İlgili
Temel Hukuki Sorunlar

§1. TEK BORÇ İLKESİ	15
I. GİRİŞ	15
II. ANONİM ORTAKLIKLARDA "SINIRLI SORUMLULUK" İLE "BORCUN SINIRLANDIRILMASI" KAVRAMLARI	17
iii. PAYSAHİBİNİN BORCUNUN SINIRLILIĞI (TEK BORÇ) İLKESİNİN ORTAYA ÇIKIŞI VE AMACI	21
iv. KANUNİ DÜZENLEME	28
V. SERMAYE BORCUNUN SINIRLANDIRILMASINDA KAMU MENFAATİ VE SINIRLAMANIN KALDIRILAMAMASI	31
VI. TEK BORÇ İLKESİNİN İSTİSNALARI VE TEK BORÇ İLKESİNİN KAPSAMINA GİRMEYEN HALLER	32
A. Ticaret Kanunundan Kaynaklananlar	32
1. <i>Agiolu pay</i>	32
□- <i>Sennaye borcunun ödenmemesi halinde teminat ve cezai şart</i>	32
3. <i>Sır saklama yükümü</i>	33
4. <i>Sadakat yükümü ?</i>	33
B. Sermaye Piyasası Kanunu ve İlgili Mevzuattan Kaynaklananlar	37
C. Kanuna Dayanarak Esas Sözleşmede Düzenlenebilenler	38

İÇİNDEKİLER

1. Tali 'ilkim	38
2. Diğer edim yükümlülükleri?	39
D. Payscaleleri sözleşmesinden kaynaklananlar	40
E. Genel k'Urul kararlarından kaynaklananlar	41
§1 PAYSANİPLERİ SÖZLEŞMESİNİN ORTAKLIK DÜZENİ İÇİNDEKİ YERİ - AYRILIK İLKESİ	43
§3 ANONİM ORTAKLIKIAR HUKUKUNDA ALTTüRLER KONUSUNDAKİ GELİŞMELER	48
I. GİRİŞ	48
II. ORTAK.LIKIAR HUKUKUNDAANONİM ORTAKLIK ALTTüRLERİ İLE İLGİLİ GELİŞMELER	53
A. İsviçre Hukulm	53
B. Alman Hul'UI'U	57
C. Fransız Hul'Uku	64
D. Avrupa Topluluğu Hul'UI'U	67
E. Türk hul'UI'U	69
III. SONUÇ	71

(il. Bölüm)

Payscaleleri Sözleşmesinin Nitelik, Geçerlilik ve Etki Yönlerinden İncelenmesi

§4 PAYSANİPLERİ SÖZLEŞMESİNİN ÖZELLİKLERİ VE HUKUKİ NİTELİĞİ	73
I. KANUNDA ÖNGÖRÜLMEMİŞ OLMA	73
II. ŞEKİL	73
III. TARAFLAR	75
IV. AMAÇ VE İŞLEV	75
A. Ortak.lığın paysahiplerinin arzusuna göre şekillendirilmesi	75
B. Payscaleleri ile ortaklık arasındaki bağın güçlendirilmesi	76
C. Ortak.lığın yabancılaşmasının engellenmesi	77
D. Ortaklıkta güç dengesinin sağlanması ve korunması	77
E. Ortaklıktaki hakimiyetin ele geçirilmesi	78

F. Ortaklığa yeni pay sahiplerinin gelmesi veya birleşme/ devralma/ halka açılma hallerinde yeni düzen kurulma!	78
V. HUKUKİ NİTELİK	78
A. Pay sahipleri sözleşmesinin hukuki niteliği	78
B. Esas sözleşmenin hukuki niteliği	80
1. Genel olarak	80
□- İşlenin türü	91
3. Sözleşmenin münferit hükümleri açısından değerlendirme	95
4. Tek borç ilkesine aykırı esas sözleşme hükümlerinin borç sözleşmesi olarak aya.kta tutulması	101
VI. YORUM	104
A. Pay sahipleri sözleşmesi	104
B. Esas sözleşme	105
§ 5 PAYSAAİPLERİ SÖZLEŞMESİNİN İÇERİĞİ, GEÇERLİLİĞİ VE ESAS SÖZLEŞMEYE YANSITILMASI	110
I. GİRİŞ	110
A. Sözleşmenin içeriği ile ilgili genel açıklamalar	110
B. Pay sahipleri sözleşmesinin esas sözleşmeye yansıtılması ile ilgili genel açıklamalar	110
C. Sözleşmenin geçerliliği ile ilgili genel açıklamalar	113
II. GEÇERLİLİK İNCELEMESİNİN DAYANDIĞI KRİTERLER	115
A. Kanuna aykırılık	115
1. Yasaklayıcı hükümler	116
□- Pay sahipliğine bağlı hakları gözetilen hükümler	118
3. Anonim ortaklık kurumunun unsurlarını belirleyen hakamler	119
4. Anonim ortaklıklara hakim ilkeler	120
B. İmkansızlık	121
C. Ahlaka ve kişilik haklarına aykırılık	122
D. Kamu düzenine aykırılık	126
III. SÖZLEŞME HÜKÜMLERİNİN TANITILMASI VE HUKUKİ GEÇERLİLİK AÇISINDAN İNCELENMESİ	127
A Ortaklık, İn örgütü ve işleyişi ile ilgili hükümler	127
1. Ortaklık, n konusu ve faaliyet alanı	127

1. Ortaklığın hukuki yapısı	109
3. Ortaklığın organizasyonu	130
a) Organların oluşumu ile ilgili hükümler	130
b) Organların yetkileri ve karar nisapları ile ilgili hükümler. özellikle yönetim kurulunun yetkilerinin genel kurula devri	131
e) Üçüncü kişilerin ortaklığın yönetimine etki etmesini sağlayacak mekanizmalar oluşturulması	138
(1) Yönetim kurulu üyelerinin özel bir sözleşme ile üçüncü kişilerin talimatına uyma taahhüdünde bulunmaları veya pay sahipleri sözleşmesine taraf olmaları	139
(2.) Esas sözleşmeyle kurulacak ihtiyari organlara veya Üçüncü kişilere yönetimle ilgili görev ve yetkiler verilmesi	149
(3) Esas sözleşmeyle Üçüncü kişilere yönetim kuruluna emir ve talimat verme yetkisi tanınması	154
B. Pay sahipliği hakları ile ilgili hükümler	155
1. Genel olarak	155
a) Pay sahiplerinin haklarının kısıtlanması ve kısıtlamaların geçerlilik sınırları	155
(1) Sözleşme hukmunun niteliği ve kısıtlamanın anlamı	156
(2.) Kanunda yer alan pay sahipliği hakları ve koruma sisteminin pay sahipleri sözleşmesi ile değiştirilebilirliği	159
b) Pay sahipliği hakları ve eşit işlem ilkesi	165
c) Pay sahipliği hakları ve hakların sakınılarak kullanılması ilkesi	169
2- Oy hakkı ve oy kullanma konusunda üstlenilen borçlar	172,
a) Oy hakkı konusundaki düzenleme örnekleri	172,
b) Üçüncü kişilerin talimatlarına göre oy kullanma	173
c) Oydan yoksunluk ile ilgili hükümlerin dolanılması	178
d) Oy hakkının donması kuralının dolanılması	180
e) Yönetim kurulunun talimatına göre oy kullanma	182,
f) Bağlam hükümlerinin varlığı halinde, pay defterine kaydedilmeyen devralanın talimatına göre oy kullanma (Bağlam hükümlerinin dolanılması)	187
g) Oy hakkı, ahlaka aykırılık ve oy hakkının kötüye	

1-1. İllanılması	188
1) Bir bedel veya özel çıkar karşılığında oy kullanma taahhüdü (oy satımı)	198
(1) Halka açık olmayan ortaklıklar bakımından	198
(2) Halka açık ortaklıklar bakımından	206
3. <i>Pay devir kısıtlamaları</i>	208
a) Genel olarak	208
b) Öncelik hakkı	210
(1) Kavram ve amaç	210
(2) Türleri	211
(3) Pay bedeli	213
c) Önalım hakkı	214
(1) Kavram ve amaç	214
(2) Hukuki nitelik	216
(3) Sözleşme koşulları	217
(4) Hakkın kullanılması	218
(5) Süre	223
d) Alım ve satım hakları	224
(1) Kavram ve amaç	224
(2) Hukuki nitelik	228
(3) Sözleşme koşulları	228
e) Ortaklık lehine öncelik/ alım/ önalım hakkı öngörülmesi	233
f) Pay devir kısıtlamalarının esas sözleşmeye konulması ve özellikle üçüncü kişiye karşı dermeyan edilme sorunu	234
(1) Genel olarak	234
(2) Payın serbestçe devir hakkı ve özellikle bağlam sistemi karşısındaki durum	237
(3) Tek borç ilkesi karşısında durum	242
(4) Esas sözleşmede düzenlenebilecekler	244
(5) Üçüncü kişilere dermeyan edilme sorunu	250
(6) Bağlamla güçlendirme	255
4. <i>Sadakat yükümü ve rekabet yasası</i>	260
5. <i>Mali haklar ve borçlar</i>	262
a) Mali borç yüklenme	262
b) Mali haklar edinme	263

C. Sözleşmeye uyulmasını sağlamaya yönelik hükümler	265
1. Genel olarak	265
2. Ekonomik açıdan caydırıcı önlemler	266
3. Ekonomik açıdan özendirici yöntemler	269
4. Pay senedi üzerindeki zilyetliğin kaldırılması yoluyla payın devrini güçleştiren yöntemler	
5. Oyun sözleşmeye göre kullanılmasını garanti altına alan yöntemler	
§6 PAYSAHIPLERİ SÖZLEŞMESİNİN ORTAKLIK ÜZERİNDEKİ ETKİSİ	
1. KURAL: ORTAKLIK ÜZERİNDE DOGRUDAN ETKİNİN YOKLUĞU VE İSTİSNAIARI	
A. Paysahipleri sözleşmesinin ortaklığa veya organlara karşı ileri sürülememesi	2.77
B. Sözleşmeden doğan hak ve borçların paya bağlı olmaması	2.79
1. Payın devri	2,80
2. Külli halefiyet	2,85
3. Pay üzerinde intifa hakkı kurulması	-1.86
C. Sözleşmeye aykırı olarak üçüncü kişilerle yapılan işlemlerin geçerli olması	2,87
D. Sözleşmeye aykırı şekilde kullanılan oyun geçerliliği	2.88
1. Kural	2,88
2. Tüm paysahiplerinin taraf olduğu sözleşmeye aykırı kullanılmış oya dayanılarak alınan genel kural kararının iptal edilebilir mi?	2.89
E. Geçersiz bir paysahipleri sözleşmesine uygun olarak verilmiş oyun geçerliliği sorunu	300
ii. PAYSAHIPLERİ SÖZLEŞMESİNİN ORTAKLIK ÜZERİNDE DOĞRUDAN ETKİSİ	305
A. Oy kullanılması yoluyla sözleşmenin ortaklık planında uygulanması	305
B. Yönetim kurulunun görevini ifa ederken sözleşmeyi dikkate alması	306
C. Üçüncü kişi lehine sözleşme	307
1. Genel olarak	307
2. Paysahipleri sözleşmesi bakımından	310

D. Ortaklığın sözleşmeye taraf olması	312
E. Payscaleleri sözleşmesinden doğan borçların aynen ifası	315
III. PAYSAAİPLERİ SÖZLEŞMESİ İLE ESAS SÖZLEŞME VE GENEL KURUL KARARLARI ARASINDAKİ ETKİLEŞİM	315
A. Esas sözleşmede paayscaleleri sözleşmesine atıf yapıp yapılamayacağı sorunu	315
B. Payscaleleri sözleşmesi ile esas sözleşme arasında çelişki olması sorunu	317
1. <i>Esas sözleşme hükümlerini dolanan sözleşmeler</i>	318
2. <i>Esas sözleşmede düzenlenmiş bir hususu içerik olarak farklı düzenleyen sözleşmeler</i>	318
3. <i>Kanunen esas sözleşmede düzenlenmesi gereken bir hususun paayscaleleri sözleşmesinde düzenlenmesi</i>	
C. Payscaleleri sözleşmesi ile genel kurul kararları arasında çelişki olması sorunu	
D. Esas sözleşmenin yorumunda paayscaleleri sözleşmesinin dikkate alınıp alınamayacağı sorunu	
E. Genel olarak ortaklıksal bir ihtilafın çözümünde paayscaleleri sözleşmesinin dikkate alınıp alınamayacağı sorunu	329
1. <i>Kanun kuralının yorumlanması</i>	331
a) Kanuni tipe dayalı yorum	331
b) Ortaklığın gerçek yapısına uygun yorum	332
c) Kişisel görüş	333
2. <i>Kanun kuralının olaya uygulanması</i>	335
3. <i>Örnekleme yöntemi</i>	339
4. <i>Sonuç</i>	341

{ İİ. BÖLÜM }

Payscaleleri Sözleşmesinin İhlali ve Sona Ermesi

§7 PAYSAAİPLERİ SÖZLEŞMESİNİN İHİALİ	343
I. İHLALE UYGUANACAKYAPTIRIMIN NİTELİĞİ	343
II. İHLALE UYGUANACAKYAPTIRIMINTÜRÜ	344
A. Genel olarak	344
B. Oy sözleşmesine aykırılık	346

1. Aynen ifanın imkansızlığı sorunu	349
2. Payscalelerinin ve ortaklığın iradesine müdahale sorunu	354
3. Cebren ifanın sonuçlanmaması ortadan kaldırılabilmesi imkanı	361
4. Aynen ifa kararının icrası sorunu	361
a) Oyun yeniden oynanabilmesi için yapılması gereken tasarruflar	361
b) Oyunun durdurulması borcunun cebren icrası	366
5. Cebren icranın zamanlaması ve gelecek toplantıda kullanılacak oyu için ifa davası açılması sorunu	374
6. İhtiyati tedbir sorunu	378
7. Aynen ifanın pay sahipleri sözleşmesinin etkisini ortaklığın hukuki alanına yansıtması sorunu	384
8. Pay sahipleri sözleşmesinde tanınan yönetim kuruluna aday gösterme hakkının imtiyaz hakları açısından incelenmesi	387
9. Oy sözleşmesine aykırılık halinde genel kurul kararının iptal edilip edilemeyeceği	388
C. Genel kurulda karar alma usulü ile ilgili hükümlere aykırılık	388
D. Pay devir tasitlamalarına aykırılık	391
E. Ancak organlar tarafından yerine getirilebilecek edim borçlarına aykırılık	396
§8 PAYSAAHİPLERİ SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ	398
I. GENEL OLARAK	398
ii. ADİ ORTAKLIK OLUŞTURAN SÖZLEŞMELER BAKIMINDAN	403

(İV. BÖLÜM)

Paysahipleri Sözleşmesinin Diğer Alanlardaki Hukuki Yansımaları

§9 PAYSAAHİPLERİ SÖZLEŞMESİNİN SERMAYE PİYASASI HUKUKU, REKABET HUKUKU VE BAĞLI İŞLETMELER HUKUKU AÇISINDAN DOĞURDUĞU SONUÇLAR	409
I. SERMAYE PİYASASI HUKUKU	409
A. Nama yazılı paysahipliğinin sınırlandırılması	409

B. Sermaye veya oy oranını açıklama yükümü	412
1. Avrupa hukuku	412
2. Alman hukuku	414
3. İsviçre hukuku	417
4-. Türk hukuku	420
C. Aleni pay alım tekliflerinde kalan payların alımı için icapta bulunma zorunluluğu	423
1. Avrupa hukuku	423
2. Alman hukuku	424
3. İsviçre hukuku	425
4-. Türk hukuku	428
D. Aleni pay alım tekliflerinde kalan pay sahiplerini ortaklı.J.,-tan uzaklaştırma hakkı	430
E. Oy sözleşmesi yapılması için çağrıda bulunma	431
ii. REKABET HUKUKU	431
A. Avrupa Hukuku	432
1. Genel olarak	432
2. Birleşme ve devralmalar (İşletmeler arası yoğunlaşmalar)	433
3. Yoğunlaşmanın özel bir türü: ortak girişimler	441
4-. İşletmeler arası yoğunlaşmalarda yan kısıtlamalar - rekabet etmeme klostlan	443
B. Alman Hukuku	445
C. İsviçre Hukuku	447
D. Türk Hukuku	45°
III. BAĞLI İŞLETMELER HUKUKU	456
A. Alman konzern hukuku bağlamında pay sahipleri sözleşmesi sorunu	456
B. Alman konzern hukukunun kısa tanıtımı	458
C. Pay sahipleri sözleşmesi konzern hukuku anlamında hakimiyet durumu yaratır mı?	462
D. İsviçre Hukuku	467
SONUÇ	468
KAYNAKÇA	477

a.e.	aynı eser
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AG	Die Aİ--tiengesellschaft
AJP	Aİ--tuelle Juristische Praxis
Aİ-tG	Ak."tiengesetz (Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu)
aşa.	aşağıda
Art.	Artikel
Auf.	Auflage
Batider	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BB	Der Betriebs-Berater
BBl	Bundesblatt (İsviçre resmi gazetesi)
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Alınan Medeni Kanunu)
BGBI	Bundesgesetzesblatt (Alman resmi gazetesi)
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, amtliche Sammlung
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (Alman Federal Mahkemesi Kararları)
BEHG	Bundesgesetz über die Börsen und den Effek."tenhandel (İsviçre Sermaye Piyasası Kanunu)
BK	Borçlar Kanunu
bkz.	Bakınız
C.	Cilt
DB	Der Betrieb
Diss.	Dissertation (Tez)
dpn.	dipnotu
E.	Esas
Einl.	Einleitung

KISALTMALAR

EMK	Eski Medeni Kanun
FG	Freundesgabe
FS	Festschrift
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung (limited ortaklık)
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung(Alman limited ortaklıklar kanunu)
GmbHR	GmbH Rundschau
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Alınan Rekabet Kanunu)
HD	Hul-1.ık Dairesi
Her.	Herausgeber (Yayına hazırlayan)
HUMK	Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBK	İsviçre Borçlar Kanunu
İHFM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İK.	İcra ve İflas Kanunu
İl'1.Mal.	İktisat ve Maliye
İMK	İsviçre Medeni Kanunu
İRK	İsviçre Rekabet Kanunu
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift bkz. NJW
JZ	Juristenzeitung
K.	Karar
karş.	Karşılaştırınız
m.	Madde
MK	Medeni Kanun
N.	Numara. kenar numarası
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (eski JW)
OLG	Oberlandesgericht
Rev.Soc.	Revue des Societes

RG	Resmi Gazete
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (Alman Kraliyet Mahkemesi Kararları)
RKK	Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
RP\ V	Recht und Politik des Wettbewerbs (İsviçre Rekabet Komisyonu yayını ve komisyonun kararlar külliyatı)
s.	Sayfa
S.	Sayı
SAG	Die Schweizerische Aktiengesellschaft bkz. SZW
SerPK	Sermaye Piyasası Kanunu
SPK	Sermaye Piyasası Kurulu
SJZ	Schweizerische Juristen Zeitung
SR	Systematisches Register des Bundesrechts (İsviçre Mevzuat Külliyatı)
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (eski SAG)
TD	Yargıtay Ticaret Dairesi
TK	Ticaret Kanunu
TSTüz	Ticaret Sicili Tüzüğü
WM	Wertpapiermitteilungen (Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht)
WpHG	Wertpapierhandelsgesetz (Alman Menkul Kıymetler Kanunu)
Y.	Yargıtay
YİBK	Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
yuk.	Yukarıda
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristen Vereins
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	ZivilprozeE.ordnung (Alman Medeni Hukuk Usulü Tüzüğü)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht

{ GİRİŞ }

I. KAVRAM

Anonim ortaklığın halktan sermaye toplama işlevini yerine getirebilmesi ve işletmecilikle ilgilenmeyen kimselerin dahi ortaklığa yatırım yapmaya ikna edilebilmesi için bir yandan paysahibinin ortaklığa karşı borcu taahhüt ettiği sermaye ile sınırlandırılmış, bir yandan paysahibinin ortaklığın borçlarından dolayı üçüncü kişilere karşı sorumluluğu ortadan kaldırılmış, diğer yandan da organsal yönetim sistemi benimsenerek paysahibi yönetim görevinden kurtarılmıştır. Payı tahvil, bono gibi bir yatırım aracı olarak gören paysahibi bakımından bu düzenleme son derece elverişli bir durum yaratır. Oysa, anonim ortaklığın yapısı, idaresi ve faaliyetleri ile yakından ilgilenen paysahipleri, ortaklıkla aralarında daha sıkı bir bağ bulunmasını arzu edebilecekleri gibi, kendi aralarında da ortaklıktaki güçlerini birleştirici veya dengeleyici bir hukuki ilişki kurmak, kanunda öngörülmemiş bir takım yöntemler ile kendi aralarında ortaklığı da ilgilendiren özel bir sistem oturtmak isteyebilirler.

Örneğin genel kurulda oy çoğunluğuna sahip olabilmek için aynı doğrultuda oy vermeyi kararlaştırmak; yabancıların eline

geçmesini engellemek için payın devrinde mevcut paysahiplerine öncelik veya önalım hakkı tanımak, payı ancak mevcut paysahiplerine veya bunların uygun göreceği kişilere satmayı kararlaştırmak; ortaklığın yönetimine güvenilen kişilerin gelmesi için yönetim organına seçilecek üyeler hakkında bazı kriterler saptamak; paysahiplerinden bazılarını yönetim organına üye atanmasında aday gösterme hakkı tanımak ve hatta bu kişiyi seçme taahhüdünde bulunmak; ortaklığın fon ihtiyacının nasıl karşılanacağını belirlemek; ortaklığın finanse edilebilmesi için belirli aralıklarla veya belli koşullarda sermayeyi artırmayı taahhüt etmek veya belli süreyle kar talep etmel'ien vazgeçmek; ortaklığa kredi açma vaadinde bulunmak veya ortaklığın bazı borçlarına kefil olmayı kabul etmek; paylar grupları arasında eşit olarak dağılmış ise yönetimin aksaması için karar alma mekanizmasının tıkanmasını önleyecek çözüm yolları öngörmek; bu yollarla bir çözüme varılamaması halinde ortaklıktan ayrılmak isteyenlerin paylarını devralmayı taahhüt etmek veya onlara paylarını satma zorunluluğu yüklemek; ve tüm bu hususlarda ileride aralarında çıkabilecek ihtilafları bir hakeme havale etmek veya yetkili mahkeme belirlemek; paysahiplerinin tasavvur ettikleri sistemi gerçekleştirmek için başvurabilecekleri yöntemler ve üstlenebilecekleri taahhütler arasındadır.

Bu tür düzenlemeler yapmayı düşünen paysahiplerinin karşısına, bu düzenlemelerin nasıl bir hukuki çerçevede yapılması gerektiği sorunu çıkar. Acaba bu taahhütler esas sözleşmeye mi, genel kurul kararına mı, hisse senedinin arkasına mı yoksa başka bir yere mi yazılmalıdır? Paysahipleri bu hükümlerin bağlayıcılığını nasıl garanti edebilirler?

TK 405 I hükmü, bazı istisnalar bir yana, paysahibinin ortaklığa karşı tek borcu olduğu kuralını koymakta. paysahibinin sermaye ödeme borcu dışında bir borç altına sokulmasına engel teşkil etmektedir. Bu hükümden hareketle paysahibine yalnızca

maları altında bulunan araçları kullanmak yerine, kendi aralarında bağımsız bir sözleşme akdetmek yoluna gitmektedirler.

İşte *paysahipleri sözleşmesi, anonim ortaklık paysahiplerinin tamamının veya bir kısmının, paysahibi olarak kendi aralarındaki hukuki ilişkiyi, kendilerinin ortaklıkla olan ilişkilerini veya ortaklığın tabı olmasını arzu ettikleri düzeni belirlemek üzere akdettikleri bir sözleşmedir.* Borçlar hukukunun temel ilkelerinden sözleşme serbestisine dayanılarak akdedilen ve bağlayıcılığı olan bu sözleşme, paysahiplerini, paysahipliğinden doğan haklarını sözleşmede öngörülen amaçların yerine gelmesini sağlayacak şekilde kullanmak taahhüdü altına sokar.

Sözleşme, paysahiplerinin ortaklıkta sahip oldukları söz hakkı ile orantılı olarak, paysahipliğinden doğan haklarını ne şekilde kullanacaklarını karşılıklı olarak birbirlerine taahhüt etmelerinden, anonim ortaklığa tamamen hakim olan ve onu yöneten bir adi ortaklık kurulmasına kadar varan geniş bir yelpazede düzenlemeler içerebilir□.

Çalışmanın konusu, paysahipleri sözleşmesinin, anonim ortaklık hukuki düzeni içindeki yeri ve ortaklık üzerindeki etkisi, sözleşme üzerinde ticaret hukukundan doğan sınırlamalar, sözleşme amaçlarının yerine getirilmesi için öngörülecek tedbirler, ihlal halinde uygulanabilecek yaptırımlar ve sözleşmenin diğer hukuk alanlarında yarattığı sonuçlar bakımından incelenmesidir.

□ Westermann, Das Verhältniss von Satzung und Nebenordnungen in der Kapitalgesellschaft, Heidelberger Forum Band 90 (Her: Hommelhoff/Rowedder/Ulmer), C.F. Müller. Heidelberg. 1994. s. 31.

II. SORUN

Paysahipleri sözleşmesinin ortaya koyduğu temel hukuki sorunlar şunlardır:

1. Paysahipleri sözleşmesi anonim ortaklıklar hukukundan kaçış anlamına gelir, zira amaç anonim ortaklıklar hukukunda sınırlı şekilde bulunan sözleşme özgürlüğünü borçlar hukukunun imkanları ile tamamlamak, tek borç ilkesine takılmadan paysahibini geçerli taahhütler altına sokmaktır. Paysahipleri bu sözleşme ile anonim ortaklığı kişiselleştirirler, kanuni maddeden uzaklaştırırlar. Acaba buna ne dereceye kadar izin verilebilir? BK 19'a göre sözleşmeler kanunun emredici hükümlerine uymak zorunda olduklarına göre, Ticaret Kanunu da paysahipleri sözleşmesi bakımından bir sınır oluşturmalıdır. İşte ilk sorun, *sözleşme hükümlerinin Ticaret Kanunu karşısındaki geçerliliğini* saptamak ve kanunun getirdiği anonim ortaklık sisteminin hangi noktalarda paysahiplerinin kendi aralarında yapacakları bir sözleşme ile dahi değiştirilemeyeceğini ortaya koymaktır.

□- Paysahipleri sözleşmesi, anonim ortaklığın hukuki düzenini belirleyen Ticaret Kanunu ve esas sözleşme hükümleri ile genel kurul kararlarının yanında ve onlarla birlikte varlık gösterir³. Ancak sözleşme çoğu kez yalnızca paysahipleri arasında yapılmakta ve paysahipleri ile anonim ortaklık tüzel kişiliğinin

³ Bu nedenle Alman hukukunda paysahipleri sözleşmesi çoğu kez "yan sözleşme" olarak adlandırılmakta (örn: Dürr, M., Nebenabreden und die Willensbildung in der GmbH, BB, -1.7. 1995, 1365-1370; Ulmer, Verletzung schuldrechtlicher Nebenabreden als Anfechtungsgrund im GmbH-Recht, NJW, 1987, 1847), bu sözleşme ile kurulan düzene "ortaklık yan düzeni" adı verilmekte (Örn: Westermann, H.P., Das Verhältnis von Satzung und Nebenordnungen in der Kapital-gesellschaft, Heidelberger Forum Band 90, Heidelberg, 1994, -1.5-57), kimi zaman da paysahipleri sözleşmesi, "esas sözleşmeyi genişletici anlaşma" olarak anılmaktadır (Örn: Baumann/Reil?, Satzungsergänzend Vereinbarungen-Nebenverträge im Gesellschaftsrecht, ZGR 1989. 157; König, W., Der satzungsergänzendende Nebenvertrag, Nomos, 1996).

birbirinden bağımsız olmaları nedeniyle anonim ortaklığa karşı dermeyan edilememektedir. Bu durumda sözleşmenin kanun, esas sözleşme veya genel kurul kararları ile çelişen düzenlemeler içermesi halinde hukuki durumun nasıl değerlendirileceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Sözleşmenin anonim ortaklığı bağlamamasına dayanılarak sözleşme hükümleri tamamen gözardı mı edilmelidir? Yoksa (özellikle paysahiplerinin tamamının aynı zamanda sözleşmeye de taraf olması halinde) sözleşmede beliren iradeye anonim ortaklık bakımından bir hukuki değer atfedilebilir mi? İşte paysahipleri sözleşmesinin ortaya koyduğu ikinci sorun, bu *sözleşmenin anonim ortaklıkla etkileşiminin ve anonim ortaklık hukuki planında dogurdugu etkinin* ne olduğunun aydınlatılmasıdır. Anonim ortaklığın sözleşmeye taraf olması hali de bu bağlamda incelenecektir.

3. Sözleşmeye aykırılık halinde ne tür yaptırımlar uygulanabilir? Genel kurul kararlarının iptali, paysahibinin ıskatı, organların sorumluluğuna gidilmesi gibi ortaklıklar hukuku yaptırımları sadece kanunda belirtilen hallerde kullanılabilir. Bu nedenle, paysahipleri sözleşmesine aykırılık halinde hundan faydalanılamaz. Sözleşmeye aykırılığın aynen ifa talebi yoluyla giderilmesi ise güçtür. Zira bazı paysahipliği haklarının ortaklık organları vasıtasıyla kullanılması, aynen ifanın sağlanabilmesi için ortaklık organlarına müdahaleyi gerektirir. Böyle bir müdahaleye ne dereceye kadar izin verilebileceği ise tartışmalıdır. Bu nedenle bir diğer sorun, *sözleşmeye aykırılık halinde uygulanabilecek yaptırımların belirlenmesidir*.

4. Paysahipleri sözleşmesi diğer hukuk alanlarında ne gibi sonuçlar doğurur? Sözleşme ile paysahiplerinin güçlerini birleştirmeleri, birbirleri arasındaki rekabeti ortadan kaldırmaları ve ortaklıkta hakim duruma gelmeleri diğer hukuk alanlarını da ilgilendirir. Özellikle küçük yatırımcının bilgilendirilmesi açısından *sermaye piyasası hukuku*, piyasadaki rekabetin korunması açısından *rekabet hukuku* ve alacaklıların

dürünün korunması açısından /*Jaglı işletmeler (/concern) lükulrn* p.ysahipleri sözleşmesini ilgilendiren bazı yönler içirli. Süzlel?mcnin bu hukuk alanlarında yarattığı Bonuçlar da ar;1□ tırılması gereken bir diğerkonudur.

III. YAKLAŞIM

1. Paysahipleri sözleşmesi ile ilgili olarak yukarıda sıralanan sorunların çözümlenebilmesi için çalışmada öncelikle, sözleşmenin incelenmesi sırasında daima göz önünde tutulması gereken bazı ortaklıklar hukuku ilkeleri ele alınmış ve sözleşme özgürlüğünün ortaklıklar hukukundaki yerini ilgilendiren bazı tartışmalara değinilmiştir. Çalışmanın ilk bölümünde verilen bu bilgiler, sözleşme hakkında ileride yapılacak olan değerlendirmelere dayanak oluşturacak ve sözleşmeye bakış açısını belirlemede faydalı olacaktır.

Ele alınan konulardan ilki, hem sözleşmenin akdine yol açan nedenlerden biri olan, hem de sözleşme akdedildikten sonra karşılaşılan yaptırım eksikliği sorununun çözümlenmesinde bir engel olarak ortaya çıkan, *tek borç ilkesidir*.

Şöyle ki, paysahipleri, tek borç engelinden kaçmak ve sözleşme içeriğini tespit etmekte esneklik kazanmak için, üstlenmeyi düşündükleri taahhütleri kendi aralarında borçlar hukuku kurallarına göre akdettikleri paysahipleri sözleşmesine dercederler. Ancak ortaklıklar hukukundan uzaklaşmanın bedeli, ortaklıklar hukukunun özel yaptırımlarından faydalanamamak şeklinde ortaya çıkar. Sözleşmenin yaptırım gücünün eksikliği karşısında çareyi yeniden esas sözleşmeye dönmekte bulan paysahipleri, bu kez tek borç ilkesini ihlal etmeden bu sözleşmenin hükümlerini nasıl esas sözleşmeye yansıtabilecekleri sorunu ile karşılaşır.

Bu sorunun çözümü, tek borç ilkesinin sınırlarının ve bu sınırların nereye kadar esnetilebileceğinin saptanmasını gerektirir.

İlke kanunda yer alma1..'iadir, ancak kanunun lafzı sorunu çözmeme1..'iedir. Uygulamanın doğurduğu yaratıcı bazı düzenlemelerin bu ilke karşısındaki durumu ancak ilkenin amacına kıyasla ortaya koyulabilir. Bu nedenle ilkenin nasıl doğduğu. bugüne nasıl geldiği ve çeşitli ülke hukuklarında nasıl algılandığı araştırılarak ilkenin ruhu ve amacı ortaya koyulmalı, ilkenin dayandığı mantık çözümlenmelidir. Ancak bu yolla hangi düzenlemelerin ilkenin ruhuna ters düşmeyeceği belirlenebilir.

Tek borç ilkesi, hem paysahipleri sözleşmesinin yapılmasına yol açan sebeplerden biri olması, hem de sözleşmenin yaptırımı bağlanması sorununun çözüm yollarından biri üzerinde durması nedeniyle, bu çalışmanın konusu bakımından kilit öneme sahiptir. Bu nedenle ilke hareket noktası olarak seçilmiş ve başlangıçta bağımsız bir paragraf halinde incelenmiştir.

□- Paysahipleri sözleşmesi anonim ortaklıklar hukukunda giderek artan bir önem kazanmıştır. Son yıllarda Kara Avrupası hukuklarında konuyu inceleyen çalışmalardaki artış bu önemin bir yansımasıdır⁴. Paysahipleri sözleşmesinin akdedilmesi, anonim ortaklığın cevap vermediği, paysahipleri arasında hukuki bir bağ oluşturulması ve anonim ortaklığa daha kişisel bir yapı kazandırılması yönündeki ihtiyaçlara dayanır. Esasen sorun kanunun bu ihtiyaçlara cevap vermemesinden değil, cevap vermeyi amaçlamamasından kaynaklanmaktadır. Zira kanun, kişiselleştirilmiş bir ortaklık yapısı için kişi ortaklıklarını ve limited ortaklığı öngörmüştür. Buna rağmen son yıllarda bazı Kara Avrupası hukuklarında anonim ortaklık

4 Bu konuda yazılmış monografilere örnek olarak bkz. Dürr, M., Nebenabreden im Gesellschaftsrecht, Frankfurt aM. 1994; Jousen, E, Gesellschafterabsprachen neben Satzung und Gesellschaftsvertrag. Verlag Dr. Otto Schmidt Köln, 1995; Köhler. C.. Nebenabreden im GmbH- und Aktienrecht - Zulässigkeit und Wirkung. Peter Lang, Frankfurt a.M.. 1992; König, W.. Der satzungsergänzende Nebenvertrag. Nomos, 1996; Noack, U.. Gesellschaftervereinbarungen bei Kapitalgesellschaften, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen. 1994.

kanuni tipine çeşitlilik kazandırılması, örneğin küçük, orta, büyük anonim ortaklıklar kurulabilmesi gibi imkanlar sağlanması doğrultusunda öneriler getirilmekte veya kanun değişiklikleri yapılmaktadır. Bu önerilerin neler olduğunun, bunların nasıl karşılandığının ve ne tür kanun değişikliklerine gidildiğinin bilinmesi, paysahipleri sözleşmesine daha geniş bir pencereden bakılabilmesini ve daha sağlıklı bir değerlendirme yapılabilmesini mümkün kılacaktır. Bu nedenle çalışmanın giriş kısmında *anonim ortaklıklar hukukunda ortaklık yapısı ile ilgili gelişmeler* hakkında bilgi verilmiştir.

Böylece çalışmanın ilk bölümünde paysahipleri sözleşmesinin hukuki bir sorun olarak ortaya çıkmasına neden olan ve çözümlerin üzerine inşa edileceği teorik temel atılmış olacaktır.

3. Çalışmanın ikinci bölümünde paysahipleri sözleşmesinin incelenmesine geçilecektir. Sözleşme şekil, içerik, hukuki nitelik gibi noktalardan ele alınıp tanıtıldıktan sonra, sözleşme hükümlerinin özellikle yakından ilintili oldukları Ticaret Kanununun emredici hükümleri karşısında geçerliliği araştırılacaktır. Yukarıda da değinildiği gibi, bir anonim ortaklık, kanuni tipten ancak kanunun emredici hükümlerinin izin verdiği ölçüde sapabilir. İşte bu sınırın ne *olduğupaysahipleri sözleşmesinin hukuki geçerliliği* bahsinde irdelenecektir. Anılan sınır, yalnızca paysahipleri sözleşmesi bakımından değil ayrıca esas sözleşme bakımından da ele alınacak ve *paysahipleri sözleşmesinin esas sözleşmeye yansıtılması* halinde ilgili hükümlerin geçerli olup olmayacağı sorusuna cevap aranacaktır.

4. *Paysahipleri sözleşmesi ile anonim ortaklık kanuni düzeninin yan yana varlığını sürdürmesinin yol açtığı ihtilaflar*, paysahipleri sözleşmesinin anonim ortaklık üzerinde doğrudan etki etmemesinin sonuçları, dolaylı etki edebileceği haller ve *paysahipleri sözleşmesi ile esas sözleşme ve genel kurul kararları arasındaki ilişki* de çalışmanın ikinci bölümünde incelenecektir.

5. Üçüncü bölümde, *sözleşmenin ihlali* halinde söz konusu olabilecek *yaptınmlar ve özellikle aynen ifa sorunu* ele alınacaktır. Sözleşmenin *sona ermesi* bahsi de bu bölümde işlenecektir.

6. Çalışmanın son bölümünde paysahipleri sözleşmesinin, diğer hukuk alanlarında doğurduğu sonuçlar açıklanacaktır. Bu alanlar *sermaye piyasası hukuku, rekabet hukuku ve bağlı işletmeler (konzem) hukukudur*.

IV. TERMİNOLOJİ

Paysahipleri sözleşmesi, yabancı hukukların bazılarında yeknesak bir ad altında anılırken, bazılarında bir terim çeşitliliği gözlenmektedir. İngilizce'de "*shareholders agreement*" (paysahipleri sözleşmesi) terimi yerleşmiştir⁵. Fransız hukukunda "*Pactes d'actionnaires*" (paysahipleri anlaşması) teriminin benimsenmek yolunda olduğu görülmektedir⁶. Ancak bunun yanı sıra "*conventions extra-statutaires*" (esas sözleşme dışı anlaşma) terimi de kullanılmaktadır⁷. İsviçre hukukunda Fransızca olarak kaleme alınan yazılarda "*accords entre actionnaires*" (paysahipleri arası anlaşma) tabiri kullanılmıştır⁸. İsviçre hukukunda Alman yazarlar arasında "*Aktionarbindungsvertrag*" (paysahiplerini bağlayıcı sözleşme) tamamen yerleşmiş durumdadır⁹. Alman hukukunda ise yeknesak bir terminoloji

5 Örn: Joyce, Shareholders Agreements, A US Perspective, Sindicati di Voto e Sindicati di Blocco, Milano 1993, 355-375. Uygulamada da İngilizce olarak akdedilen sözleşmeler hemen daima bu adla anılmaktadır.

6 Daire/Sentilles Dupont, Pactes d'actionnaires, Paris 1995; Martin/Faugeloras. Les pactes d'actionnaires. JCP, 1989; 397-402; Parleani, G.. Les pactes d'actionnaires, Rev. Soc., 1991. 1-44.

7 Storck, J-P., La validite des conventions extra-statutaires, Dalloz, 1989, 267-270.

8 Patry, Les accords entre actionnaires en droit suisse, Schweizerische Treuhander, 40,1966, 208.

9 Böckli, P., Aktionarbindungsvertrige, Vinkulierung und statutarische Vorkaufsrechte unter neuem Aktienrecht, ZBJV, 129, 1993, 475; Forstmoser, Aktionarbindungsvertrage. FS Schlupe, 1988, 359; Glattfelder, H., Die Aktionarbindungsvertrage, ZSR. 78, 1959 II, 141a.

Glut□

oturmamıştır. "*Gesellschaftervereinbarung*"¹⁰ (ortaklar anlaşması) veya "*schuldrechtliche Gesellschaftervereinbarung*"¹¹ (borçlar hukukuna dayalı ortaklar anlaşması) "*Nebenabrede*"¹² (yan mutabakat) veya "*schuldrechtliche Nebenabrede*"¹³ (borçlar hukukuna dayalı yan mutabakat), "*satzungserganzende Nebenvertrag*"¹⁴ (esas sözleşmeyi genişletici yan mutabakat) veya "*Gesellschaftsabsprache neben Satzung*" (esas sözleşmenin yanında yer alan ortaklar anlaşması) tabirleri çeşitli yazarlarca kullanılmaktadır.

Ayrıca paysahipleri sözleşmesi ile paysahiplerinin paylarını veya oylarını biraraya getirmelerinden hareketle "*pool*" (havuz) sözleşmesi tabiri kullanılmaktadır¹⁵. Paysahiplerinin arasında oluşan adi ortaklık ise "paysahipleri konsorsiyumu" tabiri ile ifade edilmektedir¹⁶. Paysahipleri sözleşmesinin bir alt türü olan ve oyun kullanılması konusunda anlaşma içeren sözleşmeler de "*Stimmrechtsvereinbarung*" (oy hakkı anlaşması), "*Abstimmungsvereinbarung*" (oy verme anlaşması), "*convention*

10 Noack, U., *Gesellschaftervereinbarungen bei Kapitalgesellschaften*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen, 1994.

11 Hoffmann-Becking. M., *Der Einfluss schuldrechtlicher Gesellschaftervereinbarungen auf die Rechtsbeziehungen in der Kapitalgesellschaft*, ZGR, 1994. 442-446; Winter, *Organisationsrechtliche Sanktionen bei Verletzung schuldrechtlicher Gesellschaftervereinbarungen*, ZHR, 154, 1990, 259; Winter, *Satzung und schuldrechtliche Gesellschaftervereinbarungen: Die Sicht der Praxis*, *Gesellschaftsrecht 1995 RWS Forum* 8, s. 131, 1996 RWS Verlag Köln.

12 Dürr, M., *Nebenabreden im Gesellschaftsrecht*, Frankfurt aM. 1994; Köhler, C., *Nebenabreden im GmbH- und Aktienrecht - Zulässigkeit und Wirkung*, Peter Lang, Frankfurt a.M., 1992.

13 Ulmer, *Verletzung schuldrechtlicher Nebenabreden als Anfechtungsgrund im GmbH-Recht*, NJW. 1987, 1847.

14 König. W., *Der satzungsergänzende Nebenvertrag*, Nomos, 1996.

15 Hopt, K.J., *Familien- und aktienpools unter dem Wertpapierhandelsgesetz*, ZGR, 1997, 1; Wirtz, M. M., *Der Stimmrechtspool als kartellrechtlicher Zusammenschluss*, AG, 1999. 114.

16 Paty, R., *Rapport sur les consortiums d'actionnaires en droit suisse*, *Travaux de l'association Henry Capitant*, 10, 1959, 213; Jousset, E., *Gesellschafterkonsortien im Konzernrecht*, AG, 1998, 329.

de vote .. (oy anlaşması) gibi terimlerle anılmaktadır¹⁷. Bu sözleşme için Türk hukukunda çoğunlukla "oy sözleşmesi" tabiri kullanılmaktadır¹⁸. Bu sözleşmelerle oluşan adi ortaklık da "oy konsorsiyumu" olarak adlandırılmaktadır¹⁹.

Bu terim çeşitliliği içinden üst kavram olarak, sözleşmenin karakteristik özelliği olan, bireysel olarak pay sahipleri arasında yapılmış olma olgusunu vurgulayan "paysahipleri sözleşmesi" terimi seçilmiştir. Bu terim aynı zamanda, İngilizce'den tercüme yoluyla Türk uygulamasında yerleşmekte olduğu için de tercih edilmiştir. Paysahiplerinin oluşturduğu adi ortaklık için "paysahipleri konsorsiyumu" terimi kullanılmıştır. Ayrıca Türk hukukunda yerleşmiş bulunan "oy sözleşmesi" ve "oy konsorsiyumu" terimleri de devam ettirilmiştir.

- 17 Peters. E., Die Erzwingbarkeit vertraglicher Stimmrechtsbindungen. AcP, 156. 1957, 311-346; Zihlmann, P., Ahstimmungs-vereinbarungen im schweizerischen Ak.-ienrecht, SAC, 4,4, 1972. 237; Viandier, A., Observations sur les conventions de vote. JCP, 1986, 179-182. Dohm. Les conventions de vote et de blocage en Suisse. Sindicati di Voto e Sindicati di Blocco, Milano 1993.
- 18 Moroğlu, E. Özellikle Anonim ve Limited Ortaklıklarda Oy Sözleşmeleri. 2. bası Sermaye Piyasası Kurulu yayını, İstanbul 1996: Tekinalp (Poroy/Çamoğlu) N. 998. Teoman. Ô. Paysahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu. Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Ankara 1983 s. 12. Çeker. M. Anonim Ortaklıkta Oy Hakkı ve Kullanılması, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları An.kara 2000, s. 233: Dağ. Ü. Anonim Ortaklıklarda Pay Sahibi Açısından Oy Hakkının Kazanılması ve Kullanılması Beta, İstanbul 1996 s. 30. Tekil. oy anlaşmaları tabirini tercih etmiştir (Tekil. F. Anonim Şirketler Hukul-u. İstanbul 1993. s. 301). İmregün ise karşılıklı oyvenne anlaşmaları tabirini kullanmıştır (AO s. 140).
- 19 Moroğlu. s. 41; Barlas, N. Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri. Beta, İstanbul 1998 s. 182: Schröder, J.. Stimmrechtskonsortien unter Aktionären: Gesellschafts- und erbrechtliche Probleme, ZGR. 1978, 578-607. Habersack, M., Grenzen der Mehrheitsherrschaft in Stimmrechtskonsortien. ZHR. 164, 2000, 1.

V. METOD

Çalışmada karşılaştırmalı hukuk metodu uygulanmıştır. Kaynak olarak Türk, İsviçre ve Alman hukukları ele alınmıştır, gerekli görülen yerlerde başka ülke hukuklarından da örnekler verilmiştir. Bu hukuklar incelenirken konu ülke raporları halinde sunulmamış, sorunların her bir hukuk sisteminde nasıl çözüme kavuşturulduğunun daha rahat görülebilmesi ve karşılaştırmanın kolayca yapılabilmesi için, tematik bir incelemeye gidilmiştir. Şöyle ki, konu kendi içinde bir sistematığe oturtulduktan sonra, ele alınan her sorunun Alman, İsviçre ve Türk hukuklarındaki yansıması ve çözüm tarzı birlikte açıklanmış ve her sistemin eksileri ve artıları gösterilerek bir senteze varılmaya çalışılmıştır. Bu inceleme tarzı, hukuk sistemlerinin farklılıklar göstermesine ve sorunların her hukuk sisteminde farklı ağırlık taşınmasına rağmen ele alman sorunların tek ve aynı düzleme getirilmesini gerektirmekte, bu da okumayı kolaylaştırmakla beraber, kamuzca yazmayı zorlaştırmaktadır!

Ayrıca yine her bir ülke hukuk sisteminin ve her bir ülkedeki uygulamanın getirdiği sorunların birbirinden farklı olmasına nedeniyle, tartışılan sorunlarda yer yer İsviçre yer yer Alman hukukuna ağırlık verilmek zorunda kalınmıştır.

Kullanılan yöntemin bir başka özelliği, incelenen hukuk sistemlerinde konuyla ilgili görüş belirten yazarların görüşlerinin birbiri ardına sıralanmak yerine, bir süzgeçten geçirilerek ve yine tematik olarak ortak ve ayrılan yönleriyle yansıtılmasıdır. Her konuyla ilgili literatür taranarak, o konuda ortaya konulan görüşler içerikleri itibarıyla sınıflandırılmaya ve içtihatların da yardımıyla hakim görüş ortaya konulmaya çalışılmıştır. Her yazarın soruna bakış açısı ve ifade tarzı bir diğerinden ayrı olduğundan, belirtilmiş çok sayıda görüşün anlamlı bir şekilde gruplandırılması kolay olmamıştır. Buna rağmen, tahlile dayanan ve konuyu bir bütünlük içinde açıklama imkanı verdiği inandığımız bu yöntem, yazarların görüşlerinin birbiri ardına aktarılması yöntemine yeğ tutulmuştur.

Glulş

Çalışına bölüm ve paragraf esasına göre oluşturulmuştur. İ.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsünün hazırladığı Şekil Şartlarına uygun olarak, dipnotları verilirken bir esere yapılan ilk atıfta eser hakkındaki bibliyografik bilgi bütünüyle verilmiş, izleyen atıflarda yerine göre yalnızca yazarın adı veya bunun yanı sıra uygun bir kısaltma, makalelerde de yazar adı ile makalenin yayımlandığı dergi adı verilmiştir.

(I. BÖLÜM)

Paysahipleri Sözleşmesi ile İlgili Temel Hukuki Sorunlar

şı TEK BORÇ İLKESİ

1. GİRİŞ

"Pay sahibi, hisse senetlerinin çıkarılması sırasında tayin olunan ve hisse senetlerinin itibari kıymetine müsavi veya ondan yüksek olan pay bedelinden fazla bir şey ödemeye esas mukavele ile dahi mecbur tutulamaz". Ticaret Kanununun 405. maddesinin ilk fıkrasında yer alan bu hüküm öncelikle paysahibinin, ortaklığa karşı taahhüt etmiş olduğu pay bedeli dışında herhangi bir ödeme yapmaya zorlanamayacağını anlatır. Maddede yer alan paysahibinin pay bedelinden fazla bir şey *ödemeye* zorlanamayacağı ifadesi, paysahibinin para borçları dışında borçlar altına sokulabileceği izlenimini uyandırır da, aşağıda inceleneceği üzere Türk hukukunda ve çeşitli Kara Avrupası hukuklarındaki yerleşik görüş, bu hüküm ile anonim ortaklığın sermayeye dayalı bir ortaklık olduğu kuralının konulduğu ve paysahibinin taahhüt ettiği pay bedelini ödemek dışında ortaklığa karşı herhangi bir borç altına sokulamayacağıdır.

Paysahibinin ortaklığa karşı pay bedelini ödemekten ibaret tek borcu olabileceği l-uralı, paysahiplerinin sermaye borcu dışında kalan taahhütler altına girmelerine -kısmen- engel olur. Şöyle ki ortaklıkla ilgili olarak bazı taahhütlerde bulunmak isteyen paysahipleri bu taahhütleri ortaklığa karşı değil birbirlerine karşı üstlenir ve bunları anonim ortaklık hukukuna göre değil borçlar hukukuna göre akdedecekleri özel bir sözleşmeye, diğer bir deyişle paysahipleri sözleşmesine dahil ederlerse, bu taahhütler tek borç ilkesine takılmaz ve geçerliliklerini - kural olarak- yitirmezler.

Böylece paysahipleri sözleşmesi paysahiplerinin hareket alanını genişletir. Tek borç ilkesi ve emredici hükümler nedeniyle esas sözleşmeye konulamayacak bir çok düzenleme bu sözleşmeye konulabilir, zira borçlar hukukundaki sözleşme serbestisi buna elverişlidir. Ancak başta da belirtildiği gibi sözleşmenin ihlali halinde yalnızca borçlar hukuku yaptırımlarına başvurulabilmesi istenen caydırıcılığı sağlamadığından, sözleşme hükümlerinin esas sözleşmeye dercedilerek ortaklık çatısı altına taşınmasına çalışılır. Böylece hem taahhütlerin paya bağlı hale gelmesi, hem organların bu taahhütleri tanınması hem de taahhütlerin ihlali halinde ortaklıksal yaptırımlar uygulanmasının mümkün olması amaçlanır.

Oysa paysahipleri sözleşmesinde yer alan bazı hükümlerin esas sözleşmeye aktarılması, daha başlangıçta bu sözleşmeden uzaklaşılmasına neden olan tek borç engeline takılır. Paysahiplerinin hem kendilerinin hem de anonim ortaklığın ihtiyaçları bakımından kabul etmek istedikleri düzenlemelerin anonim ortaklık çatısı altına taşınıp taşınamayacağına ortaya çıkarılması tek borç ilkesinin incelenmesini gerektirir. İlkenin kamusal nitelikte olup olmadığı, diğer bir deyişle paysahipleri arasında ittifak sağlanarak ilkenin dışına çıkılıp çıkılamayacağı ve ilkeye ne tür istisnaların getirilebileceği, yalnızca kanunun lafzı ile değil, bunun yanısıra ilkenin öngörülme amacına ve

diğer anonim ortaklıklar hukuku prensipleriyle olan ilişkisine bakılarak ortaya koyulabilir. Bu düşünceden hareketle tek borç ilkesi, sınırlı sorumluluk ilkesi ile olan bağlantısı, tarihsel evrimini ve diğer Kara Avrupası hukuklarında ele alınış biçimi ile birlikte incelenmiştir.

İL. ANONİM ORTAKLIKLARDA "SINIRLI SORUMLULUK" İLE "BORCUN SINIRLANDIRILMASI" KAVRAMIARI

Tek borç ilkesi, diğer bir deyişle paysahihinin anonim ortaklığa karşı borcunun sınırlandırılmış olması kuralı, paysahihinin sınırlı sorumlu olması ile yakından bağlantılıdır. Hatta paysahibinin sınırlı sorumluluğu kavramı, tek borç ilkesini de içerecek şekilde kullanılmaktadır. Sınırlı sorumluluk ilkesi anonim ortaklığın en karakteristik ilkesidir ve paysahiplerinin anlaşmaları ile dahi ortadan kaldırılamaz. Oysa aşağıda ele alınan tarihsel gelişimin de göstereceği gibi, sınırlı sorumluluk ilkesi ile tek borç ilkesi birbirlerini tamamlamakla beraber birbirlerinden bağımsız olarak ortaya çıkmışlardır. Bu bağımsızlık, sınırlı sorumluluk ilkesi zedelenmeden tek borç ilkesine istisnalar getirilmesinin mümkün olup olmayacağı sorusunu akla getirir. Bu nedenle sınırlı sorumluluk kuralı ile tek borç ilkesi arasındaki ilişki incelenerek bunların birbirlerinden bağımsız rejimlere tabi olup olamayacakları ortaya koyulmalıdır.

Paysahibinin "sınırlı sorumlu" olduğundan bahsedilirken üç temel kural ifade edilmek istenir ki, esasında bunlardan hiçbiri paysahibinin sorumluluğunun sınırlandırılması unsurunu içermez. Sınırlı sorumluluk nitelemesinin kapsadığı üç temel kural şudur¹: (1) paysahibinin ortaklığın borçlarından dolayı

1 Bürgi, Art 680 N.□; Lehmann K. Das Recht der Aktiengesellschaften, Bd. I, Neudruck der Ausgabe Berlin 1898, Scientia Verlag, Aalen 1964; Bd. II, Cari Heymanns Verlag Berlin 1904 Bd. I, □15-□16; Naegeli, W. Beitragspflicht, s. 18vd; Weiss, Einleitung N. 116; Arslanlı, AŞİ. s. 19, 191.

Üçüncü kişilere karşı sorumluluğunun tamamen ortadan kaldırılmış olması ve ortaklığın borçlarından yalnızca ortaklığın sorumlu olması, (2) paysahihinin, üçüncü kişilere karşı değil yalnızca ortaklığa karşı borçlu olması, ve (3) paysahibinin borcunun sermaye payının ödenmesi ile sınırlandırılmış olması. Buna karşılık paysahihi, ortaklığa karşı taahhüt ettiği sermaye ile sınırlandırılmış olan bu borcun ödenmesinden bütün malvarlığı ile sınırsız sorumludur².

Anılan kurallardan ilk ikisi, dayanağını TK 269 II hükmünde bulan paysahibinin üçüncü kişilere karşı sorumsuzluğu ilkesini, üçüncüsü ise TK 405 I hükmüne dayanan tek borç ilkesini ifade eder. İşte "sınırlı sorumluluk" tabiri, bazen sadece paysahibinin ortaklığın borçlarından sorumlu olmadığını anlatmak için kullanılırken, bazen de tek borç ilkesini de kapsayacak şekilde, paysahihinin borcunun yalnızca taahhüt ettiği sermaye ile sınırlı olduğunu belirtmek için kullanılır.

Oysa burada iki ayrı borç kaynağı sözkonusudur. Birincisi ortaklığın üçüncü kişilere borçları, ikincisi paysahibinin ortaklığa karşı borcudur. Paysahibi birinciden ötürü sorumlu tutulamazken, ikinciden ötürü sınırsız sorumludur. Yani "sınırlı sorumlu" ifadesi yanıltıcı bir ifade tarzıdır³.

Sorumluluğun sınırlandırılması tabiri TK269 II'de kullanıldığı için yerleşmiş bulunan bir ifade biçimidir. Kanun, anılan hükümde, "ortakların mesuliyetinin taahhüt etmiş oldukları sermaye payları ile mahdut" olduğunu söylemektedir.

Hükmün anlamını ortaya çıkarabilmek için borç ve sorumluluk kavramlarından, bunların birbiriyle ilişkisinden ve sorumluluk

2 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel. § 1 N. 59; Meyer, O. Des Versements Supplemen taires des Actionnaires, Lausanne, 1935, s. 58; Naegeli, W. Beitragspflicht.s. 20.

3 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel,§ 42. N. 16; v. Greyerz. C. Die Aktiengesellschaft. in: Schweizerisches Privatrecht Bd VIII/2, Handelsrecht (Hrsg. v. Steiger). Helbing & Lichtenhahn Basel 1982, §1 I 4, s. 15; Naegeli, W. Beitragspflicht, 18 vd.

teriminin farklı anlamlarından bahsetmek gerekir. Dar anlamda borç, bir hukuki ilişkinin (geniş anlamda borç ilişkisinin) taraf veya taraflarının o ilişki ile üstlendiği belli bir verme, yapma veya yapmama yükümünü ifade eder⁴. Borç ve sorumluluk arasında bir sebep-sonuç ilişkisi vardır. Borcun yerine getirilmemesi sorumluluğa yol açar. Sorumluluk ise iki farklı anlamı ifade etmek için kullanılan bir terimdir. Birinci ve az önceki cümlede kullanılan anlamı ile sorumluluk, borçlunun borcun yerine getirilmemesinden doğan zararı tazmin etmek yükümünü anlatır⁵ ("den sorumluluk" hali, pay sahibinin *borçtan* sorumlu olması). İkinci olarak ise sorumluluk, tazminat yükümlülüğünün yerine getirilmesi için alacaklının borçlunun malvarlığına el koyabilme iktidarını ve başvurabileceği malvarlığı değerlerini ifade eder⁶ ("... ile sorumluluk" hali, pay sahibinin tüm *malvarlığı* ile sorumlu olması). Eğer sorumluluk sınırsızsa, o takdirde borçlunun malvarlığına giren tüm değerlere başvurmak imkanı vardır (kefalette olduğu gibi). Sorumluluk sınırlı ise, o takdirde tazminat malvarlığına dahil olan belli bir maldan veya belli bir mal kategorisinden alınabilir (rehinde olduğu gibi). TK 69 II' de sorumluluk kelimesinin bu anlamına ilişkin bir nitelme veya sınırlama yer almaz; pay sahibi'sermaye borcunun ödenmemesinden tüm malvarlığı ile sorumludur.

4 Eren. F. Borçlar Huk., 11. Genel Hükümler, Beta İstanbul, C.I 6. bası 1998, C.II 5. bası 1999. C.I, s. 22. ; Kocayusufpaşaoğlu. Borçlar Huk- ul-u s. 38, Fasih. 'iiil. §2 N. 3; Oğuzman/Öz Borçlar Huk- ul-u 11 Genel Hükümler. 3. Bası İstanbul 2000. s. 3: Telcinay/Akman/Burcuoğlu/Altop. Tekinay Borçlar Huk. Jm. --11, 7. bası Filiz İstanbul 1993, s. 6; v.Tuhr Borçlar Hukunun Umumi Kısmı C. 1, 2. Yargıtay Yayınları Ankara 1983 Çeviren: Cevat Edege. s. 10.

5 Schwarz. A. Borçlar Huk. --11--11 Dersleri C. I. (Çeviren Bülent Davran), İstanbul 1948, s. 75vd; Eren, C.I. s. 81; Karabasan, M.R. Sorumluluk Huk-uku, Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, Beta. İstanbul 1996. s. 59; Kocayusufpaşaoğlu, N. Borçlar Hukuku Dersleri. 2. bası. Filiz İstanbul 1985 s. 37, Kocayusufpaşaoğlu, N. Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Fasikül halinde), Filiz İstanbul 1996 §2 N. 38: Oğuzman/Öz s. 14; Tekinay Borçlar. s. 18. 21.

6 Schwarz, (ç. Davran) s. 75vd; Eren. C.I, s. 81; Karahasan, a.g.e., s. 59; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku s. 38, Fasiliil, §2 N. 38; Oğuzman/Öz s. 13; Tekinay Borçlar, s. 20vd.

TK □69 II mesuliyet (sorumluluk) tabirini ilk anlamı ile kullanmış ve borçtan sorumluluğu kastetmiştir. Sınırlılık ise, esasen sorumlulukta değil, sorumluluğa yol açan borcun kaynağında ve miktarındadır. Borcun kaynağı yalnızca taahhüt edilen sermaye payıdır ve borç bununla sınırlıdır. Bu sınırdan bahsedilmiş olmasının nedeni, □69. maddenin, anonim ortaklığın tarifini veren, dolayısıyla anonim ortaklığı diğer ortaklıklardan, özellikle de kişi ortaklıklarından ayırıcı kriterler getiren bir madde olmasıdır. Zira paysahiplerinin "sorumluluğunun" taahhüt ettikleri sermaye payları ile sınırlı olması, aynı zamanda paysahiplerinin ortaklığın borçlarından sorumlu olmadıklarını ifade etmektedir. Diğer bir deyişle kanun burada sorumluluğa yol açan borcu yalnızca miktar bakımından değil aynı zamanda kaynak bakımından da sınırlamak ve anonim ortaklığın, diğer ortaklıklardan farkını vurgulamak istemiştir.

Sonuç olarak TK □69 II' de yeralan hükmün doğru ifadesi, paysahibinin borcunun taahhüt etmiş olduğu sermaye payı ile sınırlı olduğu ve paysahibinin ortaklığın borçlarından sorumlu olmadığıdır⁷. Bu yönüyle hüküm, tek borç ilkesini destekler niteliktedir. Mehz İsviçre Borçlar Kanununun 6□o. maddesi de, paysahiplerinin borçlarının yalnızca esas sözleşmede öngörülen edimle sınırlı olduğunu ve paysahiplerinin ortaklığın taahhütlerinden ötürü sorumlu olmadıklarını ifade etmiştir. Esasen, Türk Ticaret Kanunu paysahibinin borcunu 405. maddede ele almıştır. Paysahibinin borcu ve bunun sınırlandırılması, paysahi ile ortaklık arasındaki ilişkinin bir unsuru olduğundan TK □69'da ayrıca düzenlenmek gerekmezdi. Örneğin Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu 1. paragrafında üçüncü kişilere karşı yalnızca ortaklığın sorumlu olduğunu belirtmiş ve paysahibinin borcunu ortaklık ile paysahipleri arasındaki hukuki ilişkiler kısmında ele almıştır.

7 Meyer, O. Des Versements Supplementaires, s. 59; Naegeli, W. Beitragspflicht. s.20; Weiss, Einleitung. N. 116.

Bu düzenleme sistematik açıdan daha uygun bir düzenlemedir ve paysahiplerinin ortaklığın borçlarından sorumluluğu ile ortaklığa karşı borcu arasındaki farkı daha belirgin şekilde ortaya çıkarmaktadır.

Paysahibinin ortaklığa karşı borcu ile ortaklığın borçlarından sorumluluğu arasındaki fark, Avusturya Paylı Ortaklıklar Kanunu'nda yer alan bir düzenleme ile ilgi çekici şekilde bir kez daha ortaya çıkar. Anılan kamın, ilk paragrafında paysahiplerinin anonim ortaklığın borçlarından sorumlu olmadığını ve 49. paragrafında da paysahiplerinin sermaye koyma borcunun payların ihraç değeri ile sınırlı olduğunu ayrı ayrı belirtmiştir. Ancak aynı kanunun 56. paragrafında, paysahiplerinin anonim ortaklıktan kötü niyetli olarak kanuna aykırı ödemeler almaları halinde, bu ödemeler nispetinde anonim ortaklığın borçlarından üçüncü kişilere karşı sorumlu olacakları kuralı koyulmuştur. Burada da, paysahibinin sermaye borcunun sınırlılığı ile üçüncü kişilere karşı sorumluluğunun kaldırılmasının birbirinden farklı ilkeler olduğu ve bağımsız rejimlere tabi tutulabileceği gözükmektedir.

III. PAYSAHİBİNİN BORCUNUN SINIRLILIĞI (TEK BORÇ) İLKESİNİN ORTAYA ÇIKIŞI VE AMACI

Tarihsel gelişim açısından bakıldığında anonim ortaklığın tüm belirleyici özelliklerinin içinde en geç ortaya çıkan unsurlardan biri paysahibinin sorumluluğunun sınırlandırılmasıdır⁸. Paysahibinin borcunun sınırlandırılması ise, sorumluluk konusunda ayrı olarak ortaya çıkmıştır. Başlangıçta anonim ortaklığı cazip kılan özellik, kar payı hakkı doğuran ve senede bağlanmış bulunan "pay"ın ortaya çıkışıdır⁹. Sömürgecilik

⁸ Lehmann I. s. 216; Naegeli, W. Beitragspflicht, s. 25.

⁹ Lehmann, K. Die geschichtliche Entwicklung des Aktienrechts his zum Code de Commerce, Bertin 1895. s. 24 vd.

devrinde. sömürgelelerde büyük işletmecilik faaliyetleri yürütmek için gereken sermaye hall."tan para toplanmak yoluyla sağlanmıştır. Bir ortaklık k-u.rabilmek için kraldan izin veya imtiyaz (*octroi* veya *concession*) alan bazı kişiler (ki bunlar bugünl.-U hul"ll,ımızda dahi ..kurucular.. adı altında özel olarak düzenlenmiştir) büyük ticaret k'UIDpanyalannın oluşumunu organize etmiş ve sermayeyi oluşturacak paranın halktan toplanabilmesi amacıyla yüksek spekülasyon hayali kuran küçük yatın.mcılara ortaklık paylarını satmışlardır¹⁰. İşte başlangıçta anonim ortaklığa ilginin büyük olmasının arkasında "pay"ın kolayca alınıp satılabilmesi ve koyulan küçük sermayeye kıyasla büyük bir kar elde etme olanağı sağlaması yatmaktadır.

Ortaklığın üçüncü kişilere olan borçlarından paysahiplerinin sorumlu tutulmaroası, çok sayıda paysahihi olan ortaklıkların, devletten alınan izinle kamu hukukuna dayanan yetkilerle donatılmış tüzel kişilikler haline dönüşmeleri ile olmuştur¹¹. Paysahibi sayısının yüksekliği, bu işletmelerin özel bir organizasyona sahip olmasını gerektirmiştir. Kuruluş için verilen izinle, toplanan sermaye ortaklığın özel malvarlığı haline getirilmiş ve üçüncü kişilere karşı bu malvarlığının teminat oluşturması kararlaştırılmıştır. Diğer bir deyişle, paysahibinin üçüncü kişilere karşı sorumluluğunun ortadan kalkması, kamu hukukuna dayalı bir tasarruf sonucunda ortaya çıkmıştır. Paysahibinin dışarıya karşı sorumsuz kılınması, yüksek kar elde etme olanağı ile birleşince, anonim ortaklıklara olan ilgi bütünü artmıştır.

Paysahibinin ortaklığa karşı üstlendiği borcun, koymayı taahhüt ettiği sermaye miktarı ile sınırlandırılması ise, kamusal yetkiye dayanılarak verilen izinler sayesinde değil, irade özerkliği yoluyla, diğer bir deyişle sözleşme serbestisinin kullanılması

10 Poroy (Tekinalp/Çamoğlu) Ortaklıklar Hukuku. Genişletilmiş 2. hası Filiz .Kitabevi İstanbul. Cilt I 1975. Cilt II 1976. C. I. s. 220.

11 Naegeli, W. BeifTagspOicht. s. 26.

sonucunda yerleşmiştir¹². Bir tüzel kişilik halinde kurulma imkanı veren izinler, paysahibinin üçüncü kişiye karşı olan borcunu ortadan kaldırmakla beraber, ne esas sermaye miktarını belirliyor, ne de paysahibinin ortaklığa karşı olan borçları konusunu düzenliyordu¹³. Paysahibi, ortaklığa karşı sermaye borcunun dışında ek ödeme yükümleri ile yükümlendirilebiliyordu¹⁴. Ortağın ek ödeme yükümüne zorlanabilmesi imkanı, çeşitli ticaret ortaklıklarının esas sözleşmelerine özel hükümler konulması yoluyla ortadan kaldırılmaya başlanmış ve giderek yayılmıştır¹⁵. Ancak ek ödeme yükümünün kaldırılması uygulaması pürüzsüz olmamıştır. Paysahibinin rızası olmadan kendisinden herhangi bir ek ödeme talep edilmeyeceğine dair kuruluş sözleşmesine konulan hükümler, bazen şirketin mali durumunun bozulması halinde, paysahibinden yine de ek ödeme istenmesi, buna karşılık yeniden para koymak istemeyen paysahibine ortaklıktan çıkma hakkı tanınmasına dönüşmüştür¹⁶. Bu gelişme, sermaye borcunun sınırlandırılmasının anlamını ortaya çıkardığı için çok önemlidir.

Bugünkü hukukumuza göre paysahibi, koyduğu parayı geriye alıp ortaklıktan ayrılabilir¹⁷. Dışarıya karşı yalnızca ortaklık

12 Lehmann, Geschichtliche Entwicklung, s.55.

13 Lehmann, Geschichtliche Entwicklung, s. 47; Naegeli, W. Beitragspflicht, s. 27.

14 Lehmann I, s. 58.

15 Lehmann, Geschichtliche Entwicklung, 23, 55. Öte yandan evvelce emre yazılı bulunan hisse senetlerinin hamiline yazılı hale dönüşmesi de ek yül'iumün ortadan kalkması ile koşut şekilde gelişmiştir (Meyer, O. Des Versements Supplementaires, s. 66-67; Naegeli, W. Beitragspflicht, 28). Zira, payın devredilebilir olması, diğer bir deyişle paya yönelik bir talebin varlığı, payın yüklediği borç miktarının sınırlı olmasına bağlıdır (Meyer, O. Des Versements Supplementaires.s. 66-67)

16 Anılan hükümler Compagnie pour le voyage de Chine kumpanyasının 1660 yılına ait esas sözleşmesinde ve Compagnie des Iles de l'Amerique kumpanyasının 1626 yılına ait kuruluş sözleşmesi ile bunun değiştirilmesi anlamını taşıyan 1635 tarihli yeni bir sözleşme içinde yer almıştır (Meyer, O. Des Versements Supplementaires s. 61-62; Lehmann, Geschichtliche Entwicklung, 46/47).

17 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, §2, N.33, §44, N. 64; v. Greyerz, SPR VIII/2 §1 I 5. s. 16; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), N. 848.

malvarlığının teminat teşkil etmesi, bu malvarlığının ve bunun bir parçası olan ortaklık sermayesinin korunmasını gerektirir ve sermayeyi koruyucu ilkelere biri, pay sahiplerinin ortaklığa verdikleri sermayeyi geri alamamalarıdır (TK 40511). İşte ortaklıktan çıkma hakkının olmaması, payın devredilebilir olması ile karşılanmıştır¹⁸. Ancak bu düzenlemeye rağmen pay sahibinin ortaklık ile belirsiz süreli bir ilişkiye girdiği yadsınamaz. Zira payın hukuki nitelik itibarı ile devredilebilir olması, payın aynı zamanda fiilen (ekonomik gerçekler bakımından) devredilebilir olması anlamına gelmez. Diğer bir deyişle, paya yönelik bir talep yoksa veya bağlam yoluyla devir zorlaştırılmışsa, payın devredilebilirliğinin bir anlamı kalmayacaktır. Dolayısıyla pay sahibinin ortaklıkla girdiği belirsiz süreli ilişkinin pay sahibi bakımından kabul edilebilir olması, ancak pay sahibinin bu ilişkinin kendisine getireceği yükümlülükleri önceden bilmesine bağlıdır¹⁹. Belirsiz süreli bir ilişkide, kapsamı önceden bilinmeyen ve çoğunluk kararıyla taraflardan birine yüklenebilecek ek edim yükümlülükleri, pay sahipliğini dayanılmaz, kabul edilmez kılar. Üstelik bu durum payın devredilebilirliğini iyice sekteye uğratarak, devredilebilirliğe yüklenen çıkma hakkının yokluğunu kapatma işlevinin de yerine getirilememesi sonucunu doğurur. Zira kapsamı belirsiz bir borç yükleyen bir paya fazla talep olmayacağı açıktır. Bu nedenle çıkma hakkının olmadığı, ancak payın devredilir nitelikte olduğu mevcut hukuki durumda da pay sahibinden rızası hilafına ek ödemeler talep edilebilmesi kabul edilemez. Öte yandan, kapsamı belli bile olsa sermaye

18 Bari. GroE.komn §68 N.2; Hefermehl/Bungeroth (GeE.ler AktG) §68 N. 67; Godin/ Wilhelmi, §68 N. 9; Lutter, KölnKomm, §68 N.23; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, §2, N.33; Herren, K.W. Statutarische Berechtigungen zum Erwerb von Aktien und GmbH-Anteilen, Bern 1973s. 93-94; Meyer, O. Des Versements Supplementaires, s. 75; Wieland, A. Haben statutarische Vorkaufsrechte an Aktien obligatorische oder aktienrechtliche (dingliche) Wirkung?, SAG 27, 1954/55. 152.s.154.

19 Wieland, K. Handelsrecht, Band il Die Kapitalgesellschaften, München. Leipzig 1931. s. 47; Herren, s. 94.

borcunu aşan borçlar esas sözleşmede yer almak yoluyla pay sahibine yüklenemez²⁰. Payın devredilebilir olmasını sağlayan en önemli unsur, bir yatırım aracı olarak pay satın alan kişinin, pay için ödediği bedel dışında herhangi bir bedel ödemek veya borç ve yükümlülük altına girmek zorunda kalmayacağına bilmesidir. Esas sözleşmede, içeriği ve kapsamı somut olarak belirlenmiş de olsa sermaye borcu dışında diğer borçların yer alabilmesi, pay satın alacak kişilerin her bir pay için ilgili şirket esas sözleşmesini detaylı olarak incelemesini gerektirir ki bu da payın tedavül kabiliyetini sekteye uğratar ve ayrıca hisse senedinin kıymetli evrak niteliği ile de bağdaşmaz. Bu nedenle esas sözleşmede yazılı da olsa sermaye borcunun dışındaki herhangi bir borç beklenmedik yük sayılır. Ayrıca aşağıda incelenecek olan TK 405 111 hükmü de sermaye borcu dışında serbestçe borç yükletilmesine engeldir.

Tarihsel olarak pay sahiplerinin ortaklık borçlarından dolayı üçüncü kişilere karşı sorumsuzluğu pay sahibinin yönetimde fazla söz sahibi olmamasına bağlanır. Şöyle ki, anonim ortaklıkların kanunda öngörülen tip özellikleri çok sayıda küçük sermaye sahibini bir araya getirebilecek bir yapı kurma ve büyük bir işletme için gereken sermaye birikimini sağlama ihtiyacına dayanmaktadır. Bu tabloda, pay sahibi "anonim" bir kişiliğe sahip birçok pay sahibinden yalnızca biridir, sermayenin çok küçük bir kısmı kendisine aittir ve ortaklığın yönetimindeki etkisi de bir o kadar azdır. Yönetimde söz sahibi olmayan küçük bir pay sahibinin, yönetimin tasarruflarından dolayı sorumlu tutulması ise hakkaniyete aykırı olacağı²¹, bir kişinin bir borçtan sorumlu tutulabilmesi için, borcu yaratan tasarrufun kendisine atfedilebilir olması gerektiği²² ve kişinin,

20 Herren, s. 95.

21 Müller -Erzbach, R. Deutsches Handelsrecht, Tübingen 1928, 241; B!ir, R. Aktuelle Fragen des Aktienrechts, ZSR 85/II, 1966, 321, s. 470; Naegeli, W. Beitragspflicht, 35.

22 Meyer, O. Des Versements Supplementaires, s 74; Naegeli, W. Beitragspflicht, 35.

kendisine atfedilemeyen tasarrufun sonuçlarından sorumlu tutulamayacağı düşüncesi, paysahibinin ortaklığın borçlarından dolayı üçüncü kişilere karşı sorumlu tutulmaması düzenlemesine götürmüştür²³. 24.

Sonuç olarak, paysahibinin dış ilişkide sorumluluğunun sınırlandırılması, küçük sermayedan ticaret hayatına çekmek amacıyla ve konulan sermayenin üçüncü kişilere karşı teminat oluşturmasını yardımıyla gerçekleştirilmiştir. Paysahibinin iç ilişkide borcunun sınırlandırılması ise, paysahibinin ortaklıktan çıkma hakkının olmaması ve fiilen de bu imkanı bulamayabilecek olması nedeniyle paysahibini belirsiz bir gelecekle

- 23 İngiltere'de 1844 yılında kabul edilen ille anonim ortaklık kanunu Qoint Stock Companies Act) paysahiplerine sınırsız sorumluluk yükliyordu, zira ticaretle uğraşan kişilerin kendi borçlarından sorumlu olmaması ticaret ahlakına aylan görülme'kteydi. 1855 yılında kabul edilen ve paysahibinin sorumluluğunu payın ödenmemiş kısmı ile sınırlayan Sınırlı Sorumluluk Kanunu (Limited Liability Act) ise, paysahiplerinin yönetime katılmadığı, bu nedenle borçlardan sorumlu tutulmalarının hakkaniyete aykırı olacağı ve ayrıca yatının kaybedilmesi riskinin azaltılması halinde sermayenin işletilmeye daha açık olacağı gerekçelerine dayanarak kabul edilmişti. Bkz. Mayson, French & Ryan on Company Law, 16th ed. 1999, Blackstone Press. London, s. 51.
- 24 Paysahibinin dışarıya karşı sorumluluğunun kaldırılmasının ortaya çıkışı hakimiyet-sorumluluk ilişkisine dayanıyor olsa da. günümüzde bu gerekçe haklılığını ancak bir yere kadar korumaktadır. Zira çeşitli hukuklarda kabul edilen tek kişilik ortaklık veya sorumluluğu sınırlandırılmış ticari işletmelerde. tek ortağın veya tacirin kendi tasarruflarının veya kendisinin yönetici olarak atadığı kişilerin tasarruflarının sorumluluğunu taşımaması, bu gerekçeyle açıklanamaz. Ticaret hayatının ilerlemesini ve her kesimden girişimciye imkan tanınmasını sağlama arzusu ve sorumluluğun sınırlandırılmasının. sermayenin sanayi ve ticaret hayatına sokulması için aranan bir koşul olması, hukuk düzenlerini anıJan türden ortaklıkların veya işletmelerin kabulüne zorlamıştır. Avrupa Topluluklarına üye ülkelerde de tek ortaklı limited ortaklık veya sorumluluğu sınırlandırılmış ticari işletme kavramlarından birinin kahulu zorunlu hale getirilmiştir. (21 Aralık 1989 tarih ve 89/667/AET sayılı 12. yönerge. ATRG 1989, L 395/40). Topluluktaki bazı ülkeler daha ileri giderek tek ortaklı anonim ortaklık kurumunu da kabul etmişlerdir. Bu tür ortaklıklarda sorumluluğun sınırlandırılması, ancak ortaklığa koyulan sermayenin. üçüncü kişilere karşı bir teminat teşkil etmesi ile açıklanabilir [Wiedemann, H. Gesellschaftsrecht. Bd. 1. Beck.. München 1980, s. 7: Hachenburg - Mertens GmhHG GroE.kommentar. 7. Auf. Berlin 1975 §13, Anh. J. N. 10]. Esasen sermayenin korunmasına yönelik tedbirler alınması, ekonomik gücü belirsiz çok sayıda paysahibinin ortaklığa toplanmasına yeğdir.

karşı karşıya bırakmak adaletsizliğini ortadan kaldırmak ve payın devredilebilirliğini sağlamak amacına yöneliktir. Tarihsel bakış da gösteriyor ki, paysahihinin ek yüküme zorlanması imkanının ortadan kalkması ile üçüncü kişilere karşı sorumluluğunun kaldırılması, birbirinden ayrı olarak gelişmiş özelliklerdir. Tek borç ilkesi ve sınırlı sorumluluk ilkesi birbirlerini tamamlamakla beraber, birbirlerinin olmazsa olmaz parçaları değildirler. Nitekim, bugünkü uygulamada, üçüncü kişilere karşı sorumsuzluk hali korunmakla beraber, ortağın ortaklığa destek olmak amacıyla ek edimlerde bulunması özel bir sözleşmeyle kararlaştırılabilmekte veya paysahibi, borcu artırılmamakla birlikte üçüncü kişi ile yapılan bir sözleşme uyarınca ortaklığın borçlarına kefil olabilmektedir. Ancak yukarıda da belirtildiği gibi, tek borç ilkesinin *ratio legis'i*, paysahibinin ileride beklenmedik yüklerle karşılaşmasını engellemek olduğundan, paysahibinin kendi rızası ile ortaklık lehine borçlar üstlenmesini, hatta dışarıya karşı sorumsuz olma avantajından zaman zaman feragat etmesini engelleyecek bir durum yoktur. Burada önemli olan belirlilik ve rızanın varlığıdır. Ancak bu, sermaye dışı çeşitli borç ve yükümlülüklerin esas sözleşmeye serbestçe konulabileceği sonucunu doğurmaz, özellikle borcun esas sözleşmede yazılı olması sebebiyle belirli olduğu ve paysahibinin payı devralmakla esas sözleşme hükümlerini kabul etmiş olduğu söylenemez. Zira kanun tek borç ilkesi ile borcun kaynağını ve sınırını belirlemiştir. Her paysahibinin esas sözleşmeyi inceleme ve ortaklığa girerek üstleneceği borçları öğrenme yükümü altında olduğunu veya en azından böyle bir imkan bulunduğunu kabul etmek, kanunun amaçladığının aksine anonim ortaklık payına olan ilgiyi azaltıp payı bir yatırım aracı olmaktan çıkaracağı gibi, payın bağlı olduğu hisse senedinin kıymetli evrak niteliği ile de bağdaşmaz. Bu nedenle esas sözleşmede sınırları belirli de olsa ek borçlar öngörülemez ve öngörülmüşse de bunların payı devralan her kişi tarafından üstlenilmiş olacağı kabul edilemez. Bu, kanunun ruhuna aykırıdır.

IV. KANUNİ DÜZENLEME

Tek borç ilkesinin tarihi gelişimini gördükten sonra, bu ilkenin çeşitli Kara Avrupası hukuklarına nasıl yansıdığına bakılmalıdır.

TK'mn 405. maddesinin I. fıkrasına göre, "*paysahibi, hisse senetlerinin çıkarılması sırasında tayinolan ve hisse senetlerinin itibari kıymetine müsavi veya ondan yüksek olan pay bedelinden fazla bir şey ödemeye esas mukavele ile dahi mecbur tutulamaz.*" Kenar başlığı "sermaye koyma borcu" ve bunun "şümulü" olan hükmü, ilk bakışta yalnızca sermaye koyma borcunun neden ibaret olduğunu düzenler gözükmektedir²⁵. Zira hükümde, sermaye borcunun, payın itibari değerinden veya itibari değeri aşan ihraç değerinden (agio, prim) oluşacağı belirtilmektedir. Üstelik hüküm içerisinde geçen "*paysahibinin pay bedelinden fazla bir şey ödemeye mecbur tutulamayacağı*" ifadesi de ilk yaklaşımda kanun koyucunun sadece parasal bir borç olarak sermaye koyma borcunu düzenlemeyi amaçladığı şeklinde yorumlanmaya müsait gözükmektedir.

Mehaz İsviçre Borçlar Kanununun 680. maddesinin I. fıkrasında, "*paysahibi, esas sözleşme ile dahi, payın alımı için belirlenen ihraç bedelini aşan bir edimde bulunmaya zorlanamaz*" ifadesi kullanılmıştır. Türk hukukundan farklı olarak, bu maddenin üst başlığı "Paysahiplerinin edim yükümü" ve kenar başlığı "Konu"dur. Yani hükümde, paysahiplerinin *edim yükümünün konusu* ele alınmaktadır. Böyle ifade edilince, paysahibinin, konusu sermaye borcu olan tek bir edim yükümü bulunduğunu savunmak daha kolaylaşmaktadır. Aynı şekilde, hüküm içinde paysahibinin payın ihraç değerini aşan bir *ödemeye değil edime*

25 Maddenin bu şekilde dar yorumlanması gerektiği görüşünde: Nomer, N.F. Anonim Ortaklıkta Sadakat Yükümlülüğü. Beta, İstanbul 1999, s. 67; Akın, M.Y. Şirketler Hukukunda ve Özellikle A.Ş.'lerde Pay Sahibinin Sadakat Borcu, İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Yayın, İstanbul 2002, s.149.

zorlanamayacağı ifade edilmiştir. Bu da yine, sermaye borcu dışında kalan, ödeme borçları dahil diğer edim borçlarını olanaksız kılmaya elverişli bir ifadedir.

Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu'nun 54. paragrafı ise "Paysahibinin Ana Borcu" kenar başlığını taşımaktadır. 54. paragrafın I. fıkrasında "*paysahibinin katılma payının ifası borcunun payların itibari veya ihraç değeri ile sınırlı olacağı*" hükme bağlanmıştır. Bu hüküm de, paysahibinin sermaye borcunun kapsamını belirlemiştir. Hükümün kenar başlığının, sermaye borcunun paysahibinin tek borcu değil, esas/ana borcu olduğunu ifade etmesi, paysahibinin başkaca borçlarının kabulüne imkan tanır gibi görünse de, kenar başlığın "ana borç" olması, bunu takip eden 55. paragrafta "yan borç"ların, yani bizim kanunumuzun ifadesiyle tali mükellefiyetlerin düzenlenmiş olmasından kaynaklanır⁶.

Aynı sistem, *Avusturya hukukunda* da takip edilmiştir. Avusturya Paylı Ortaklıklar Kanunu'nun 49. paragrafı, "paysahiplerinin ana borcu" kenar başlığı altında "paysahiplerinin sermaye borcu payların ihraç değeri ile sınırlıdır" dedikten sonra, 50. paragrafta "paysahiplerinin yan borçları" kenar başlığı altında, esas sözleşme ile, sermaye borcunun yanısıra nakdi olmayan ve tekerrür eden yan borçların paysahiplerine yüklenebileceğini hükme bağlamıştır.

Tali mükellefiyetler *İtalyan hukukunda* da kabul edilmiştir. İtalyan Medeni Kanunu'nun §345. maddesi, tali mükellefiyetleri düzenlerken, sermaye borcuna ek olarak esas sözleşmede öngörülebilecek yükümlerin sınırını da çizmiştir. Bu maddeye göre, ortaklık kuruluş sözleşmesi, paysahiplerine sermayeyi ödeme borcu dışında, parasal olmayan ve içeriği, süresi ve ifa usulü belirlenmiş yan edimler yükleyebilir.

⁶ Hefennehl/Bungeroth (Ge.B.ler AktG) §54 N. 3.

Acaba yukarıdaki kanun maddelerinin lafzına bakılarak, bu kanunlarda sermaye koyma borcu dışında herhangi bir borcun varlığı konusunda açık bir kapı bırakılmış olduğu sonucuna varılabilir mi? Kanaatimizce anılan hükümler (özellikle TK 405 I ve AktG §54 I) ve madde kenar başlıkları tereddüte yol açacak şekilde kaleme alınmış olsa da, bu hükümlerle sadece sermaye borcunun düzenlendiği yorumu yapılamayacağı gibi, böyle dar ve lafzi bir yorum yoluyla anonim ortaklıkta tek borç ilkesinin var olmadığı sonucuna da varılamaz. Zira tarihi gelişim ışığında aydınlanan hükmün amacı göstermektedir ki, anonim ortaklıkta paysahibinin çoğunluk kararıyla istenen her türlü borç ve yüküm altına sokulabilmesi anonim ortaklığın temel niteliklerine aykırı düşer²⁷.

Nitekim anılan hukuk düzenlerinden, çalışmamızda esas aldığımız Türk, İsviçre ve Alman hukuklarında, bu hükümlerin, sadece sermaye borcunun sınırlarını çizmekle kalmadığı, aynı zamanda paysahibine daha başka bir borç yüklenemeyeceği anlamına da geldiği görüşü baskın şekilde kabul edilmektedir²⁸. Maddelerin ifade biçimleri farklı olmasına rağmen, her üç hukukta da tek borç ilkesinin kabul edilmiş olması, kanuni dayanağın lafzi olarak değil, hem tarihsel gelişmeler hem de hükmün amacı ışığında yorumlanması gerektiğini gösterir. Böylece, anonim ortaklıklarda paysahibinin taahhüt edilen sermayeden ibaret tek borcu olduğu kabul edilmelidir.

27 Wieland. anonim ortaklıkta paysahibinin ek edim yükümleri altına sokulması yasağını anonim ortaklığın Magna Carta'sı olarak nitelemektedir: Wieland. SAG 27 (1954/55) s. 154.

28 *Türk hukukunda*, Arslanlı. AŞİ. 19, 191. Domaniç. AŞ. s. 1115-1116, Eriş. AŞ Md. 405. s. 627 dpn. 1; İmregün, AO. 282-283, Tekinalp (Poroy/Çamoğlu). N. 1019; İsviçre hukukunda, Baudenbacher. BaslerKomm, Art. 620. N. 33, Böckli, N. 38h; Bürgi, Art. 680 N. 2. 9, Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel. § 42 N. 8vd. Guhl/Koller/Schnyder/Druey, §65 N. 13; Koller, Typuslehre s. 131, Naegeli, W. Beitragspflicht s. 16, 52-53, Siegwart. Art. 620 N. 29, Weber, SPR II/4, §5 III A.: Weiss. Einleitung. N. 122. Widmer. Liberierung, s. 156, Wieland. SAG 27 (1954/55) s. 154. *Alman hukukunda*, Barz, AktG Grol!,komm, §54 N. 6; Baumbach-Hueck AktG §54 N. 2-3; Hefermehl/Bungeroth(Gel!,ler AktG) §54 N. 19, Lutter, KölnKomm. §54 N.14.

V. SERMAYE BORCUNUN SINIRLANDIRILMASINDA KAMU MENFAATİ VE SINIRIAMANIN KALDIRILAMAMASI

Sermaye borcunun sınırlandırılması paysahibinin menfaatine hizmet ederken, aynı zamanda anonim ortaklığın sermaye ortaklığı olma temel özelliğini de ortaya koymaktadır⁹. Bu ilkeye sadık kalınmadan anonim ortaklığın yatırım aracı olma ve sermaye birikimini sağlama amacının gerçekleştirilmesi mümkün değildir³⁰. Yukarıda açıklandığı gibi, küçük tasarrufların toplanabilmesi ve payların devredilebilir olma niteliğinin korunabilmesi için sermaye borcunun sınırlandırılması şarttır. Bu nedenle, sermaye borcunun sınırlandırılmış olması, yalnızca ortaklara tanınan sübjektif bir müktesep hak olarak görülmemelidir³¹. Bu sınırlandırma aynı zamanda kamusal niteliktedir. Paysahiplerinin bu düzenlemeyi gelecekteki paysahipleri açısından da bağlayıcı olacak şekilde değiştirici tasarrufta bulunma yetkileri yoktur. Paysahipleri, anonim ortaklığın en temel özelliklerinden birini ortadan kaldıracak ve gelecekteki paysahiplerini de bağlayacak şekilde sermaye borcunun sınırlılığını ve belirliliğini ortadan kaldıramazlar³². Esas sözleşmede yer alan böyle bir düzenleme batıl olur³³. Aşağıda tek borç ilkesinin istisnaları kısmında bu husus daha açık olarak ele alınmıştır.

⁹ Bürgi, Art. 680 N. 11; Naegeli, W. Beitragspflicht, s. 10; Schlupe, W. Die wohl-erworbenen Rechte des Aktionars und ihr Schutz nach schweizerischem Recht. St. Gallen, 1955, s.194.

³⁰ Schlupe, wohlervorbenen Rechte, s. 194.

³¹ Naegeli, W. Beitragspflicht, s. 10-103; Schlupe, wohlervorbenen Rechte, 195; Wieland, Handelsrecht il, s. 47; aksi fikirde: Bürgi Art. 680 N. 15, Schucany, E. Kommentar zumSchweizerischenAktienrecht, - Auf. Zürich 1960, Art. 646 N. 6 i.

³² Schlupe, wohlervorbenen Rechte, 195. Sermaye borcunun sınırlandırılmasının anonim ortaklık kavramının unsurlarından biri olduğu ve değiştirilemeyeceği yönünde: Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § s1vd, 63.

³³ Baudenbacher, BaslerKomm, Art. 680, N. 14; Bürgi, Art. 680 N. 14; Schlupe, wohlervorbenen Rechte, 195.

VI. TEK BORÇ İLKESİNİN İSTİSNAİ. ARİ VE TEK BORÇ İLK.ESİNİN KAPSAMINA GİRMEYEN HALLER

A. Ticaret Kanunundan Kaynaklananlar

1. *Agiolu.pay*

Sermaye artırımına gidilirken, payın itibari değerinin üzerinde bir bedelle çıkarılması mümkündür (TK 86). Bu payları alanlar payın itibari değeri ile ifade edilen sermaye borcundan daha fazla bir bedel ödemiş olurlar. İtibari değerden fazlası yedek akçeye gideceği için (TK 466 il 1) kanunen ayrılması gereken yedek akçe seviyesine ulaşılması kolaylaşacak. böylece kardan umumi yedek akçe ayrılması zorunu daha kısa sürede ortadan kalkarak daha çok kar elde etme imkanı doğacaktır³⁴. Ayrıca eski pay sahipleri zamanında ortaklığa kazandırılmış olan dağıtılmamış kar, good-will gibi değerlerin bedeli, yeni pay sahipleri tarafından da bir ölçüde karşılanmış olur³⁵, zira payın gerçek değeri itibari değerinden yüksek olabilir.

Bu şekilde "agio" veya "prim" ödenmesi, tek borç ilkesinin kanuni bir istisnasını oluşturur³⁶.

2. *Sennaye borcunun ödenmemesi halinde temerrüt ve cezai şart*

Kanun, esas sermaye borcunun ödenmemesi halinde pay sahibinden temerrüt faizi ve esas sözleşmede kararlaştırılmışsa cezai şart talep edilebileceğini ve son çare olarak pay sahibinin ortaklıktan iskat edilebileceğini, yani ortaklığa koyduğu sermayeden ve ortaklıktaki haklarından mahrum bırakılarak ve payları iptal edilerek ortaklıktan çıkarılabileceğini öngörmüştür (TK 407). Esasen burada tek borç ilkesinin gerçek bir istisnası yoktur. Zira anılan

34 Bürgi. Art. 624 N. 12.

35 Tekinalp (Poroy/Çamoğlu) N. 778.

36 Bürgi. Art. 680, N. 5: Tekinalp (Poroy/Çamoğlu) N. 1020.

yaptırımlar sermaye borcuna bağlı olarak, bu borcun ödenmemesinin sonucu olarak ortaya çıkar³⁷. Diğer bir deyişle, burada borçlar hukukunun bir borcun ifa edilmemesine bağladığı sonuçların bir yansıması görülür.

3. Sır saklama yükümü

TK 363'e göre, her paysahibi, her ne suretle olursa olsun öğrenmiş olduğu şirkete ait iş sırlarını, sonradan paysahipliğı hakkını yitirmiş olsa dahi gizli tutmaya mecburdur. Sır saklama yükümü, tek borç ilkesinin kanuni bir istisnasıdır³⁸. Bu yüküm, her hukuki ilişki bakımından hakim olan dürüstlük kuralından kaynaklanan bir davranış ölçütü olarak da değerlendirilebilir. Örneğin İsviçre Borçlar Kanununda paysahibinin sır saklama yükümü açıkça öngörülmemiş olmasına rağmen, bir görüşe göre genel kurulun izniyle ortaklığın defterlerini veya yazışmalarını inceleyerek bilgi edinen paysahibinin edindiğı bilgileri gizli tutma yükümü kabul edilmelidir³⁹. Bu görüş ancak sır saklamanın, dürüstlük kuralından doğan bir davranış yükümü olmasına dayanabilir.

4. Sadakat yükümü?

Tek borç ilkesinin ve anonim ortaklığın sermayeye dayalı yapısının, paysahiplerine bağımsız bir edim borcu yükleyen, örneğin paysahibini olumlu oy verme borcu altına sokabilecek bir sadakat yükümünün varlığına engel olup olmadığı tartışmalıdır.

37 Barz, GroR.komm, §54 N. 8; Hefermehl/Bungerotlı (Gel!.ler AktG) §54 N. □□; Lutter, KölnKomm, §54 N. 19; Bürgi, Art. 680 N. 6; Meyer, O. Des Versements Supplementaires. s. 115, Naegeli W. Beitragspflicht, s. 54; Widmer, Liberierung. s. 157.

38 Tekinalp (Poroy/Çamoğlu) N. 1015, 10□o.

39 Bürgi, Art. 697 N. □o. Böyle bir yükümün mevcut olmadığı görüşünde: Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, §40 N. 148.

Alman huku.kunda, paysahibinin ortaklığa karşı borcunu sınırlandıran Al.-tG §54 sadakat yükümünün kabulüne engel görülmemel.-te ve yeni içtihat ışığında sadakat yükümünün yalnızca ortaklığa karşı değil, ortakların kendi aralarında dahi var olduğu görüşü taraftar kazanmalctadır⁴⁰. Alman hukukunda 1800'lü yılların sonlarında paysahiplerinin bireysel borçlarının yanında genel kurulda ifa etmeleri gereken kollektif borçlarının da varlığı kabul edilmekteyken⁴¹, sonraları gerek borç kavramının dar anlaşılması, gerek ortaklık kavramından doğan

- 40 Alman hukukunda sadakat yükümü önceleri, yalnızca BGB § 826 (haksız fiil) ve §242'ye (dürüstlük imralı) dayandırılıyordu (RGZ 107. 72. 76): daha sonra bunu aşan anlamda bir sadakat yükümü, yalnızca ortaklığa karşı olmak üzere benimsendi (RGZ 146, 71. 76;146,385,395; BGHZ 18.350. 365; BGH JZ1976, 561). 1988 yılında alınan bir karar ile ("Linotype" karar - BGHZ 103. 184) paysahiplerinin birbiri arasında da sadakat yükümünün varlığı tanındı. Son olarak 1995 yılında alınan bir karar ("Girmes" kararı - BGHZ 129, 136) ile azınlıkta bulunan paysahibinin dahi diğer paysahiplerine karşı sadakat yükümü olabileceği kabul edildi. Doktrinde başlangıçta sadakat yükümüne karşı gösterilen tereddüt (örn: Hueck, A. Der Treuedanke im modernen Privatrecht. 1947, s. 14vd; Hefermehl/ Bungereoth (Gelliler AktG). §53a N. 19; Hueck, A. Inwieweit besteht eine gesellschaftsrechtliche Pflicht des Gesellschafters einer Handelsgesellschaft zur Zustimmung zu Gesellschafterbeschlüssen? ZGR. 1972. 236 s. 250), içtihadın aksi yönde gelişmesi üzerine kaybolarak. sadakat yükümünü destekleyen yazarlar çoğunluğa geçti (Brandel GroR.komm - §1. N. 84 vd; Grünewald, B. Gesellschaftsrecht, 2. auf. JCB Mohr (Paul Siebeck) Tübingen 1996, 2C N. 35, s. 242vd; Henze. H. Die Treuepflicht im Aktienrecht, BB 1996, s. 489vd; Immenga, U. Die personalistische Kapitalgesellschaft, Athenäum Verlag. Bad Hamburg 1970. s. 261vd; Kort, M. Zur Treuepflicht des Aktionars, ZIP, 1990, s. 294vd; Lutter, M. Theorie der Mitgliedschaft, AcP 180, 1980, 85, s. 102vd; Lutter. M. Die Treuepflicht des Aktionars, ZHR 153, 1989, s. 4-46vd; Raiser, T. Recht der Kapitalgesellschaften, 2. Auf. Verlag Franz Vahlen München 1992. §12, N. 30vd; Schmidt, K. Gesellschaftsrecht, 4. auf. 2002. § 20 iVs. 587Vd, 592. §28 I 4. s. 799vd; Timm, W. Treuepflichten im Aktienrecht. WM 1991, 481vd; Werner. W. Zur Treuepflicht des Kleinaktionars. FS Semler, 1993, s. 419vd). Alman hukukunda. sadakat yükümünün "ortaklık" ("*mitgliedschaft*") kavramından kaynaklandığı. ortaklığın türünün ise ancak sadakat yükümünün içeriğini değiştirebilip bunu ortadan kaldıramayacağı. ayrıca ortaklık şeklinin (türünün). ortaklığın gerçek yapısının ve fiili menfaatler dengesinin önüne geçirilmemesi gerektiği savunulmaktadır.
- 41 *Wieland.* anonim ortaklıkta paysahibinin borçlarını bireysel ve kollektif borçlar olarak ikiye ayırmakta ve sadakat yükümünü. paysahibini genel kurulda oy verirken dürüst davranma borcu altına sokan bir yüküm olarak kollektif yükümlere dahil etmektedir (Handelsrecht 11, s. 243vd, □48)

bazı unsurların sermaye ortaklığı bakımından reddedilmesiyle, kollektif borç kavramı geri plana düşmüştür⁴². Paysahibinin genel l"Urulda dürüstlük kuralına uyma yükümü olmadan dürüstlük l"Uralına aykırı genel kurul kararlarının iptal edilmesinin açıklanamayacağını savunan *Wieland*, bireysel borçları sermaye koyma borcundan ibaret kabul etmesine rağmen, kollektif borçların da tanınması gerektiğine işaret ederek hem sadakat yükümünün kabulü yolundaki görüşü yeniden ortaya atmış hem de sermaye koyma borcunun sınırlılığı ile sadakat yükümünün varlığının birbiri ile çelişmediği fikrini benimsemiştir⁴³. Sadakat yükümünün kabulü yönündeki bu fikir Alman hukukunda bugün de taraftar toplamaktadır⁴⁴.

İsviçre hukukunda, paysahiplerinin etki alanının genişlediği kapalı anonim ortaklıklarda sadakat yükümünün varlığını destekleyen yazarlar mevcuttur ve bu görüş sahipleri İBK m. 680 hükmünü görüşlerinin kabulüne bir engel olarak görmemektedirler⁴⁵. Buna rağmen İsviçre hukukunda hakim fikir ve Federal Mahkeme, tek borç ilkesi karşısında MK □'de ifadesini bulan dürüstlük kuralını aşan anlamda bağımsız bir sadakat yükümünün varlığının kabul edilemeyeceğini savunur⁴⁶.

42 Wieland, Handelsrecht il, s. 243.

43 Wieland, Handelsrecht il, s. 243, 247Vd.

44 Bkz. yuk. dpn. 40.

45 Wohlmann, H., Die Treuepflicht des Aktionars, Schulthess, Zürich, 1968, s. 99vd. Yazar, sadakat yükümünü güven ilişkisine dayandırmakta, kapalı ortaklıklarda büyük paysahibi ile diğer paysahipleri arasında bir güven ilişkisi olduğunu ve tipik paysahibi bakımından söz konusu olmayan sadakat yükümünün, büyük paysahibi bakımından var olduğunu söylemektedir. Nenninger, J. Der Schutz der Minderheit in der AG, Basel 1974, s. 103vd. Yazar, sadakat yükümünü, paysahibi ile anonim ortaklık arasındaki sözleşme ilişkisine dayandırır ve sadakat yükümünün sözleşmeden doğan bir yan borç olduğunu söyler. İşletme amacının elde edilmesini engelleyici davranışlardan kaçınma borcu anlamında sadakat yükümünü kabul eden: Siegwart, Art. 620 N. 32.

46 Böckli, N. 38i; Bürgi, Art. 680 N. 11; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 42 N. 28; v. Steiger. Gesellschaftsrecht, Allgemeiner Teil und Personengesellschaften in: Schweizerisches Privatrecht, Bd VIII/1 Handelsrecht (Hrsg. W. von Steiger) Helbing & Lichtenhahn, Basel 1976, s. 296-297; Weiss, Einleitung, N. 181; BGE 91 il 305.

Hukukumuzda paysahibinin MK □'de ifadesini bulan dürüstlük l."Uralıru aşan anlamda bir sadakat yükümü altında olmadığı görüşü hakimdir⁴⁷. Hakim görüşe atıfla sadakat yükümünün, paysahibinin ortaklıktan doğan haklarını kullanırken uyması gereken genel bir davranış kuralı olup paysahibine bağımsız bir borç yüklemeyeceğinin kabul edilmesi halinde, büyükümün tek borç ilkesine aykırılığında bahsedilemez. Ancak bunu aşan ve paysahibine bağımsız bir edim yükümü getiren, örneğin paysahibinin toplantıya gelip oy kullanması, hatta olumlu oy kullanmasını zorlayacak anlamda bir sadakat yükümünün kabulü, tek borç ilkesine aykırı gözükmetedir⁴⁸.

47 Ansay, T. Anonim Şirketler Hukuku, 6. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Ankara 1998, s. ZZ7; Dağ, Oy Hakkı, s. ZZ; Domaniç, AŞ, s. 1115-1116; Moroğlu, s. zo: Pulaşlı, H. Şirketler Hukuku 3. bası İstanbul 2001, s. 669vd: Tekinalp (Poroy/Çamoğlu) N. 1091: Teoman, Oydan Yoksunluk, s. ızf. Farklı görüş, Tekil, s. 415, Nomer, s. 79vd., Akın, s. 139 vd.

48 Aksi fikir, Nomer, s. 63vd, 67-68; Akın, s. 139vd, 148 vd. *Nomer*, tek borç ilkesinin sadakat yükümünün kabulüne bir engel oluşturmadığını, hükmün öngörülme amacının yalnızca sermaye borcunu düzenlemek ve sınırlı sorumluluğu pekiştirmek olduğunu savunur. Yazara göre sadakat yükümü BK 5zo'de yer alan ortaklık akdinden değil, dürüstlük kuralından kaynaklanmakta ve bir yan yükümlülük oluşturmaktadır (s. 46-47). Böylece yazar, tek borç ilkesinin dürüstlük kuralının uygulanmasını engelleyemeyeceği sonucuna varmaktadır. Ayrıca yazar, sadakat yükümünün paysahiplerinin şirketin kaderini veya diğer paysahiplerinin haklı menfaatlerini etkileme imkanına sahip olduğu hallerde ortaya çıkacağına işaret etmektedir (s. 76). *Akın* da TK 405 hükmünün sadakat yükümünün kabulüne bir engel oluşturmadığını, hükmün amacının sermaye borcunun düzenlenmesi ile sınırlı olduğunu savunmaktadır. Ayrıca TK 405 III'de tali yükümlülükler izin verildiğine göre sadakat yükümünün safdışı bırakıldığı fikri kabul edilemez (s. 149-150). Yazara göre, sadakat yükümünün varlığı paysahibi ile ortaklık arasındaki dikey ilişkide BK 5□o'de yer alan ortaklık akdinin unsurlarından *affectio societatis*'e dayanmaktadır. Paysahipleri arasındaki yatay ilişkide ise, paysahiplerinin pay oranları ne olursa olsun birbirlerinin ortaklıksal menfaatlerini etkileyebilecek durumda olmaları nedeniyle aralarında oluşan özel bağ MK □•nin uygulanmasına yol açmakta ve bu hüküm yatay ilişkide sadakat yükümünün dogmatik temelini oluşturmaktadır. Ancak yazar, *Nomer'in* aksine, sadakat yükümünü bir yan yükümlülük olarak değil, bir esas yükümlülük olarak nitelendirmektedir (s. 141).

B. Sermaye Piyasası Kanunu ve İlgili Mevzuattan Kaynaklananlar

Sermaye piyasası hukukunun küçük pay sahibini korumaya yönelik olarak kabul ettiği yöntemlerden bazıları tek borç ilkesinin sınırlarını zorlamaktadır.

SerPK m. 16/A uyarınca %10 veya daha fazla paya malik olan pay sahipleri, iştirak ettikleri anonim ortaklıklara ait hisse senetleriyle ilgili olarak, Sermaye Piyasası Kurulunun kamuyu aydınlatma açısından gerekli gördüğü bilgileri sağlamakla yükümlüdürler. Ortaklığa hükmedebilecek veya yapacakları alım satımlarla sermaye piyasasını etkileyebilecek oranda paya sahip olduğu kabul edilen bu kişilerin şirketle ilgili menfaatlerini etkileyen bazı durumların kamuya açıklanması, sermaye piyasasında alım satım yapan küçük yatırımcının selameti açısından gereklidir. Böylece SerPK tek borç ilkesine bir istisna getirmiştir.

Yine SerPK 16/A maddesine dayanılarak çıkarılan SPK'nın IV/8 sayılı tebliğinin⁴⁹ 17. maddesi uyarınca, çağrı yoluyla hisse senedi toplayan pay sahipleri, belli bir oranın üzerinde pay ele geçirdikleri takdirde, azlıkta kalan pay sahiplerinin mağdur olmaması için onların elinde kalan payları da satın almak yükümünü altına girerler. Kural olarak bir pay sahibi ne kendi payını satmaya ne de başkasının payını almaya mecbur tutulabilirken, SerPK ile anılan özel halde böyle bir mecburiyet getirilmiştir. Sermaye piyasası hukuklarında küçük yatırımcıyı koruyucu etkin bir önlem olarak kabul edilen bu satın alma zorunluluğu tek borç ilkesine istisna oluşturur⁵⁰.

Sermaye Piyasası Kurulunun IV/□7 tebliği⁵¹ ile getirilen temettü yerine bedelsiz hisse senedi dağıtma imkanı ise, tek borç ilkesine istisna olarak değil, aykırılık olarak kabul edilmelidir⁵².

49 RG.9.3.1994,s. 21872. Değişik: Seri IVNo. 21 sayılı tebliğ (RG.19.12.1996,s. 22852)

50 bu konuda ayrıca hkz. §7 I C.51

51 RG.13.11.2001, s. 24582.

52 Tekinalp (Poroy/Çamoğlu) (8. Bası) N. 909a, 1402.

Şöyle ki anılan tebliğin 5. maddesine⁵³ göre hisse senetleri borsa-
sada işlem gören halka açık anonim ortaklıklar birinci temet-
tüyü nakden dağıtmak yerine o miktar için bedelsiz hisse sene-
di dağıtmak yoluna gidebilirler. Bedelsiz hisse senedi
dağıtılması, kar olarak dağıtılması gereken paranın, sermaye
artırımı için 1.1.111lanılması demektir. Ticaret Kanununun kabul
ettiği ve Sermaye Piyasası Kanunu ile de değiştirilmiş olmayan
sisteme göre, sermaye artırımına katılıp katılmamak pahasah-
binin ihtiyarındadır. Hal böyle iken kar payı karşılığı hisse
dağıtımını yoluyla pay sahipleri sermaye artırımına katılmaya
zorlanmaktadır ki, bu durum tek borç ilkesine aykırıdır.

C. Kanuna Dayanarak Esas Sözleşmede Düzenlenehilenler

1. Tali yüküm

Ticaret Kanunu, tek borç ilkesine esas sözleşme ile tek bir istis-
na getirebilme imkanı tanımıştır. Buna göre pahasahibine belir-
li zamanlarda tekrarlanan ve konusu para olmayan edimler yük-
lenilebilir (TK 405 III). Bununla amaçlanan, anonim ortaklığın
bir tür kooperatif gibi çalışmasına ve ortaklığın konusunun
gerçekleştirilmesi sırasında ortaklığın ihtiyaç duyduğu ham-
madde gibi malzemelerin pahasahipleri tarafından ortaklığa
sağlanmasına imkan vermektir⁵⁴. Pahasahipleri ortaklık ile
yapacakları bir sözleşme ile de aynı işi yapabilecekken, kanun
ortaklığa aynı yardım sağlama borcunun sözleşmese! bir borç
olmaktan çıkarılıp ortaklıksa! bir borç olarak düzenlenebilme-
sine ve hatta bu borcun hisse senetlerine yazılıp payı devralacak
olan kişilere karşı dermeyan edilebilmesine im.kan vermiştir⁵⁵.
Ayrıca kanun payı devralacak kişilere karşı ortaklığı bağlam

53 Konu evvelce Seri IV/1 sayılı tebliğin 7. maddesinde düzenlenmekteydi.

54 Lutter. Köln Komm §55. N. 2vd, Raiser. §12. N. 29; Schmidt, GesR. §26 III 2 e. s.
773; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu) N.1075.

55 Nitekim hukukumuzdaki TK 405111 hükmüne kaynaklık eden Alman AktG §55
hükmünün kabulünden önce, bu tür yükümler sözleşmese! olarak kararlaştır-
ılmıyordu. Ancak ifanın tam güvence altına alınabilmesi ve borcun bir pay-
sahibinden diğerine intikalinin kolayca sağlanabilmesi için, bu tür yan yükümler-
lerin ortaklıksa! şekle dönüştürülebilmesi imkanı benimsenerek §55'in atası

yoluyla korumuştur. Şöyle ki yan edim yükümlülüğü ancak bağlı nama yazılı paylar bakımından öngörülebilir (TK 405 III). Böylece payla birlikte yan edim yükümlülüğünü devralan kişinin bu yükümü yerine getiremeyecek bir kişi olması halinde ortaklığın devre karşı çıkabilmesi imkanı sağlanmıştır.

□- *Diger edim yükümlülükleri?*

Esas sözleşme ile paysahibine yüklenecek borçların ancak te-kerrür eden borç niteliğinde olabilmesi, düzenli olarak telcrarlanmayan arızı yükümlülüklerin esas sözleşme ile paysahibine yüklenemeyeceği anlamına gelir. Pay üzerinde tanınan alım veya önalım hakları, ortaklığın zararlarını karşılama, ortaklığın borçlarına kefil olma ve ortaklıkta görev alma taahhütleri gibi arızı yükümlülükler ortaklıksal borç şeklinde esas sözleşmede düzenlenemez⁵⁶. Ayrıca paysahibine devamlı nitelikte davranış kısıtlaması getiren, süreklilik arzedan borçlar da ortaklıksal borç olarak esas sözleşmeye konulamazlar⁵⁷. Bunlar arasında rekabet etmeme⁵⁸ ve sadakat⁵⁹ yükümlülükleri sayılabilir.

olan eski HGB §212 hükmü kabul edildi. (Schmidt. GesR. §26 III 2 f. s. 774). İsviçre hukukunda ise tali yüküm sistemi kabul edilmemiştir. Esas sözleşmede tali yüliim öngörülememesi nedeniyle bu yükümlerin İBK 680 l'e aykırı olmayacak şekilde özel sözleşmelerle getirildiği kooperatifsel anonim ortaklıklar kurulmuştur. Bu konuda bkz. Gilliard, F. Tendances cooperatives dans la societe anonyme - Festschrift Bürgi, Zürich 1971, s. 149vd; Kratz, B. Die genossenschaftliche Al.-tiengesellschaft, Zürich 1996.

56 Tekinalp (Poroy/Çamoğlu) N. 848d, 1019. Barz, GroR.komm, §54 N. 4vd; Hefermehl/Bungeroth (GeR.ler AktG) §54 N. 20-21; Lutter, KölnKomm, §54 N. 15vd. Bu tür esas sözleşmese! hüliimler İsviçre hukukunda da reddedilir: Böckli, N. 38h. Bürgi, Art. 680, N. 10; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, §42 N. 17, §44 N. 263; \Vieland, SAG 27 (1954/55) s. 154. Mamafih İsviçre'de alım/öналım hakları konusu tartışmalıdır. Bu konuda bkz. §5 III B 3 f.

57 Bürgi, Art. 680, N. 10; Hefermehl/Bungeroth (GeR.ler AktG) §54 N. 20; Lutter, KölnKomm AktG, §55 N. 6; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu) N. 1019.

58 Böckli. N. 38h; Bürgi, Art. 680, N. 10; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 42 N. 17. 34; Herren. s. 91vd. ve dpn. 530; Hefermehl/Bungeroth(GeR.ler AktG) §54 N. 20; Lutter, KölnKomm.Al.'iG,§54 N.15vd, §55 N. 6; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu) N. 1019. İsviçre hukukunda kapalı ortaklıklarda rekabet yasağı kabul edilebileceği görüşünde : Bar, Aktuelle Fragen. s. 498.

59 Böckli, N. 38h; Bürgi. Art. 680, N. 10.

Tek borç ilkesinin, paysahibinin ortaklığa girerken üstlendiği tüm yükümlülükleri önceden bilebilmesini amaçladığı ve sermaye borcu dışındaki yükümlülüklerin öngörülmesine engel olduğu göz önünde bulundurulduğunda, esas sözleşme ile paysahiplerinin yükümlülüklerinin kapsamını belirsiz kılacak bir sadakat yükümü getirilebilmesi imkanı da reddedilmiştir⁶⁰. Esas sözleşme ile başlangıçtan itibaren genel geçer bir ortaklığın menfaatlerini koruma, destekleme ve bu menfaatleri zedeleyici davranışlardan kaçınma yükümünün öngörülmesi düşünülemez. Buna karşılık, paysahiplerinin kendi aralarındaki sözleşmede gerek ortaklığa gerek diğer paysahiplerine karşı bu anlamda bir bağlılık ve destekleme yükümü kararlaştırmaları mümkündür⁶¹.

Esas sözleşmede yer alan ve tek borç ilkesine aykırılık nedeniyle batıl sayılması gereken hükümlerin bir borç sözleşmesi olarak ayakta tutulması için bkz. §4V B 4.

D. Paysahipleri Sözleşmesinden Kaynaklananlar

Paysahipleri sözleşmesi gibi esas sözleşme dışında kalan ve korporatif nitelik taşımayan sözleşmelerden kaynaklanan borç ve yükümlülükler kural olarak tek borç ilkesinin kapsamına girmez, zira tek borç ilkesi ancak paysahipliği mevkiye bağlanmış olan ve bu nedenle payın devri ile yeni paysahibine geçebilen borçları sınırlandırır, yoksa paysahiplerinin serbest iradeleri ile ve yalnızca kendilerini bağlayacak olan borçlar üstlenmelerini engellemez⁶². Paysahipleri kendi aralarında

60 Aksi fikir: Nomer, s. 83. Yazar, esas sözleşme ile sadakat yükümü kabul edilebileceği ve böyle bir yükümün kanundan doğan sadakat yükümü ile ayru içeriğe sahip olacağı görüşünü savunmaktadır.

61 Bu konuda bkz. §5 III B 4.

62 Tekinalp (Poroy/Çamoğlu) N. 1021; Teoman, Yaşayan Ticaret Hukuku C. 1/5, s. 62; Barz, GroE.komm, §54 N. 2, 9; Godin/Wilhelmi, §54 N.10; Hefermehl/Bungeroth (Gell.,ler AktG) §54 N. 26; Lutter, KölnKornm, §54 N. 21; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel. § 42, N. 43; Meyer, O. Des Versements Supplementaires, s. 125; BGE105 Ih 410vd.

veya ortaklığa karşı borçlar hukukuna tabi yükümler üstlenebilirler. Bu tür yükümler o sözleşmeye taraf olan pay sahibinin rızası ile kabul edilmiş olduğu ve kendisini şahsi bir borç altına soktuğu için tek borç ilkesine aykırı düşmez⁶³. Bu husus, aşağıda açıklanan TK 388 I'in, genel kurulun tüm pay sahiplerinin onayıyla pay sahiplerinin taahhütlerini artırabileceğini öngören hükmü ile de teyid edilmiştir.

E. Genel Kurul Kararlarından Kaynaklananlar

Anonim ortaklık genel kurulunda kural, çoğunluk oyuyla karar alınmasıdır. Çoğunluk oyuyla alınan karar, gerek çekimser kalan, gerek aleyhte oy veren tüm pay sahiplerini bağlar. Ancak bu bağlayıcılık da yine kanunun izin verdiği ölçüde olabilir. Pay sahiplerine çoğunluk oyuyla sermaye borcu dışında yükümler getirilebilmesi mümkün değildir. TK 388 I hükmüne göre, pay sahiplerinin taahhütlerini artırmak hususundaki kararlar için tüm pay sahiplerinin oybirliği şarttır. Bilindiği gibi burada sermaye artırımını değil, pay sahibinin ortaklığa karşı sermaye borcu dışında ilave borçlar altına sokulması düzenlenmiştir⁶⁴. Burada önemli olan nokta, pay sahiplerinin oybirliği ile alacakları bir kararın da, tek borç ilkesini ortadan kaldırmayacağı, hatta kaldıramayacağıdır. Şöyle ki, pay sahiplerini ek yükümler altına sokan genel kurul kararı yalnızca karara katılmış olan pay sahiplerini bağlar. Karar oybirliği ile alınacağına göre, o anda ortaklık payını elinde tutan tüm kişiler bu ek yükümü rızaen üstlenmiş olurlar. Ancak bu yüküm paya bağlı bir yüküm değil, pay sahibinin üstlendiği şahsi bir borç niteliğindedir.

63 Ayrıca özel bir sözleşme ile ek edim yükümleri altına girilmesi, kanunun dolanılması olarak da algılanamaz, zira kanun, ilave borçların esas sözleşme yolu ile pay sahipliği mevkiine bağlanmasını engellemeyi amaçlamıştır, yoksa pay sahibinin sözleşme özgürlüğünü kısıtlamayı değil (Schluep, ZSR 1973 11, s.47zvd).

64 İmregün, AO, s. 434 ve 445; Kayar, İ. Anonim Ortaklıkta Mali Durumun Bozulması ve Alınacak Tedbirler, Konya, 1997, s. 185-186; Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), C.I. s. 353.

Kararın tescil ve ilan edilmiş olması da yeni gelenleri bağlamaz, zira kanun kararın tamamının değil, yalnızca tescili öngörülen kısımlarının tescilini zorunlu kılmıştır (TK 378 II). Payın devri ile bu yüküm payı devralan kişiye geçmez. Aksi halde, kuruluş esas sözleşmesi ile dahi kaldırılamayacak olan tek borç ilkesi bir genel 1."Urul kararı ile bertaraf edilmiş olurdu. Bu nedenle, TK 388 I uyarınca alınan paysahiplerinin taahhütlerini artırma kararı, kararın olumlu oy veren paysahibi bakımından şahsi borç doğurması nedeniyle tek borç ilkesine aykırı düşmez.

§ PAZSAHİPLERİ SÖZLEŞMESİNİN ORTAKLIK DÜZENİ İÇİNDEKİ YERİ -AYRILIK İLKESİ

Bir anonim ortaklığın tabi olacağı düzen, öncelikle Ticaret Kanununun emredici hükümleri ile, daha sonra da esas sözleşme ve genel kurul kararları ile belirlenir. Bu kaynaklar arasındaki hiyerarşi Ticaret Kanununda belirlenmiştir: Esas sözleşme Ticaret Kanununun emredici hükümlerine, genel kurul kararları da kanuna ve esas sözleşmeye aykırı olamaz. Payscaleleri sözleşmesi ise, hem Ticaret Kanunu, hem esas sözleşme, hem de genel kurul kararlarında yer alan konularla ilgili düzenlemeler getirmesine rağmen, bu hiyerarşi içinde bir yere sahip değildir. Tersine, paysahipleri sözleşmeleri için sıkça kullanılan "kaynağını sözleşme özgürlüğünden alan ve borçlar hukukuna tabi olan sözleşme" nitelemesi, bu sözleşmenin tamamen ortaklık hukuku sisteminin dışında yer aldığı ve bu nedenle sözleşme üzerindeki tek sınırlamanın genel sözleşme serbestisine uygulanan BK 19-10 sınırlaması olduğu izlenimini vermektedir.

Payscaleleri sözleşmesinin Ticaret Kanununda öngörülen ortaklık düzeninin dışında tutulması yalnızca sözleşmenin kanunda yer almaması sebebine dayanmaz. Diğer bir neden, ortaklık tüzel kişiliği ile paysahiplerinin birbirinden bağımsız, birbirinden ayrı olmasıdır. Ayrılık ilkesi, ortaklık tüzel kişiliğinin paysahiplerinin kişiliğinden ve ortaklık malvarlığının da paysahiplerinin malvarlığından bağımsızlığını ifade eder¹. Tüzel kişiliğin paysahiplerinden bağımsızlığı, tüzel kişiliğin iradesinin paysahiplerinin iradesinden bağımsız ve ayrı olması sonucunu doğurur. Tüzel kişiliğin iradesi, kanun

¹ "Trennungsprinzip", bkz. Wiedemann I, §4. I zb, s. 198; Forstmoser/Meier Hayoz/Nobel, §6z, N.39. Ayrıca Westermann, Verhliltnis. s. 3z. Türk hukukunda Tekinalp/fekinalp, Perdeyi Kaldırma Teorisi, Reha Poroy'a Armağan, İstanbul 1995, s. 387; Yanlı, Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Payscalelerinin Ortaklık Alacaklılarına Karşı Sorumlu Kılınması, Beta, İstanbul 2000, s. 10vd.

uyarınca oluşturulmuş tüzel kişilik organlarında ortaya çıkar. Her ne kadar tüzel kişiliğin organları paysahiplerinden oluşmalrta ve organlarda ortaya çıkan irade paysahiplerinin toplu iradesine dayanmakta ise de, aynı paysahiplerinin kanun uyarınca oluşturulmuş organlar dışında ifade ettikleri irade, tüzel kişiliğin iradesi sayılmaz. Bu nedenle tüm paysahiplerinin taraf oldukları bir paysahipleri sözleşmesinde beliren irade, tüzel kişiliğin iradesi değildir ve bu nedenle tüzel kişiliğin tabi olduğu hul.'llk düzeninin bir parçasını oluşturmaz. Paysahipleri sözleşmesinin tüzel kişilik düzeninde etkili olduğunu söylemek, tüzel kişilik ile ortaklar arasındaki ayrılık ilkesine aykırı düşer².

Tüzel kişinin iradesi ile paysahiplerinin iradesi arasındaki ayrımı hu şekilde ortaya koyan ayrılık ilkesi ve doğurduğu sonuçlar "tüzel kişilik" kavramına uygun, açık ve net bir sistemi ortaya koyar gözükmektedir³. Ancak gerçekte paysahiplerinin ortaklık sistemi dışında beliren iradeleri ile ortaklık sistemi içinde beliren iradeleri arasında böyle kesin bir ayrım yoktur. Tersine, esneklik, gizlilik gibi bazı nedenlerle paysahipleri kendileri için yaşamsal önemde olan bazı düzenlemeleri tüzel kişilik çatısı dışında kabul edilen paysahipleri sözleşmesine koymaktadırlar. Böylece esas sözleşmenin çoğu kez kanunda belirtilen zorunlu içerikle sınırlandırıldığı ve bunun ötesinde paysahiplerinin hakları, ortaklığın idaresi ve faaliyetleri ile ilgili asıl önemli düzenlemelerin ise paysahipleri sözleşmesine

2 Alman Federal Mahkemesinin 1981 yılında limited ortaklıklarla ilgili olarak verdiği, tüm ortakların hirlil-te akdettikleri bir ortaklararası sözleşmede getirilen bir düzenlemenin ayrı zamanda ortaklığa *ait* bir düzenleme olarak kabul edilmesi gerektiği ve hu sözleşmeye aykırılığın genel kurul kararının iptaline neden olacağı yolundaki bir kararına (BGH 20.1.1983 tarihli "Kerhnagel" karar, NJW 1983. 1910=BB 1983. 996= DB 1983, 827=WM 1983, 334) getirilen eleştirilerden biri, mahkemenin olayda tüzel kişi ile ortakları arasında aynlık bulunduğu ilkesini dik.kate almamış olmasıdır: Happ, Stimmhindungsverträge und Beschl□anfechtung. ZGR 1984. 168, s. 172. Bu kararın incelemesi için hkz. ileride §6 I D 2.

3 Zöllner, W. Wechselwirkungen zwischen Satzung und Gesellschaftervereinbarungen, Gesellschaftsrecht 1995 (RWS Forum 8) Her.: Henze/Timm/Westermann, 1996 RWS Verlag Köln. 89, s. 97.

al."tarıldığı görülmektedir. Ayrıca hukuken paysahipleri sözleşmesi ortaklığı ve organlarını bağlamasa da. sözleşme taraflarının ortaklıkta sahip olduğu güçle orantılı olarak. paysahiplerinin seçtiği yönetim kurulu üyelerinin ortaklığın idaresini yürütürken paysahipleri sözleşmesi hükümlerine uygun davranmaları da sağlanabilmektedir. Öyleyse fiili durumda paysahipleri sözleşmesi, ortaklığın tabi olduğu düzenin tam merkezinde yer alabilmektedir⁴. Böylece hukuken birbirinden tamamen ayrı iki alan içerisinde mütalaa edilen iki düzenleme, gerçekte birbiri içine geçmektedir⁵.

Bu durum karşısında ayrılık ilkesine sıkı sıkıya bağlı kalarak ortaklık düzeninde bu denli önemli bir yer edinen paysahipleri sözleşmelerini ortaklıklar hukuku sisteminin dışında tutmak zaman zaman katı, şekilci ve adaletsiz sonuçlara yol açabilir⁶. Son yıllarda özellikle Alman hukukunda paysahipleri sözleşmelerini geniş anlamda ortaklık düzeni içinde kabul etmek yolunda bir eğilim belirmiştir⁷. Türk hukukunda, Alman hukukundaki bu yaklaşım ile paysahipleri sözleşmelerinin anonim ortaklık üzerindeki etkisini kabul etme eğiliminde olan görüşler eleştirilmekte ve bu görüşlerin limited ortaklıklar hukukuna dayanılarak oluşturulduğu, limited ortaklığın ise kişisel

4 Aynı yönde Ulmer, NJW 1987, s. 1851; Westermann, Verhältnis. s. 31, 39-40. Zöllner, RWS Forum 8, s. 90, 97.

5 İsviçre hukukunda oy sözleşmelerinin önemi, halka açık ortaklıklar bakımından 1992 değişiklikleri ile kanuna sokulan açıklama yükümlülüğü nedeniyle ayrıca kendini göstermektedir. İBK m. 663c, borsaya kayıtlı ortaklıklarda %5'in üzerinde oya sahip olanların bilançonun ekinde bir liste ile açıklanmalarını şart koşmaktadır. Açıklanması gerekenler sadece %5'in üzerinde oya sahip olan paysahipleri değil. aynı zamanda bir oy sözleşmesi nedeniyle bu sınıra ulaşan paysahipleri gruplarıdır. Dolayısıyla oy sözleşmesinin ortaklık üzerindeki etkisi kanun tarafından açıkça tanınmış olmaktadır. Nobel. bu hükmün, ayrılık ilkesinin (perdeyi kaldırma durumu mevcut olmaksızın) delinmesi sonucunu doğurduğunu söylemektedir (Nobel. Börsengesellschaftsrecht. FS Bar, s. 305.)

6 Zöllner, RWS Forum 8, s. 97.

7 Noack, s. 101vd.; Zöllner, RWS Forum 8, s. 97; Westermann, Verhältnis, s. 18vd. 39. Winter, RWS Forum 8, s. 134; Röhrich, GroE.komm §23, 152.

özellikler taşıyan bir ortaklık olup bu ortaklık bakımından yapılan çıkarımların anonim ortaklıklar hukukuna aynen ak"tarılamayacağı belirtilmektedir⁸. Limited ortaklık ile anonim ortaklık arasındaki farklılık açısından yapılan eleştiri doğrudur ve bizzat yukarıdaki görüşü savunmakta olan bazı Alman yazarlarca da kabul edilmektedir⁹. Ancak şu noktaya işaret edilmelidir ki Alman hukukunda bu görüşlerin özellikle limited ortaklık çerçevesinde ileri sürülmesi, Almanya'da anonim ortaklığın değil limited ortaklığın yaygın olarak kullanılan ortaklık türü olması ve pay sahipleri sözleşmeleriyle ilgili sorunların hep limited ortaklıklarla ilgili olarak ortaya çıkmış olmasındandır. Oysa anonim ortaklıkların limited ortaklıklara nazaran fazla sayıda olduğu İsviçre'de pay sahipleri sözleşmeleri anonim ortaklıklar bakımından son derece yaygındır ve Almanya'da geniş anlamda ortaklık düzeni konusunda yapılan tespit İsviçre'de anonim ortaklıklar bakımından yapılmaktadır. İsviçre hukukunda pay sahipleri sözleşmelerinin ortaklık sahasındaki hukuki etkisini kesinlikle reddeden *Forstmoser* dahi, pay sahipleri sözleşmesinin ortaklık hayatındaki rolünü vurgularken sözleşmeyi "ayın karanlık yüzüne" benzetmektedir: üçüncü kişilerden gizlenen, ancak bütünün tamamını oluşturmak için gerekli olan yüz¹⁰. Diğer bir deyişle, ortaklık düzeni ancak esas sözleşme ile pay sahipleri sözleşmesinin bir arada ele alınmasıyla tam olarak anlaşılabilir¹¹.

Ayrıca bu sözleşmelerin geniş anlamda ortaklık düzeni içinde kabul edilmeleri, bunları derhal ve doğrudan doğruya ortaklığa! seviyeye çıkarmak, hükümlerinin ortaklık üzerinde doğrudan etkili olduğunu iddia etmek veya bunlara esas sözleşme benzeri bir etki tanımak anlamına gelmemektedir.

8 **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu) N.** 10□□-

9 Westermann, *Verhältnis*, s. 4□.

10 Forstmoser, *FS Schluep*, s. 369; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 39, N. 146.

11 Forstmoser, *FS Schluep*, s. 368; Glattfelder, s. □39a vd.

Burada yapılan tespit, bu sözleşme hükümlerinin örneğin yalnızca oy k'ullanımı gibi belirli alanlarla sınırlı kalmayıp, ortaklık düzenini bütünüyle ele alan, bazı hallerde bizzat ortaklığın kendisini sözleşmenin amaçlarını yerine getirmek için yaratılmış bir araç seviyesine indiren¹ ve bu nedenle ortaklık bakımından büyük önem taşıyan bir düzenleme olduğunun tespitidir. Sözleşme hükümlerinin düzenlediği konuların ortaklıklar hukuku sahasında yeralan düzenlemelerle örtüşme düzeyinin yüksek olduğu hallerde, hukuki değerlendirme bakımından yapılan borçlar hukuku - ortaklıklar hukuku sahası ayrımı, ortaklığın idaresi sırasında yapılmamaktadır. İşte pay sahipleri sözleşmesinin geniş anlamda ortaklık düzeninin bir parçası olduğunun tespiti, sözleşme hükümleri ile ortaklıklar hukuku sahasında yer alan düzenlemelerin çok büyük ölçüde birbiri içine geçtiğini ifade eder. Ancak bu tespitin yapılmış olması, uygulamada birbiri içine geçmiş bulunan bu düzenlemelerin hukuki açıdan da aynı etkileri doğurdukları sonucunu beraberinde getirmez. Geniş anlamda ortaklık düzeninin varlığını kabul, borçlar hukuku - ortaklıklar hukuku ayrımının yapaylaştığı ve hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabileceği noktaların araştırılabilmesi için bir kapı açmaktadır. Açılan bu kapıdan temkinli bir şekilde girilmesi ve sorunlara geniş bir açıyla çözüm aranmalıdır.

¹ Westermann, Verhältniss, s. 31, 39-40.

§3 ANONİM ORTAKLIKLAR HUKUKUNDA ALT TÜRLER KONUSUNDAKİ GELİŞMELER

I. GİRİŞ

Ticaret ortaklıklarında *num.erus clausus* (sınırlı sayı) ilkesi yürür. Diğer bir deyişle, bir ticaret ortaklığı kurmak isteyen kişiler, kanunun gösterdiği ortaklık tiplerinden birini seçmek zorundadırlar. Kanunkoyucu her ortaklık biçimini, belli bir amaca yönelik olarak, belli bir işlev görmek üzere ve keneli içinde bir bütün olarak düzenlemeye çalışmış ve bunu yaparken her ortaklık için bir örnek yapıyı ("*kanuni tipi*"²) esas almıştır.

¹ Bkz. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 2, N. 70, Koller, Typuslehre, s. 126vd., Ott, W. Die Problematik einer Typologie im Gesellschaftsrecht, dargestellt am Beispiel des schweizerischen Aktienrechts. Diss, Zurich, 1972. s. 87, Weber, SPR II/ 4, § 5 II As. 80:Tekinalp (Poroy/Çamoğlu) N. 165.

² Dar anlamda tip ve geniş anlamda tip (tür) kavramları için bkz. Tekinalp (Poroy/Çamoğlu) N. 165. Dar anlamda tip, kollektif, komandit, limited, anonim gibi sınırlı sayıda belirlenmiş olan ortaklık biçimleridir. Geniş anlamda tip ise, anılan ortaklıkların, kanunun izin verdiği ölçüde değişikliğe uğratılmasıyla ortaya çıkan çeşitli görünüş biçimleridir. Burada "tip" terimi, geniş anlamda ortaklık tipi bağlamında ve "kanuni tip", kanun koyucunun örnek aldığı, ancak uygulamada değiştirilebilecek olan ortaklık yapısını ifade etmek için kullanılmıştır.

Tip kavramı konusunda ayrıca, bkz. Koller, Typuslehre, s. 44vd. Ott. s. 22vd, v. Steiger, SPR VIII/1. §24, I. s. 302. Koller, tip teriminin, anonim, limited, komandit gibi kanuni ortaklık biçimleri için kullanılmasını yanlış bulur. Bu ortaklık biçimleri, kanunun kabul ettiği "kavram"lardır ve kavramın asgari unsurları mevcutsa, bu biçimde bir ortaklık mevcuttur. Kavramın asgari unsurları yok ise, böyle bir ortaklık zaten yoktur. Kanuni ortaklık biçimini anlatmak için tip terimi kullanılırsa, tipik/atipik ortaklıktan bahsetmek mümkün olmaz, zira asgari unsurlar mevcut değilse, kanunun öngördüğü ortaklık hiç bir şekilde varolamaz ki bunun tipik veya atipik olması varolsun. Koller, sadece kanunun belli bir ortaklık biçimini düzenlerken örnek aldığı ortaklık modelinin "tip" olarak anılması gerektiği görüşündedir (Typuslehre, s. 57). Böylece, belli bir ortaklık biçiminin (örn. anonim ortaklık) çeşitli görünüşleri (örn. kişiselleştirilmiş anonim ortaklık) atipik ortaklık olarak anılabilir. Bu açıdan bakıldığında, kavramı oluşturan unsurlar "hep ya da hiç" bulunması gereken özellikler iken, tipin unsurları "az çok" bulunabilecek özelliklerdir. Aynı görüşte: Ott, s. 22 vd; Forstmoser/Meier Hayoz/Nobel, § 2 N. 2.

Ekonomik hayattaki işlevi bakımından anonim ortaklık, (1) ortaklık işlemlerinden doğan sorumluluğun ortaklık malvarlığıyla sınırlandırılarak pay sahiplerinin ortaklık alacaklılarına karşı sorumsuz kılınması, (2) pay sahiplerinin şirkete karşı olan borçlarının sermaye ile sınırlandırılması ve (3) payların devredilebilir olması unsurlarına dayanarak küçük yatırımcıları özendirmek ve sermaye birikimini sağlamak amacıyla güder³. Bu amaca uygun olarak, ortaklıklar hukukumuzun mehzazını oluşturan İsviçre hukukunda anonim ortaklığın, sermayesi çok sayıda pay sahibine dağılmış büyük anonim ortaklık modeli göz önünde tutularak düzenlendiği kabul edilir⁴. Bu model, çok sayıda "anonim", yani isimsiz, kimliği ve kişiliği önem taşımayan, ortaklığı yönetme amacıyla değil kar amacıyla hareket eden pay sahibinin varlığına dayanır⁵. Pay sahibi, en önemli işlevi ortaklığa sermaye sağlamak olarak görülen, iradesini sınırlı ölçüde genel kurullarda kullanabilen, çoğunluk sisteminin getirilmiş olması ile bireysel veto hakkı kalmamış olan, kişi ortaklıklarındaki özden yönetimin yerini alan organsal yönetim nedeniyle yönetimde ancak dolaylı yoldan söz sahibi olan, denetim bakımından ise sahip olduğu bireysel haklar etkisiz bir şikayet hakkına ve dolaylı zararlardan ötürü sorumluluk davası açma hakkına indirgenmiş, şirketin işlerine ve hesaplarına yabancı tutulan bir yatırımcı niteliğindedir. Amaç, sorumluluğu ve

3 Aynı yönde, Bar, R. Grundprobleme des Minderheitenschutzes in der Al.-tiengesellschaft, ZBJV (95) 1959, 369, s. 387; Baudenbacher, BaslerKomm, Vorb. Art. 620, N. 10; v. Greyerz, SPR VIII/2, §1 il 1, s. 17; Meier Hayoz/Forstmoser, §16, N. 7-9; Siegwart, Einleitung, N. 6; Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), N. 441.

4 Baudenbacher, BaslerKomm, Vorb. Art. 620, N.9; Forstmoser/Meier Hayoz/Nobel, § 2, N 58; v. Greyerz, SPR VIII/2, §1 III 2, s. 37; Jaggi, P. Ungelöste Fragen des Aktienrechts, SAG 31(1958/59) 57, s. 65; Meier-Hayoz/Forstmoser, §16, N. 15; Siegwart, Einleitung N. 6, v. Steiger, SPR VIII/1, §24 I, s. 302-303; Botschaft 1983, N. 111. İsviçre'de hem 1936 hem de 1992 değişikliklerinin kapalı ortaklıkları da dikkate aldığı görüşünde, Böckli, N. 17a.

5 Bar, Aktuelle Fragen, s. 513-4.

borcu sınırlandırarak riski asgaride tutmak, böylece paya yatırım yapılmasını cazip hale getirmek ve bu yolla sermaye birikimini sağlamak-tır. Payscale, üçüncü kişiye karşı sorumluluğunun sıfırlanıp ortaklığa karşı borçlarının sermaye ile sınırlandırılması karşılığında, yönetime yabancılaştırılmıştır. Böylece paysahipliği, hamiline dahi yazılı olabilecek bir senede bağlanarak elden ele tedavül edebilen bir ekonomik değer haline getirilmiştir.

Kanuni tip bu olmakla beraber, bu tipin sınırlarını kesin olarak çizmek güçtür. Kanuni tip kanunda açıkça tarif edilmedikten başka, kanunun belli bir ortaklık modelini gözönünde tuttuğu kabul edilse bile, aynı zamanda bu ortaklıktan sapmalara da izin verdiği ve paysahibi sayısı, sermayenin ve işletmenin büyüklüğü gibi kriterlere göre yer yer büyük, yer yer küçük ortaklıklar için özel hükümler getirdiği yadsınmamaktadır⁶. Örneğin 5 kişi ile anonim ortaklık kurulabilmesi (TK '2,77), bağlı nama yazılı pay tesisi yoluyla pay devrinin kısıtlanabilmesi (TK 418), tüm paysahiplerinin hazır olduğu genel kurulda çağrı işlemlerinden kaçınılabilmesi (TK 370), yönetim kurulu kararlarının, toplantı yapılmaksızın teklifin elden dolaştırılarak onaylanması yoluyla alınabilmesi (TK 330), murakıpların şirket kasasını bizzat teftiş etmeleri (TK 353 I 3-4) gibi hükümler küçük anonim ortaklık yapısına daha uygun gözükten hükümlerdir.

Nitekim uygulamada yalnızca kanuni tipe sadık kalınmamış, tam tersine çok sayıda "atipik", kişiselleştirilmiş, diğer bir deyişle paysahiplerinin kişiliğinin önem kazandığı anonim ortaklık kurulmuştur⁷. Bu tür ortaklıklar sermaye birikimi amacına hizmet etmekten çok özel malvarlığı oluşturabilme ve

⁶ Böckli, N. 15: Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § Z, N. 6z; Meier Hayoz/Forstmoser, §16, N. 15: v. Steiger, SPR VIII/1, §z4 II, s.305, Weber, SPRII/4, §5 III B, s. 84: Botschaft 1983, 747

⁷ Böckli, N. 11: Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § z. N. 58:v. Greyerz, SPRVIII §1 I 3. s. 14, III 1, s. 37: Botschaft 1983, 747Vd, Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), N. 473.

böylece sorumluluğu sınırlandırma imkanından faydalanırlar⁸. Atipik ortaklıklar. anonim ortaklık modeline ihtiyaç duymasa da bu modelde seçmiş olan az sayıda pay sahibini biraraya getiren, düşük miktarda sermayeyle çalışan küçük ölçekli ortaklıklar olabildiği gibi, az sayıda ancak büyük sermayeye hükmeden pay sahibinin biraraya gelerek kurduğu ortaklıklar da olabilir⁹. Atipik ortaklıkların karakteristik özelliği, pay sahibinin isimsiz bir parasal kaynak olmaktan çıkıp ortaklığın kaderi ile yakından ilgilenmesidir. Pay sahibinin tüm yatırımını veya birikiminin önemli bir kısmını bir ortaklığa bağlayan ve işi bizzat yürütmek arzusunda olan bir girişimci olması, rekabet ortamı nedeniyle birkaç sermayedarın biraraya gelerek iş yapmak zorunda kalmaları sonucunda bir güç dengesi oluşturma ihtiyacı, hatta halka açık anonim ortaklıklarda payların halka arz edilmemiş kısmına sahip olan az sayıda pay sahibinin gerçek yönetim gücünü ellerinde tutmaları gibi çeşitli unsurlar, kanuni anonim ortaklık modelinde öngörülen, "sorumluluğu ve borcu sınırlandırılmış, buna karşılık yönetime yabancılaştırılmış pay sahibi" dengesinin bir tarafını bozmaktadır.

İsviçre-Türk hukukunda anonim ortaklık modeli, kişiselleştirilmiş/kapalı ortaklıklara da hizmet edecek esneklikte¹⁰, ancak bu esneklik sınırlıdır. İşte kanunun izin vermediği

⁸ Baudenhacher, BaslerKom.m, Vorb. Art 620 N. 10; v. Greyerz, SPR VIII/2, §1 II 2, s. 18; Jaggi, Ungelöste Fragen, s. 66.

⁹ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 62, N. 15; Jaggi, Ungelöste Fragen, s. 66. Nitekim İsviçre'de 1991 yılında yayınlanan ve borsaya kayıtlı 114 anonim ortaklık üzerinde yapılan bir incelemeye göre bu ortaklıklardan 75'inin büyük pay sahiplerinin hakimiyeti altında olduğu ortaya çıkmıştır. (Forstmoser/Meier Hayoz/Nobel. § 2 N. 20 dnp. 8 atfıyla: Kaufmann/Kuntz: Besitzverhältnisse von Schweizer Aktien. Studie der Bank Bar, Zürich 1991, s. 3).

¹⁰ Baudenhacher, BaslerKom.m, Vorb. Art. 620 N. 9; Böckli, N. 12, Forstmoser, Die Vinkulierung: ein Mittel zur Sicherstellung der Unterwerfung unter Aktionärsbindungsverträge?, FS Bar, 1998, 89, s. 90; Forstmoser/Meier/Hayoz/Nobel, § 2, N. 35; Jaggi. Ungelöste Fragen. 67; Weber, SPR II/4, §5 III B, s. 84.

hallerde, ortaklığın arzu edilen yapıya uydurulmasında kullanılan yollardan biri paysahipleri sözleşmeleridir¹¹.

Anonim ortaklıklarda "kanun ve gerçeklik"¹² arasındaki büyük farkın hukukçular tarafından nasıl değerlendirildiğini ve çözümlendiğini araştıran Jaggi, bu konuda iki gözlemde bulunmaktadır¹³: İlk olarak, anonim ortaklığın kanuni tipi ve gerçek yapısı arasındaki fark ne derece büyük olursa olsun, asgari şekil şartlarının yerine getirilip sicile tescilin gerçekleşmesi ile birlikte bir anonim ortaklık bulunduğu "varsayım" ("fiktion") kabul edilmektedir. İkinci olarak da *sözleşme özgürlüğü* yardımıyla paysahiplerinin anonim ortaklık dışında ilişkilerini geçerli olarak düzenlemelerine, bu düzen anonim ortaklığın kanuni düzenini etkisiz bırakma amacı gütsen bile, izin verilmektedir. Diğer bir deyişle, şekli olarak anonim ortaklık hukukunun kurallarına uyulduğu ve anonim ortaklık ile sözleşme hukuku ayrı dünyalar halinde kaldığı sürece anonim ortaklığın gerçek yüzü ile kanuni resmi arasındaki farka göz yumulmaktadır.

Paysahipleri sözleşmelerinin anonim ortaklığı kanuni modelden uzaklaştıran bir etki yaratması akla şu soruyu getirmektedir: Acaba paysahipleri sözleşmelerinin akdedilmesi anonim ortaklığın amaç dışı kullanımını mı ifade eder, yoksa anonim ortaklık kanuni tipi yeterince özgürlük içermemekte ve ihtiyaçlara cevap vermemekte midir?

Anonim ortaklıklar hukukunda irade özgürlüğünün boyutları ve anonim ortaklık hukuki düzeninin uygulamadaki ihtiyaçlara cevap verip vermediği sorunu son yıllarda giderek önem

11 Baudenbacher. BaslerKomm, Vorb. Art. 620. N. 9; Jaggi. Ungelöste Fragen, 67; Weber, SPR II/4, §5111 C, s. 85.

12 Jaggi. Ungelöste Fragen. s. 65.

13 Jaggi, Ungelöste Fragen, s. 68.

kazanan bir tartışma konusu olmuştur¹⁴. Sonın, geniş paydaş çevresine sahip anonim ortaklıklarla kapalı/kişiselleştirilmiş anonim ortaklıklar için farklı düzenlemeler getirilmesine ihtiyaç olup olmadığıdır¹⁵.

Konu çeşitli Kara Avrupası hül'liklerinde ele alınmakta ve anonim ortaklık tipinde değişiklikler yaratan, çeşitli anonim ortaklık alt türleri (sınıfları) doğuran düzenlemeler kabul edilmektedir. Paysahipleri sözleşmesi ile getirilen düzenlemelerin anonim ortaklık tipi ile ne dereceye kadar bağdaşabileceği konusunda ileride sözleşme hükümleri bazında yapılacak incelemeye geçmeden önce, soruna daha geniş bir pencereden bakmak ve çeşitli Kara Avrupası sistemlerinde anonim ortaklık tipi ile ilgili yapısal gelişmeleri görmek uygun olur.

İL. ORTAKLIKLAR HUKUKUNDA ANONİM ORTAKLIK ALT TÜRLERİ İLE İLGİLİ GELİŞMELER

A. İsviçre Hukuku

İsviçre'de, küçük ölçekli işletmeler için tasarlanmış olan limited ortaklık biçimi talep görmemiş, onun yerine düşük sermayeli, az paydaşlı çok sayıda anonim ortaklık kurulmuştur. Bu nedenle, 1975 yılından beri, küçük ve büyük anonim ortaklıklar için farklı ortaklık biçimlerinin kabulüne ihtiyaç olup olmadığı sorusu sorulmaktadır¹⁶. 199□ yılında anonim ortaklıklar hukukunda yapılan değişikliklerde bu soru cevaplandırılmamıştır¹⁷. Anılan değişikliklerde, anonim ortaklık

14 Bu konuda son yıllarda yapılan tartışmaların toplu olarak yer aldığı iki eser: Lutter/Wiedemann (Her.), *Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht*, Berlin 1998; Roth (Her.), *Das System der Kapitalgesellschaften im Umbruch - ein internationaler Vergleich*, Köln 1990.

15 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel. § □. N. 60.

16 Groupe de Reflexion - Rapport Final, s. □1.

17 Groupe de Reflexion - Rapport Final, s. □1.

hukukunun bütünlüğü ilkesine sadık kalınmış, anonim ortaklık alt türleri ayrı ayrı düzenlenmek yoluna gidilmemiş¹⁸, buna karşılık büyük anonim ortaklıklar için bazı özel hükümler (grup şirketler için özel muhasebe kuralları, açıklama yükümleri, bağlam olanağının kısıtlanması gibi¹⁹) kabul edilmiştir²⁰. Ancak 1991 değişikliklerinden sonra, çeşitli diğer taleplerin yanısıra, küçük ve orta ölçekli anonim ortaklıkların ayrı bir alt tür olarak tarif edilmesi konusunda taleplerin ortaya çıkması üzerine, 1991 değişikliklerini gözden geçirmek ve yeni değişikliklere ihtiyaç olup olmadığını belirlemek üzere bir komisyon oluşturulmuştur²¹. Anılan komisyon, küçük ve orta ölçekli anonim ortaklıklar için özel bir ortaklık biçimine duyulan gereksinimi haklı görmekle beraber, mevcut anonim ortaklık hukukunun küçük ve orta ölçekli ortaklıklar tarafından da kullanılabilir derecede esnek olduğu²², yeni bir anonim ortaklık türü yaratılsa bile, bunun da anonim ortaklık hukukunun temel ilkelerine sadık kalması gerekeceği ve kanunda tekrarlardan kaçınılamayacağı, küçük / büyük anonim ortaklık arasında bir sınır çizmenin güç olduğu ve bu nedenlerle mevcut anonim ortaklık formuna gerçek bir alternatif oluşturacak yeni bir ortaklık türü yaratmanın mümkün görülmediği gerekçeleriyle, yeni bir ortaklık türü kabul edilmesi teklifini reddetmiştir²³. Buna karşılık, komisyon, mevcut anonim ortaklık hukukunda, küçük ve orta ölçekli ortaklıkların belirli gereksinimlerine

18 Forstmoser/Meier-Hayo71Nobel. § 2. N. 6ı.

19 Bkz. Böckli. N. 15vd.

20 Bu nedenle "anonim ortaklık hukukunun bütünlüğü" nün sözkonusu olmadığını, yalnızca küçük ve büyük ortaklıklara yönelik "farklılıklar içeren bir temel düzenleme" nin varlığından bahsedilebileceği görüşünde: Böckli N. 12. Ayru yönde, Groupe de reflexion - Rapport Final. 3.3.1. s.25. 3-4-1. s. 28.

21 1993 yılında Arnold Koller tarafından. Heinrich Koller başkanlığında oluşturulan "Groupe de reflexion" komisyonu.

22 Aynı görüşte: Böckli, N. 16.

23 Groupe de Reflexion - Rapport Final, 3.2, s. 24. 26. Bu görüşü destekleyen: Böckli. N. 18.

cevap verecek özel düzenlemeler getirilmesinin daha uygun olacağını belirtmiştir²⁴.

Anılan komisyon, *paysahipleri sözleşmelerinin kanunda düzenlenmesinin uygun olup olmayacağı* sorusuna da cevap aramıştır. İsviçre'de son olarak tartışılan kanun değişikliği teklifleri arasında paysahipleri sözleşmelerini düzenleyen bir 695a maddesi yer almıştı²⁵. Madde, bu sözleşmelerin bir adi ortaklık şeklinde ve anonim ortaklığın süresi boyunca geçerli olmak üzere düzenlenebileceklerini²⁶ ve sözleşme taraflarının istedikleri zaman mahkemeden adi ortaklığın haklı sebeple feshini talep edebileceklerini öngörmekteydi. Teklif, kanunun küçük ve orta ölçekli anonim ortaklıkların ihtiyaçlarına cevap vermediği ve bu ortaklıklar bakımından paysahipleri sözleşmelerinin adeta kural haline geldiği varsayımından ve bu sözleşmelerin, yönetimin sağlamlaştırılması, azlığın korunması, şirketin ailesel yapısının devam ettirilmesi gibi pek çok ekonomik amaca hizmet ettiği görüşünden hareketle, konunun hukuken tartışmalı olan yanlarının kanuni olarak düzenlenmesini amaçlıyordu²⁷. Bu sözleşmelerin tabi olduğu hukuki sistemin

24 Groupe de Reflexion - Rapport Final, 3.3, .s. 25vd, s. 27.

25 Forstmoser/Hirsch tarafından getirilen teklif (Forstmoser/Hirsch. Der Entwurf zur Revision des Aktienrechts, Einige konkrete Vorschläge, **SAG** 57. 1985, 29 s. 33): Kenar Başlık: "Paysahipleri Arasındaki Sözleşmeler" m. 695a: "Paysahipleri arasında, özellikle oy hakkının kullanılmasını, payın devrinin kısıtlanmasını ve ortaklık lehine taahhütler üstlenilmesini konu alan sözleşmeler, bir adi ortaklık biçiminde ve anonim ortaklığın varlığını devam ettirdiği süre için, geçerli olarak akdedilebilir. Bu halde her paysahibi her zaman mahkemeden adi ortaklığın haklı sebeple sona erdirilmesini talep etme imkanına sahiptir." (*Verträge unter Aktionären - Art. 695a, Verträge unter Aktionären, insbesondere betreffend die Ausübung des Stimmrechts, die Beschränkung der Verausserung der Aktien und die Überenahme von Verpflichtungen im Interesse der Gesellschaft, können gültig in der Form einer einfachen Gesellschaft und für die Dauer des Bestehens der Aktiengesellschaft abgeschlossen werden. In diesem Fall hat jeder Gesellschafter die Möglichkeit, jederzeit beim Richter die Auflösung der einfachen Gesellschaft aus wichtigen Gründen zu verlangen*.)

26 Sözleşmenin anonim ortaklığın devamı müddeti için akdedilmesi hususunda bkz. §8 II 6.

27 Bulletin officiel du Conseil National, 1985. s. 1763.

sakıncalı görünen yanlarından biri, genellikle bir adi ortaklık biçiminde düzenlenen sözleşmenin 6 aylık feshi ihbar süresi ile her zaman feshedilebilmesi imkanının bulunması (OR 545-546 = BK 535-536) ve bu imkanın uzun süreli olarak öngörülen sözleşmenin amacına ters düştüğü idiz⁸. Diğer yandan sözleşme anonim ortaklığın devamı süresince geçerli olmak üzere de akdedilemiyordu zira tüzel kişi -genellikle- süresiz olarak kurulduğundan, paysahipleri sözleşmesi de sonsuza dek akdedilmiş bir sözleşme oluyor ve kişilik haklarına aykırılık engeli ile karşılaşıyordu⁹. Böylece teklif, bu iki sorunu halletmeyi amaçlamış, bir yandan sözleşmenin anonim ortaklık süresi boyunca akdedilebileceğini kabul etmiş, diğer yandan da 6 aylık feshi ihbar süresi ile feshetme imkanı yerine haklı sebeple fesih imkanını tanıyarak, sözleşmenin devamı amacı ile ortaklığın çözülmesini sağlayabilme hakkı arasında bir denge kurmaya çalışmıştır³⁰.

Ancak anılan teklif kabul edilmemiştir³¹. Teklife karşı getirilen gerekçeler, sözleşmenin anonim ortaklığın süresi boyunca akdedilebilmesinin kişilik haklarına aykırı olacağı ve hukuk sisteminin buna izin veremeyeceği, kaldı ki ticaret hayatında şartların çabuk değişmesinin bu sözleşmelerin çok uzun süreli akdedilmesini hatalı bir seçim haline getirebileceği, teklifte sözleşmelerin yalnızca adi ortaklık biçiminde düzenlenebileceğinin öngörüldüğü ve bunun sözleşme özgürlüğünü kısıtladığı, uygulamada bu sözleşmelerle ilgili sorun çıksa bile bunun çözülmesinin yine uygulamaya ve içtihatlarla bırakılması gerektiği ve hukuk politikası olarak her hususun kanunla düzenlenemeyeceğidir^{3z}.

z8 Bulletin officiel du Conseil National, 1985, s. 1763.

z9 Bulletin officiel du Conseil National. 1985. s. 1763.

30 Bulletin officiel du Conseil National, 1985, s. 1763-1764; Forstmoser / Hürsch (SAG 1985) s. 33.

31 Teklif İsviçre ulusal meclisinde 41 olumlu oya karşı 48 olumsuz oy ile reddedilmiştir. (Bulletin officiel du Conseil National, 1985. s. 1765).

3z a.e., s. 1764-1765.

Kanun değişikliklerini gözden geçiren Komisyon, anılan 695a maddesi teklifinin reddi kararının isabetini de incelemiş ve kararın yerindeliği sonucuna varmıştır³³. Şöyle ki komisyon, anılan sözleşmelerin içeriğinin çeşitliliği nedeniyle tek tip düzenleme getirilmesinin güç olacağı, kanunda yeralacak bir düzenlemenin adeta ortaklığın da bu sözleşmelerle bağlı olduğu izlenimini doğuracağı, oysa paysahipliği arasında yapılan hu sözleşmelerin ortaklık üzerinde etkisinin bulunmadığı ve kanunda yeralacak bir hukuki düzenlemenin hukuki güvenliği artırıcı etki doğurmak pahasına sözleşme serbestisini azaltacağı gerekçeleri ile paysahipleri sözleşmelerinin kanunda düzenlenmesi fikrini uygun bulmamıştır³⁴.

Böylece İsviçre'de küçük ve orta ölçekli anonim ortaklıkların ihtiyaçları mevcut sisteme getirilen özel hükümlerle çözülmeye çalışılmış ve paysahipleri sözleşmesinin kanunla düzenlenmesi gereksiz bulunmuş olmaktadır.

B. Alman Hukuku

Almanya'da ortaklıkların dağılımı İsviçre'dekinin tam tersidir. Şöyle ki, Almanya'da ekonomik hayata egemen olan ortaklık biçimi limited ortaklıktır (GmbH). Anonim ortaklık az sayıda bulunmaktadır ve yalnızca büyük ölçekli işletmelerce tercih edilmiştir³⁵. Alman anonim ortaklığı, halka açık ortaklıklar için

33 Groupe de Reflexion - Rapport Final, 3-4-□.b. s. 30vd.

34 Groupe de Reflexion - Rapport Final. 3-4-□.b. s. 31-3□. Getirilen teklife yöneltilen diğer eleştiriler şöyledir, Teklif, paysahipleri sözleşmesinin tanımını yapmamakta ve sınırlarını çizmemektedir; sözleşmenin süresinin anonim ortaklığın süresine bir tutulması konusundaki tartışma henüz çözümlenmemiştir ve sözleşmenin böyle belirsiz ve uzun süre için bağitlanabilmesi uygun görülmemektedir; teklif sözleşme ile oluşan adi ortaklığın haklı nedenle feshini öngörmekte. ancak adi ortaklık feshedilmeden paysahibinin ortaklıktan ayrılması imkanını düzenlememektedir (Böckli. ZBJV1993, s.478vd). Ayrıca bkz. Böckli, N. 17 dpn. 66. N. 1436vd.

35 1994 yılı itibariyle Almanya'da, yaklaşık 500.000 limited ortaklık (GrnbH). buna karşılık 3000 anonim ortaklık bulunmaktadır ve anonim ortaklıkların 679'u borsaya kayıtlıdır, Seibert, U. Gesetzentwurf, Kleine AG und Aktienrechtsderegulierung, ZIP 1994, □47• s.□48.

ve büyük işletmeler için düşünülmüştür³⁶. Kanunun alacaklıları, yatırımcıyı (küçüle paysahibini) ve işçileri korumaya ve kamuya açıklığı sağlamaya yönelik hükümleri, anonim ortaklığı karmaşık, idaresi güç, pahalı ve esnek olmayan bir ortaklık türü yapmıştır³⁷.

Anonim ortaklığın paysahiplerinin arzusuna göre düzenlenmesi konusunda en büyük sınırlamalardan birini getiren hüküm, Alman Paylı Ortaklıklar Kanununun (AktG) § 3 V hükmüdür³⁸. Bu hükme göre, (1) esas sözleşmenin kanuni düzenlemeden farklı bir düzenleme getirmesi ancak kanunda buna açıkça izin verilmesi halinde mümkündür ve (2) kanunda öngörülen düzenlemeyi tamamlayıcı/ilave ("*erganzend*") esas sözleşme hükümleri ancak kanuni düzenlemenin sınırlarıyla nihai ("*abschließend*") olmaması halinde kabul edilebilir. Böylece hükmün, kanunun tüm hükümlerini, lafzı, içeriği, amacı ve mantığı ne olursa olsun emredici hale getirdiği söylenmektedir³⁹. Kanundakinden değişik bir düzenlemenin kabulü için kanunun açıkça buna müsaade etmiş olması gerekir. Esas sözleşmenin kanunu tamamlaması ise, bir konunun kanunda

36 Haln. J. "Kleine AG", eine rechtspolitische Idee zum unternehmerischen Erfolg, DB1994, s. 1659; Hommelhof, P. Jetzt die "Kleine" und dann noch eine "Anleger AG", in: Reformbedarf im Aktienrecht, Semler, J. (hrsg.), ZGR Sonderheft 10. Walter de Gruyter, Berlin, 1994, 65, s. 66; Seibert, s. 48.

37 Hommelhof, ZGR Sonderheft 10. s. 66-67.

38 § 3 V AktG: "*Die Satzung kann von den Vorschriften des Gesetzes nur abweichen, wenn es ausdrücklich zugelassen ist. Ergänzende Bestimmungen der Satzung sind zulässig, es sei denn, daß, dieses Gesetz eine abschließende Regelung enthält.*"

İngilizce çeviri (Schneider/Heidenhain, The German Stock Corporation Act, Beck, München 1996) "*The articles may make different provisions from the provisions of this Act, only if this Act explicitly so permits. The articles may contain additional provisions, except as to matters that are conclusively dealt with in this Act.*"

Türkçe çeviri: (yazarın serbest çevirisi) "*Esas sözleşme, işbu Kanunhükümlerinden, ancak Kanunun buna açıkça izin verdiği hallerde ayrılabilir. Esas sözleşme, Kanundaki düzenlemenin nihai olmadığı hallerde tamamlayıcı hükümler içerebilir.*"

39 Getler, E. Bedeutung und Auslegung des § 3 Abs. 5 AktG, Festschrift für Martin Luther zum 70. Geburtstag, München 1976, 69, s. 70; Röhrich, GroKomm, § 3N. 167.

hiç bir şekilde düzenlenmemiş olması halinde yapılabilir. Bir hususun kanunda hiç düzenlenmemiş olmasının olumsuzluk anlamına da gelebileceği ve bu nedenle esas sözleşmede bu konuda farklı düzenleme yapılmasının mümkün olmayabileceği görüşü: 19n azınlıkta kalmıştır. Hakim fikir, kanunun sessiz kaldığı konularda tarafların serbestçe düzenleme yapabileceği ve kanunun hiç değinmediği bir hususun taraflarca "değiştirilmesinin" mümkün olmadığı görüşünü savunur⁴⁰. Bununla birlikte, bir konunun bazı yönlerinin kanunda düzenlenmiş olup bazı yönlerinin açıkta bırakılması halinde, olumsuz kanun boşluğu bulunabilir^{40a}. Öte yandan, esas sözleşmenin kanunu tamamlaması, kanunun düzenlediği bir hususun, kanundakinden farklı bir hukuki sonuç doğmasına yol açmayacak şekilde somutlaştırılması şeklinde de gerçekleştirilebilir⁴¹.

AktG § 3 V hükmü bazı yazarlarca Alman anonim ortaklığının kanuni modeli olan halka açık ortaklıkların gerektirdiği hukuk güvenliğini sağladığı ve yatırımcıyı korumak yönünde olumlu bir rol oynadığı için isabetli bir hüküm olarak görülür⁴². Zira hemen hemen standart bir esas sözleşme, standart bir ortaklık rejimi yaratacak ve bu da yatırımcıyı sürprizlerden koruyarak payın devredilebilirliğini artıracaktır⁴³. Oysa ortaklığın standart bir rejime sahip olması çabası, başka yollarla, özellikle de pay sahipleri sözleşmeleriyle aşılmaktadır⁴⁴. Dolayısıyla, esas

39a Mertens. KölnKomm, vorb. § 76 N.8.

40 GeE.ler, FS Luther, s. 73; Kraft, KölnKomm, § 3 N. 83; Luther, M. § 3 Abs. (s) AktG. im Spannungsfeld von Gesetz, Satzung und Einzelentscheidungen der Organe der Aktiengesellschaft, Freundesgabe für Hans Hengeler zum 70. Geburtstag. Berlin 1972, 166, s. 171; Röhrich, Grol!,komm, § 23 N.187.

40a GeE.ler. FS Luther, s. 74.

41 GeE.ler, FS Luther, s. 76.

42 Grünwald, GesR, 2C N. 15, s. 33-33; Röhrich, Grol!,komm, § 3 N.165.

4,3 Eckardt, (GeE.ler AktG) § 23 N. 106.

44 Hirte, H. Die aktienrechtliche Satzungsstrenge: Kapitalmarkt und sonstige Legitimationen versus Gestaltungsfreiheit, Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht ZGR Sonderheft 13, Walter de Gruyter, Berlin 1998, 61, s. 69; Mertens,

sözleşme serbestisini kısıtlayan AktG §Z3 V hükmü, bu kısıtlanmanın diğer yollarla aşıldığı⁴⁵, sermaye piyasası açısından amaçlanan korumayı sağlamadığı⁴⁶ buna karşılık serbest piyasa ekonomisinin gerektirdiği yaratıcılığı ve çözüm üretebilme imkanım sınırladığı⁴⁷, ve fazlasıyla bürokratik ve katı olduğu⁴⁸ gerekçeleriyle eleştirilmektedir. Özellikle hükmün, halka açık ve kapalı ortaklıklar arasında bir ayırım yapmadan tüm anonim ortaklıklarda esas sözleşme serbestisini sınırlamış olması eleştiri konusudur⁴⁹. Hatta §Z3'ün getirdiği bu kısıtlama, Almanya'da diğer gelişmiş ülkelere kıyasla az sayıda anonim ortaklık kurulmuş olmasının sebeplerinden birisi olarak görülmektedir⁵⁰.

Anonim ortaklık sayısının azlığının Alman ekonomisinin gelişimini engellediği düşünüldüğünden⁵¹, anonim ortaklığın

Satzungs- und Organisationsautonomie im Aktien- und Konzernrecht, ZGR 1994. 426. s. 433

45 Hirte, s. 65vd.,

46 Hirte, s. 71vd. 79.

47 Mertens, ZGR 1994 s. 428.

48 Hopt, K.J. Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht in Europa, Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht. ZGR Sonderheft 13. 1998, 126, s. 144-145; Hommelhof. ZGR Sonderheft 12. s. 66; Mertens, ZGR 1994. s. 427 vd.

49 Hopt, Gestaltungsfreiheit, s. 144.

50 Albach/Corte/Friedewald/Lutter/Richter, Deregulierung des Aktienrechts: Das Drei- Stufen-Modell, Verlag Bertelsmann Stiftung Gütersloh 1988, s. 32; Eisenhardt, U. Gesellschaftsrecht, 7. auf. 1996 N. 484; Hommelhof, ZGR Sonderheft 12, s. 66.

51 Almanya'da özellikle işletmelerin sahip olduğu özsermayenin yetersiz olduğu (*CEEigenkapitallacke*) ve bunun güçlendirilmesinin yolunun, payların devredilebilirliği kolaylaştırılarak, orta ölçekli işletmelerce kurulan şirketlerin paylarının halka satılması olduğu düşünülmektedir. Bu nedenle başlangıçta limited ve komandit ortaklıklarda pay devrinin kolaylaştırılması (örneğin limited ortaklık payının senede bağlanmasına izin verilmesi) fikri ortaya atılmış, ancak paylar daha kolay devredilir olunca yatırımcının korunması için ek tedbirler alınması gerekeceği düşünülerek, limited ve komandit ortaklık hukukunu daha karmaşık ve bürokratik hale getirmek yerine anonim ortaklık hukukunu sadeleştirmek ve orta ölçekli işletmelerce de tercih edilebilecek bir ortaklık haline dönüştürmek yoluna gidilmiştir (Claussen. C. Kleine Kapitalgesellschaften und der Zugang zum Kapitalmarkt, ZHR 153. 1989, s. 216vd.; Hahn, DB 1994, s. 1659vd).

yapısında, uygulamanın gereksinimlerine cevap verici ve ekonomik gelişmenin hızlanmasını sağlayıcı değişikliklere gidilmiştir. Değişiklik teklifleri iki ayrı yöntem benimsemiştir: (1) Kapalı bir paydaş çevresine sahip, irade özerkliğine geniş yer verilen, payların devredilebilir olduğu ancak halka açılmanın mümkün olmadığı sadeleştirilmiş bir kapalı anonim ortaklık biçiminin kabulü⁵², (□) yeni bir ortaklık biçimi yaratmadan, mevcut anonim ortaklık kurallarında orta ölçekli işletmelere yönelik değişiklikler yapılması ve bunlar için genel kurulun toplanması, karar alma prosedürü gibi bazı usulleri sadeleştiren, esas sözleşme özgürlüğünü artıran, kamuya açıklığın zorunlu kılındığı halleri azaltan özel kuralların kabulü⁵³. Sonuç olarak, ikinci yöntem seçilmiş ve 1994 yılında "küçük anonim ortaklık" (*kleine Aktiengesellschaft*) kavramı kabul edilmiştir⁵⁴.

Küçük anonim ortaklık, yeni bir ortaklık biçimi değildir⁵⁵. Bu kavramı getiren kanun, bir yandan bazı anonim ortaklıklar hukuku kurallarını tüm anonim ortaklıklara uygulanacak şekilde sadeleştirmiş, diğer yandan da halka açık olan ve olmayan anonim ortaklıklar ayrımı gözeterek, evvelce tüm anonim ortaklıklar bakımından geçerli olan bazı kuralları, halka açık olmayan anonim ortaklıklar bakımından ihtiyari hale getirmiştir. Bu anlamda bakıldığında Alman anonim ortaklıklar hukukunun sadeleştirilmesive esnekleştirilmesi çabaları sonucu 1994'te getirilen küçük anonim ortaklık kavramı ile, halka

52 Albach vd., *Das Drei-Stufen-Modell*, s. 31 vd. Bu model Avrupa hukukunda tartışılmakta olan "Avrupa kapalı ortaklığı" teklifi ve Fransız basitleştirilmiş paylı ortaklık modeli ile benzeşmektedir (anıtlar aşağıda tanıtılmıştır).

53 Seibert, s. 248.

54 2.8.1994 tarihli "*Gesetz für kleine Aktiengesellschaften und zur Deregulierung des Aktiengesetzes*" ("Küçük Anonim Ortaklıklar ve Anonim Ortaklık Kanununun Kurallardan Arındırılması Hakkında Kanun") BGBl I. S. 1961. Gerekçeli kanun tasarısı ZIP 1994 s. 249 vd'da yayınlanmıştır.

55 Eisenhardt, N. 484; Schmidt, *GesR*, § 26 III 2 b (s. 772).

açık olmayıp paysahibi sayısı da az olan anonim ortaklıkların kastedildiği söylenebilir. Yoksa küçük anonim ortaklık kavramının, özellikle Alman bilanço hukuku bakımından geçerli olan ve anonim ortaklığın bilanço değeri, ciro miktarı ve işçi sayısına göre küçük, orta veya büyük sınıfına sokulması anlamında (HGB §67) küçük anonim ortaklık ile ilgisi olmadığına işaret edilmelidir⁵⁶.

Getirilen düzenlemelerden bazıları şöyledir:

- Anonim ortaklığın en az beş paysahibi yerine tek paysahibi ile kurulabilmesi imkanı (AktG §) kabul edilmiştir.

- Payların senede bağlanmasını talep hakkının bir müktesep paysahipliği hakkı olup olmadığı konusundaki tartışmaya son verilerek esas sözleşme ile payların senede bağlanmaya - çağının öngörülmesi mümkün kılınmıştır (AktG §10 V). Bu imkanın, payları borsalarda elektronik ortamda tedavül eden halka açık anonim ortaklıklar bakımından da faydalı olacağı düşünülmüştür⁵⁷.

- Küçük ortaklıklar bakımından genel kurul çağrı usulünü kolaylaştıracak bir gelişme, paysahiplerinin ismen tanındığı hallerde (hisse senetleri ister nama ister hamiline yazılı olsun)⁵⁸, ticaret sicil gazetesinde ilan yoluyla çağrı yerine mektup yoluyla çağrıya izin verilmesidir (AktG §11 IV). Ayrıca, genel kurul çağrı usulünün halka açık ortaklıklar dikkate alınarak hazırlandığı ve bu usule uyulmasının kapalı ortaklık-

56 Schmidt, GesR. § 26 III 2 b (s. 772); §29 IV 1 d (s. 910).

57 ZIP1994, s. 249; Halm, DB 1994. s. 1663.

58 Gereçede, hisse senetlerinin türünün, paysahiplerinin kimliğinin bilinip bilinmemesi hususundan bağımsız olduğu belirtilerek, hisse senetleri hamiline bile olsa, hem paysahibi sayısının azlığı hem de paysahipleri arasında yapılan sözleşmelerde yer alan devralma hakları gibi hükümler nedeniyle paysahibi değişikliğinden haberdar olunma imkanının bulunabileceği gerekçeleriyle toplantıdaki çağrı usulünden feragat imkanı, nama yazılı senetlerle sınırlandırılmamıştır (ZIP 1994, s. 251).

larda gereksiz bir bürokrasi yarattığı konusundaki şikayetlere de kulak verilmiştir⁵⁹. Bunun sonucunda, tüm pay sahiplerinin şahsen veya temsilen bir genel kurul toplantısına katılması halinde ve pay sahiplerinden hiçbiri itiraz etmediği takdirde, çağTı usullerinin hiçbirine uyulmadan ve bu arada gündemin önceden duyurulması zorunluluğuna tabi olmadan karar alınması mümkün hale getirilmiştir (AktG §1□1 VI). Ayrıca genel kurul kararlarının noter tasdikinden geçirilmesi zorunluluğu, payları borsaya kayıtlı olmayan ortaklıklarda, karar nisabı dörtte üçten az olan hususlarda alınacak kararlar bakımından kaldırılmıştır (AktG §130 I). Bu kararların gözetim kurulu başkanı tarafından imzalanması yeterli hale getirilmiştir.

- Nakdi sermaye artırımlarında rüçhan hakkının sınırlandırılması bakımından, özellikle artırımın sermayenin onda birini geçmemesi ve payların ihraç değerinin borsa değerinden esaslı oranda düşük olmaması halinde rüçhan hakkının kaldırılabilceği belirtilmiştir (AktG §186 III c.4). Böylece hem bu şartların yerine geldiği durumlar bakımından rüçhan hakkını sınırlandıran genel kurul kararlarına karşı iptal davası açılmasının engellenmesi hem de rüçhan hakkının kaldırılması yoluyla borsada işlem gören anonim ortaklıklarda sermaye artırımının ihtiyaç duyulan zamanda gereken çabuklukla yapılabilmesinin sağlanması amaçlanmıştır⁶⁰.

- 500'den az sayıda işçi çalıştıran anonim şirketlerde, gözetim kurulunda işçi temsilcisi bulundurulması zorunluluğu kaldırılmıştır.

- Yine küçük anonim ortaklıklar bakımından önemli bir gelişme, halka açık olmayan (kapalı) anonim ortaklıklarda yıllık kar üzerindeki tasarruf kabiliyetinin artırılmasıdır. Kural

59 ZIP 1994, s. z51-□5□.

60 ZIP 1994, s. z5z; Hahn, DB 1994, s. 1664.

olarak yıllık karın en fazla yarısı kamını yedekler dışındaki yedeklere ayrılabilir⁶¹. 1994 değişikliğinden önce, esas sözleşmeye konulacak bir hükümlerle, diğer yedeklere aktarılacak kar oranının artırılması mümkündür, ancak azaltılması mümkün değildi. 1994 değişikliğinde ise, anılan sınırlama, kapalı ortaklıklar bakımından kaldırılmıştır. AktG §58 il c.□ hükmüne getirilen bir ek ile kapalı ortaklıklarda, esas sözleşmeye bir hül'ii.m konularak karın ister yarısından az, ister yarısından fazla kısmının diğer yedeklere ayrılacağı öngörülmüştür. Kanunun gerekçesine göre, küçük anonim ortaklıklarda pay sahiplerinin işletme yönetimi ile daha ilgili olmaları, karın nasıl tasarruf edileceği konusunda da daha fazla sorumluluk alabilmelerini haklı kılar⁶².

Burada önemlileri anılan değişikliklerle getirilen sadeleştirilmiş ve esnekleştirilmiş anonim ortaklık yapısının, yalnızca orta ölçekli işletmelere değil, aile ortaklıklarına, tek kişi ortaklıklara ve hatta konzern içiyavru ortaklıklara da uygun bir yapı oluşturması beklenmektedir⁶³.

C. Fransız Hukuku

Fransız hukukunda, "basitleştirilmiş paylı ortaklık" (*societe par actions simplifïee*) adı altında yeni bir ortaklık biçimi kanunlaştırılmıştır⁶⁴. Rekabetin artması, rakip ortaklıkları iş

61 Alman anonim ortaklıklarında bilanço. kar zarar hesabı ve bilanço eklerinden oluşan yıl sonu hesaplarının (*Jahresabschluss* .. - ka\Tam için bkz. Schmidt. GesR. §29 IV 2. s. 910) onaylanması ve tespiti görevi, k.ıral olarak gözetim lmrulu tarafından yerine getirilir: ancak gözetim lmrulu ve yönetim lmrulu birlikte alacakları bir kararla bu yetkiyi genel lmrula bırakabilir (AktG §172). Daha sonra, tespit edilen yıl sonu hesapları üzerinden genel lmrul kann nasıl dağıtılacağına karar verir (AktG §174). Yıl sonu hesaplarının tespiti aynı zamanda yıllık karın yedek akçelere ayrılması konusundaki karar da içerir.

62 ZIP 1994 s. 251.

63 Hommelhof. ZGR Sonderheft 12, s. 67-68. Aynı yönde. Seihert. s. 248.

64 94-1 sayılı 3 Ocak 1994 tarihli kanun 00 4.1.1994). Anılan kanun. 66-537 sayılı ve□ Temmuz 1966 tarihli Ticaret Ortaklıkları kanununa Basitleştirilmiş Paylı

alanlarını genişletmek amacıyla güçlerini birleştirmeye ve sermayesini eşit oranlarda taahhüt ettikleri müşterek yavru ortaklıklar kurmaya yönelmiştir. Güç dengesinin eşitliği üzerine l,ırulu bu ortaklıkların mevcut anonim ortaklıklar hukuku ile bağdaşmaması üzerine, Fransız kanunkoyucusu, sözleşme serbestisinin egemen olduğu basitleştirilmiş paylı ortaklık tipini yaratmaya zorlanmıştır⁶⁵. Ayrıca, Avrupa Birliği bünyesindeki entegrasyonun ilerlemesi de ortaklıklar hukukunu etkilemiştir. Birlik ülkelerinde serbest dolaşma hakkına sahip olan sermaye, yerleşeceği ülke konusundaki tercihini, hukuk kuralları bakımından en fazla serbestiyi sağlayan ülke lehinde kullanmaktadır. Örneğin Fransız şirketlerinin, yabancı şirketlerle kuracakları iş ortaklıklarını Fransa yerine, Hollanda başta olmak üzere diğer Avrupa ülkelerinde kurmayı tercih ettikleri ve bu tercihe ekonomik gerekçelerin değil, Fransız anonim ortaklıklar hukukunun katılığının yol açtığı anlaşılmıştır⁶⁶. Basitleştirilmiş paylı ortaklık tipinin kabulüne yol açan etkenlerden biri de, çeşitli hukuk sistemleri arasındaki bu rekahettir⁶⁷.

Alman hukukundaki değişikliklerin aksine, Fransız basitleştirilmiş paylı ortaklık tipi, küçük ve orta ölçekli işletmelerin örgütlenmesini hedef almamış, aksine, sermaye ortaklıklarının

Ortaklık adı altında yeni bir bölüm eklemiştir (m. 2.62.-1 ila 2.62.-2.0). Bu yeni ortaklık biçimi hakkında bkz: Germain, M., La societ e par actions simplifi ee. GLN Jolyeditions,1994, Guyon, Y. Presentation generale de la societ e par actions simplifi ee. Rev.Soc.1994. s. 2.07 vd. Jeantin, M. Les associes de la societ e par actions simplifi ee, Rev.Soc.1994. s. 2.2.3 vd.. Le Cannu, P. Les Dirigeants de la Societ e par actions simplifi ee. Rev.Soc. 1994. s. 2.39vd., Vidal. D. La societ e par actions simplifi ee, Montchrestien, Paris 1994. Mercadal/Janin. Societes Commerciales (1999). Editions Francis Lefebvre, Levallois 1998. N. 2.477vd. Tekil. M., Fransız Ortaklıklar Hukukunda Bir Yenilik, Basitleştirilmiş Paylı Ortaklık. Prof. Dr. Oğuz İmreg un'eArmağan, İstanbul 1998, 609. s. 62,1.

65 Tekil. M.. Imreg un Armağanı, 614.

66 Guyon. Rev.Soc. 1994, s. 2.08; Mercadal/Janin, N. 2.477.

67 Marini. P. Modernisation du droit des societ es - Rapports au Premier Ministre. La Documentation Française, Paris 1996 s. 2.0.

gruplaşmasına olanak sağlama amacına yönelmiştir⁶⁸. Eski düzende Fransız hukul."1.lnun, anonim ortaklı.klan emredici l.'1.Lrallarla sınırlayan ve ortaklıklar arası gruplaşmaların gerektirdiği düzenlemelerin esas sözleşmede yapılmasına izin veremeyen katı yapısı. paysahipleri sözleşmeleri yoluyla aşılmaya çalışılmaktaydı⁶⁹. İşte basitleştirilmiş paylı ortaklık, eski düzende paysahipleri sözleşmelerinde öngörülen hükümlerin, esas sözleşmeye konulabilmesi imkanını getirmiştir⁷⁰. Örneğin, paysahipleri sözleşmesine konulan, pay devri üzerindeki kısıtlamalar ile ortaklığın yönetimini ve önemli kararların alınmasını ilgilendiren düzenlemeler esas sözleşmeye konulabilir ve ortaklık üzerinde de etki doğurur. Pay devri üzerindeki kısıtlamalara uyulmaması, payın devrini üçüncü kişiler bakımından da etkisiz hale getirir⁷¹. Ayrıca ortağın paylarının satın alınması yoluyla ortaklıktan çıkarılması da mümkündür⁷².

Böylece basitleştirilmiş paylı ortaklık, paysahiplerinin kişiliklerinin dikkate alındığı ve sözleşme serbestisinin anonim ortaklıkta olduğundan daha fazla rol oynadığı bir ortaklık tipi olarak ortaya çıkmaktadır⁷³. Sözleşme serbestisinin sınırlan ancak paysahiplerinin oy hakkı, kar payı hakkı gibi temel ve bireysel haklarına dokunulamaması, paysahibinin taahhütlerinin kendi onayı olmadan tek taraflı olarak artınJamaması ve üçüncü kişilere sağlanan güvencenin ortadan kaldırılmaması

68 Tekil. M. Imregün Arın.ağam, 622.

69 Bi.sarra. P. L'inadaptation du droit français des societes aux besoins des entreprises et les aleas des solutions, Rev.Soc. 1990, s. 553. s. 561vd.; Guyon, Rev.Soc. 1994. s. 208.

70 Tekil. M, Imregun Armağanı. 622.

71 m.262 -16 (94-1 sayılı ve 3 Ocak 1994 tarihli Kanun). Mercadal/Janin,N. 2477/47.

72 m. 262-17 (94-1 sayılı ve 3 Ocak 1994 tarihli Kanun).

73 Guyon, Y. Zur Gestaltungsfreiheit im französischen Gesellschaftsrecht, Gestaltung.sfreiheit im Gesellschamrecht, ZGR Sonderheft 13, 1998, 297. s. 302.

nok.-talarında kendisini gösterir⁷⁴. İşaret edilmelidir ki, basitleştirilmiş paylı ortaklığın getirdiği bu sözleşme serbestisi çok özel hallerde, daha doğrusu şirket gruplaşmaları, yavru ortaklık k-urulması ve holdingleşme hallerinde kullanılmak üzere öngörülmüştür. Ortaklık en az iki ortak tarafından kurulabilir⁷⁵. Ortaklardan her birinin, asgari sermayesi 1.5 milyon Frank olan tüzel kişiler olmaları şarttır. Sözleşme özgürlüğünün artması pay sahiplerinin üstlendikleri riski artırdığından, bu ortaklık türünün küçük yatırımcılara açık tutulması istenmemiştir⁷⁶. Aynı düşünce ile, bu ortaklığın halka açılması dayasaklanmıştır⁷⁷.

D. Avrupa Topluluğu Hukuku

Avrupa Topluluğu'nda, küçük ve orta ölçekli işletmelerin, istedikleri Birlik ülkesinde ortaklık kurmalarını kolaylaştırmak ve ülkeler arasındaki hukuki farklılıkların oluşturabileceği yıldırıcı unsuru ortadan kaldırmak amacıyla, tüm üye ülkelerde aynı şekilde uygulanacak yeni bir ortaklık türü ("Avrupa Kapalı Ortaklığı") yaratma çalışmaları yapılmaktadır⁷⁸. Bu ortaklık türüne, çeşitli üye ülkelerde hali hazırda faaliyet göstermekte olan ve hukuk farklılıklarını yarattığı sorunları, maddi gücü ve uzman personeli sayesinde aşabilen büyük veya çok uluslu şirketlerce değil, yabancı bir hukuk düzeninde faaliyet göstermenin gerektireceği bilgiyi ve danışmanlık hizmetini sağlamak zorlanacak olan küçük ve orta ölçekli işletmelerce ihtiyaç duyulmaktadır⁷⁹. Dolayısıyla bu tür işletmeleri hedef

74 Guyon, Gestaltungs-freiheit, 303.

75 m. 262-1 (94-1 sayılı ve 3 Ocak 1994 tarihli Kanun).

76 Guyon, Rev.Soc.1994.s. 214.

77 m. 262-3 (94-1 sayılı ve 3 Ocak 1994 tarihli Kanun).

78 Propositions pour une Societe fermee europeenne. AB Komisyonu, 1997. Ayrıca bkz. H-J. De Kluyver, W. v. Gerven (eds.) The European Private Company? y.y. 1995.

79 Hoinmelhof. P. Die "Societe fermee europeenne" - eine supranationale Gesellschaftsform für kleine und mittlere Unternehmen im Europäischen Binnenmarkt. WM 1997 2101, s. 2102.

alacak olan Avrupa Kapalı Ortaklığının temel özelliklerinin şöyle olması gerektirir: (1) paysahiplerinin sorumluluğunun sınırlandırıldığı bir sermaye yapısı bulunmalı ve sınırlı sorumluluğun gereği olarak alacaklının korunmasını sağlayacak bir sistem getirilmelidir; (2) paysahiplerinin ortaklığı diledikleri gibi şekillendirmelerine olanak sağlamak için esas sözleşme özgürlüğü tanınmalıdır, (3) ortaklığın kendine has sistemini koruyabilmesi için yeni ortak girişinin kontrol edilebilmesine imkan tanınmalı ve payların devri sınırlandırılabilir ve (4) esas sözleşme üzerindeki kanuni sınırlamaların kaldırılması, yatırımcıya (paysahihine) ve azlığa sağlanan korumayı zayıflatacağı için, ortaklığın sermaye piyasasına açılması engellenmelidir.

Öte yandan, Avrupa kapalı ortaklığı teklifinin gerisinde öncelikle küçük ve orta ölçekli işletmelerin önünü açma düşüncesi yatmakla beraber, bu ortaklık türü aynı zamanda büyük işletmeler arasında işbirliği, kısmi birleşme, müşterek yavru ortaklıklar kurulması gibi amaçlara da hizmet etme açısından uygun bir hukuki çerçeve olarak görülmektedir⁸¹. Teklif edilen bu ortaklık türünün hem küçük ve orta ölçekli işletmeler tarafından, hem paysahiplerinin yönetimde aktif rol oynadığı (kişiselleştirilmiş) anonim ortaklıklar tarafından, hem de yavru ortaklıklar için holdingler tarafından kullanılacak bir ortaklık türü olduğuna işaret edilmekte ve bu amacın gerçekleştirilebilmesinin ortaklığın geniş bir esas sözleşme özgürlüğüne sahip olmasına bağlı olduğu, diğer bir deyişle bu yeni ortaklık türünün uygulamada tutunabilmesi için esas sözleşmenin hazırlanmasında ortaklara geniş bir hareket kabiliyeti verilmesinin şart olduğu vurgulanmaktadır⁸².

80 Propositions pour une Societe fermee europeenne, N. 283vd.; Hommelhof, WM 1997.2101,2104-2106.

81 Propositions pour une Societe fermee europeenne, N. 281.

82 Propositions pour une Societe fermee europeenne. N. 281.

E. Türk Hukuku

Türk hukukundan, kanunun örnek aldığı anonim ortaklık modelinin halka açık ortaklık modeli olduğu konusunda İsviçre hukukundan bakımdan söylenene atıf yapılabilir. Zira tek tek kanun hükümlerine ve bunların amaçlarına bakmak ve bunlar arasında bir ilişki kurmak yoluyla yapılan kanuni model belirlemesine dayanak oluşturan İsviçre kanunu hükümleri⁸³

Türk hukukunda da hemen hemen aynen mevcuttur⁸⁴.

Paysahihinin üçüncü kişilere karşı sorumluluğunun bulunmaması, buna bağlı olarak yönetimdeki katkısının ve bilgi hakkının sınırlılığı, çok ve değişken paydaşlı, sermaye unsurunun ağır bastığı ortaklık yapısının özellikleridir. İsviçre hukukunun (İBK m. 600 III) aksine, Türk hukukunda anonim ortaklığın ancak iktisadi amaçlar için kurulabilmesi (TK m. 71 D), Türk kanun koyucusunun, ekonomik hayatta anonim ortaklık kurumuna İsviçre'de olduğundan daha etkin bir rol biçtiğinin ve anonim ortaklığı sermaye birikimini sağlamada en önemli araçlardan biri olarak gördüğünün de bir göstergesidir. Bununla birlikte, İsviçre hukuku gibi, Türk hukuku da anonim ortaklığın kişiselleştirilmesi olanağını tanımıştır⁸⁵. Almanya'da genel kurulun toplanması ve çalışma usulü, kar üzerindeki tasarruf yetkisinin artırılması gibi konularda getirilen değişiklikler, Türk-İsviçre hukukunda halen mevcut imkanları içermektedir⁸⁶. Türk uygulamasında, kanunun tanıdığı ortaklığı kişiselleştirme imkanından büyük ölçüde faydalanıldığı görülmektedir.

83 1994 değişiklikleri öncesi İBK hükümleri.

84 Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), N. 46.

85 Alt paydaş sayı sınırının düşüklüğü, bağlam kuralları, oyda imtiyaz ve içtihat yoluyla kabul edilmiş bulunan grup imtiyazı, anonim ortaklığın kişiselleştirilmesine olanak tanıyan düzenleme veya yöntemlere örnek gösterilebilir. Diğer örnekler için bkz. yuk. dpn. 6'u takip eden ana metin.

86 Bkz. Böckli, N. 18a.

Hukuki yapılar arasında ki benzerliğe rağmen, Türkiye'de, limited ortaklık - anonim ortaklık sayıları arasındaki ilişki, İsviçre'dekinden farklıdır. Türk uygulamasında, anonim ortaklıktan çok daha fazla sayıda limited ortaklık kurulmaktadır⁸⁷. Buna karşılık Türk uygulamasında da anonim ortaklıklar halka açık ortaklık tipinden çok kapalı ortaklık tipinde 1711'lik bir yapıdadır⁸⁸. Kapalı ortaklıklar aile ortaklıkları olabilecekleri gibi, bir holdinge veya gruba bağlı yavru ortaklık veya iş ortaklığı temeline dayalı ortaklıklar da olabilirler. Uygulamada bir çok halde, pay sahiplerinin kimliğinin önem taşıdığı bir yapıya ihtiyaç duyulmasına rağmen, limited ortaklıklar hukukunun olumsuz görülen bazı yönleri⁸⁹ nedeniyle, limited ortaklık yerine anonim ortaklık türü seçilmelidir ve anonim ortaklığın istenen kişiselleştirilmiş yapıya uydurulmasına çalışılmaktadır. Alman, Fransız ve İsviçre uygulamasında olduğu gibi, Türk uygulamasında da anonim ortaklık elbisesinin istenen yapıya göre biçilmesinde kullanılan araçlardan biri pay sahipleri sözleşmeleridir.

87 1990-1999 yılları arasında Türkiye'de 360743 limited ortaklık kurulurken, aynı yıllar içinde 1..-urulan anonim ortaklık sayısı 34692'dir. Diğer bir deyişle kurulan ortaklıkların yaklaşık %90'ı limited. %10-u anonim ortaklıktır. Kaynak, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı şirketler verileri, (Çevrim.ici) <http://www.sanayi.gov.tr> (28.02.2001).

88 İstanbul Menkul Kıymetler Borsası verilerine göre. 2000 yılı itibarıyla hisse senetleri borsa kotunda bulunan şirket sayısı 287'dir. Kaynak: (Çevrimiçi) <http://www.im.kb.gov.tr/veri.htm> (28.02.2001).

89 Bunlar limited ortaklık ortağının sorumluluğu ile ilgili hükümlerdir. Limited ortaklık orta.klan. ortaklığın devlete olan borçlarından ötürü. ortaklığa koydu.klan sermaye oranında devlete karşı sorumludur. (6183 s. Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, Değişik (22.7.1998) m. 35). Ayrıca sermaye borcunu ödemediği için ortaklıktan çıkarılmış olan bir ortağın payının eski sahipleri. selef sıfatıyla payın ödenmeyen kısmından sorumludur (TK 531). Limited ortaklığın istisnaen kendi payını devralmış olması halinde de o paya bağlı sermaye borcu açık kalmışsa. bu açığı kapama yükümü de ortağa aittir (TK 532 III). Ayrıca limited ortaklıkta pay kıymetli evrak niteliğini taşıyan bir senede bağlanamaz (TK 518 III). Payı devri noter tasdikli sözleşme ile yapılır ve esas sermayenin en az dörtte üçüne sahip olan ve tüm ortak sayısının en az dörtte üçünü oluşturan sayıda ortağın devre onay vermesi gerekir.

III. SONUÇ

Bu başlık-ta anonim ortaklıklar hukuksal olarak paysahiplerinin ortaklığın şekillendirilmesinde daha fazla özgürlük sahibi olma yolundaki isteklerinin çeşitli Kara Avrupası ülkelerinde dile getirildiği hususu vurgulanmıştır. Bu özgürlük talebinin sebepleri iki ana grupta toplanabilir. Küçük ve orta ölçekli işletmeler bakımından sorun sermayenin sağlanmasıdır. Halka açılmak isteyen küçük ve orta ölçekli işletmelerin pay tedavülü kolay olan anonim ortaklık biçiminde kurulabilmesi için anonim ortaklık hukukunun sadeleştirilmesi yoluna gidilmektedir. Fazlasıyla bürokratik bir anonim ortaklık hukukuna sahip olan Almanya bu yolu seçmiştir. İşletmenin ölçeğine değil paysahibi sayısına bakıldığında ise paysahiplerinin kendi aralarında kendilerini normalden daha fazla kurallarla bağladıkları bir sistem oluşturma arzusu görülmektedir. Buna cevap vermek için İsviçre'de paysahipleri sözleşmesi ile ilgili olarak önerilen kanun maddesi uygun bulunmamıştır. İsviçre anonim ortaklıklar hukukunun esnekliği, sorunun büyük ölçüde uygulamada çözülmesine yetecek niteliktedir. Bu hususta en ileri giden ülke, paysahipleri sözleşmesi hükümlerinin geniş oranda esas sözleşmeye yansıtılmasının ve böylece ortaklığı bağlayıcı hale getirilmesinin mümkün kılındığı basitleştirilmiş paylı ortaklık türünü yaratmış olan Fransa'dır.

Esas sözleşme özgürlüğünün artırılması ve özellikle paysahiplerinin kendi aralarında kuracakları hukuki ilişkiyi ortaklığı da bağlayıcı şekilde düzenleyebilmeleri paysahibinin haklarını tehlikeye atmaktadır. Örneğin İsviçre'de paysahipleri sözleşmesinin kanunda düzenlenmesinin reddedilmesi sebeplerinden biri, bu sözleşmenin adeta ortaklığı bağlayıcı etki doğurduğu fikrini uyandırmaktan korkulmasıdır. Fransa'da esas sözleşme özgürlüğünün artırılması, ancak böyle bir düzenlemenin getirdiği tehlikeleri göğüsleyebilecek büyüklükteki ortaklıklar bakımından kabul edilmiştir. Esas sözleşme özgür-

lüğünün artırılması düşüncesi halka açık ortaklıklar bakımından ise kesinlikle sözkonusu değildir. Avrupa Topluluğundaki çalışmaların sadece kapalı ortaklıklar bakımından yürütülmesi de buna örnektir.

Bu anlamda, anonim ortaklıklar hukukunun ilci farklı kulvarda iki farklı gelişme içinde olduğu söylenebilir. Sermaye piyasalarında faaliyet gösteren halka açık ortaklıklar bakımından küçük yatırımcının korunması için şeffaflık artırılmakta ve ortaklıkların tabi oldukları kurallar sıkılaştırılmaktadır. Kapalı ortaklıklar bakımından ise yukarıda ortaya koyulduğu gibi paysahibine tanınan irade özgürlüğünün artırılması ve ortaklığın paysahiplerinin arzusu doğrultusunda şekillendirilebilmesi için daha fazla esneklik sağlanması taleplerine çözüm bulmaya çalışılmaktadır.

Türk hukukunda mevcut hukuki düzenleme içinde paysahipleri sözleşmesinin hukuki değerlendirmesi yapılırken bu gelişmeler gözönünde bulundurulmalıdır. Bu çalışmada egemen olan bakış açısı, ortaklıklar hukukunun gösterdiği gelişme eğilimleri yönünde, kişiselleştirilmiş anonim ortaklıklar bakımından paysahiplerinin iradesini mümkün olduğunca dikkate almak ve sözleşme özgürlüğüne mümkün olduğunca yer vermek doğrultusundadır. Bu nedenle, aynı ortaklığı konu almalarına ve ortaklık düzeninin ayrılmaz parçaları olmalarına rağmen, ortaklıklar hukukunca tanınmadığı için "borçlar hukuku sözleşmesi" olarak anılan paysahipleri sözleşmesi ile ortaklıklar hukukunca kabul edilen enstrümanlar arasındaki dogmatik ayrımın aşılabilmesi noktalar araştırılacaktır. Diğer yandan paysahipleri sözleşmelerinin sermaye piyasası hukuku bakımından doğurduğu sonuçlar da özel bir incelemeye tabi tutulacak ve bu piyasalarda faaliyet gösteren ortaklıklarda halka açık olmayan bölüm üzerinde büyük paysahiplerinin akdettiği paysahipleri sözleşmelerinin küçük yatırımcıya zarar vermesini engellemek amacıyla alınan tedbirler incelenecektir.

{İLBÖLÜM}

Paysahipleri Sözleşmesinin Nitelik, Geçerlilik ve Etki Yönlerinden İncelenmesi

§4 PAYSAHIPLERİ SÖZLEŞMESİNİN ÖZELLİKLERİ VE HUKUKİ NİTELİĞİ

1. KANUNDA ÖNGÖRÜLMEMİŞ OLMA

Paysahipleri sözleşmesi kanunda öngörülmemiştir. Tamamen sözleşme serbestisine dayanılarak akdedilen ihtiyari bir sözleşmedir. Her anonim ortaklık mutlaka bir esas sözleşmeye sahiptir, ancak aynı durum paysahipleri sözleşmesi bakımından geçerli değildir. Esas sözleşmenin varlığı anonim ortaklık için kanuni bir unsurdur. Bir anonim ortaklık kurulabilmesi için öncelikle kanunda öngörülen şartlara uygun bir esas sözleşmenin hazırlanması ve kurucular tarafından imzalanması gerekir. (TK 78 I, 79 vd). Esas sözleşme olmaksızın anonim ortaklık kurulamaz. Oysa paysahipleri sözleşmesini akdetmek paysahiplerinin arzusuna bağlıdır.

II. ŞEKİL

Paysahipleri sözleşmesinin kanunla düzenlenmemiş olmasının bir sonucu şekil serbestisidir. Paysahipleri sözleşmesi, içindeki

tahkim şartı gibi özel hükümler (HUMK m. 517 I) yazılı şekil şartım veya başka bir özel şekli gerektirmedikçe, ne yazılı şekle, ne noter tasdikine ne de tescil zorunluluğuna tabidir¹. Asgari taraf sayısı yoktur. Bu durum sözleşmenin yapılmasını kolaylaştırmaktadır. Sözleşmenin değiştirilmesi de herhangi bir usule tabi değildir. Aksine özel bir düzenleme getirilmemişse sözleşme tarafların oybirliği ile değiştirilebilir².

Şekil açısından paysahipleri sözleşmesi ile esas sözleşme arasında büyük fark bulunmaktadır. Esas sözleşme kanunla bazı özel şekil şartlarına tabi kılınmıştır. Anonim ortaklıklar bakımından sözleşmenin en az beş kurucu ortak tarafından imzalanması ve anılan imzaların noterce tasdik olunması şarttır (TK 7,77, 279 I). Üstelik esas sözleşme yalnızca noter tasdikli olmakla kalmayıp aynı zamanda tescil zorunluluğuna da tabidir. Tescil zorunluluğu esas sözleşmenin tümü için değil, yalnızca kanunun öngördüğü bazı hükümler (TK 300) için mevcut olsa da, uygulamada esas sözleşmenin tamamı tescil edilmektedir. Tescil edilmekle birlikte sözleşme kamuya açık hale gelir (TK37 II). Ancak sicilin olumlu etkisi, yalnızca tescili öngörülen hükümler bakımından söz konusu olur (TK 39 I). Öte yandan esas sözleşme değişikliği de özel bir usule tabi kılınmıştır. Kural olarak esas sözleşme, ancak bir genel kurul kararıyla değiştirilebilir ve bu genel kurul kararının alınabilmesi için yeterli nisaba sahip bir toplantıda mevcut bulunan paysahiplerinin çoğunluğunun olumlu oyu yeterlidir (TK 388 III, IV).

- 1 Dürr, BB 1995, s. 1366; Hüffer, Aktiengesetz, 4. Auf. München 1999, §54 N.7; Lutter, KölnKomm §54 N. 24; Rowedder vd. Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Verlag Franz Vahlen München 2. Auf. 1990 (Rowedder/Koppensteiner) §47 N. 25; Winter, ZHR C1990) 154. s. 263-264. Bu durum aynı zamanda harç vs. gibi masraflardan tasarruf edilmesi olanağını da sağlamaktadır.
- 2 Paysahipleri sözleşmesinin bir adi ortaklık oluşturduğu hallerde özel karar alma mekanizması da öngörülmüş olabilir. Öngörülmemişse, BK 525 son cümle uyarınca olağanüstü işlemler için tüm ortakların oybirliği gerekecektir. Ayrıca bkz. Iflmer NJW1987 s. 1851.

Pay sahipleri sözleşmesinin sahip olduğu şekil serbestisi, esas sözleşmeye kıyasla kolaylık ve esneklik sağlamaktadır³. Tescil zorunluluğu bulunmaması da sözleşmenin içerik, rinin gizli tutulmasına olanak vermektedir. Şekil serbestisi ve gizlilik imkanı, paysahipleri sözleşmesinin tercih edilme sebepleri arasında önemli yer tutar⁴. Paysahipleri, rakiplerinden veya başka kişilerden saklı tutmak istedikleri anlaşmaları esas sözleşme yerine paysahipleri sözleşmesine dahil etmeyi tercih ederler.

III. TARAFLAR

Paysahipleri sözleşmesi ortaklığın tüm veya bir kısım pay-sahipleri arasında yapılabileceği gibi, üçüncü kişiler de sözleşmeye taraf olabilir. Örneğin ortaklığa yeni girecek bir paysahihinin ortaklığa sağlayacağı sermaye karşılığında belli bir süre kardan fazla pay alması veya ortaklığın bu kişinin işletmesiyle iş yapmasının kararlaştırılması veya belli bir süre sonra o kişi ortaklıktan ayrılmak isterse onun sahip olacağı payların diğer paysahipleri tarafından devralınmasının taahhüt edilmesi mümkündür. Ortaklığın sözleşmeye taraf olması konusu ise tartışmalıdır⁵.

N. AMAÇ VE İŞLEV

Paysahipleri sözleşmesi ile ulaşılmak istenen esaslı amaçlardan bazıları şöyle sıralanabilir:

A. Ortaklığın paysahiplerinin arzusuna göre ,ekillendirilmesi

Paysahipleri sözleşmeleri, henüz anonim ortaklık kurulmadan önce, ortaklığın yapısının, işleyişinin ve paysahiplerinin haklarının hangi kurallara tabi olacağı konusunda kurucular arasında varılan mutabakatı bağlayıcı olarak ve ortaklık kurul-

3 Zöllner, RWS Forum 8, s. 94.

4 Hoffman-Becking, ZGR 1994, s. 445-446; König, s. 9; Ulmer, NJW 1987, s. 1851; Winter, RWS Forum 8, s. 13. Zöllner, RWS Forum 8, s. 94.

5 Bkz. § 6 il D

duktan sonra da yürürlükte olacak şekilde bir sözleşmeye aktarma ihtiyacı nedeniyle yapılabilir. Özellikle joint venture şeklinde kurulan anonim ortaklıklarda böyle bir ihtiyaç ortaya çıkabilir⁶. Kurucu ortaklar, kurulması planlanan ortaklığın kuruluşu, finansmanı, işleyişi konusunda mutabakata varıp, pay sahipleri sözleşmesini imzaladıktan sonra ortaklığın kurulması işlemlerine girişirler?

Ayrıca pay sahipleri anonim ortaklık hukukunda bulunmayan düzenlemeleri kabule veya diğer bir ortaklık tipinin kendi işlerine gelen bir özelliğini, anonim ortaklıkta uygulamaya çalışabilirler⁸. Ortaklığın pay sahiplerinin istediği şekilde yapılandırılmasına Ticaret Kanununun izin vermediği hallerde de, bu tür düzenlemeler pay sahipleri sözleşmelerine aktarılmaktadır⁹.

B. Pay sahipleri ile ortaklık arasındaki bağın güçlendirilmesi

Pay sahibi sayısının az olduğu ve ortaklığın kaderinin pay sahibinin kaderini yakından ilgilendirdiği anonim ortaklıklarda, anonim ortaklık sermayeye dayalı bir yapıdan kişiye dayalı bir yapıya doğru kayar. Bu tür kişiselleştirilmiş anonim ortaklıklarda pay sahibi çoğu kez yalnızca anonim ortaklıktan nasıl en yüksek oranda kar alabileceğinin hesabını yapan spekülâtör/değişken pay sahibi¹⁰ değil, işletmeci pay sahibidir¹¹. Bu nedenle pay sahipleri karşılıklı olarak ortaklığı desteklemek ve geliştirmek yükümü altına girerler. Tek borç ilkesi nedeniyle bu tür taahhütler esas sözleşmede değil pay sahipleri sözleşmesinde yer alır.

6 Ulmer, NJW 1987, s. 1851; Winter, ZHR (1990) 154, s. 262.

7 Westermann, Verh. ltnis, s. 30; Hoffmann-BeckingZGR1994. s. 444.

8 König, s. 27.

9 Alman hukukunda aynı durum AktG §23 V nedeniyle doğar: Winter, ZHR (1990) 154. s. 262.

10 Tekinalp (Poroy/Çamoğlu) N. 818, Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 3 N. 46vd.

11 Tekinalp (Poroy/Çamoğlu) N. 819. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 3 N. 53vd.

C. Ortaklığın yahancılaştırılmasının engellenmesi

Özellikle aile ortaklığı niteliği taşıyan veya birbirlerini tanıyan sınırlı sayıda pay sahibi içeren ortaklıklarda ortaklığın bu özelliğinin kaybolmaması için payların herhangi bir üçüncü kişiye satılması arzu edilmez¹². Amaç şirketin birikiminin aile veya yakın çevre içinde kalmasını sağlamak olabileceği gibi, yakın çalışma ortamına uyum sağlamayacak kişilerin ortaklığa girmesini önlemek de olabilir. Ayrıca pay sahipleri sözleşmesi ile oluşturulan düzenin devamı da arzulanır. Bu nedenle pay üzerinde devir kısıtlamaları getirilir ve çoğu kez payı alan kişinin de pay sahipleri sözleşmesine taraf olmasının sağlanması talep edilir. Ayrıca pay sahiplerinin vefatı halinde sözleşmenin mirasçılarla devamı yoluyla, ölümden sonra da işletmenin dağılmaması ve yine aile içinde kalması sağlanmaya çalışılır¹³.

D. Ortaklıkta güç dengesinin sağlanması ve korunması

Paylar pay sahipleri arasında eşit veya eşit olmayan şekilde dağılabilir. Pay sahipleri sözleşmesi, çeşitli pay gruplarının, özellikle yönetsel haklarını düzenleyerek bunlar arasında bir güç dengesinin oluşmasını sağlar¹⁴. Ayrıca anonim ortaklık hukukunun azlığı koruyucu hükümlerinin yetersiz kaldığı durumlarda, pay sahipleri sözleşmesi yoluyla azlığa bir takım ek koruma mekanizmaları sağlanabilir¹⁵. Örneğin paylarının karşı tarafça satın alınabilmesini zorlama hakkı ("*put option*" - "satma opsiyonu") bu türden bir haktır. Böylece azlıkta kalan ve paylarına alıcı da bulamayan pay sahiplerinin paylarını devrederek ortaklıktan ayrılabilmeleri mümkün olur.

12 Winter, ZHR (1990) 154. s. 262.

13 Bulletin officiel du Conseil National, 1985, s. 1763.

14 Bürgi, Art. 692 N. 39.

15 Bulletin officiel du Conseil National, 1985, s. 1763.

E.Ortaklıktaki hakimiyetin ele geçirilmesi

Tek başlarına sahip oldukları pay oranının azlığı nedeniyle ortaklıkta varlık gösteremeyen, ortaklığa etki edemeyen pay sahipleri, kendi aralarında yapacakları bir pay sahipleri sözleşmesi ile ortaklıktaki güçlerini birleştirip ortaklıkta hakimiyeti ele geçirmeye çalışabilirler¹⁶. Böyle bir sözleşme pay sahiplerini bir yandan aynı yönde oy kullanma taahhüdü altına sokar, diğer yandan da pay sahiplerinin ele geçirdikleri hakimiyeti nasıl kullanacaklarını, yani ortaklığı nasıl yöneteceklerini ve ortaklıktan kendileri için sağlayacakları menfaatleri belirler.

F. Ortaklığa yeni pay sahiplerinin gelmesi veya birleşme/ devralma/halka açılma hallerinde yeni düzen kurulması

Mevcut bir ortaklığa yeni bir pay sahibinin gelmesi halinde veya birleşme/ devralma hallerinde, pay sahipleri arasında özellikle oy haklarının kullanımı, karın paylaşılması ve genel olarak ortaklık hakimiyetinin pay sahipleri arasında bir dengeye oturtulması konusunda pay sahipleri sözleşmeleri akdedilebilir¹⁷. Ayrıca ortaklığın halka açılması sözkonusu ise, ortaklığın halka arzedilmeyecek paylarına bağlı oy haklarının kullanılması ve böylece ortaklığın kontrol altında tutulması amacıyla da oy sözleşmeleri akdedilebilir¹⁸.

V. HUKUKİ NİTELİK

A Pay sahipleri sözleşmesinin hukuki niteliği

Pay sahipleri sözleşmeleri içinde yer alan hükümlerin çeşitliliği, bu sözleşmelerin tek ve tipik bir sözleşme olarak nite-

16 Hakimiyetin ele geçirilmesi ile ilgili daha karmaşık örnekler için bkz. König, s. 9 vd.

17 Winter, ZHR (1990) 154, s. 6-63.

18 Westermann, Verhältnis, s. 31.

lendirilmesini engeller¹⁹. Sözleşmenin içeriği ile ilgili olarak çalışınla boyunca verilen örneklerden de görüleceği gibi, sözleşme esas olarak bir anonim ortaklıkta pay sahibi olan kişilerin pay sahipliği haklarının kullanılmasını ve pay sahiplerinin anonim ortaklığın idaresi ile ilgili tasarılarını konu alır. Ancak anonim ortaklığın anayasası niteliğini taşımaz. Diğer bir deyişle pay sahipleri sözleşmesi, ne sözleşmeye taraf olmayan anonim ortaklığı, ne organları, ne de sözleşmeye taraf olmayan diğer pay sahiplerini bağlar. Bu nedenle pay sahiplerinin ortaklıkla ilgili tasarıları ancak pay sahipliğinden doğan haklarını kullanmak yoluyla veya ortaklıkta işgal ettikleri organlardaki şahsi tutumlarıyla yerine getirecekleri taahhütlerden ibarettir. Dolayısıyla pay sahipleri sözleşmesi öncelikle pay sahiplerinin kendi aralarında akdettikleri bir *borç sözleşmesi niteliğini* taşır²⁰.

Pay sahipleri sözleşmesi, tek taraflı veya iki taraflı sözleşme olarak ortaya çıkabileceği gibi, bir ortaklık sözleşmesi -adi ortaklık- olarak da ortaya çıkabilir. Ancak sözleşmenin, taraflardan yalnızca birinin borç altına girip diğerinin borç altına girmediği tek taraflı bir sözleşme olarak ortaya çıkması nadiren gerçekleşecek bir durumdur²¹.

Pay sahiplerinin bazı haklarını kullanmak konusunda karşılıklı olarak birbirlerine taahhütte bulunmaları halinde, iki taraflı sözleşme sözkonusu olur. Örneğin iki pay sahibinin veya pay sahihi grubunun birbirlerine payları üzerinde önalım hakkı tanınması halinde iki taraflı bir sözleşme olduğu kabul edilir²².

19 Glattfelder, s. 227a-228a.

20 Bürgi, Art. 69z N. 2.7; Forstmoser, FS Schluép, s. 366; Glattfelder, s. 27,8a; König, s. 40. 173; Stuber, R. Aktionar-Consortien, Vereinbarungen unter Aktionären über die gemeinsame Ausübung ihrer Beteiligungsrechte, Zürich 1944. s. 18-19.

21 Glattfelder, s. 27,9a.

22 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, §39, N. 163; Glattfelder, s. 7,7,9a; Jousen, s. 61: Noack, s. 48.

İki taraflı ak.itlerde taraflardan herbirinin borcunun diğ.er tarafın borcunun karşılığını teşkil ettiği, edimler arasında bir değış tokuş ilişkisi bulunduğu hallerde tam iki taraflı, sinallagmatik akit sözkonusudur²³. Paysahipleri sözleşmelerinde bu durumun ortaya çıkabilmesi için, bir paysahipliğı hakkının kullanımına karşılık bir edim, örneğın diğ.er tarafın bir paysahlplığı hakkını kullanması veya bir menfaat sağlaması kararlaştırılmalıdır. Örneğın taraflardan birinin, diğ.er tarafın gösterdiği yönetim kurulu üyesi adayına oy verme taahhüdü karşılığında diğ.er tarafın da aynı şekilde o tarafın gösterdiği yönetim kurulu üyesi adayına oy verme taahhüdünde bulunması gibi²⁴. Sözleşmenin tam iki taraflı olarak nitelendirilmesinin sonucu, Borçlar Kanununun tam iki taraflı sözleşmelere bağladığı borcun ifa edilmediğı def'i (BK 81), sözleşmeden dönme (BK 106) vs. gibi özel kuralların uygulama alan bulmasıdır.

İki taraflı akit niteliğı taşıyan sözleşmelerin içeriğı, sözleşmenin türünü ortaya koyacaktır. Paysahipleri arasında yapılan sözleşmelerin içeriğı, paysahiplerinin amacına göre değışebilir. En sık rastlananlar pay üzerinde alım, önalım gibi haklar tanınması ve oy sözleşmeleridir. Oy sözleşmelerinin iki taraf arasında akdedilmiş olması halinde bunların hizmet, vekalet veya eser sözleşmesi gibi kanunda özel olarak düzenlenmiş bir akit tipine sokulma çabaları kabul görmemiştir. Bunlar sui generis sözleşme olarak kabul edilir²⁵.

Ancak paysahipleri sözleşmeleri çoğı kez bir ortaklık sözleşmesi niteliğini taşırlar ve taraflar arasında bir adi ortaklık oluştururlar. Ortaklık sözleşmesi, sözleşme taraflarının ortak bir amaca erişmek için güçlerini birleştirdikleri sözleşmedir

23 Eren. C.I., s. 273; Oğuzman/Öz, s. 45-46; Tekinay Borçlar, s. 53.

24 Glattfelder, s. 230a dpn. 9; Moroğlu, s. 39.

25 Forstmoser, FS Schlu ep. s. 367; Glattfelder, s. 233a-234a, König, s. 40, 173; Noack, s. 58. *Turk hukukunda* Moroğlu, s. 39; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu) N. 1001; Çeker, Oy Halda, s. 240.

(BK 5□0). Paysahipleri sözleşmeleri bakımından, beraberce bir başka ortaklığın yönetimini ele geçirme veya yönetimine etki etme, işletme politikasını belirleme, ortaklıktaki güç dengesini korunma. paysahiplerinin ortaklıktaki durumlarını iyileştirme veya sağlamlaştırma, ihtilafları önleme veya çözme, üçüncü kişileri o ortaklıktan uzak tutma gibi amaçlar, adi ortaklığın amacı kabul edilir⁶. Ortaklığa konulan sermaye, yani paysahiplerinin biraraya getirdikleri güç ise, paysahipliği haklarıdır. Paysahiplerinin paysahipliği haklarını kararlaştırılan şekilde kullanmaları ile anılan amaçlara ulaşılabilecektir. Tarafların her birinin, kendi paysahipliği hakkını kullanmak konusunda -ki taahhüdünü diğer tüm sözleşme taraflarına yönelttiğimiz⁷, ve paysahipliği haklarının kullanılması ile yukarıda anılanlara benzer ortak amaçların gerçekleştirilmesinin söz konusu olduğu hallerde, paysahipleri sözleşmesi bir adi ortaklık oluşturur⁸. Bu durumda bir tarafın diğer tarafa bir menfaat kazandırması değil, tüm tarafların taahhütlerinin biraraya gelmesi ile tarafları ortak bir amaç etrafında toplayan hukuki bir durumun ortaya çıkması sözkonusudur. Aynı şekilde, paysahipleri anonim ortaklığın yapısı, idaresi vs. ile ilgili bir takım tasarılarını sözleşmeye dahil etmişlerse, aralarında bir adi ortaklık bulunduğu kabul edilmelidir⁹, zira bunlar ancak paysahiplerinin güçlerini birleştirmek, en azından oylarını aynı doğrultuda kullanmak yoluyla elde edebilecekleri ortak bir amacı ifade eder. Öte yandan paysahibinin ortaklığa katılmakta güttüğü kişisel menfaat (kendisini sözleşmeye taraf olmaya iten öznel sebep) ile ortaklığın amacı birbirinden ayrı şeylerdir¹⁰.

z6 Baumann/Rei.Jb, s. 200; Jousen, s. 59-60; Noack, s. 48.

z7 Ortaklık sözleşmesinde, sözleşme tarafları edimleri değiştirme niyeti olmadan birbirlerine karşı borç altına girerler (Eren, C.1 s.276).

z8 Glattfelder, s. 231a; König, s. 40. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (§39, N. 163), paysahipliği haklarının birbirleriyle uyumlu bir şekilde kullanılması konusunda taahhütte bulunduğu hallerde bir adi ortaklık görürler.

z9 Noack, s. 58.

30 Meier-Hayoz/Forstmoser, §1 N. 54; Jousen, s. 59.

Her paysahibi farklı bir menfaat nedeniyle ortaklığa taraf olabilir. Ortaklığın amacı ise, paysahiplerinin biraraya gelmek yoluyla elde edebilecekleri amaçtır. Paysahipleri arasında bu şekilde oluşan adi ortaklığa, paysahipleri konsorsiyumu veya paysahipleri sendikası adı verilir³¹.

Bir borç sözleşmesi olması nedeniyle paysahipleri sözleşmesi, Medeni Kanun ve Borçlar Kanununun sözleşmelerin geçerliliği ile ilgili genel hükümlerine tabidir. Sözleşme taraflarının sözleşme ile bağlanmak konusundaki iradelerini sakatlayan bir sebebin varlığı halinde sözleşme bu sebeple ilgili özel usuli şartların yerine getirilmesi (hata, hile veya ikrah nedeniyle irade beyanı sakatlanan tarafın akitle bağlı olmadığına dair beyanını bir yıl içinde karşı tarafa iletmesi gibi) yoluyla iptal edilebilir. Ehliyetsizlik de bir butlan sebebidir (MK 15). Bunun dışında BK 19-□'o'den ve özellikle Ticaret Kanunundan kaynaklanan geçersizlik sebepleri ileride özel olarak incelenmiştir³²

B. Esas sözleşmenin hukuki niteliği

1. Genel olarak

Esas sözleşmenin hazırlanışı ve kabulü herhangi bir sözleşmenin akdinden farksızdır. Ancak kanunun esas sözleşmeye bağlamış olduğu bazı özellikler, esas sözleşmeyi diğer borçlar hukuku sözleşmelerinden farklı kılar. Örneğin esas sözleşmenin sadece kendisini imzalamış olan kurucular bakımından değil mevcut ve gelecek tüm paysahipleri açısından bağlayıcı olması, esas sözleşmenin sadece kurucuların değil sözleşmeye imza dahi koymamış paysahiplerinin iradesiyle, üstelik tüm tarafların rızası ile değil oyçokluğu ile değiştirilebilmesi gibi bazı özellikler esas sözleşmenin hukuki

31 **Bürgi, Art. 692 N: 35: Glattfelder. s. 236a: Patry, R. Les accords sur l'exercice des droits de l'actionnaire, ZSR 78, 1959 II, 1a, s. 126a: Moroğlu, s. 28. 41.**

32 **Bkz. ileride §5.**

niteliğinin herhangi bir borçlar huk.-ul'U sözleşmesinden farklı olduğunu gösterir.

Esas sözleşmenin hukuki niteliğinin ortaya koyulması, esas sözleşme içinde yer alan tüm hükümlerin aynı niteliği taşıyıp taşımadığının anlaşılması açısından önemlidir. Zira esas sözleşmenin içinde yer almakla birlikte bazı hükümler gerçek bir esas sözleşme hükmü niteliğini taşımaz ve bir borç sözleşmesi, daha doğrusu paysahipleri sözleşmesi niteliğindedirler.

Esas sözleşmenin hukuki niteliği özellikle *Alman hukukunda* geniş biçimde tartışılmış ve bu tartışmalar Türk hukukunu da etkilemiştir. Ancak Alman hukukundaki nitelik değerlendirmelerini yeterli açıklıkla ortaya koyabilmek için anonim ortaklık hukukunun dışına çıkıp dernekler hukukuna bakmak gerekir. Zira Alman hukukunda anonim ortaklık esas sözleşmesinin hukuki niteliği sorunu, dernek tüzüğüne hukuki niteliği tartışmalarını temel alır. Tüm ticaret ortaklıkları gibi anonim ortaklığın da temelinde bir ortaklık sözleşmesi³³ bulunmaktadır. Ancak adi ortaklık kişi ortaklıklarının temeli olarak kabul edilirken³⁴, bir tüzel kişi olarak anonim ortaklığın, adi ortaklık hukukuna değil, tüzel kişiliğe sahip dernek hukukuna dayandığı kabul edilir³⁵. Alman hukukunda kişi ortaklıklarının tüzel kişiliğe sahip olmaması, anonim ortaklığın bu ortaklıklardan farklı yorumlanmasına yol açmıştır. Bu nedenle herhangi bir hukuki boşluk halinde, kişi

33 Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8. auf. Müchen, Beck 1997 §10 4. AktG §z, anonim ortaklığın esas sözleşmesinden "ortaklık sözleşmesi" olarak bahseder.

34 Kühler, F. Gesellschaftsrecht, 4. auf. 1994 §6, I 3; Münchener Kommentar zum BGB Band 5 §705-853 3. auf. München 1997 - (Ulmer) Vor § 705. N.12; Reinhardt/Schultz, Gesellschaftsrecht, z. Auf. 1981, §6. N. 59; Schm.idt, GesR, §43 II 1 (s.1287); Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Bearbeitung 1995 vd. Sellier- de Gruyter Berlin (Kessler), Vorbem zu §705, N.126.

35 Baumhach-Hueck, AktG §1, N.3; Brandel, Gro□komm §1 N. 30; Eckardt (Ge□ler AktG) §1, N.50; Eisenhardt. N. 107; Hüffer §1, N.z-3; Leh.mann II, §47, s. z.

ortaklıklarında adi ortaklık hukukuna başvurulurken³⁶ anonim ortaklıklar bakımından dernek hukukuna (BGB § 1 vd) başvurulur³⁷. Bu durum, dernek tüzüğünün hukuki niteliği konusundaki tartışmaların anonim ortaklık hukuku bakımından da esas alınmasını sağlamıştır. Sorun ilk olarak, tüzel kişiliğin temelini oluşturan dernek tüzüğünün adeta kanun koyucunun yaptığı gibi bir hukuk koyma tasarrufuna mı, yoksa bir hukuki işleme mi dayandığı açısından tartışılmıştır. Buna bağlı olarak da tüzük hükümlerinin objektif hukuk kuralı niteliğini mi yoksa sözleşme! nitelik mi taşıdığı, bugünkü tartışmanın özünü oluşturmaktadır.

*Gierke*³⁸ tarafından geliştirilen ve bugün de hem doktrinde³⁹, hem de Alman Federal Mahkemesi kararlarında⁴⁰ etkisi görülen bir görüşe göre tüzük, sadece mevcut değil aynı zamanda müstakbel üyeleri de bağlaması, kendisini hazırlayan tarafların (kurucuların) iradesinden bağımsız nitelik taşıması ve hatta onların iradesinin üzerinde yer alması nedeniyle aynen kanun hükümleri gibi nesnel hukuk kuralı niteliğindedir. Tüzüğü kanunsal norm statüsüne yükselttiği için "Norm Teorisi" olarak adlandırılan bu görüş, dernek tüzüğünün hazırlanması konusunda derneğe hukuk koyma yetkisi tanınmış olduğunu kabul eder⁴¹. Bu hukuk koyma yetkisinin kaynağı irade özerkliğidir. *Gierke*'nin anlayışına göre, irade özerkliği (*autonomie*) devlet dışındaki kişi birliklerinin kendileri için hukuk yaratma yetkisidir⁴². Nasıl devlet kanun yapabiliyorsa,

36 Aksine hüküm olmadığı sürece adi ortaklık hükümlerinin kollektif ve komandit ortaklığa da uygulanması hakkında, HGB §105 II ve §161 il.

37 Baumhach-Hueck, §1, N.3: Brandel. GroE.komm, §1 N. 3o: Eckardt (GeE.1er AktG) §1, N.50; Eisenhardt, N. 107; Hüffer, §1, N.2-3, Lehmann II. §47, s. 2.

38 *Gierke*, O. Deutsches Privatrecht Bd. I 1885, s.142-143, 486.

39 Meyer-Cording, Die Vereinsstrafe, JCB Mohr (Paul Siebeck)Tübingen 1957. 47. 49; MünchKomm BGB- Reuter § 25 N.6.

40 BGHZ 21. 370; 47. 172; 96, 245.

41 *Gierke*, Deutsches Privatrecht I, 119-120. 142-143.

42 *Gierke*, Deutsches Privatrecht I s.142.

İruluslar da tuztik yaparlar. İste bu nedenle tuzuk o kurulusun tfun uyeleri icin baglayicidir. *Gierke*'nin irade ozekliгинin asli bir hul,ık yaratma yetkisi verdiği konusundaki gorusu modem yazarlarca reddedilmistir⁴³. Ancak tuzugun tuzel kisiligin duzenini belirleyen bir "anayasa" islevi gormesi, tuzuk hukumlerinin soyut, belirsiz bir kisi grubuna yonelen ve bu kisileri baglayan, degistirilme asamasinda kendisini yapanlarca degil. kendi hukmu altında bulunanlarca ve ustelik cogunluk karariyla degistirilen hukumler olma niteligi nedeniyle tuzuk hukumlerinin oznel degil nesnel hulaık kurallari kategorisine girdigi fikri benimsenmeye devam edilmiş⁴⁴ ve asagıda aciklandigi uzere sonraki yazarlari da etkilemistir.

Diğer yandan *Gierke*, tuzugu imzalayanlari, bir sozlesme akdetmedil<lerini, ancak tek taraflı olarak, tuzel kisiligi kurma yolundaki beyanlarini aciklamalarindan ibaret olan bir toplu islem (*Gesamtakt*) gerceklestirdiklerini savunmustur⁴⁵.

Norm teorisi, tuzugun sozlesmese! nitelige sahip olmadigi varsayimina dayanarak tuzugu borclar hukukunun sozlesmelere uygulanan genel hukumleri kapsamindan cikarmak ve böylece kısmi butlan, irade sakatligi gibi duzenlemelerin tuzugun ve dolayisiyla tuzel kisiligin gezerliliğini etkilemesine izin vermemek amacina hizmet etmektedir⁴⁶.

43 Norm teorisinin *Gierke*"den sonra gelen guclu savunucularindan *Mep!r-Cording* ise buyetkinin devlet tarafından delege edilmiş bir yetki olduğu fikrini benimser (*Meyer-Cording*. *Vereinstrafe*, 35. 49).

44 *Meyer-Cording*, *Vereinstrafe*. 45: *MunchKomm BGB- Reuter* § 25 N.1.

45 *Gierke*, *Deutsches Privatrecht* I s. 283. dpn. 2; s. 486; *Karş. Lehmann*, Bd. II §48. s. 8. *Lehmann* da "*Gesamtakt*" kavramini anonim ortaklık esas sozlesmesinin kabulü bakımından 1.--ul.lanmış. ancak *Gierke*'den farklı olarak bu islemi kamın koyma niteliginde görmemiştir. *Meyer-Cording* de tuzugun kabulünü toplu islem olarak kabul eder (s. 34). Toplu islem kavrami için bkz. aşı. dpn. 69 ve bagli olduğu kısım.

46 *MunchKomm BGB- Reuter* § 25 N.7-8; *Staudinger - Weick* §25 15. *Wiedemann* I. §311 1, s. 161.

Tüzüğü bir "hukuki işlem" veya "sözleşme" olarak niteleyen görüş⁴⁷ ise. derneğe tanınan özerkliğin, kanun yapma anlamında hulük koyma yetkisini vermediğini, derneğin sahip olduğu yetkinin her bireyin sahip olduğu ve kişinin kendi hukuki ilişkilerini kendisi n düzenleyebilmesi anlamındaki irade özerkliğinin bir görünümü olduğunu savunur. Bu görüşe göre, derneğin sahip olduğu irade özerkliği, derneğin kendi iş ve ilişkilerini organlarının kararlarıyla serbestçe düzenleyebilme imkanını kapsar⁴⁸. Nasıl ki bireyler irade özerkliğini kullanırken kanunlar çerçevesinde kalıyorsa, dernek de kanunlar çerçevesinde kalmak zorundadır. Derneğin yaptığı bu işlem kanunkoyucunun hukuk yaratmasıyla aynı kefeye konulamaz. Derneğin kuruluşunda sözkonusu olan, dernek kurucularının, irade özerkliğine dayanan temel bir hakkı kullanmaları ve ilişkilerini bir tüzel kişilik bünyesinde düzenlemeleridir⁴⁹. Tüzüğün geçerliliği, tarafların birbirleriyle uyuşan irade beyanlarına dayanır. Tüzüğün sonraki paysahipleri açısından bağlayıcılığı ise, tüzel kişiliğe ortak olma iradesinin sonucudur. Bu sözleşme, konusu gereğidiğer borçlar hukuku sözleşmelerinden farklıdır; burada karşılıklı bir borç ilişkisi değil, tüzel kişilik oluşturma amacı söz konusudur. Bu nedenle sözleşme görüşünü savunan yazarlarca tüzük, bir "organizasyon

47 Baumbach/Hueck Ak-tG, Üb vor §23, N. 1; Flume, Juristische Person, §9 I, s. 317Vd.: HaddingW. Korporationsrechtlicheoder rechtsgeschäftliche Grundlagen des Vereinsrechts, Festschrift für Robert Fischer, Berlin 1979, 165, 188vd.: Larenz/Wolf AT §10 N. 3 vd.. 8; Müller-Erzbach R. Das Private Recht der Mitgliedschaft als Prüfstein eines Kausalen Rechtsdenkens, Weimar 1948, s. 147-148; Rogier, J. Die Auslegung von Gesellschaftsverträgen und Satzungen privatrechtlicher Personenverbände, Köln 1981, 37 vd. 50: Soergel Bürgerliches Gesetzbuch, Verlag Kolhammer Stuttgart etc. 12. Auf. Bd. 1. 1988: Bd 2, 1990 (Hadding) §25, 17; Wiedemann I, §3 II 1 s. 163; v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Borgerlichen Rechts, Bd. I. 1910 (tıpkı basımı 1957), Berlin Duncker & Humblot (BGB AT) §35, III, s. 502 vd.

48 v. Tuhr, BGB AT, §35 III, s. 503.

49 Flume, Juristische Person, §9 I, s. 317.

sözleşmesi, olarak adlandırılmaktadır⁵⁰. Sözleşme niteliğinin gereği, sözleşmelere uygulanan genel hükümler tüzük bakımından da uygulanılabilecektir⁵¹. Ancak tüzel kişiliğin yarattığı hukuki görünüme güven duyan üçüncü kişilerin menfaatlerinin korunması gereği, bu hükümlerin uygulanmasında bazı özel sonuçlar doğurabilir⁵².

Bu iki görüş arasındaki ayrılık, bakış açısından kaynaklanmaktadır. Tüzüğün kabulündeki sözleşme unsurunun ön planda tutulması sözleşme görüşünün kabulüne, tüzüğün hukuki etkilerinin ön planda tutulması ise norm görüşünün kabulüne götürmektedir⁵³. Bugün hakim olan fikir, yukarıda anılan iki teoriyi birleştirme ve tüzüğün her iki cephesini birlikte görme yoluna gitmiştir. Bu sonucun görüşüne göre, dayandığı yetki kaynağı bakımından bir özel hukuk işlemi olan tüzük, içerik ve hukuki etki bakımından süresiz veya genellikle uzun süreli olarak öngörülmüş bulunan ve belirsiz bir kişiler topluluğuna yönelik soyut hükümler içermesi nedeniyle, kanunsal normlara benzer özellikler taşımaktadır⁵⁴. Bu nedenle hukuki işlemlere

50 Hadding, FS Fischer, 189; Hüffer § 3 N. 7; Larenz/Wolf AT § 10 N. 3 vd., 8; Rogier, 51; Soergel - Hadding, § 5 N. 17; Wiedemann I, § 3 II 1, s. 165. Buna karşılık, tüzük tüzel kişiliğe ortak veya üye olacak kişilere bazı borçlar da yüklediği için bazı yazarlar tarafından aynı zamanda bir "borç sözleşmesi" olarak da görülmektedir : Hüffer § 3 N. 7; Soergel - Hadding § 5 N. 17; Wiedemann I. § 3 il 1, s. 165.

51 Baumbach -Hueck AktG Üb Var § 3 N.z; Larenz/Wolf, AT, § 10, 5; Soergel Hadding § 5 N. 19.

52 Baumbach-Hueck AktG Üb Var § 3 N.3; Larenz/Wolf, AT, § 10, 7, Staudinger - Weick § 5 N. 15; Wiedemann I. § 3 il 1, s. 165.

53 Wiedemann I. § 3 il 1, s. 162-163.

54 Röhrich, GroE.komm, § 3 N. 6; Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Erster Band Zweiter Teil (1/2), Die Juristische Person, Springer Verlag Berlin 1983 § 9 I, s. 316 vd; Eckardt (GeE.ler AktG), § 3 N. 3za; Hüffer § 3 N.7; Kraft, KölnKomm, § 3 N. 18; Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 59. Auf, Beck, München 2000, § 5. N. 3; Schmidt, GesR, § 5, I 1 c, s. 77; Staudinger - Weick § 5 N.15; Würdinger H. Aktienrecht und das Recht der verbundenen Unternehmen, 4. Auf. Heidelberg 1981, § 4 IV, s. zz. § 10, I 1 b, s.39.

uygulanan genel hükümler tüzüğe bire bir uygulanmamalı, tüzüğün bu ikinci cephesi dikkate alınmalıdır. Hakim fikrin dayanağını oluşturan bir Alman Federal Mahkemesi kararı bu hususu şöyle ifade etmektedir⁵⁵: "Tüzük başlangıçta kurucular tarafından akdedilmiş bir sözleşmedir. Ancak derneğin kurulması ile birlikte tüzük kurucuların kişiliğinden bağımsızlaşır. Kendine ait bağımsız bir hukuki yaşama kavuşur, tüzel kişiliğin anayasası haline gelir ve bu andan itibaren derneğin iradesini, üyelerinin toplu iradesi olarak nesnelleştirir. Kurucuların iradesi ve menfaatleri geri çekilir, onun yerini derneğin amacı ve üyelerin menfaati alır".

İsviçre hukukunda, esas sözleşmenin niteliği konusunda ne sözleşme ne de norm teorisi mutlak olarak benimsenmemekte, hatta bu tartışmanın herhangi bir ihtiyaca cevap veremeyeceği belirtilerek Alman hukukundaki karma görüşe benzer pragmatik bir yaklaşım sergilenmektedir⁵⁶. Şöyle ki İsviçre hukukunda esas sözleşmenin bir yandan irade özerkliğinden kaynaklanan hukuki işlem temeline dayanmak sebebiyle sözleşmelere, diğer yandan da tüzel kişiliğin iç ve dış düzenini belirleyen kurallar getirmek sebebiyle nesnel hukuk kurallarına benzer yönleri olduğuna dikkat çekilmekte ve somut olayda hangi yönün ağır bastığının incelenmesi gerektiği savunulmaktadır⁵⁷. Ancak bu incelemede kullanılan kriter tüzel kişiliğin kurulmuş olması veya kuruluş anı değil, ortaklığın yapısı, kuruculardan sonra pay sahipliğinde değişiklik olup olmadığı ve ihtilafın üçüncü kişilerin menfaatlerini ilgilendirip ilgilendirmediğidir⁵⁸. Federal Mahkeme uygulamasında da esas

55 BGHZ47. 17z. 179-180.

56 Frey, M. Statutarische Drittrechte im Schweizerischen Aktienrecht, Diss. Zürich. 1979. s. 13; v. Greyerz. SPR VIII/z. s. 10z;

57 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel. § 7. N. zvd; Frey, s. 13-14; Siegwart. Art. 6z6. N. 1; v. Steiger, SPR VIII/1, s. z74.

58 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel. § 7, N. 46; Frey. s. 3z-33; v. Greyerz. SPR VIII/z, s. 10z-103; Siegwart, Art. 6z6. N. 11-13.

sözleşmenin niteliği konusunda anılan teorilerden herhangi birini mutlak olarak destekleyen bir görüş benimsenmemiştir. Özellikle esas sözleşmenin yorumu konusunda somut olaya ve ilgili esas sözleşme hükmüne göre sözleşme! yoruma veya nesnel yoruma gidilmek.1:edir59.

Türk hukukunda dernekler bakımından, tüzüğün derneğin yaşamını düzenleyen bir objektif (nesnel) hukuk normu niteliğinde olduğu fikri henimsenmiştir⁶⁰. Anonim ortaklıklar bakımından *Moroğlu*, esas sözleşmenin kurucular arasında bir adi ortaklık ilişkisi oluşturan bir borç sözleşmesi olduğunu kabul etmektedir⁶¹. Yazara göre hu adi ortaklığın amacı tüzel kişinin kurulmasıdır. Tüzel kişinin kuruluşu ile birlikte adi ortaklığın amacı elde edilmiş olur ve adi ortaklık sona erer. Kuruluştan itibaren de esas sözleşme hükümleri objektif hukuk kuralı haline gelir⁶². Böylece yazar Alman hukukunda benimsenen karma görüşe katılmaktadır.

Alman Federal Mahkemesi, tüzüğün "organizasyon" veya öztürkçe bir anlatımla "örgütlenme sözleşmesi" olma niteliğini vurgulamıştır. Mahkemenin haklı olarak Türk hukukunda da benimsenen fikrine göre, ortaklığın tescili ile birlikte tüzüğün hukuki durumunda bir değişiklik gerçekleşmektedir⁶³. Öyle ki, başlangıçta bir sözleşme olan tüzük, *tüzel kişiliği, n kurulması* ile

59 bkz. aşağıda VI B.

60 Al-üinal, *Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler*, □- Bası, Beta, İstanbul 1995, s. 65; Oğuzman/Seliçi/Oktay, *Kişiler Hukuku*, 6. Bası Filiz İstanbul 1999. □□□; Özsunay, *Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler*, i.Ü Yayını İstanbul 1969, 73; Serozan, *Tüzel Kişiler*, Filiz İstanbul 1994, s. 60.

61 Moroğlu, *Anonim Ortaklık Anasözleşmesi ve Hukuki Niteliği*, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul □ooo, 515, s. s□□; Bu konuda öğretide-ki diğer görüşler ve değerlendirmesi için bkz. Bahtiyar, *Anonim Ortaklık Anasözleşmesi*, İstanbul□001, s.□5vd.

62 Moroğlu, *Oğuzman Armağanı*, s.5□3.

63 □die Wandlung der Rechtslage" BGHZ47, 17□. 180.

birlikte hukuki bir evrim geçirmekte ve bu andan itibaren *kuruculardan bağımsızlaşmış bir nesnel hukuk kuralları bütünü* haline gelmektedir.

Tüzüğün veya anonim ortaklıklar bakımından esas sözleşmenin nesnelleştiğinin kabul edilmesi çeşitli sonuçlar doğurur. Tüzel kişiliğin tescilinden önce esas sözleşme sözleşmeye! karakterini koruduğu için sözleşmelerin geçerliliği ile ilgili borçlar hukuku hükümleri esas sözleşmeye eksiksiz uygulanabilir örneğin irade beyanlarının sakatlığı nedeniyle sözleşme iptal edilebilir⁶⁴. Oysa tescilden sonra, sözleşmeyi oluşturanların irade beyanlarının sakatlığına dayanarak tüzüğün iptalini talep edemeyecekleri kabul edilir⁶⁵. Böylece tüzel kişiliğin varlığının korunması sağlanır. Sözleşmenin değiştirilmesi özel kurallara tabi olur. Sözleşme, kurucular dışında tüzel kişiliğe katılan kişileri de, bunlar şahsen esas sözleşmeye taraf olmasalar da bağlar. Ayrıca esas sözleşmenin yorumunda kanunların yorumunda uygulanan kurallar uygulanır⁶⁶.

Yalnız bu noktaya bir istisna getirmek gerekir. Tüzel kişiliğin sadece kurucular arasında kalmış olması halinde, üçüncü kişilerin hukukunun etkilenmeyeceği ölçüde esas sözleşmenin sözleşmesel niteliği korunmalıdır. Örneğin bu kişiler arasında yorum, sözleşmelerin yorumu kurallarına göre yapılmalıdır. Tüzel kişinin kurucuların kapalı çevresinde kalması halinde esas sözleşmenin bu kişiler arasında nesnel hukuk kuralı olarak kabul edilmesi gerektiği fikri dayanaksız kalır. Esas sözleşme

64 Alman hukukunda, tescil öncesi safha iki kısma ayrılmaktadır. Tescilden önce esas sözleşme, sözleşmeye}karakterini tamamen koruduğundan BGB'nin irade bozukluğu veya hukuki işlemi sakatlayan diğer sebepler ile ilgili hükümleri eksiksiz uygulanır Ancak tescilden önce dahi ortaklık adına işlemler yapılmışsa, o takdirde iptalin etkisi geriye değil ileriye yönelik olur. Eckardt (GeE.ler AktG) §23 N. 14: Röhrich, GroE.komm, §3 N. 7-8: Kraft, KölnKomm, §3 N.108.

65 Baumbach/Hueck, AktG, ÜB vor §3, 3: Röhrich, GroE.komm, §3 N. 20: Hüffer, §3, N.4z: Moroğlu, Oğuzman Armağanı, s. 5z3.

66 Bkz. a.ş. VI B.

yalnızca kendisini oluşturan kişiler için sonuç doğurmakta ve üçüncü kişilerin menfaatini zedeleyecek bir durum yok ise, esas sözleşmenin doğuracağı sonuçların bu kişilerin sözleşmenin kurulma anındaki iradesi doğrultusunda olması gerekir. Bu husus aşağıda yorum kısmında daha detaylı olarak ele alınmıştır.

□- *İşlemin türü*

Alman ve İsviçre hukuklarında yukarıda da belirtildiği gibi tüzüğün bir sözleşmeye dayandığı fikri benimsenmiştir. Türk hukukunda ise dernekler bakımından özellikle Gierke'nin savunduğu, tüzüğün oluşumundaki irade beyanlarının bir sözleşme değil birden fazla kişinin aynı anda gerçekleştirdiği tek taraflı bir hukuki işlem ("toplu işlem", "*Gesamtakt*") oluşturduğu fikri⁶⁷hakimdir⁶⁸. *Johannes Emil Kuntze* tarafından ortaya atılan toplu işlem kavramı, birden fazla tarafın, tamamen aynı menfaat ve amacı gerçekleştirmek için yaptığı, diğer bir deyişle menfaatlerin karşılıklı değil birbirine paralel bulunduğu işlemleri anlatmayı amaçlar⁶⁹. Bir gayrimenkule ortaklaşa sahip olan birden fazla kişinin o gayrimenkul üzerinde irtifak hakkı kurmak istemesi veya birden fazla kişinin birlikte bir protesto çekmesi gibi⁷⁰. Aynı şekilde *Kuntze*, tüzel kişiliğin dayanağında da, bir ortaklık sözleşmesi değil, yeni bir hukuki varlığın yaratılmasına yönelik iradelerin toplanması ile ortaya çıkan tek taraflı bir işlem görmektedir⁷¹.

67 Bkz. yukarıda dpn. 45 ve ilgili metin.

68 Akünel, Tüzel Kişiler, 64; Özsunay, Tüzel Kişiler, 73; Köprülü, Medeni Hukuk, İ.Ü. Hukuk Fakültesi yayını 2. bası İstanbul 1984, 445. İsviçre hukukunda da limited şirket esas sözleşmesi bakımından toplu işlem görüşünü savunan yazarlar vardır: Amstutz, BaslerKomm. Art. 818 N. 2, 4.

69 Kuntze J. E., Der Gesamtakt, ein neuer Rechtsbegriff, Festgabe für Otto Müller, 1892. 27. s. 43.

70 Kuntze s. 43-44, 45.

71 Kuntze, s. 73 vd.

Böylece işleme katılan kaç kişi olursa olsun, bu kişiler aynı tarafta bulunur ve topluca bir işlem gerçekleştirirler. Hem sözleşme hem de toplu işlemin temelinde irade uyuşması bulunur. Farklı olan, iradenin içeriği ve amacıdır. Sözleşme (üçüncü kişiye etkili sözleşmeler hariç) taraflar arasında ilişki kurmaya yönelir. Toplu işlem ise daima üçüncü kişilere yönelir⁷². *Kuntze'nin* bununla anlatmak istediği, birden fazla kişinin bir işlemde aynı tarafta bulunmasıdır. Birden fazla kişi tek bir taraf gibi hareket ettiklerinden ya tek taraflı bir işlem yapacaklar ya da daima karşılarında bir üçüncü kişi bulunacaktır.

Esasen, toplu işlem kavramı, yeni bir hukuki işlem kategorisi oluşturmamakta, bilinen hukuki işlemlerin bir tarafında birden fazla kişinin bulunması halini anlatmaktadır. Bu nedenle de yanlış anlamaya sevkedici bir terimdir, zira işlemin çeşidini (tek taraflı işlem, sözleşme gibi) değil, nasıl yapıldığını anlatmaktadır. Kavramın getirdiği en büyük değişiklik, ortaklık sözleşmesi gibi bazı çok taraflı sözleşmeleri tek taraflı işlem haline getirmesidir. Kavram daha sonraları özellikle tüzükler veya özel hukuk kişilerince belirlenen ücret tarifeleri gibi, kendisini oluşturan kişi çevresi dışına etki eden hukuki düzenlemeler bakımından kullanılmıştır⁷³. Ancak bu kavramı benimseyen yazarların sözleşme kavramını anlayış biçimlerinin çok dar olduğu, anılan hukuki düzenlemeler için böyle yeni bir kavram geliştirmenin bunlarla ilgili hukuki sorunların çözümü bakımından herhangi bir fayda sağlamadığı ve esasen sözleşme kavramının bu tür hukuki düzenlemeleri de kapsayacak kadar geniş olduğu gerekçeleriyle toplu işlem kavramı eleştirilmiştir⁷⁴.

72 Kuntze, s. 45.

73 Bkz. Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band Das Rechtsgeschäft, Springer Verlag Berlin 1979, §33 2, s. 602-603.

74 Flume, Rechtsgeschäft, §33 2. s. 602-603; Flume, Juristische Person §9 I, s. 317, Müller-Erzbach, Mitgliedschaft, §22. s. 182 vd; Staudinger - Weick §25, 15; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku Dersleri, s. 114; Kocayusufpaşaoğlu, fasikül, §II II, 91.

Ortaklıklar hül.,ıl."U bakımından, toplu işlem görtişü tereddütle k.-arşılanmalıdır. Bir sözleşmenin varlığı için taraf iradelerinin ve tarafların hak ve borçlarının mutlaka karşılıklı olarak birbirlerine yönelmeleri gerekmez. Borçlar Kanunu, ortaklık sözleşmesinde açıkça taraf iradelerinin ortaklaşa belli bir amaca yönelmesini öngörmüştür. Anonim ortaklık esas sözleşmesi, Borçlar Kanununda yer alan ortaklık sözleşmesinin tüm unsurlarını (şahıs, sermaye, ortak amaç, affectio societatis⁷⁵) içerir. Esas sözleşme, belli sayıda kişinin ortak bir amacı gerçekleştirmek için sermayelerini bir araya getirmek konusunda iradelerinin uyuşmasına dayanan bir ortaklık sözleşmesidir. Nitekim, kanunda öngörölen şekil şartları tamamlanıp anonim ortaklık tescil edilinceye kadar ortaklar arasındaki ilişki bir adi ortaklık iliřkisidir⁷⁶. Ortaklık herhangi bir nedenden ötürü tescil edilemezse, kurucuların kendi aralarındaki ve bunların üçüncü kişilerle olan ilişkileri adi ortaklık hükümlerine göre çözümlenecektir. Ortaklığın tescilinden sonra ise, esas sözleşme öncelikle anonim ortaklık hukukuna tabi olur. Türk hukuku bakımından tüm ticaret ortaklıklarının tüzel kişiliğe sahip olması, sermaye ortaklıkları ile kişi ortaklıkları arasında ortaklığın dayandığı temel bakımından bir ayırım yapılmasına gerek bırakmamıştır. Tüm ticaret ortaklıkları bir ortaklık sözleşmesi üzerine kuruludurlar. TK m. 138 uyarınca Borçlar Kanununun 5□0-541. maddeleri, yani adi ortaklık hükümleri, her şirket türünün mahiyetine uygun olduğu ölçüde ticaret şirketleri açısından da uygulanır. Öyleyse Türk Ticaret Kanunu Borçlar Kanunundaki ortaklık sözleşmesini tüm ticaret ortaklıklarının temeli olarak görmektedir. Bu nedenle ticaret ortaklıklarının esas sözleşmelerini "toplu işlem" olarak nitelendirmek yerinde olmaz.

⁷⁵ Ancak anonim ortaklıklarda ortaklığın amacını gerçekleştirmek için gayret ve özen gösterme yül-ümü çok daralmış, adeta sermaye getirme unsuru "affectio societatis"in yerini almıştır.

⁷⁶ Poroy (Tekinalp/Çamoğlu) N. 485.

Öte yandan Alman hukukunda yapılan örgütlenme sözleşmesi nitelmesi. tüzel kişilik doğuran sözleşmeleri hedef alır ve kişi ortaklı.klan ile sermaye ortaklıkları farlanı ortaya koyar. Oysa Türk hukukunda tüm ticaret ortaklıkları adi ortaklık temeline oturmalarına rağmen tüzel kişiliğe sahiptirler. Yalnızca her bir ortaklık bakımından öngörölmüş bulunan kanuni yapı ilgili ortaklığın esas sözleşmesini de özellikli kılar. Bununla birlikte, tüzel kişiliğe sahip ortaklıklarla adi ortaklıkların ortaklık sözleşmelerini ayırmak ve tüzel kişiliğin kurulmasıyla ortaklık sözleşmesinin nesnel nitelik kazandığını vurgulamak amacıyla, tüzel kişilerin ortaklık esas sözleşmeleri örgütlenme sözleşmesi olarak nitelendirilebilir.

Diğer taraftan, Türk Hukukunda henüz kabul edilmemekle birlikte, Avrupa Birliği hukukunda genel olarak kabul edilen tek ortaklı limited ortaklık ve bazı Avrupa Birliği ülkelerinde kabul edilen tek ortaklı anonim ortaklık kavramlarına da burada dikkat çekilmelidir. Şöyle ki, ilgili ülkelerde limited ve bazen anonim ortaklıklar baştan itibaren tek ortak tarafından kurulabilmektedir. Tek ortağın kendi kendine ortaklık sözleşmesi yapması mümkün olmadığına göre, esas "sözleşme" içeriği tek ortak tarafından belirlenecek ve "ortaklık" tüzel kişiliği tek taraflı işlem ile kurulmuş olacaktır⁷⁷. Alman hukukunda tek ortaklı limited ve anonim ortaklığın kabulünün sözleşme teorisini ortadan kaldırdığı dahi ileri sürölmektedir⁷⁸. Türk hukukunda da tek ortaklı limited veya anonim ortaklıklar kabul edilirse sözleşme teorisi zayıflayacak ve en

77 Larenz/Wolf, AT. §23, N. 128; Rowedder/Rittner §2, **N. 4**; Schmidt, GesR, §40 il 2. s. 1247. Tek ortaklı ortaklıklarda artık bir sözleşmeden bahsedilememesine rağmen, ancak birkaç özel hüküm dışında tek kişi ortaklıkları da çok ortaklı ortaklıkların tabi oldukları hükümlere tabi olduğundan, "ortaklık" ve "esas sözleşme" terimleri kullanılmaya devam etmektedir. Mamafih kuruluştan sonra başka ortakların katılması ve ortaklık teriminin gerçek anlamını bulması da mümkündür.

78 Ochs, V. Die Einpersonengesellschaft in Europa, Nomos, Baden Baden 1997, s. 46.

azından bu ortaklıklar bakımından tek taraflı işlem teorisini kabul etmek gerekecektir.

3. Sözleşmenin müferit hükümleri açısından değerlendirme

Alman hukukunda esas sözleşmenin bir örgütlenme sözleşmesi olarak nitelendirildiğini ve hakim görüşün kabul ettiği yoruma göre, esas sözleşme hükümlerinin tüzel kişiliğin tescili ile birlikteliğe nesnel hukuk kuralları niteliğini kazandığı yukarıda açıklandı. Bu konuda eklenmesi gereken bir husus daha vardır. Alman hukukunda esas sözleşmenin geneli bakımından yapılan nitelendirmeye bir istisna getirilmektedir. Şöyle ki, esas sözleşme hükümlerinin tümü birden tüzel kişiliğin örgütüne has, soyut, çerçeve nitelikte hükümler getirmiyor olabilirler. Esas sözleşme hükümleri arasında bir borç sözleşmesi niteliğini taşıyan hükümler de bulunabilir. Bu nedenle, anılan iki grup arasında bir ayırım yapılmakta, gerçekten ortaklığın örgütünü, işleyişini, organların yetki ve görevlerini ilgilendiren, aynı koşulları gerçekleştiren birden fazla durumda uygulanmak üzere öngörülmüş soyut ve genel hükümler esas sözleşmenin *gerçek, korporatif, maddi* hükümleri kabul edilmekte, anılan amaçlara hizmet etmeyen ve anılan niteliği taşımayan, alelade bir borç sözleşmesi hükmünde olan ve ancak şeklen esas sözleşme belgesinin içinde yer alan hükümlere ise *gerçek olmayan, korporatif olmayan, şekli* esas sözleşme hükümleri denilmektedir⁷⁹. Gerçek olan / olmayan hükümler arasındaki sınırı çizmek güçtür⁸⁰. Gerçek esas sözleşme hükümleri ortaklığın örgütü, organların yetkileri, yönetim, temsil gibi konuları ilgilendirir⁸¹. Bu hükümler mevcut ve gelecek tüm

79 Eckardt (GeE.ler AktG) § 3 N. 33; Lutter, KölnKom.m § 54 N. 4 vd; Priester H.J. Nichtkorporative Satzungsbestimmungen bei Kapitalgesellschaften, DB 1979, s. 681; Schmidt, GesR § 5 I 1 d, s. 78; Westermann, Verhältnis, s. 33-34; farklı veya daha detaylı ayrımlar için: Röhricht, GroR.komm, § 3 N. 9 vd; Soergel - Hadding § 5 N. 1-3; Zöllner, KölnKomm, § 179 N.9.

80 Röhricht, GroR.komm, § 3 N.9 vd; Schmidt, GesR § 5 I 1 d, s. 78;

81 Röhricht, GroB.komm, § 3 N. 1.

paysahiplerine yönelirken, esas sözleşmede yer alan gerçek olmayan, şekli hükümler bir mevki olarak "paysahipliğine" değil o anda payın sahibi olan kişilere veya o hükmün ilgilendirdiği belli bir kişiye yönelir⁸². Ortaklıkla veya paysahipleriyle üçüncü kişiler arasındaki bireysel ilişkileri düzenleyen hükümler esas sözleşmede yeralıyorsa, bunlar da gerçek olmayan esas sözleşme hükümleri olarak nitelendirilebilirler⁸³. Üçüncü kişilerin bu tür hükümlerden doğabilecek talepleri ortaklık hukukuna değil borçlar hukukuna tabidir⁸⁴. Bunun dışında paysahiplerinin üstlendiği ve kanunun izin verdiği sınırın (AktG §55, TK 405 III) dışına taşan yan edim borçları da esas sözleşmede yer aldıkları takdirde borç sözleşmesi olarak nitelendirilir ve gerçek olmayan esas sözleşme hükümleri arasında sayılırlar⁸⁵. Buna karşılık, ilk yönetim kurulu üyelerinin atanmasına dair hükmün, yönetim kurulu üyelerinin huzur hakkını belirleyen hükümlerin, çalışanlara veya yöneticilere pay alma konusunda opsiyon hakkı tanıyan hükümlerin esas sözleşmede yer almalarına rağmen borçlandırıcı sözleşme hükmünde olup olmadıkları tartışılabilir. Aynı şekilde paysahipleriyle ortaklık arasındaki ihtilafların çözümünde tahkime gidileceği konusunda bir hükmün veya paysahiplerinin kendi aralarındaki ilişkileri düzenleyen hükümlerin niteliği de tartışmalıdır.

Bu iki grup hüküm arasındaki fark, birinci grup hükmün ortaklıklar hukukunun esas sözleşmeye bağladığı özel hukuki etkiye ve sonuçlara sahip olup, kanunun emredici hükümlerine tabi olması, ikinci grup hükmün ise, esas sözleşmede yer almasına rağmen, gerçek bir esas sözleşme hükmü niteliği taşımayarak, ne kanunun esas sözleşme hakkında getirdiği özel hükümlere tabi olması, ne de esas sözleşmeyi özel kılan hukuki

82 Priester DB 1979, s. 681; Zöllner, KölnKomm, §179 N. 47.

83 Röhrich, GroE.komm, §23 N. 22; Priester DB 1979. s. 682.

84 Priester DB 1979, s. 682.

85 Röhrich, GroE.komm, §23 N. 19; Priester DB 1979. s. 682

nitelik ve etkiyi barındırmasıdır⁸⁶. Anılan ikinci grup gerçek olmayan esas sözleşme hükümleri tüzel kişilik hukukuna değil borçlar hül.'llkuna tabidirler. Bunlar esas sözleşmede yer almalarına rağmen esas sözleşme hükümleri gibi değerlendirilmeyeceklerdir. Değiştirilmeleri esas sözleşmenin değişikliği usulüne değil, genel sözleşme değişikliği usulüne tabi olacak, bu hül.'funlerin değişmesi veya kaldırılması genel kurul kararıyla değil tarafların anlaşmasıyla gerçekleşecektir⁸⁷. Ticaret sicilinde kayıtlı esas sözleşme hükmünün değişiklikten önceki hali yansıtması da önemli değildir zira gerçek olmayan esas sözleşme hükümleri bakımından üçüncü kişilerin güveni korunmayacaktır⁸⁸. Korporatif olmayan esas sözleşme hükümlerinden doğan talepler paysahipliği mevkiine bağlı olmadığı için payın devriyle yeni paysahibine geçmeyecek (örneğin yönetim kurulu üyesinin ücret hakkı), o hakka sahip olan kişinin hakkı devrettiği kişilere veya külli haleflerine geçecektir⁸⁹. Ayrıca sadece gerçek esas sözleşme hükümlerine aykırılık genel kurul kararının iptaline yol açacaktır⁹⁰.

İsviçre hukukunda da bazı yazarlarca gerçek olan / olmayan esas sözleşme hükmü ayrımı yapılmaktadır. Bir hükmün yalnızca esas sözleşme metninin içinde yer almakla gerçek anlamda esas sözleşme hükmü olamayacağı, hangi hükümlerin korporatif etki taşıyıp taşımayacağına hükmün esas sözleşmenin içinde yer alıp almamasına bakılarak değil, anonim ortaklık hukukunun böyle bir hükmün korporatif etki taşımaya izin verip vermediğine bakılarak karar verilmesi gerektiği kabul edilmektedir⁹¹.

86 Röhricht, GroE.komm, §23 N.8; Priester DB1979, s.681; Schmidt, GesR§5 I 1 d,s.78.

87 Röhricht, GroR.komm, §23 N. 8; Zöllner, KölnKomm, §179 N. 48; Priester DB 1979. s. 685; Schmidt, GesR §5 I 1 d,s. 78

88 Priester DB 1979. s. 685.

89 Röhricht. GroR,komm, §23 N. 8; Zöllner. KölnKomm §179 N. 47; Priester DB 1979,s.686.

90 Zöllner, KölnKomm.§179 N.50.

91 Wieland, SAG 27 (1954/55)s.155. İsviçre'de bu tartışma özellikle esassözleşmeye konulan pay üzerinde alım, önalım hakları açısından yürütülmektedir. *Böckli* bu

Esas sözleşme hükümleri arasında gerçek olan/olmayan hüküm ayrımı *Türk hukukunda* Yargıtayın bazı kararlarında kabul edilmiştir⁹². Yargıtayın 1995 tarihli bir kararına konu olan olayda bir anonim ortaklık esas sözleşmesi, pay sahiplerine, paylarını satmak istemeleri halinde önce diğer pay sahiplerine satış teklifinde bulunma yükümünü getiren bir hüküm içermekteydi. Bu teklifi alan pay sahipleri sözleşmede belirtilen süre içerisinde rayiç bedelden payları almayı kabul ettiklerini bildirmezler ise, paylarını satmak isteyen pay sahipleri istedikleri kişiye satış yapmakta serbest hale geliyorlardı. Bu hükmün uygulanması ile ilgili olarak ortaya çıkan ihtilafta bazı pay sahipleri anılan teklifte bulunmuş, teklifi alan taraf ise sözleşmede öngörülen kabul şartını gereği gibi yerine getirmediğinden üçüncü kişiye satış gerçekleşmişti. Dava, satışın iptali talebine dayanıyordu. Yargıtay, anılan hükmü, esas sözleşmede yer almasına rağmen bir borç sözleşmesi gibi değerlendirmiştir. Yüksek mahkeme, hükmünde tanınan öncelik hakkının, esas sözleşme ile birlikte tescil edilse bile, tescili öngörülen husulardan olmadığı için sicilin olumlu etkisinden faydalanamayacağına ve üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyeceğine karar vermiştir⁹³.

tür haklar öngören hükümleri esas sözleşme kılıfına bürünmüş borç sözleşmesi (*Vertrag im Statutengewand*) olarak adlandırmaktadır (Böckli. ZBJV 1993, s. 494). Bağlı nama yazılı paylar üzerine geniş bir monografi yazmış olan *Klt. iy* de, esas sözleşmeye konulan alım önalım vb. hakları incelerken, ancak 'paysahiplerinin ortaklıkla olan ilişkilerini' ilgilendiren hükümlerin esas sözleşmenin maddi (gerçek) anlamdaki içeriğini oluşturabileceğini, 'paysahiplerinin kendi aralarındaki ilişkilerin' ise yalnızca borç sözleşmesi şeklinde akdedebileceğini, bunlar esas sözleşmede düzenlense bile nitelik olarak borç sözleşmesi niteliğini taşıyacaklarını belirtmektedir (IGay, H. Die Vinkulieruog:Theorie und Praxis im neuen Aktienrecht. Helbing&Lichtenbahn. Basel, 1997s. 471). Aynı şekilde *Steiger* de, esas sözleşmeye konulan ve tek borç ilkesine aykırı hükümlerin taraflar arasında şahsi borç ilişkisi yaratacağını kabul eder. [v. Steiger. F.. İsviçre'de Anonim Şirketler Hukuku (Çeviren: Tahir Çağa) Fakülteler Matbaası. İstanbul 1968s. 167.)

92 Y. II. HD. 25.12.1987, E. 3565. K 7565. Eriş 2. bası, s. 1256 vd.: Y. II. HD. 23.2.1995. E. 7138. K 1522. Sonucu kararın tam metni E. Moroğlu'nun Anonim Ortaklık Ana Sözleşmesi ve Hukuki Niteliği adlı makalesine ek olarak basılmıştır. (Oğuzman Armağanı s. 525).

93 Y. II. HD. 23.2.1995. E. 7138. K. 1522.. Moroğlu, Oğuzman Armağanı s. 528. Sicilin olumlu etkisi bakımından aynı görüşte, Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), N. 497a. (Bu kararla ilgili olarak ayrıca bkz. §5 dpn. 417)

Karar, Yargıtay'ın görüşünün gün ışığına çıkmasını sağlayan **J.loroğlu** tarafından da desteklenmekte ve Türk hukukunda esas sözleşme hül'ilerinin niteliği konusundaki ayrıma örnek olarak gösterilmel.-tedir⁹⁴. Gerçekten de kararda isabetli bir sonuca varılmıştır. Olaydaki hüküm, pahasahiplerine sözleşmese! borç yükleyen bir hül.'iidür. Tek borç ilkesi nedeniyle esas sözleşmenin gerçek parçasını oluşturamayacak olan bu hükmün esas sözleşmede yer almış olması, hükmü geçersiz hale getirmeyeceği gibi, hükme korporatif nitelik kazandıramaz⁹⁵. Ortaklığın kuruluşu sırasında esas sözleşmenin, gerekirse Sanayi ve Ticaret Bakanlığı^{95a} ve her halükarda ticaret sicil memuru tarafından içerik denetiminden geçirilmesi de, denetim sonrasında esas sözleşmede yer almasına izin verilen tüm hükümlerin korporatif etki taşıyan hül.'iinler olması sonucunu doğurmaz. Hüküm, bir borç sözleşmesi niteliğini taşımaya devam eder.

Yargıtay, 1987 tarihli bir kararında⁹⁶ da, esas sözleşmede pahasahiplerine ismen tanınan hakların imtiyaz olamayacağına isabetle işaret ederek, bunların akdi hak niteliği taşıdığını hüküm altına almıştır. Yargıtay bu akdi hakkın genel hükümler

94 Moroğlu. Oğuzman Armağanı s. 524-525.

95 *Tekinalp* de, esas sözleşmese! alım, önalım ve geriyeahm haklarını incelediği makalesinde, esas sözleşmede öngörülen bu tür borçların ortaksa! nitelik taşımayacağı. bunların borçlar hukukuna dayanan borç ve yükümler doğurduğunu belirtmektedir (Tekinalp, Anonim Ortaklık Payının Alım. Önalım. Geriyealım ve Benzer Haklara Konu Olması Sorunu. Medeni Kanun 50. Yıl Sempozyumu. İstanbul 1958. 345. s. 352).

95a 4884 sayılı Kanunla Türk Ticaret Kanunu 'nda yapılan değişiklik (RG 17.06.2003, 25141) ve bu değişikliğe dayanarak Sanayi ve Ticaret Bakanlığınca çıkarılan tebliğ (İç Ticaret 2003/3, RC. 25.07.2003. 25179) uyarınca bankalar. özel finans kurumları. sigorta şirketleri. finansal kiralama şirketleri. faktoring şirketleri. faktoring şirketleri, holdingler. döviz büfesi işleten şirketler, umumi mağazacılıkla uğraşan şirketler, Sermaye Piyasası Kanunu'na tabi ve halka açık şirketler, serbest bölge kurucusu ve işleticisi şirketlerin kuruluşu ve ana sözleşme değişiklikleri Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın iznine tabidir. Diğer anonim şirketler için Bakanlık'tan kuruluş izni almaya gerek yoktur.

96 bkz. dpn. 92, s. 1257. Bu kararla ilgili olarak ayrıca bkz. §6 dpn. 128 ve ilgili metin.

çerçevesinde değerlendirilebileceğini ve bir genel kurul kararı ile değil, ancak taraflarınca karşılıklı olarak anlaşmak suretiyle değiştirilebileceğini veya kaldırılabilirliğini de belirtmiştir.

Böylece, Alman hukukunda kabul edilen gerçek olan /olmayan esas sözleşme hükmü ayrımının Türk hukukunda da yapılmakta olduğu söylenebilir. Bu ayrım bakımından kullanılan kriterler Türk hukukunda da kabul edilmelidir⁹⁷. Esas sözleşmede yer almakla birlikte ortaklığın örgütüne, iç düzenine, organların yetki ve görevlerine, pay sahipliği mevkiine bağlı olarak tanınmasına kanunun izin verdiği hak ve yükümlülüklerle dair olmayan, ortaklık ile özel bireyler arasındaki veya pay sahiplerinin kendi aralarındaki ilişkileri düzenleyen, genel ve soyut nitelik taşımayan (veya böyle bir nitelik taşıması halinde kanuna aykırı düşecek olan) hükümler, esas sözleşmenin gerçek hükümleri olarak kabul edilmemelidir.

Esas sözleşmenin gerçek olan/olmayan hükümleri arasındaki bu ayrımın hukuki değerlendirme açısından doğru sonuçlara varmakla birlikte, bazı sakıncaları da beraberinde getirmektedir. Ayrımın üçüncü kişilerin güvenine sağlanan korumanın kaldırılması, esas sözleşme değişikliğinin kanunda öngörülen usule uymadan yapılması gibi sonuçları kötüye kullanılabilir sonuçlardır. Özellikle hangi hükümlerin esas sözleşme niteliğini, hangilerinin sözleşme nitelik taşıdığını belirlemek güçtür⁹⁸. Nitekim aynı gerekçelerle Alman hukukunda da

97 Aynı görüşte, Moroğlu, Oğuzman Armağam s. 524.

98 Örneğin *Moroğlu* anılan makalesinde, pay sahiplerine tamnan imtiyaz haklarını (TK401) borçlar hukuku sözleşmesi niteliğinde düzenlemeler olarak, yani gerçek olmayan esas sözleşme hükmü olarak kabul etmektedir (s. 524). Yargıtay'ın yukarıda anılan kararında olduğu gibi hakların pay sahiplerine ismen tanınmış olması halinde bu sonuç doğar. Ancak "pay gruplarına" tamnan imtiyaz hakları, pay sahiplerine değil pay kategorilerine bağlanan, soyut, o kategori paya sahip olan mevcut ve gelecek tüm pay sahiplerine uygulanan haklar olduğundan bu tür haklar ihdas eden esas sözleşme hükümleri gerçek esas sözleşme hükümleri olarak görülebilir. İmtiyaz haklarının imtiyazlı pay sahipleri kurulunun olumlu

korporatif nitelikte olmayan hükümlerin esas sözleşmeye alınmaması tavsiye edilmelidir⁹⁹.

f. *Tek borç ilkesine aykırın esas sözleşme hükümlerinin borç sözleşmesi olarak ayakta tutulması*

Esas sözleşmeyi düzenleme özgürlüğünü sınırlandıran en önemli ilkelerden birinin tekborç ilkesi olduğundan söz edildi. Tek borç ilkesine aykırı biçimde pay sahiplerinin yükümlerinin kapsamını, içeriği belirli veya belirsiz şekilde artırarak, pay sahibine herhangi bir verme, yapma veya yapmama edimi yükleyen esas sözleşme hükümleri batıl kabul edilir¹⁰⁰. Ancak, esas sözleşmede yeralan bir hükmün gerçek anlamda bir esas sözleşme hükmü olmayıp taraflar arasındaki bağımsız bir borç sözleşmesi hükmü niteliği taşıdığı kabul edilebilirse, o takdirde bu hükümler bir esas sözleşme hükmü olarak değil bir adi borç sözleşmesi hükmü olarak geçerli olur¹⁰¹. Hükmün niteliğinin ne olduğuna karar vermek için yorum yoluna gidilir¹⁰². Diğer bir deyişle tarafların ilgili hükmün korporatif nitelik taşımasını ve gelecekteki pay sahiplerini de bağlamasını mı, yoksa yalnızca kendi aralarında geçerli olmasını mı istedikleri araştırılmalıdır. Zira ilk halde hüküm geçersiz olabilecek, ikinci halde ise bir borç sözleşmesi olarak ayakta tutulabilecektir.

kararı olmadan ortadan kaldırılamaması (TK 401), bunların sözleşmeye haklar olduğuna işaret etmez. Tam tersine, imtiyazlı pay sahipleri kurulu kararının çoğunluk kararı olması, yani imtiyaz sahibi bazı pay sahiplerinin rızalarının aksine imtiyazların kaldırılabilir olması, bunların sözleşmeye haklar olmadığını gösterir.

99 Priester DB 1979, s. 686.

100 Böckli, N. 38h. Bürgi. Art. 680 N. 9; Kurer, BaslerKomm. m. 680 N. 8; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu) N. 1019; Lutter, KölnKomm. §54 N. 13.

101 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, §44, N. 268vd; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu) N. 848d; Barz, GroE.komm, §54 N. 10; Hefermehl/Bungeroth(GeE.ler AktG) §54 N. 28.

102 Barz. GroR.komm, §54 N. 10; Baumbach/Hueck. AktG §54. N. 6; Hefermehl/Bungeroth (GeR.ler AktG) §54 N. 29; Lutter, KölnKomm, §54 N. 25.

Sözleşme hükmü bir borç sözleşmesi olarak ayakta tutulacağı için burada sözleşmelerin yorumuna ait ilkelerin uygulanması gerekir¹⁰³.

Eğer yorum yoluyla hükmün bir borç sözleşmesi olarak tasarlandığı sonucuna varılması mümkün olmazsa, yani hükmün korporatif nitelik taşımasının arzulandığı sonucuna ulaşırsa, bu kez de hükmün hülûki işlemlerin tahvili yoluyla ayakta tutulabilmesi imkanı araştırılmalıdır¹⁰⁴. Bunun için aranan şartlar, ayal-ta tutulacak işlem için yerine getirilmesi gereken herhangi bir şekil şartı varsa bunun yerine gelmesi; işlemin amacının, geçersiz olan işleme yakın olması ve tarafların, ilk yaptıkları işlemin geçersiz olacağını bilselerdi, ikinci işlemi yapmayı isteyecekleri varsayımının kabul edilebilir olmasıdır¹⁰⁵. Hemen belirtilmelidir ki, yorumlama yapılırken taraflar arasındaki hukuki işlemi ayal-ta tutacak yorumun tercih edilmesi kuralı, yorum ile tahvili birbirine çok yakınlaştırmaktadır¹⁰⁶ ve bu nedenle yorum yoluyla borç sözleşmesi niteliği taşıdığı sonucuna varılamayan bir hükmün tahvil yoluyla ayakta tutulabilmesi zor olacaktır¹⁰⁷. İki hukuki yöntem arasındaki yakınlık

¹⁰³ Lutter, KölnKom.m. §54 N. 25. farklı görüş: Hefermehl/Bungeroth (GeE.ler Alı.1G) §54 N. 29. Yazarlar, tarafların kişisel niyet ve tasavvurlarının ancak esas sözleşme metninde veya diğer nesnel olgularda bir dayanağı olması halinde yorumda dikkate alınabileceğini söylerler.

¹⁰⁴ Barı. GroE.komm. §54 N. 10: Baumbach/Hueck, Alı.-tG §54. N. 6: Hefermehl/Bungeroth (GeE.ler Alı.-tG) §54 N. 31; Röhrich. GroE.komm. §23 N. 20. 21.

¹⁰⁵ Oğuzman/Öz. s. 132: Tekinay Borçlar. s. 110. Daha geniş bilgi için bkz. Kaneti, Selim, Hulûki İşlemlerin Çevrilmesi (Tahvili). İstanbul 1972.

¹⁰⁶ Kaneti. s. 22: Larenz/Wolf. AT. §44 N. 93. Yorum tarafların gerçek iradesine, tahvil ise tarafların farazi iradesine ("taraflar gerçeği bilselerdi ne isterlerdi?" sorusunun cevabına) dayanır. Bu nedenle önce tarafların gerçek iradesini bulmak için yorum yoluna gidilir. Tarafların gerçekten bir esas sözleşme hükmü öngörmek istemiş olmaları halinde tahvil yolu ile bu kez tarafların aslında amaçlamamış oldukları, ancak batıl bir esas sözleşme hükmü yerine tercih edebilecekleri geçerli bir borç sözleşmesi hükmünün varlığı kabul edilmelidir. Dolayısıyla mantıken yorum tahvilden önce gelir (Kaneti. s. 22: Larenz/Wolf. AT. §44 N. 93). Ancak yorum teknikleri ile tarafların gerçek iradesini tespit etmek mümkün olmuyorsa, o takdirde iki aşama iç içe geçecek ve tahvil için aranan şartların da aranması gerekecektir.

¹⁰⁷ Hefermehl/Bungeroth(GeE.ler AktG) §54 N. 31.

nedeniyle kanaatimizce burada tahvil için aranan şartların baştan itibaren aranması uygun olur.

Esas sözleşme hükmünün gerçekten esas sözleşme hükmü niteliği mi yoksa bir borç sözleşmesi niteliği mi taşıdığı konusunda yapılacak yorumda tereddüt yaşanabilir. Hülanün ilk esas sözleşmeye konulmuş olması halinde tüm kurucular buna uymak arzusunu beyan etmiş olduklarından, sözleşmenin ayal--ta tutulmasına imkan veren yorumun üstünlüğü kuralı uyarınca hükmün korporatif değil sözleşmesel nitelik taşımasının amaçlandığı kabul edilmelidir¹⁰⁸. Zira korporatif sayılması halinde daha ağır bir yüküm oluşturacak bir hususu kabul etmiş olan kurucuların, aynı yükümü bir sözleşme olarak öngörmek istemeyecekleri söylenemez.

Acaba tek borç ilkesine aykırılık oluşturan hükmün borç sözleşmesi olarak ayakta tutulabilmesi için hükmün ilk esas sözleşmede yer almış olması veya en azından paysahiplerinin kimliğinde değişiklik olmamış olması gerekir mi? Bir görüşe göre, esas sözleşmede yeralan ve gerçek bir esas sözleşme hükmü niteliği taşıması halinde geçersiz olabilecek hükümlerin bir borç sözleşmesi olarak ayakta tutulabilmesi ancak ortaklığın kurucu paysahipleri arasında kalmış olması halinde geçerli olabilir¹⁰⁹. Oysa değişiklik yoluyla kabul edilmiş bir hükmün borç sözleşmesi olarak ayakta tutulmasına ilkesel bir engel yoktur, sorun üçüncü kişilerin durumudur. Bu halde tek borç ilkesine aykırılık içeren hükmün, ancak esas sözleşme değişikliğini onaylamış kişiler bakımından bir borç sözleşmesi oluşturduğu kabul edilebilir¹¹⁰. Zira pay devralma veya sermaye artırımına katılma yoluyla sonradan paysahipliği sıfatını kazanarak esas

108 Hefermehl/Bungeroth (GeE.ler Al.--tG) §54 N. 3o; Lutter, KölnKomm. §54 N. □5; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nohel. § 44. N. z74.

109 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nohel. § 44. N. z74.

110 Hefermehl/Bungeroth (GeE.ler AktG) §54 N. 3o; Lutter, KölnKomm. §54 N. □7-

sözleşmenin anayasal düzenine tabi olan bir kişinin, aynı zamanda paysahipleri arasındaki sözleşmeye! düzene de tabi olma iradesini beyan ettiği varsayılmazıı. Diğer yandan esas sözleşme değişikliği yoluyla kabul edilmiş olan hükmün gerçek bir esas sözleşme hülanü olarak mı yoksa sözleşme hükmü olarak mı tasarlandığı konusunda tereddüt olması halinde, bu kez bunun bir esas sözleşme hülanü olarak tasarlandığı yorumuna ağırlık verilmelidir, zira bu hükme onay veren paysahipleri, tüm paysahiplerinin aynı borç altına gireceğini düşünerek buna onay vermiş olabilirler^{1 q}. Öyle ki "onay vermiş paysahipleri, yalnızca kendilerinin borç altına gireceklerini bilselerdi böyle bir sözleşmeyi yapmak istemeyebileceklerdi" denilebiliyorsa, tahvil için aranan şartlardan sonuncusu gerçekleşmediğinden, yani tarafların, ilk yaptıkları işlemin geçersiz olacağını bilselerdi, ikinci işlemi yapmayı isteyecekleri varsayımının kabulü mümkün olmadığından, işlemi borç sözleşmesi olarak ayakta tutmak mümkün olmayacaktır.

VI.YORUM

A. Paysahipleri sözleşmesi

Paysahipleri sözleşmesi bir borçlar hukuku sözleşmesi olduğundan sözleşmelerin yorumuna uygulanan genel kurallara tahidir¹¹³. Bu sözleşme taraflar arasında kaldığından, yorumu tarafların sözleşmenin kurulmasındaki gerçek iradelerinin belirlenmesine yönelik yorum kurallarına göre (BK 18 I) gerçekleştirilir. Bu nedenle tarafların, kendilerince bilinen şartlar dahilinde ve dürüstlük kuralı ışığında sözleşme hükümlerine vermeleri gereken anlam esas alınır. Sözleşmenin kurul-

111 Bu konuda bkz. §6 I B 1.

112 Hefermehl/Bungeroth (Ge□ler AktG) §54 N. 3o; Lutter. KölnKomm, §54 N. 27; Noack. s. 284.

113 Hüffer. §54, N. 8; Lutter, KölnKomm §54. N. 25; Noack, s. 84vd.; Ulmer, NJW 1987, s. 1851; Winter, ZHR (1990) 154. s. 264.

nia anı. l.-urulnia yeri, l"11111madan önce gerçekleşen olgular, sözleşme görüşmeleri, sözleşme kurulurken tarafların gerçek maksadının ne olduğunu gösteren davranışlar gibi unsurlar¹¹⁴ paysahipleri sözleşmesinin yorumunda dikkate alınır.

B. Esas sözleşme

Esas sözleşmenin tüzel kişiliğin tescili ile birlikte bir borç sözleşmesi olmaktan çıkıp nesnel hukuk kuralı niteliğine büründüğü yukarıda söylendi. Bu değişimin bir sonucu, esas sözleşme hükümlerinin yorumunun, sözleşmelerin yorumundan farklı şekilde yapılmasıdır.

Alma.n hukukunda tüzel kişiliğin kuruluş anından itibaren esas sözleşmenin adeta kanun gibi yorumlanması gerektiği düşüncesi hakimdir. Şöyle ki, esas sözleşme, kurucular dışında ortaklığa sonradan katılmış ve katılacak olan paysahipleri ve alacaklılar bakımından da uygulama alanı bulur ve bu anlamda belirsiz bir topluluğa yönelmektedir¹¹⁵. Ayrıca esas sözleşme sürekli bir ilişkiyi düzenlediğinden yalnız mevcut değil gelecekteki sorunlar bakımından da önem taşır¹¹⁶. Bu nedenlerle öznel değil nesnel yorum kuralları geçerli olur¹¹⁷. Yorum esas olarak sözleşmenin metnine, sistematiğine, hükümlerin ruhuna ve amacına dayalı olarak yapılmalıdır¹¹⁸ ve sözleşme hükümlerinin yöneldiği topluluğun o hükümden makul olarak çıkarması gereken anlam aranır, yoksa sözleşmeye imza atan kişilerin

114 Kocayusufpaşaoğlu. Borçlar Hul.-uku (fasil'iil) §32. N5-10, s. 270-271.

115 Baumhach/Hueck. Al--ıG. §23 N.3; Röhrich. Grolbkomm. §23 N. 29; Larenz/Wolf AT§28 . 73; Staudinger - Weick§25 N. 16.

116 Soergd - Hadding§25 N. 32.

117 f.c.kardt (GeEJer AktG) §23 N. 37; Hüffer, §23, N. 39; Kraft, KölnKomm §2, N. 26; I.arenzıWolf AT §28 . 75. Soergel - Hadding §25 N. 32; Ulmer, NJW 1987. s. 1851. 1852; Winter. ZHR (1990) 154. s. 264. BGHWM 1983, 334; WM 1987. 71, 72- Farldı görüşte: Wiedemann I § 3 2 II. s. 166 vd.

118 Hüffer. §23 S. 39; Larenz/Canaris, s. 167.

öznel anlayışına ba.ktlmaz¹¹⁸³. Kurucuların menfaatleri veya evvelce yaptıkları beyanlar veya ortaklığın kuruluşu sırasında gerçekleşen olaylar, diğer bir deyişle sözleşmenin kurulması aşamasına katılmayan, sözleşmenin tarafı olmayan kişilerin bilemeyecekleri olgular esas sözleşmenin yorumunda dikkate alınmaz¹¹⁹. Sözleşme hükümleri dışında, ancak herkes veya en azından ilgili kişiler tarafından bilinebilecek olan olgular yoruma yardımcı olabilir¹²⁰. Ayrıca ortaklığın amaç ve konusu, pay sahiplerinin ortak menfaatleri de yorumu yönlendirebilir¹²¹.

Alman hukukunda azınlıkta kalan bir göiişe göre, esas sözleşme kurucular arasında kalmış ise ve alacaklıları veya üçüncü kişileri ilgilendiren bir durum sözkonusu değilse, yorum sözleşme taraflarının anlaması gerektiği şekilde yapılabilir¹²².

Ayrıca Alman hukukunda esas sözleşme hükümleri arasında yapılan gerçek/ gerçek olmayan hüküm ayrımı¹²³ yorum kural-larına da yansıtılır. Gerçek (maddi/korporatif) esas sözleşme hükümlerinin yorumunun objektif kriterlere göre yapılacağı, buna karşılık gerçek olmayan/şekli/korporatif nitelik taşımayan hükümlerin yorumunun subjektif kriterlere göre, diğer bir deyişle sözleşmenin lafzına değil, tarafların sözleşmenin yapıldığı zamanda mevcut koşullara göre sözleşme hükümlerine vermeleri gereken anlama göre yapılacağı kabul edilir¹²⁴.

118a Röhricht, GroE.komm, §23 N. 29.

119 Röhricht. Gro.l!.komm. §23 N. 32: BGHZ 14. 25. 36: BGHZ47. 172. 180: BGHWM 1983. 334: WM 1987. 71. 72. BGH'nin 1983 tarihli kararına konu olan olayda *alt* mahkeme, müteveffa kurucuların amaçlarını yoruma katmıştı. Federal mahkeme, berkesin bilemeyeceği bu tür tarihi olguların yorumda dikkate alınamayacağını bildirdi (s. 334).

120 Röhricht, GroE.komm. §23 N. 30. 31: Larenz/Wolf AT h8 N. 74: Palandt - Heinricbs §25 4.

121 .Ka.rş.Soergel - Hadding§25 32, BGHZ 47172. 180..

122 Flume. Juristicbe Person, §9 I. s. 320; Schmidt, GesR §5. I 4 c, s. 91: Noack. s. 84: Rogier, s. 161.

123 Bkz. yuk. dpn. 79 ve ilgili metin.

124 Eckardt (Ge.11,ler AktG) §23 N.39: Röhricht, Grotkomm, h3 N. 8, 29 vd.: Lutter, KölnKomm §54 N. 25; Noack, s. 85.- Daha detaylı bir aynın için bkz. Kraft. KölnKomm §23 99 vd.

İsviçre hukukunda ise, esas sözleşmenin hukuki niteliği konusunda Alman hukukunda hakim olan kategorik yaklaşımın benimsenmemiş olması yorum kurallarına da yansır. Yorum konusunda nesnel veya sözleşmese! yorum kurallarının mutlak şekilde benimsenemeyeceğine, somut olaya, ortaklığın yapısına, yorumlanacak hükme göre bir sonuca varılması gerektiğine işaret edilir¹²⁵. Şöyle ki, İsviçre hukukunda esas sözleşme hükümlerinin nesnelleşmesi, bu hükümlerin kurucular dışındaki ortakları ve üçüncü kişileri ilgilendirdiği ölçüde kabul edilir¹²⁶. Dolayısıyla sözleşmenin yorumunda da aynı ilke benimsenir. Diğer bir deyişle ortaklığın kurucular çevresinde kalması halinde ve ihtilafın yalnızca kurucuları ilgilendirmesi halinde sözleşmelerin yorumuna dair kurallar esas sözleşmenin yorumuna da uygulanır ve yorumda, tarafların dürüstlük kuralına göre sözleşmeye vermeleri gereken anlam ve bu arada kurucuların iradesi ve kuruluş sırasındaki amaçları dikkate alınır¹²⁷. Bu durum özellikle küçük ve kapalı ortaklıklarda sözkonusu olur. Bu tür ortaklıklarda tarafların gerçek imdesini ortaya koymak için tarihi ve sübjektif olgular yorumda dikkate alınabilir¹²⁸. Buna karşılık alacaklıların veya sonradan ortaklığa katılan pay sahiplerinin menfaatlerinin sözkonusu olduğu hallerde, esas sözleşme adeta kanun gibi yorumlanır, yani sözleşmenin metninden ve amacından ihtilaf anında çıkarılan anlam esas alınır¹²⁹. Halka açık ortaklıklarda küçük pay sahibinin korunması gereği nesnel yorum metodunun kabulünü gerektirir¹³⁰. Esas sözleşmede borçlar hukuku sözleşmesi

125 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel. §7, N. 33vd, 46; Frey, s. 13-14; Meier-Hayoz. SJZ 1956, 178; v. Greyerz, SPR VIII/2. s. 102.

126 bkz. yu.k. dpn. 58ve ilgili metin.

127 Frey, s. 32-33; Siegart, Art. 626 N.13; v. Steiger, SPR VIII/1, s. 274; 87 II 89, 95.

128 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, §7, N. 41; Frey, s. 32-33; v. Greyerz. SPR VIII/2, s. 102.

129 Frey, s. 32-33; Siegart, Art. 626 N. 12; v. Steiger, SPR VIII/1, s. 274.

130 V. Greyerz, SPR VIII/2. s. 103; BGE 107 II 179, 186.

niteliğinde hükümlerin yeralması halinde¹³¹, hunlar da sözleşmeye! yorum kurallarına tabi tutulmalıdır. Ayrıca tüzel kişiliğin kuruluş esaslarını ilgilendiren, organların oluşumu, yetkileri, karar alma usulü gibi hükümler nesnel olarak yorumlanmalıdır¹³².

Türk hukukunda, Moroglu, Alman hukukunda benimsenen görüşe paralel olarak esas sözleşmenin tüzel kişiliğin kazan)ması anında objektifleştiğini ve objektifleşme anından itibaren tarafların (kurucuların) gerçekve ortakamaçlarına göre değil, objektif olarak yorumlanmaları gerektiğini savunur¹³³.

Kanaatimizce, esas sözleşmenin yorumunda kural olarak nesnel yoruma gidilmelidir. Ancak Alman hukukunda azınlıkta kalmakla beraber İsviçre'de egemen olan, ortaklığın kurucular çevresinde kalmış olması ve üçüncü kişilerin menfaatlerinin zedeleneyecek olmaması halinde yorumun sözleşmeye! yorum kurallarına göre yapılması görüşü bir istisna olarak kabul edilmelidir. İhtilafın yalnızca kurucular çevresini ilgilendirdiği kapalı bir ortaklıkta, yorumu kurucuların iradesinden soyutlamayı gerekçelendirebilecek herhangi bir menfaatin korunması ihtiyacı bulunmamaktadır. Esas sözleşmenin yorumunda nesnel yorum kurallarının mutlak şekilde benimsenmesi bu halde hakkaniyetsiz sonuçlara götürebilir. Yorum yöntemi, ihtilafın konusuna, ortaklığın yapısına, tehlikede bulunan menfaatlere ve esas sözleşme hükmünün niteliğine göre belirlenmelidir. Yorumda ihtilafa taraf bulunan kişilerin bilemeyeceği tarihi veya sübjektif olguların dikkate alınamayacağı açıktır. Esas sözleşmenin hazırlanması veya ilgili hükmün kabulü sırasında ortak bulunmayan kişilerin veya alacaklıların ihtilafa taraf olması halinde nesnel yorum kurallarına gidilmelidir.

131 V. Greyeri. SPR VIII/2. s. 103-104.

132 V. Greyeri. SPR VIII/2, s. 103-104; BGE 114 il 196.

133 Moroğlu, Oğuzman.Armağanı, s. 523.

Ayrıca ortaklığın halka açık bir ortaklık olması halinde, ihtilafa taraf olan ortağın herhangi bir esas sözleşme hükmünün kabulü sırasında ortak olup olmadığı hususu önemini yitirir. Pay-sahipleri arasında anonimliğin egemen olduğu bu tür ortaklıklarda nesnel yorum kuralları tercih edilmelidir.

Son olarak gerçek olmayan esas sözleşme hükümleri de sözleşme} yorum kurallarına göre yorumlanmalıdır. Zira bu tür hükümler esas sözleşme metni içinde yer almakla birlikte esas sözleşmenin hukuki niteliklerini taşımaz ve işlevlerini yerine getirmezler.

Yorum bakımından esas sözleşme ve paysahipleri sözleşmesi arasındaki etkileşim için bkz. § 6 III D.

§ 5 PAYSAHIPLERİ SÖZLEŞMESİNİN İÇERİĞİ, GEÇERLİLİĞİ VE ESAS SÖZLEŞMEYE YANSITILMASI

I. GİRİŞ

A. Sözleşmenin içeriği ile ilgili genel açıklamalar

Paysahipleri sözleşmesinin kanunda düzenlenmemiş olmasının önemli bir sonucu, sözleşmenin zorunlu içeriğinin bulunmamasıdır. Paysahipleri bu sözleşmeyi diledikleri gibi şekillendirebilirler. Bu husus paysahipleri sözleşmesini esas sözleşmeden ayıran önemli unsurlardan biridir. Borçlar hukuku alanında daha geniş olan sözleşme özgürlüğü, diğer bir deyişle *içerik serbestisi*, paysahipleri sözleşmesinin tercihindeki en önemli sebebi oluşturur¹.

Paysahipleri sözleşmesinin içeriği, sözleşme taraflarının ortaklığın yönetiminde sahip oldukları güce bağlı olarak değişir.

Tüm paysahiplerinin veya ortaklığın kontrolünü elinde tutan bazı paysahiplerinin sözleşmeye taraf olması halinde sözleşme ortaklığı her yönden (ortaklığın yapısı, karar alma mekanizması, üçüncü kişilerle ilişkileri vs.) düzenleyebilir, esas sözleşmede yer alan veya yer alacak olan hükümleri içerebilir, bunları ayrıntılı hale getirebilir, daraltabilir veya genişletebilir. Bu halde sözleşme tarafları, karar alma ve yönetim mekanizmalarında sahip oldukları güç ile sözleşme hükümlerini ortaklık planında uygulama imkanına sahiptirler. Bu durum özellikle ortak girişimler (joint ventures) bakımından söz konusu olur. Burada taraflar, aralarındaki ortak girişimin amaç ve konusunu gerçekleştirmek üzere bir temel sözleşmenin yanı sıra, teknik sözleşmeler, finansman sözleşmeleri gibi bir çok sözleşme akdederler ve bunların yerine getirilmesini sağlayacak olan bir de ticaret ortaklığı kurarlar. Paysahipleri sözleşmesi çoğu kez anılan ticaret ortaklığının kuruluşundan daha önce

¹ Hoffman-Becking. ZGR 1994, s. 446; König, s. 30; Winter, RWS Forum 8, s. 13□; Zöllner, RWS Forum 8 s. 95.

hazırlanır ve bu ticaret ortaklığının tüm yaşamı boyunca belirleyici olacak ilkeler içerir. Öyle ki kurulacak olan ticaret ortaklığı, ortak girişimin ve pay sahipleri sözleşmesinin amaçlarını gerçekleştirecek bir araçtan başka bir şey değildir[□]. Böylece bir adi ortaklığın bir ticaret ortaklığına hükmetmesi durumu ortaya çıkar. Pay sahipleri sözleşmesinin tarafları ile tüzel kişi ortaklığın ortaklarının aynı olduğu ve bir adi ortaklık ile bir ticaret ortaklığının yan yana bulunduğu bu tür oluşumlar aynı zamanda çift ortaklık olarak da anılır³.

Sözleşmenin ortaklığı kontrol imkanına sahip olmayan bazı pay sahipleri arasında yapılması halinde ise sözleşme ortaklığın yaşamını düzenleyemeyecek, ilgili pay sahiplerinin kendi aralarındaki ilişkileri düzenleyecektir.

Bir yandan sözleşme serbestisinin sağladığı geniş hareket alanı, diğer yandan da her ortaklığın gereksinimlerinin farklı olması, pay sahipleri sözleşmesi hükümlerinin çok çeşitli olması sonucunu doğurur. Bu sözleşmede yer alabilecek tüm hükümlerin tam bir listesini vermek imkansızdır. Burada, sözleşmenin içeriği açısından genel bir bakış açısı sağlamak üzere, bu sözleşmeye dahil edilen veya edilmesi düşünülebilecek olan hükümlerden önemli görülenleri bir sistematik içerisinde tanıtılmaya çalışılmıştır^{3a}. Sözleşme içeriğini ortaklığın örgütü ve işleyişi ile ilgili hükümler⁴, pay sahipliği hakları ile ilgili hükümler⁵ ve sözleşmeye uyulmasını sağlamaya yönelik hükümler⁶ başlıkları altında incelemek mümkündür.

□ Baudenbacher. BaslerKomm, Art. 6□o. N. 36; Hoffman-Becking. ZGR 1994. s. 444-445; Westermann. Verha.ltnis. s. 30-31. 39-40.

3 Baudenbacher. BaslerKomm. Art. 6□o. N. 36; v. Greyerz, SPRVUt/□. §6 IV. s. 84; Naegeli. Die Doppelgesellschaft, Bd. I. Zürich 1936, s. 9; Schluep, ZSR 1973 il 338-341. 470-481; Noack, s. 43; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu) N. 10□1. Farklı görüş, Barlas, s.99. 195vd.. özellikle 197 ve orada anılan yazarlar.

3aİçerikle ilgili diğer örnekler için bkz. Baumann/Reiss, ZGR 1989. 157-□15.

4 Aşağıda I11A

5 Aşağıda III B.

6 Aşağıda III C.

Paysahipleri sözleşmeleri özellikle Amerikan hukukunda. az sayıda paysahibi bulunan kapalı ortaklıklar hakımından yaygındır:. Son derece yaratıcı düzenlemeler içeren bu sözleşmeler çeşitli Amerikalı şirketlerle yapılan iş ortaklıklar yoluyla Türkiye'ye uygulanmasına da girmektedir. Bu nedenle burada, Amerikan hukukunda da örnekler verilecektir.

B- Pay sahipleri ile ilgili genel ilhamlar

Pay sahipleri sözleşmesi ile esas sözleşme çoğu kez bir arada düzenlenmektedir. Aynı konuları düzenleyen hükümler içerebilmektedir. Bahsedildiği gibi, paysahipleri sözleşmesinin hukuki nitelik ve etkisinin esas sözleşmeden farklı olarak ancak DOT'un hukuku çerçevesinde doğmasının önemli bir sonucu paysahipleri sözleşmesinde yer alan hükümlerin esas hukukun yaptırım gücüne sahip olmaları ve ortaklıklar hukukunun öngördüğü yaptırımlara bağlanmalarıdır. Hukukun ihlal edilmesi halinde uygulanacak yaptırımların borçlar hukuku yaptırımları olması ve aynen hukukun düzenlediği edilmemesi nedeniyle. sözleşmenin asıl amacı: hukukun yani sözleşmede öngörülen edimin yerine getirilmesini sağlanamaz, Bu durum karşısında hukukun ortaklıklar hukuku sistemine sokmaları, sözleşmede düzenlenen düzenlemeleri anonim ortaklık çatısı altına çek-

7 *Id.* *fo. ir., >DOL'ın, 10 Corp., rate Law. We\$1: Sı:, Paul, NY, 1991. s. 251.*
...rihh b=hl.omia bıp-.dı rntaldık. az gzyı.dapaysahibi bulunan (bu sayı her
! :t h.am.ııhn ayn :ein t,mıımlmırJ, payLan herhangi bir piyasada işlem
##Dq'UJ- 12hipli:rirıdm ooerılıhsnurınn ortaldıgm yönetiminde ve iı}lerin v-
farl';3ı,r;l...l;' ı/Fe,y İd,g, ortaklıklar olarak tanımlanır (Cox/Hazen/O.Neal.
(:,;rf/R:A.#,f!tt, V,J3.H. Utıı: Brown a.nd Company, Bo,ston etc.1995. §14,1).

t':ı ?.n l:;:;:tlı:1-,ı,

9 *l'.ı.i 1)ıı vıı m. rrı bJU..mdrı kımmundaki ıaahhütlerin yeriru: getirilmesi*
frımın.ıı-a /Jdlf#, ArrJl:3 JY.:r w.erınd.e öııulıJcI alım / C,nahm haklan tanındığı
td.Jr.,,ı de, JY")'ll' ipniyı, ıııdıkı.yıye deYredilmesi karşında hakkın yerine
ıı vdı fıı ıı mık ııbm,ı,dır, Bukomalar;ı bkz, ř,z JI B. 0

menin yolları aranır. Bu yol. paysahipleri sözleşmesinde öngörülen düzenlemelerin esas sözleşmeye aktarılmasıdır.

Sadece gerçek esas sözleşme hükümleri nitelik itibariyle tümü paysahiplerini bağlayıcı düzenlemeler getirirler¹⁰. Esas sözleşmede yer alan bir yüküm, yalnızca o sırada paya sahip olan, esas sözleşmeyi imzalayan veya esas sözleşme değişikliğine olumlu oy veren paysahiplerini değil, mevcut ve gelecek tüm paysahiplerini bağlayan, ortaklıksa! nitelikte bir yükümdür. Diğer bir deyişle bu yüküm bireysel olarak paysahihine değil, pay mevkiine bağlanmış olur. İşte bu nedenle, paysahihinin sermaye borcu dışında bir borç altına sokulmaması kuralına burada dikkat edilmelidir. Çalışmanın başlangıcında incelenen tek borç ilkesi, bu noktada önem kazanır. Tek borç ilkesine aykırı düşen düzenlemeler, esas sözleşmeye konulamazlar. İlkeye aykırı esas sözleşme hükümlerini geçersizlik sonucundan kurtarmanın tek yolu, bunların bir borç sözleşmesi olarak ayakta tutulmalarıdır.

Esas sözleşmede yer alan hükümlerin niteliği ve bir paysahipleri sözleşmesi hükmünün esas sözleşmeye yansıtılıp yansıtılmayacağı, ilgili düzenlemenin içeriğine göre belirlenir. Bu bakımdan sorunlu olan hususlar, yeri geldikçe bu paragrafta ele alınmıştır.

C. Sözleşmenin geçerliliği ile ilgili genel açıklamalar

Paysahipleri sözleşmesinin sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde geçerli olarak akdedilebileceği konusunda bugün hiçbir tereddüt yoktur¹¹. Diğer bir deyişle, sözleşme, niteliği

¹⁰ Gerçek olan ve olmayan esas sözleşme hükümleri için bkz. §4VB 3.

¹¹ RGZ 133, 90, 93. Dohin, Les accords sur l'exercice du droit de vote de l'actionnaire. Etude de droit suisse et allemand, Diss. Geneve 1971, 55; Glatfelder, 243a; König, s. 44. 155. Forstmoser, FS Schlupe, 364; Laatzlinger, BaslerKomm, Art. 692. N. 10; Patry, s. 63a; Bürgi, Art. 692. N. 3o, 708 N. 67; Fischer, Zulässigkeit und Wirkung von Abstimmungsvereinbarungen, GmbHR, 1953, s. 65; Barz,

veya konusu itibariyle (*per se*) hukuka aykırı değildir. Ancak sözleşmenin içerdiği münferit hükümler hukuka aykırı nitelik taşıyabilir.

Sözleşme özgürlüğü BK 19 I hükmü ile yasal güvence altına alınmıştır. Bu hükme göre "bir akdin mevzuu, kanunun gösterdiği hudut dairesinde serbestçe tayin olunabilir". Bu hüküm, bir yandan sözleşmenin tipini ve içeriğini belirleme serbestisini getirirken, bir yandan da bu serbestiyi "kanun"la sınırlamaktadır. Sözleşme serbestisi ancak kanun sınırları içinde, yani hukuksal uygun şekilde kullanılabilir. Hukuka aykırılık, sözleşmenin geçersizliği sonucunu doğurur.

Hukuka aykırılık kavramı BK 19 I hükmünde açıklanmıştır. Buna göre bir kanun hükmü emredici nitelikte ise veya ahlakı, kamu düzenini veya şahsiyet haklarını korumayı amaçlıyorsa, böyle bir hükme aykırılık hukuksal aykırılık halini oluşturur¹². Hukuksal aykırılığın sözleşmenin geçersizliğine yol açtığı hususu BK 19 I hükmünde yeniden belirtilmiştir. Sözleşmelerin bütanını düzenleyen BK 19 I, hukuka aykırılığın yanı sıra ahlaka aykırılığı ve sözleşme konusunun imkansızlığını da butlana yola açan sebepler arasında saymıştır.

Tilin borçlar hukukundaki sözleşmeleri gibi pay sahipleri sözleşmesi de kanuna, ahlaka, şahsiyet haklarına ve kamu düzenine aykırılık ile imkansızlık kriterleri karşısında geçerlilik denetimine tabidir. Pay sahipleri sözleşmesi anonim ortaklığı

Großkomm §134. N. 41; Hüffer, Al.-tG§23, N. 45; Jousen. s. 82; Schm. idt GesR. §1 il4 a; s. 617; Zöllner, ZHR (155) 1991, s. 170. Zöllner - Baumbach/Hueck GmbHG 16. Auf. 1996, §47. N. 77: *Türk hukukunda An.say. s. 248*: İmregün, Anonim Şirketlerde Pay Sahipleri Arasında Umumi Heyet Kararlarından Doğan Menfaat İhtilafları ve Bunları Telif Çareleri, İstanbul 1962. s. 40; Moroğlu. s. 11vd; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu) N. 1021.

12 Oğuzman/Öz. s. 72vd, Von Tuhr/Peter, §31 11: Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Auf. Schulthess, Zürich 1988, §15 I 2; Koller, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil. Bd. I, Verlag Stampfli+Cie AG. Bern, 1996, N. 818,909.

merkez aldığı için geçerlilik denetimi bir yandan Ticaret Kanunu hükümleri, bir yandan da kamu düzeninin yansıması olan anonim ortaklığın temel nitelikleri ve anonim ortaklığa hakim ilkeler dikkate alınarak yapılmalıdır. Ayrıca imkansızlık, ahlaka ve kişilik haklarına aykırılık kriterleri de göz önünde bulundurulmalıdır. Öte yandan, günümüzde sözleşme serbestisine esaslı sınırlamalar getiren genel işlem şartları denetimi ile tüketicinin ve rekabetin korunması hukuklarından da burada bahsedilmelidir. Anılanlardan ilk ikisi, anonim ortaklık hukuku ve özellikle paysahipleri ile anonim ortaklık ilişkisi bakımından rol oynamaz. Buna karşılık paysahipleri sözleşmeleri rekabeti sınırlayıcı hükümler içerebilir. Bu konu önemi nedeniyle ayrı bir başlık halinde §7 II'de ele alınmıştır.

II. GEÇERLİLİK İNCELEMESİNİN DAYANDIĞI KRİTERLER

A. Kanuna aykırılık

BK 19 II hükmüne göre bir sözleşme, ancak kanunun emredici hükümlerine uygun olduğu sürece geçerlidir. Bu hükümde geçen "kanun" kavramı, sadece Borçlar Kanununu değil her türlü kanunu kapsar, hukuka aykırılık olup olmadığı, hukuk düzeninin tamamı göz önünde tutularak belirlenir¹³. Düzenleme konusunun yakınlığı bakımından paysahipleri sözleşmesini en yakından ilgilendiren kanun Ticaret Kanunu ve sermaye piyasası hukukuna tabi ortaklıklar bakımından Sermaye Piyasası Kanunudur. Sermaye piyasası hukukunda paysahipleri sözleşmesini, özellikle oy sözleşmelerini hedef alan bazı düzenlemeler bulunmasına rağmen¹⁴ Ticaret Kanununda doğrudan doğruya paysahipleri sözleşmesini hedef alan herhangi bir yasaklayıcı hüküm bulunmaz. Buna rağmen, paysahipleri sözleşmesinin içerdiği hükümler Ticaret

13 Eren, C.I. s. □95; Oğuzman/Öz, s. 73. Bucher, AT, §15 N1, s. □50.

14 Bkz. bu paragrafta III B□h ve §9 I B, C.

Kanununun emredici olarak düzenlediği bir konuyu ilgilendiriyorlarsa, ilgili emredici hükümler bu sözleşme bakımından da uyulması gereken bir sınır oluştururlar¹⁵. Sorun, Ticaret Kanununun hangi hükümlerinin emredici olduğunu belirlemektir.

1. Yasaklayıcı hükümler

Ticaret Kanununun bazı hükümleri, belli bir hukuki tasarrufu veya belli bir sonucun elde edilmesini mutlak şekilde yasaklarlar. Kanun bu tür yasakları çok kez "caiz değildir" veya "yapılamaz", "edilemez" şeklinde bir olumsuzlama ile ortaya koyar.

Kanunun tüm emredici hükümleri pay sahiplerinin esas sözleşmeyi düzenleme ve karar alma özgürlüğünü içerik veya şekil olarak kısıtlarlar, bazı koşullara tabi tutarlar¹⁶. Ancak emredici hükümlerden sadece bazıları belli bir hukuki tasarrufu veya belli bir sonucu tümünden yasaklarlar. Bu nedenle yasaklayıcı hükümler, emredici hükümler içinde bir alt kategori oluşturur¹⁷. Yasaklayıcı hükümlerin özelliği, kanunun öngördüğü yasağın ne genel kurul kararıyla, ne de esas sözleşme hükmüyle aşılabilesidir. Zira kanunkoyucu hükmün konusunu

15 Glattfelder, s. 248a, König, s. 156, Noack, s. 123, Moroğlu, s. 48.

16 Esas sözleşmenin zorunlu içeriği, ortaklık bakımından geçerli olması için esas sözleşmede düzenlenmesi gereken veya hakkında genel kurul kararı bulunması gereken, veya tam tersine esas sözleşmede düzenlenemeyecek hususlar gibi.

17 Yasaklayıcı hüliim (*Cgesetzliches Verbot*) kavramı Alman Medeni Kanununun 134. paragrafında geçen bir kavramdır. Alman hukukunda İsviçre-Türk hüliimundaki BK 19-20'ye karşılık gelebilecek olan ve sözleşme özgürlüğünün sınırlarını belirleyen hüliimlerden biri olan BGB §134. kanuni bir yasağı ihlal eden hüliim-uki bir işlemin, kanundan başka bir sonuç çıkmadığı sürece batıl olacağını öngörür. BGB §134'ün, ihlalini butlan yaptırımına tabi tuttuğu hükümler emredici hükümlerdir. Ancak tilin emredici hükümlerin yasaklayıcı hüliim olarak kabul edilip edilemeyeceği tartışmalıdır. Emredici hükümlerin hüliim-uki işlemleri şekil veya içerik olarak sınırlamakla beraber tümünden yasaklamayabileceği düşünülürse, tüm emredici hüliimlerin aynı zamanda yasaklayıcı hüliim olmadığını kabul etmek gerekir. Aynıyönde: BGB - Mayer-Maly, §134N. 4,3; Staudinger - Sack, §134, N. 31, Soergel- Hefermehl §134, N. 2.

oluşturan tasarrufun ortaklığa, pay sahiplerine veya alacaklılara karşı bizatihi *-per se-* zararlı olduğunu kabul etmiştir. Nitekim anılan hükümler yaptırım olarak çoğu kez yasaklanan işlemin butlanını öngörürler (örn: TK311 I, TK409 III). Ancak tasarrufun bizzat kendisi değil sonuçlarından biri zararlı bulunup yasaklanmak istenmişse, işlemin yapılması butlana yol açmaz, yasaklanan sonucun etkilerinin giderilebilmesi için bazı özel yaptırımlar (genel 1. maddesiyle kararının iptali gibi) öngörülür.

Emredici hükümler ve bu arada yasaklayıcı hükümler, öncelikle pay sahiplerine veya ortaklık organlarına yönelir. Ancak yasaklayıcı hükümlerin getirdiği sınırlama mutlak nitelikte olduğundan, pay sahibi veya ortaklık organı olmayan kişileri de bağlar. Kanunun yasakladığı tasarrufta bulunan veya kanunun yasakladığı amaca ulaşılmasına hizmet eden işlemlere taraf olan kişi ortaklık dışı üçüncü kişi de olsa, yasak kapsamına girer. Bu nedenle de yasaklayıcı hükümler pay sahipleri sözleşmesi taraflarını bağlar.

Kanunun belli bir tasarrufu yasakladığı hallerde bu tasarrufun yapılmasına yönelik borçlandırıcı veya kazandırıcı sözleşme hükümleri ile kanunun belli bir içerikle sözleşme yapılmasını yasakladığı hallerde böyle bir içeriğe sahip bulunan sözleşme hükümleri doğrudan doğruya yasaklayıcı hükmün kapsamı içine girer¹⁸.

Bir sözleşme kanunun yasakladığı sonuca, kanunun yasaklamatlığı başka bir usulle ulaşılmasını sağlayacak hükümler içeriyorsa bu kez de kanuna karşı hile, yani kanunun dolanılması durumu ortaya çıkar¹⁹. Kanunun dolanılması

- 18 Örneğin ayın karşılığı payların şirketin tescilinden itibaren iki yıl içinde devrini öngören sözleşme hükümleri (TK 404 I) - aşağıda daha detaylı açıklanmıştır.
- 19 Örneğin kanuni oy kısıtlamalarını dolanan sözleşme hükümleri - aşağıda daha detaylı açıklanmıştır. Kamına karşı hile tanımı için bkz: Eren, C. I, s. 299, Tekinay Borçlar, s. 420 vd. Staudinger - Sack, §134, 145, MünchKomm BGB - Mayer-Maly §134, 11; Soergel - Hefermehl §134, N. 37.

haline bağlanacak sonuç, yani kanunu dolanan sözleşmenin veya işlemin akıbeti kanunda özel olarak düzenlenmiş olabilir²⁰. Kanunda özel bir düzenleme yoksa kanunu dolanma haline hangi yaptırımın uygulanacağı konusu tartışmalıdır. Çözümlerden biri, dolanılan hükmün ruhuna ve amacına uygun bir yaptırım bulmaktır²¹. Diğer bir çözüm ise kanuna karşı hileyi kanuna aykırılık sayarak butlan yaptırımına tabi tutmaktır²². Pysahipleri sözleşmesinin kanunu dolanması halinde, dolanılan hüküm butlandan başka bir yaptırım veya çözüm yolu öngörüyorsa, yaptırımın ortaklıklar hukukuna özgü olması nedeniyle pysahipleri sözleşmesi açısından uygulanması mümkün olmayabilir. (bkz aşağıda oy kısıtlamasının dolanılması örneği). Bu halde Ticaret Kanununun emredici hükümlerini dolanan pysahipleri sözleşmesi hükümleri, geçersizlikle karşı karşıya kalır.

Yasaklayıcı hükümler, özellikle alacaklılara teminat oluşturan sermayeyi korumak ve ortaklığın idaresinde kötüye kullanmaları önlemek amacıyla getirilmiş hükümlerdir. Bunlar, aşağıda sözleşme hükümleri incelenirken pysahiplerinin mali hakları ve oy hakkı ile ilgili kısımlarda ele alınmıştır.

□- *Pysahipligine bağlı hakları gözetilen hükümler*

Ticaret Kanununun bazı hükümleri, azlık, imtiyazlı pay sahihi

20 Örneğin TK 311 - ayni sermaye taahhüdü ile ilgili koruyucu hükümleri dolanmak amacıyla şirket kurulduktan sonraki iki yıl içinde sermayenin onda birini aşan değerinde mal ve hakların devrine yönelik sözleşmelerin bilirkşi incelemesi ve genel kurul onayından geçmeden geçerli olamaması gibi.

21 Tekinay Borçlar, s. 424; Koller, AT N. 1019; Kramer, Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Berner Kommentar) Das Obligationenrecht Bd VI/1/2/1a (Art.19-22 OR), Stimpfli, Bern 1991, Art 19-20, N. 264; Palandt - Heinrichs, §134, N. 28; Soergel - Hefermehl, §134 N.41.

22 Oğuzman/Öz, s. 73: MünchKomm BGB - Mayer-Maly, §134, N.12: Alınan Federal Mahkemesi kanunun dolanılmasını kanuna aykırılık veya ahlaka aykırılık gerekçesine bağlı olarak butlana tabi tutmuştur - bkz. Staudinger - Sack, §134, 149vd. ve orada anılan kararlar.

gibi belli menfaat gruplarına veya bireysel olarak paysahiplerine haklar bahşeder ve bu hakların korunması için özel hukuki imkanlar tanırlar. Bu hükümler de, kamu düzenini ilgilendirdikleri ölçüde paysahipleri sözleşmesi açısından aşılamayacak bir sınır oluştururlar. Paysahipleri veya paysahibi grupları kanunun kendilerine bahşettikleri hakları kullanıp kullanmamakta serbesttir. Ancak bu hakların tamamen bertaraf edilmesi, anonim ortaklıktaki menfaat dengesini bozarak anonim ortaklığın düzenini sarsabilir ve giderek anonim ortaklığın ekonomik hayattaki işlevini istenen şekilde yerine getirmesine engel olabilir. Bu nedenle paysahipleri sözleşmesinin, paysahiplerinin hakları ile ilgili hükümleri bu açıdan da denetlemeye tabidir.

3. Anonim ortaklık kurumunun unsurlarını belirleyen hükümler

Anonim ortaklık kurumunun unsurları (*Begriffsmerkmale*) ile ifade edilmek istenen, anonim ortaklığın değiştirilemez temel niteliklerini oluşturan, bir ortaklığın "anonim ortaklık" olarak nitelenmesini sağlayan özelliklerdir. Bu unsurlar paysahipleri açısından sübjektif bir hak oluşturmazlar, kamu düzenini ilgilendirirler ve bu nedenle paysahiplerinin iradesi ile değiştirilemezler²³. Paysahipleri anonim ortaklık kurumundan ancak bu unsurlarla çizilen çerçeve içerisinde faydalanabilirler.

Anonim ortaklığın değiştirilemez temel niteliklerini oluşturan unsurlardan en önemlileri (TK □61) tüzel kişilik, sermayenin belirliliği ve paylara bölünmüşlüğü, anonim ortaklığın borçlarından yalnızca ortaklık malvarlığının sorumlu olması, paysahihinin ortaklığın borçlarından sorumlu olmaması ve paysahibinin borcunun sınırlılığı (tek borç ilkesi) dir. Sayılan

²³ Buna karşılık anonim ortaklığın tip özellikleri ("*Typusmerkmale*"), kanunun esas aldığı "ideal" anonim ortaklık tipinin, kanunun yorumu sayesinde ortaya koyulan özelliklerini ifade eder ve kanunun sağladığı esneklik sayesinde, paysahiplerinin arzusuna göre değiştirilebilir. Kavramsal unsurlar ve tip özellikleri aynı hakkında bkz. §3 I dpn. 2.

unsurlar anonim ortaklık kurumunun yapıtaşlarını oluştururlar ve ne sözleşme ile ne de genel kurul kararı yoluyla değiştirilmeleri mümkündür⁴. Bu yollarla tüzel kişilik ortadan kaldırılamaz, sermaye değişir hale getirilemez, paylara bölünmüşlük sona erdirilemez. Yalnız, paysahibi isterse sözleşme ile ortaklığın bazı borçlarından mesul olmayı veya ortaklığa karşı bazı borçlar üstlenmeyi kabul edebilir. Ancak böyle bir kabul yalnızca bu beyanda bulunan paysahibini bağlar. Yoksa sınırlı sorumluluk ve tek borç ilkelerini ortadan kaldıracak şekilde paya bağlı düzenlemeler öngörülmesi mümkün değildir. Ayrıca paysahibinin üstlendiği sözleşmese! borç veya sorumluluk da, sözleşme konusunun belirliliği ilkesi uyarınca, ortaklığın tüm borçlarını üstlenme veya tüm borçlarından sorumlu olma şeklinde düzenlenemez⁵.

4. Anonim ortaklıklara hakim ilkeler

Anonim ortaklıklara hakim ilkeler, kanundaki emredici hükümlerden ve anonim ortaklığın temel niteliklerinden hareketle oluşturulan ve paysahiplerinin haklarını kullanmasında yol gösterici kabul edilen ilkelerdir. Özellikle, anonim ortaklıkta hakların kullanılmasında esas alınan çoğunluk ilkesini törpüleyen eşit işlem ve hakların sakınılarak kullanılması ilkeleri, anonim ortaklık düzeni bakımından büyük önem taşır.

Paysahipleri sözleşmelerinde yer alan bazı hükümler bu ilkeler ışığında oluşturulan sisteme ters düşen hükümler getirebilirler ve bu da denetleme kapsamındadır.

⁴ İsviçre Borçlar Kanununa 1991'de eklenen 706b maddesi, batıl genel kurul kararlarını düzenlerken, anonim ortaklığın temel yapısına aykırı düşen kararları da batıl saymıştır. Anonim ortaklığın temel yapısından kabul edilmesi gereken hususlara örnek olarak, aynı bentte sayılan sermayenin korunması ilkesi, tek borç ilkesi, paysahiplerinin üçüncü kişilere karşı sorumsuzluğu ilkesi, yasal organların zorunluluğu, payların itibari değere sahip olması gibi, anonim ortaklığın temel direklerini oluşturan hususlar gösterilmektedir. (Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel. §5 N. 97vd).

⁵ Bkz. aşa. §5 III B5.

B. İnkansızlık

BK □'o'de sayılan butlan sebeplerinden biri sözleşme konusunun inkansızlığıdır. Sözleşmenin konusunu teşkil eden edimlerden birinin, sözleşmenin yapıldığı sırada imkansız olması, sözleşmeyi batıl hale getirir. Butlana yol açan imkansızlık objektif inkansızlıktır²⁶. Taraflardan birinin edimi kişisel olarak yerine getiremeyecek olması (sübjektif imkansızlık) akdi geçersiz kılmaz, ancak borcu yerine getiremeyen kişi bundan dolayı sorumlu olur²⁷.

Butlana yol açan objektif imkansızlık, fiili imkansızlık olabileceği gibi hukuki imkansızlık da olabilir²⁸. Hukuki imkansızlık, kanunun bir hakkın doğmasına izin vermemesi veya bir edimi yasaklaması halinde ortaya çıkabilir²⁹. Hukuk düzeninin tanımadığı bir hukuki sonuca yönelen veya hukuk düzeninin tanımadığı bir yolla edimin yerine getirilmesini öngören sözleşmeler de hukuken imkansızdır³⁰. Bu hallerde tarafların hukuken işlemi yerine getirme güçleri bulunmamaktadır, zira kanun yapılmak istenen işleme herhangi bir hukuki sonuç bağlamamaktadır. Kanunun açıkça yasakladığı bir sonuca yönelen veya kanunun açıkça yasakladığı bir tasarrufu konu eden sözleşmeler ise, hem kanuna aykırılık hem de imkansızlık nedeniyle batıl sayılabilirler³¹.

26 Oğuzman/Öz, s. 78; Serozan, R. İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, Filiz, İstanbul 1998. §14 N.4; Staudinger - Löwisch, §306, N. 1; Soergel - Wolf, §306, N. 1, 6; Von Tuhr (Edege) §31 VI, s. 253.

27 Serozan İfa, §14 N. 13; Oğuzman/Öz, s. 79; Soergel - Wolf, §306, N. 25; Von Tuhr (Edege) §31 VI. s. 253.

28 Dural, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık, Fakülteler Matbaası İstanbul 1976, s. 9; Oğuzman/Öz, s. 77; Staudinger - Löwisch, §306, N. 25; Von Tuhr (Edege) §31 VI, s. 253.29 Oğuzman/Öz, s. 77; Staudinger-Löwisch, §306, N. 25.

30 Dural, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık s. 11. krş. Soergel - Wolf, §306, N. 10.11; Staudinger - Löwisch, §306, N. 35.

31 Oğuzman/Öz, s. 77; her ilci gerekçenin de kabul edilmesi yönünde: Staudinger - Löwisch, §306, N. 35; kanuna aykırılık gerekçesinin üstün tutulması yönünde: Dural, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık s. 23.

Sonuç olarak paysahipleri sözleşmesinin imkansızlıktan ötürü batıl olması, sözleşme edimini oluşturan tasarrufun veya edime konu olan hakkın hukuk düzenince tanınmayan bir hak veya tasarruf olması halinde söz konusu olacaktır. Ancak bu tür bir imkansızlık halinin ortaya çıkması pek rastlanabilecek bir durum değildir.

C.Ahlaka ve kişilik haklarına aykırılık

Ahlaka aykırılık Borçlar Kanununda bir butlan sebebi olarak sayılmış, ancak kavram tanımlanmamıştır. Bir tarife göre "bir sözleşme, aydın, vicdanlı, makul ve namuslu insanların doğruluk ve insaf duygularını inciten taahhütler ihtiva ediyorsa, ahlaka aykırıdır"³². Benzer bir başka tarife göre ise ahlak, toplumdaki doğru, adil ve hakkaniyetli düşünen bireylerin (terbiye) anlayışlarının ortalamasıdır³³. Bu yaklaşımı modern zamanlara uygulayan bir diğer tarife göre ise ahlak, içinde bulunduğumuz çağda varolan kültür ve değerler çokluğuna ve çeşitliliğine rağmen toplumda kabul gören etik (moral/ahlaki) değerlerdir³⁴. Ahlak anlayışının zamanla değişebileceği kuşkusuzdur³⁵. Bunun ötesinde belli bir meslek grubunun (doktorlar, avukatlar gibi) ahlak anlayışı da toplumsal anlayıştan daha katı, daha dar olabilir³⁶.

32 Tekinay Borçlar Hukuku, s. 398.

33 "Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden, ... in der Sitte, in der Übung zutage tretende Empfinden der Volksgenossen. gemessen an einem durchschnittlichen Masstab" RGZ 80, 219, 221; BGHZ 10, 228, 232; benzer, BGE 115 II 232. 235; Staudinger - Sack, §138 N. 13vd.; Soergel - Hefermehl §138 N. 4; Bucher. AT. §15N s. 256; Gauch/Schluemp, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil Bd. I., 5. Auf. Schulthess, Zürich 1991, N. 668; Yon Tuhr/Peter, §31 Y, s. 256; YHGK 20.3.1974 E. 1053 K. 222. YKD 1977/1, II. 18.

34 Kramer. BemKomm, Art. 19-20; N.174.

35 Kramer. BemKomm. Art. 19-20; N.174.

36 Yon Tuhr/Peter, §31 Y, s. 256.

Hukuk duzeniun temelinde yatan etik ilkelerin ve değer yargılabının da ab)ak anlayışına dahil kabul edilip edilmeyeceği konnsunda görüşler farldılaşıma.ktadır. Bir görüşe göre bunlar da ablak anlayışına dahil kabul edilirken³⁷. diğler bir görüş, bnnlan kamu düzeni kavramı içinde mütalaa etmekteydi-3⁸. Ahlak anlayışının hukuk düzeninin temelinde yatan etik ilkelere d.ayand.ırılması ablak kavamını bir ölçüde de olsa nesnelleştirme□ somutlaştırmak: amacına dayanır³⁹. Özellikle Alman hukukunda kamu düzeni kavrammrn sözleşmelerin geçerliliği denetiminde bağımsız bir kavram olarak kullanılma-ması ahlaka aykırılık kavramının geniş yorumlanmasına yol a.çmıştı⁴⁰. İsviçre-Türk hulrnlrnda bu geniş yoruma başvur-maya gerek yoktur⁴¹.

Ahlaka aykırılık aynı zamanda kişilik haklanmn ihlalini de kapsar. **MK** 23'e göre, kimse hak ve fiil ehliyetlerinden tamamen veya kısmen vazgeçemez; kimse özgürlüğünü devredemez veya özgürlüğün laıllamlmasım, hukuk ya da ahlak kurallarını ihlal edecek derecede kısıtlayamaz⁴². Böylece kişilik haklarına aykırılık da, ahlaka aykırılık: kriterine bağlanmı□ ve genel olarak ahlaka aykırılık kavramının bir parçası kabul eclilir⁴³.

3-Z BCE 115 II 232. 235; Gauch/Schluep N. 668; Bucher AT. §ıs,'VI, s. 256; Flume, P..ech:tg.gl:\$(,;h.aft.§18 i. s.366.

38 Hognen.in. BaslerKomm.,Art. 20. N. 33.

39 Bucher, AT. §ısfVI. s. 256.

40 Atm.er. Y. M.. Sözl□me Özgürlüğü.nün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevengind.e Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi. Beta, 2. hası İstanbul 2001. s. 152.

41 Atam.er. Genel □lem Şartlan. g. 1SJ.

42 **MK** DL 23'ün aslına uygun tercümesi - Telcinay Borçlar Hukuku. s. 390.

4,-3 0-.ru.ch/Schluep, N. 656; Oser/Schönenherger, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgezetzbuch (Zürcher Kommentar) Bd. V/1 Das Ohligationenrecht Art.1-183, 2. auf. 2.ürich 1929. Art. :ZO. N. 32, 37; Yon Tuhr/Peter, s. 259; Telcinay Borçlar HuJailai. s. 402. BGE 84 il 355. 36-z: 106II 369,3'Z7. Aksifikir: Bucher, AT s. 265 ve onu takiben Kramer, BemKomnı. Art. 19-20 N. 209. Yazarlar, İcşilik haldanna aybnlığı butlan sonu.cundan kurtarmanın ve bu tür aykırılığa uygulanae.ak: yaptırımı MK □ (İBK 27) holmıfine dayandırmanın daha uygun olacağı görüşündedirler.

Taahhüdün kapsamının, yüklediği yükün veya süresinin kişisel veya ekonomik özgürlüğü aşırı ölçüde kısıtlaması, kişilik haklarına ve ahlaka aykırılık doğurur⁴⁴. Kişisel özgürlüğün kısıtlanması daha çok taahhüdün niteliğinden doğar ve kişinin özel hayatıyla ilgili olan veya kişiye sıkı sıkıya bağlı olan haklar bakımından söz konusu olur⁴⁵. Buna karşın ekonomik özgürlüğün kısıtlanması, daha çok taahhüdün yüklediği yükün veya süresinin aşırılığı ile ilgili olarak ve kişinin ekonomik faaliyetleri bakımından ortaya çıkabilir⁴⁶. İsviçre Federal Mahkemesinin içtihadına göre "taahhüt altına giren kişiyi karşı tarafın iradesine teslim eden, ekonomik özgürlüğünü kaldıran veya bu özgürlüğü kişinin ekonomik varlığının temelini tehlikeye atacak kadar kısıtlayan" sözleşmeler ahlaka aykırıdır⁴⁷. Ekonomik özgürlüğün ahlaka aykırılık kuralları ile korunması gerçek kişiler bakımından olduğu kadar tüzel kişiler bakımından da söz konusu olabilir⁴⁸.

Paysahipleri sözleşmesi bakımından, paysahipliğine bağlı haklar kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar olmadığından taahhüdün niteliğinin kişilik haklarına aykırı olması veya kişisel özgürlüğün kısıtlanması sonucunu doğurması söz konusu olmayacaktır. Ancak taahhüdün paysahibinin ekonomik özgürlüğünü aşırı derecede kısıtlaması mümkündür. Özellikle paya bağlı mali haklar kişinin geçim kaynağını oluşturuyorsa, bu hakların kişinin ve ailesinin geçimini tehlikeye sokucu derecede

44 Bucher, AT§15 VII. s. 59 vd; Gauch/Schlupe, N. 659vd; Guhl/Koller/Schnyder/Druey, s. 41, Huguenin, BaslerKomm, Art. 43, 45; Kramer, BernKomm Art. 19-45- Bu tür sözleşmeler "cendere sözleşmeleri" (alın. "Knebelungsverträge") olarak anılmaktadır. Atamer, Genel İşlem Şartları, s. 155; Flume, Rechtsgeschäft, §18, s. 371, MünchKomm BGB-Mayer-Maly, §138, N. 64.

45 Evlenme/evlenmeme, din/uyruk değiştirme taahhütleri gibi. Gauch/Schlupe, N. 660.

46 Rekabet etmeme taahhüdü gibi. Gauch/Schlupe, N. 661vd.

47 BGE104 III, 8.114 il 159, 160; III il 330, 337.

48 Kramer, BernKomm, Art. 19-46 N.146.

kısıtlanması ahlaka aykırılık oluşturur⁴⁹. Ayrıca, pay sahiplerinin ortağı bulunduğu anonim ortaklığın ekonomik özgürlüğünün aşırı derecede kısıtlanması veya varlığının tehlikeye sokulması da ahlaka aykırılık kabul edilmelidir⁵⁰.

Taahhüdün süresinin aşırı uzunluğunun ahlaka aykırılığa yol açabileceği söylendi. Mamafih, bu hususta somut bir kriterin kabulü imkansızdır ve sürenin, diğer sözleşme şartlarıyla ve özellikle taahhüdün içeriği ile birlikte bir bütün olarak her somut olay bakımından değerlendirilmesi gerekir⁵¹. Örneğin Alman Federal Mahkemesi, 30 yıl için akdedilmiş olan bir pay sahipleri sözleşmesini ve burada yer alan 30 yıllık önalım hakkını ahlaka aykırı bulmamıştır⁵². İsviçre Federal Mahkemesi de, 6 yıl boyunca bir oy sözleşmesine bağlı kalınmasını ahlaka veya kişilik haklarına aykırı görmemiştir⁵³. Buna karşılık doktrinde uzun yıllar boyunca sürekli olarak belli bir yönetim kurulunun seçilmesi yönünde oy verme ve hiçbir zaman bunun azli yönünde oy kullanmama taahhüdü ahlaka aykırı kabul edilmektedir⁵⁴. İsviçre hukukunda, sürenin aşırı uzunluğunun genel olarak kişilik haklarına aykırı düşebileceği kabul edilmekte ve bu nedenle sözleşmede öngörülmemiş olsa bile fesih hakkı tanınması uygun görülmektedir⁵⁵. Bununla birlikte şu noktaya da dikkat çekilmelidir: Eğer pay sahipleri sözleşmesi bir adi ortaklık oluşturuyorsa, ortaklık süreye bağlı olmaksızın akdedildiği takdirde bir ihbar süresine uyularak,

49 Glattfelder, N. 251a; Stuber, s. 97; Moroğlu, s. 62a.

50 Böckli, Das Aktienstimmrecht und seine Ausübung durch Stellvertreter. Basel 1961, s. 59; Glattfelder, s. 251a-252a.

51 Boesebeck, Abstimmungsvereinbarungen mit Aktionären. Unter besonderer Berücksichtigung des Referententwurfs eines Aktiengesetzes, NJW 1960, 7, s. 9.

52 BGH WM 1987 10, 11=NJW1987, 890, 891.

53 BGE 88 II 172.174.

54 Böckli, Aktienstimmrecht, s. 59; Zluhan, Abstimmungsvereinbarungen des privaten Gesellschaftsrechts, AcP 62, 1928, 257, s. 274.

55 Bürgi, Art. 692. N. 30 ve bkz. §8 I 7.

ortaklık ister süreli ister süresiz olsun her durumda bir haklı sebebe dayanılarak, feshedilebilir. Sürekli borç doğuran diğer sözleşmeler bakımından da haklı sebebe dayanarak fesih imkanı kabul edilmektedir⁵⁶. Sözleşme bağından bu şekilde kurtulmanın mümkün olduğu hallerde, sürenin uzunluğunun ahlaka aykırılığını iddia etmek güçleşecektir⁵⁷.

Ahlaka aykırılık, sözleşmenin amacından veya içeriğinden, örneğin taahhüdün niteliğinden de doğabilir⁵⁸. Paysahipleri sözleşmesi bakımından, taahhüdün niteliğinin ahlaka aykırılığa yol açtığı savunulan en belirgin örnek oy satımıdır⁵⁹. Ayrıca taahhüdün içeriğinin ahlaka aykırılığı da yine oy hakkının kullanılması bakımından söz konusu olabilir. Paysahibinin oyunu kullanmaktaki irade serbestisi ahlaka aykırılık olgusu ile sınırlanmıştır⁶⁰.

D. Kamu düzenine aykırılık

İster özel hukuk ister kamu hukuku alanında olsun, hukuk düzeninin temelini oluşturan değer yargıları bütünü kamu düzenini ifade eder⁶¹. Bu kavram, kanunun emredici kuralları ile somutlaşmamış olan, ancak hukuk düzeninin temelinde yatan değerlere ters düşen hukuki işlemlerin butlan yaptırımına tabi tutulması im.kanını tanıır⁶². Böylece, bir kanun hükmü haline gelmemiş olmakla birlikte hukuk düzeninin dayanak

56 Bkz. §8 I 8.

57 Glattfelder, s. 338a-339a.

58 Guhl/Koller/Schnyder/Druey, s. 41; Huguenin, BaslerKomm, Art. □o. N. 36; Kramer, BernKomm, Art. 19-20 N. 175vd; Oğuzman/Öz, s. 77, Tekinay Borçlar Hukuku, s. 399vd;

59 Bu konu aşağıda özel olarak ele alınmıştır. Bkz. III B 2 h.

60 Bkz. aşı. III B □g.

61 Huguenin, BaslerKomm, Art. □o. N. □3-24; Kramer, BernKomm, Art. 19-□o. N. 155. Kamu düzeni kavramının son derece açık ve özlü bir anlatımı için bkz. Atamer, Genel İşlem Şartları, s. 183vd.

62 Kramer, BemKomm, Art. 19-□o. N. 155; Oğuzman/Öz, s. 74.

nol.-talarını oluşturan değer ve ilkeler sözleşmelerin denetiminde dikkate alınırlar. Ekonomik düzen de kamu düzeni l.""avranuna dahildir ve bu düzenin dayandığı kurumlar da kamu düzeni korumasından faydalanırlar⁶³.

Ekonomik hayatın en önemli aktörlerinden biri olan anonim ortaklık kanunla özel olarak düzenlenmiş bir hukuki kurumdur. Kanun koyucu anonim ortaklığı şekillendirirken bu ortaklık türünün belli bir işlevi yerine getirmesini amaçlamış ve bu amaçla belli menfaat gruplarını kollamıştır⁶⁴. Anonim ortaklığın ekonomik hayattaki işlevini yerine getirebilmesi, bu ortaklık tipinin temel niteliklerinin ve ortaklıkla ilgili bazı menfaatlerin (azlık, pay sahibinin vazgeçilmez hakları gibi) korunmasına bağlıdır. Bu nitelikler çoğunlukla kanunun emredici hükümleri ile düzenlenmiş olup bu kurallara aykırılık kanuna aykırılığın yanı sıra kamu düzenine aykırılık da oluşturur⁶⁵.

III. SÖZLEŞME HÜKÜMLERİNİN TANITILMASI VE HUKUKİ GEÇERLİLİK AÇISINDAN İNCELENMESİ

A. Ortaklığın örgütü ve işleyişi ile ilgili hükümler

1. Ortaklığın konusu ve faaliyet alanı

Ortaklığın konusu esas sözleşmenin zorunlu unsurlarından biridir ve bu nedenle esas sözleşmede düzenlenmelidir (TK, 1,79

63 Atamer, Genel İşlem Şartları, s. 187.

64 Genel olarak bkz. §31.

65 Alman hukukunda pay sahibinin vazgeçilmez haklarının özüne dokunacak şekilde bu hakları kısıtlayan sözleşmeler ahlaka aykırı kabul edilmektedir (örn. Boesebeck. NJW 1960, s. 8). Bu bakış açısı, Alman hukukunda kamu düzeni kavramının sözleşme özgürlüğünü kısıtlayıcı bağımsız bir kavram olarak kanunda yer almamasına ve bu nedenle ahlaka aykırılık (BGB §138) kavramı altında ele alınmasına dayanır. Ahlak kavramının açıklanmasında kullanılan kamu düzeni kavramı ise Alman hukukunda da hukuk düzeninin temelini oluşturan etik prensipler olarak tanımlanır. Bkz. yuk. "C. Ahlaka ve Kişilik Haklarına Aykırılık". MünchKomm BGB - Mayer-Maly, §138 N. II; Soergel - Hefermehl, §138, N. 6vd. Ka.rş. Flume, Rechtsgeschäft, §18 I, s. 365vd.

II □). Ancak bu durum paysahipleri sözleşmesine ortaklık konusu ile ilgili hükümler konulmasını engellemez. Ortaklığın konusu paysahipleri sözleşmesinde daha kesin hatlarla ve detaylı olarak belirlenebilir⁶⁶. Özellikle Türk hukukundaki ultra vires kuralının ortaklık konusu dışında yapılan işlemleri hükümsüz kılması, ortaklığa mümkün olduğunca geniş bir hareket alanı sağlanabilmesi için esas sözleşmede ortaklık konusunun geniş tutulmasına yol açmaktadır. Bu nedenle paysahipleri sözleşmesinde, ortaklığın esas sözleşmede yazılan tüm alanlarda değil, daha sınırlı veya belirli bir alanda faaliyet göstermesi kararlaştırılabilir⁶⁷.

Ortaklık konusu ve bu konuda yürütülecek faaliyetlerle ilgili olarak paysahipleri sözleşmesinde şu tipten hükümlere rastlanabilir:

(i) Faaliyette bulunulacak konularda zamana bağlı bir kademelemeye gidilebilir. Örneğin şirketin kurulduğu ilk yıl belli bir malın ithal edilip pazarlanacağı, ikinci yıl malın yerli olarak üretilebilmesi içingereken yatırımın yapılacağı, üçüncü yıl üretime başlanacağı gibi.

(ii) Faaliyette bulunulan konularda daraltmaya veya genişlemeye gidilebilir. Örneğin büro, ev ve bahçe mobilyaları üreten bir

66 Hoffman-Becking. ZGR 1994. s. 444; Jousen, s. 8, Noack, s. 18, Zöllner, RWS Forum 8. s. 92.

67 İşletme konusu değişikçe esas sözleşmenin değiştirilmesi zorunluluğu ile karşılaşılması açısından Almanya'da da şirketin iştilal konusu esas sözleşmede geniş tutulmakta ve paysahipleri sözleşmesinde sınırlandırılmaktadır (Hoffman-Becking, ZGR 1994 s. 452-453). Alman Federal Mahkemesi önüne giden bir davada (BGH WM 1983, 334) buna benzer bir ihtilaf söz konusu idi. Olayda, davalı limited şirket esas sözleşmesine göre şirketin faaliyet konusu, metal dişli ve iğne üretimi ile pazarlaması idi. Ayrıca bu faaliyet konusunun gerçekleştirilebilmesi için aynı konuda faaliyet gösteren başka şirketlere iştirak olunabileceği de esas sözleşmede yazılıydı. Buna karşılık ortakların kendi aralarında yaptıkları sözleşmede şirketin yalnızca anılan dişli ve iğnelerin dağıtımını ile uğraşacağı kararlaştırılmıştı. Bu iki sözleşme arasındaki farklılıktan doğan ihtilafın çözümü ile ilgili olarak bkz. §6 dpn. 37.

□irketin ev ve bahçe mobilyaları üretiminden vazgeçip faaliyetini yalnızca büro mobilyası üretimi ile sınırlandırmasına karar verilebilir, veya tam tersi düşünülebilir.

(iii) Faaliyette bulunulan konu değiştirilebilir. Diğer bir deyişle esas sözleşmede sayılan konuların tümünde birden faaliyette bulunulmuyorsa, faaliyette bulunulan konunun bırakılıp başka bir konuda faaliyete geçilmesi kararlaştırılabilir.

(iv) Yalnızca belli konularda faaliyette bulunulacağı ve faaliyet konusunun değiştirilmesi veya genişletilmesi için ayrıca karar alınacağı hüküm altına alınabilir.

Anılan hükümler çerçevesinde, işletme veya şube kapatılması, açılması gibi faaliyet yöntemleri de sözleşmeye konu olabilir.

□- Ortaklığın hukuki yapısı

Anonim ortaklık çeşitli nedenlerle tip veya kendi tipi içinde sınıf değiştirebilir⁶⁸. Örneğin ortaklık halka açılabilir, ortaklık payları borsada satışa sunulabilir, kayıtlı sermaye sistemine geçilebilir. Diğer taraftan hisse senetlerinin türü değiştirilebilir. Veyahut ortaklığın yapısında temel bir değişikliğe gidilmeden ortaklığa mali kaynak sağlamak amacıyla tahvil vs. çıkartılabilir. Bu tür yapısal değişikliklere gidilmesinin veya finansal araçların kullanılmasının planlandığı hallerde bunların nasıl yapılacağı hususunda pay sahipleri sözleşmesine önceden hüküm konulmakta, özellikle tip veya sınıf değiştirme halinde pay sahiplerinin mevcut haklarını koruyacak düzenlemeler getirilmektedir. Ayrıca tip veya sınıf değiştirmenin yapılması belli bazı şartların gerçekleşmesine de bağlanmaktadır.

68 Bu kavramlar için bkz. Tekinalp (Poroy/Çamoğlu) N. 167, 189b.

3. Ortaklığın organizasyonu

a) Organların oluşumu ile ilgili hükümler

Anonim ortaklığın ilk yönetim kurulu üyeleri esas sözleşmede ismen belirlenirler. Daha sonrakiler ise genel kurulca seçilirler (TK 31□). Yönetim kurulu, pay sahiplerinin ortaklık üzerindeki güçlerini uygulamaya geçirdikleri organ olduğundan, yönetim kurulu üyelerinin nasıl seçileceği ve üyeliklerin pay sahipleri arasındaki dağılımı çok önemlidir. Bu konuda pay sahipleri sözleşmelerinde ayrıntılı hükümler bulunur⁶⁹. Sözleşme özellikle yönetim kurulunun, belirli pay gruplarının temsil edilmesini sağlayacak şekilde oluşturulmasını öngören bir sistemi kabul ederek, sözleşme taraflarını bu sistemi hayata geçirmeyi sağlayacak şekilde oy kullanmaya mecbur edebilir. Böyle bir hükmün, ortaklıkta pay grupları yaratarak bu gruplara yönetim kuruluna aday gösterme imtiyazı tanınması yoluyla esas sözleşmeye de yansıtılması mümkündür⁷⁰. Bu yöntem ile azınlık gruplarına yönetimde temsil hakkı da tanınmış olur⁷¹.

Anonim ortaklık denetçileri de ilk olarak esas sözleşmede ismen belirlenip daha sonra genel kurul tarafından seçilirler (TSTüz. m. 60, TK 347 II). Bunların da nasıl veya kimler arasından seçileceği pay sahipleri sözleşmesinde belirlenebilir. Ayrıca, anonim ortaklığa bir dış denetçinin tayin edilmesi de öngörülebilir.

Paysahipleri sözleşmesi, üst yönetici seçiminin nasıl yapılacağı konusunda da hükümler içerebilir⁷². Özellikle önemli idari görevlere kimlerin seçileceği veya bu seçimin nasıl yapılacağı önceden belirlenmektedir. Paysahiplerinin de idari görevlere

69 Glattfelder, 183a;Hoffman-Becking. ZGR1994,s.444;Zöllner, RWS Forum 8,s. 91•

70 Ayrıca bkz. a.ş.a.ş 7 II B 8.

71 Bürgi. Art. 69I N.39.

72 Zöllner. RWS Forum 8. s. 91•

seçilmeleri mümkündür. Örneğin azlık pay sahiplerine böylece ortaklık-tan bir menfaat sağlanabilir. Bunların görev koşulları ve ücretleri de pay sahipleri sözleşmesinde belirlenebilir.

Aşağıda açıklandığı gibi, pay sahipleri sözleşmeleri ile, ortaklık yönetiminde bilgisine veya tavsiyelerine başvurulacak danışma l-urulları veya yürütmeyi üstlenecek icra komiteleri oluşturul -ması müm1...'iindir.

a) Organların yetkileri ve karar nisapları ile ilgili hükümler, özellikle yönetim kurulunun yetkilerinin genel kurula devri

Paysahipleri sözleşmeleri kanunda öngörülen genel kurul karar nisaplarını değiştiren, çoğunlukla ağırlaştırılan hükümler içerirler. Genel kurul toplantı ve karar nisaplarının değiştirilmesi de, pay sahipleri arasındaki güç dengesinin sağlanması amacıyla hizmet eder ve azlık pay sahiplerine önemli konularda karara iştirak etme imkanı verir. Örnek olarak genel kurulda bazı önemli kararların alınması, belirli bazı pay sahiplerinin onayına bağlanarak bunlara veto hakkı tanınabilir. Bu tür hükümlerin esas sözleşmeye yansıtılması ancak hakların şahsa değil paya veya pay gruplarına bağlı hale getirilmesi ile mümkün olur.

Organların yetkileri ile ilgili olarak, pay sahipleri arasındaki güç dengesinin önem taşıdığı veya pay sahibi çevresinin dar olduğu ve pay sahiplerinin şirketin işleyişi ile bizzat ilgilenmek istedikleri ortaklıklarda, yönetim kurulunun yetkileri daraltılarak bazı önemli ve stratejik kararların (yatırım kararları, üst düzey yöneticilerin seçilmesi, yavru ortaklıklar kurulması, işletme devralınması gibi) genel kurulun yetkisine bırakılmasına ihtiyaç duyulmakta veya en azından yönetim kurulunun bu konularda alacağı kararların genel kurulda onaylanması usulü öngörülmektedir⁷³. Bu tür düzenlemeler esas sözleşmede yer

73 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 3o. N. 61vd.; Böckli. ZBJV 1993. s. 482; Jousen. 13.

aldığı gibi. paysahipleri sözleşmelerinde de yer almaktadır. Düzenleme bazı kararların sadece genel kurul tarafından alınmasını veya yönetim kurulunun bazı kararlarının genel 1..""Urulca onaylanması gerektiğini öngörebilir. Bunların yanı sıra, bazı kararların belli yönetim kurulu üyelerinin veya genel kurulda belli grupların onayı olmadan alınamayacağına dair düzenlemeler de getirilmektedir.

Kanunumuz yönetim kurulu ile genel kurulun bazı yetkilerini saymış, ancak bunları kesin sınırlarla birbirinden ayırmamıştır⁷⁴. Örnek olarak genel kurulun yetkileri arasında sayılan esas sözleşmenin değiştirilmesi (TK 388, 391, 396), yönetim kurulu üyelerinin ve denetçilerin seçimi, azli ve ibrası (TK312 I, 316), bilanço ve kar zarar hesabının kabulü (TK369 I 2) gibi yetkilerin genel kurula münhasır olduğu ve devredilemeyec□ği konusunda görüş birliği vardır⁷⁵. Ortaklığı idare ve temsile yetkili organ (TK 317) sıfatıyla yönetim kurulu da çok geniş yetkilere sahiptir. Kanun "idare vazifeleri" kenar başlığı altında yönetim kurulunun bazı görevlerini saymıştır (TK 324vd). Şirketin mali durumunun bozulması, defter tutulması, yıllık raporun tanzimi gibi konularda yönetim kuruluna açıkça bir görev verildiği ve bu görevin yönetim kurulu tarafından bizzat yerine getirilmesi gerektiği kabul edilebilir. Buna rağmen, idare işleri kavramının muğlaklığı yönetim kurulunun yetkilerinin sınırlarının tespitini güçleştirdiği gibi, bu yetkilerin genel kurula kaydırılıp kaydırılmayacağı da belirsizdir. Özellikle yukarıda anılan yatırım kararları, işletme açılması kapatılması veya devralınması gibi bazı önemli kararların hangi organın yetkisine girdiği tartışılabilir.

⁷⁴ Çamoğlu (Poroy/fekinalp), N. 524.

⁷⁵ An.say, s. 95; Çamoğlu (Poroy/fekinalp), N. 525; İmregün, AO, s. 105; Domaniç AŞ, s. 779 vd; İmregün, AO, s. 105, Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), N. 664a, Pulaşlı, Şirketler, s. 294; Tekil, s. 262vd.

Yönetim l.'Urulunun yetkileri ve devredilirliği konusunda Alman ve İsviçre hul.'Uk.ları da birbirinden farklı yollar izlemişlerdir.

Alman hukuku iki kademeli yönetim sistemini seçmiş ve yönetim kurulunun (*Vorstand*) yanı sıra bir de gözetim kurulunun (*Aufsichtsrat*) bulunmasını aramıştır. Yönetim kurulu, anonim ortaklığın yönetim ve temsil organıdır. AktG §76 I uyarınca yönetim kurulu ortaklığı "kendi sorumluluğu" altında yönetir⁷⁶. Yönetim kurulunun idare yetkisi devredilemez, zira idare sadece bir yetki değil aynı zamanda bir görevdir⁷⁷. Genel kurul, yönetim kurulunun idare yetkisine giren konularda ancak yönetim l.'Urulu bunu talep ettiği takdirde karar alabilir, yönetim l.'Urulundan böyle bir talep gelmediği sürece genel kurul yönetim kurulunun idare yetkisine giren konularda kendiliğinden karar alamaz (AktG §119 11). Bununla birlikte, Federal Mahkeme ortaklıkta yapısal değişikliğe yol açan ve pay sahiplerinin menfaatleri üzerinde önemli etkisi olan konularda yönetim kurulunun genel kuruldan karar almasını istemek konusunda yalnız yetkili değil, aynı zamanda özen borcu gereği görevli olduğuna hükmetmiştir⁷⁸. Böylece genel kurulun karar alanı genişletilmiş olmaktadır.

Diğer yandan gözetim kurulu da yönetim kurulunun idare görevini devralamaz (AktG §111 IV 1). Ancak gözetim kurulunun kendisi veya esas sözleşme, bazı konularda alınacak kararların gözetim kurulunun onayından geçmesini öngörebilir (AktG §111 IV 1). Alman hukukunda organların yetkilerinin birbirlerinden kesin sınırlarla ayrıldığı ilke olarak kabul edilmiş olsa bile, uygulamada büyük ve etkili pay sahiplerinin bulunduğu

76 Bu durum, konzern-dışı bağımsız ortaklıklar için geçerlidir.

77 Mertens. KölnKomm, §76, N. 4; Raiser, §14, N. 10; Schmidt. GesR. §z8 II 1, s. 805.

78 BGHZ 83, 133, 131, ("Holzmüller" kararı). Anılan olayda, bir anonim ortaklığın malvarlığının en önemli ve karlı bölümünü oluşturan bir liman işletmesinin, anonim ortaklığın %100'üne sahip olduğu bir yavru ortaklığa devri söz konusuydu. Mahkeme, yönetim kurulunun bu kararı verirken genel kurula danışması gerektiğine hükmetti.

ortaklıklarda, gözetim organının idare görevi bulunmamakla beraber işletme politikası •üzerinde belirleyici bir rol oynadığına işaret edilmektedir⁷⁹.

İsviçre hukukunda ise 199□ değişiklikleri, yönetim kurulunun sorumluluğunun sınırlarını ve sorumluluktan kaçamayacağı alanları belirlemek amacıyla⁸⁰ yönetim kurulunun devredemeyeceği yetkilerini tek tek saymış ve bunları yalnızca münhasır değil, vazgeçilmez, elinden alınamaz yetkiler olarak nitelemiştir (İBK m. 716a). Böylece genel kurulun üst organ kabul edildiği "omnipotenz" teorisi reddedilmiş olmaktadır⁸¹. Kanunun yönetim kurulunun "devredilemez" ve "elinden alınamaz" yetkiler olarak adlandırdığı yetkileri, üst yönetimin yürütülmesi ve gerekli talimatların verilmesi, şirketin organizasyonunun belirlenmesi, muhasebe sisteminin saptanması, yönetim ve temsil işlerinde görevlendirilecek kişilerin atanması, görevden alınması ve görevleri sırasında faaliyetlerinin kanuna ve esas sözleşmeye uygunluğu bakımından gözetim altında bulundurulmaları, faaliyet raporunun hazırlanması, genel kurul toplantısı hazırlıklarının yapılması ve genel kurul kararlarının yürütülmesidir (İBK m. 716a). Bu yetkilerin yönetim kurulunun elinden alınamaz olduğu kanunda açıkça belirtildiği için, anılan yetkilerin genel kurula devrini öngören -ve evvelce geçerli kabul edilen - esas sözleşme hükümlerinin bundan böyle geçersiz olduklarına işaret edilmektedir⁸². Aynı

79 Mertens. KölnKomm, Vorb §76, N. 3; Wiedemann I, §6 IV. s. 342.

80 Botschaft, N. 215.2.

81 Botschaft, N. 215.2; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel. § 20, N. 13. Mamafih işaret edilmelidir ki. 1992 değişikliği öncesinde dahi, genel kurulu üst organ olarak niteleyen hükmün ancak genel kurulun yönetim kurulunu atamasından kaynaklanan biçimsel bir üstünlüğü ifade ettiği, işlevsel olarak organların eşitliği ilkesinin kabul edildiği fikri de savunulmaktaydı (Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 20, N. 12; BGE 100 II 384, 387.)

82 Böckli, ZBJV 1993, s. 484; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 30, N. 65vd.; Forstmoser, P., Eingriffe der Generalversammlung in den Kompetenzbereich des Verwaltungsrates - Möglichkeiten und Grenzen, S'ZW1994, 169, s. 172.

şekilde yönetim kurulunun alacağı kararların genel kurul tarafından onaylanmasını şart koşan esas sözleşme hükümleri de yasak kapsamında sayılmaktadır⁸³. Mamafih, kanundaki bu değişikliğin pay sahipleri sözleşmeleri üzerinde nasıl bir etki doğuracağı hususu açıklık kazanmamıştır⁸⁴. İBK m. 716a hükmü, yönetim kurulunun yetkilerinin yalnızca devredilmez değil ayrıca elinden alınamaz olduğunu da açıkça belirttiğine göre, bu nitelik kamu düzenini ilgilendirir duruma gelmiştir. Yönetim 1.'Urulu kendisi istese dahi bu yetkileri genel kurula devredemez veya genel kurulun onayına sunamaz⁸⁵. Öyleyse, İsviçre Borçlar Kanununun 716a hükmünün bir yasaklayıcı hüküm olduğu kabul edilebilir ve bu hükme aykırı düzenleme getiren pay sahipleri sözleşmelerinin de İsviçre hukukunda geçersiz olacağı söylenebilir.

Türk hukukunda, yönetim kurulunun yetkilerinin devri Ticaret Kanununda 319. maddede ele alınmıştır. TK 319 II hükmünde, yönetim kuruluna ait olan temsil yetkisinin ve tüm veya bazı idare işlerinin, murahhas azalara veya pay sahibi olması gerekmeyen murahhas müdürlere bırakılabileceğiyazılıdır. Ancak bu hükümden, yönetim kurulunun görev ve yetkilerinin genel kurula bırakılabileceği sonucu çıkarılamaz, zira hükümde görevin devredilebileceği kişiler gösterilmiştir. Gösterilenler, yönetim kurulunun sorumluluğuna tabi olan kişilerdir. Bu anlamda sorumluluk taşımayan genel kurul, bu hüküm anlamında görev ve yetki devri yapılabilecekler arasında kabul edilemez.

83 Forstmoser, SZW 1994, s. 176. *Forstmoser*, ancak yönetim kurulunun kendi arzusuyla genel kurulun fikrini alabileceğini, genel kurulun görüşünün de bağlayıcı değil ancak tavsiye niteliği taşıyabileceğini belirtmektedir.

84 karşı. Böckli, ZBJV 1993, s. 480, 48□vd. *Böckli* anılan kanun değişikliğinin pay sahipleri sözleşmesinin düzenleme alanını daralttığını söylemekle beraber, yönetim kurulunun yetkilerine müdahale eden pay sahipleri sözleşmesi hükümlerinin geçersizliği konusunda açık bir yorumda bulunmamaktadır.

85 Forstmoser, SZW 1994, s. 17□. 176.

Organların yetkileri konusunda Türk hukukunda bir görüş, ortaklığın idaresinde olağan ve olağanüstü işlem ayrımı yapmakta ve olağanüstü işlemlerde karar verme yetkisinin genel kurula ait olduğunu savunmaktadır⁸⁶. Bu görüşe yaklaşan diğer bir görüş ise gerek olağan gerek olağanüstü konularda idare yetkisi yönetim kurulunda olmakla beraber bazı konularda karar alma yetkisinin esas sözleşme ile genel kurula bırakılabileceğini savunmaktadır⁸⁷. Azınlıkta kalan bir görüş ise bu ayrımı reddetmekte ve kanunda izin verilenler dışında bir yetkinin genel kurula verilemeyeceğini ve genel kurulun yönetim kurulunun yönetim yetkisine müdahale edemeyeceğini savunmaktadır⁸⁸.

Kamında yönetim kurulunun idare yetkisinin sınırlarının ne-reye kadar uzandığı açıkça belirtilmediğine göre, kanunun bu noktada bir esneklik tanıdığını kabul etmek gerekir.

Anonim ortaklığın sermayeye dayalı yapısına paralel olarak kanun özden yönetim sisteminden ayrılmış, yönetim için bir organ ihdas etmiştir. Payscalelerinin ortaklık işleriyle ilgilenmediği anonim ortaklıklarda, yönetim kurulu, genel kurulun kanunda açıkça sayılan ve münhasır olduğu kabul edilen bilançonun onaylanması, yönetim kurulu üyeleri ve denetçilerin seçilmesi, ibrası, azli, esas sözleşmenin değiştirilmesi, ortaklığın feshi gibi konulardaki yetkileri dışında her tür idare yetkisini kullanacaktır⁸⁹.

86 Arslanlı AŞ il. s. 7.

87 Ansay. s. 95, Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), N. 5z5; İmregwı, AO, s. 207; benzer fikir Tekil, s. 267.

88 Domaniç AŞ, m. 360, s. 783.

89 Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), N. 5z5; Arslan, İ. Anonim Şirketlerde Yönetim Yetkisinin Sınırlandırılması, Mimoza, Konya 1994, s. 48. İsviçre Borçlar Kanunu'nun 199z'de değiştirilen 716 I hükmünde bu husus açıkça ifade edilmiştir: "Yönetim Kurulu, kanun veya esas sözleşme ile genel kurula bırakılmamış olan her husus hakkında karar alabilir". Ayrıca 716a hükmünde yönetim kurulunun genel kurula dahi devredilemeyecek görevleri belirlenmiştir.

Ancak pay sahiplerinin ortaklıkla faal olarak ilgilendikleri ve ortaklığın yönetimini kendi kontrolleri altında tutmak istedikleri k.iiçük/kapalı/kişiselleştirilmiş ortaklıklarda, genel kurul bazı önemli kararları almak veya yönetim kurulunun aldığı kararları onaylamak yetkisini elinde tutmak istiyorsa, bu durumda engellenmemelidir. Ortaklığın somut yapısı böyle bir çözümün uygulanmasına izin verecek nitelikte ise, bu çözümün reddi için bir sebep yoktur⁹⁰. Türk anonim ortaklıklar hukuku, anonim ortaklığın kişiselleştirilmesine izin vermiş, bu konuda bizzat bazı imkanlar kabul etmiştir⁹¹. Bu açıdan genel kurulun karar alma yetkisini yönetim kurulu ile paylaşmasına izin vermek gerekir. Pay sahipleri sözleşmelerinin bu yöndeki hükümleri geçerlidir⁹². Bu hükümler esas sözleşmede de yer alabilir. Hatta ortaklık planında uygulanabilmesi ve aykırılıkların yönetim kurulunun sorumluluğu veya genel kurul kararının iptali ile

90 Türk Ticaret Kanununun revizyonu için Adalet Bakanlığı nezdinde kurulan komisyonun çalışmaları sırasında yönetim kurulunun devredilemez yetkileri konusundaki İsviçre sistemi hakkında İsviçreli bilim adamlarının görüşü sorulmuş ve Zürih Üniversitesi Profesörü Dr. Peter Forstmoser, 25 Ekim 2000 tarihli mektubunda devredilemez yetki nitelemesinin hem büyük hem de küçük anonim ortaklıklar için bazı sakıncalarına işaret etmiştir. Şöyle ki, büyük anonim ortaklıklarda yönetim işleri genellikle yönetim kurulu değil bir icra komitesi tarafından yürütülmektedir, bu nedenle icra komitesinin verdiği kararların yönetim kurulu tarafından incelenip onaylanması yönetim kurulunun devredilmez görevlerinin ifası olarak kabul edilebilmelidir. Oysa kabul edilen sistemde (İBK m. 716a) ne yukarıya ne de aşağıya doğru herhangi bir kurula yetki devri mümkün olmadığı için bu mümkün olmamakta ve yönetim kurulu sayılan tüm görevleri bizzat yerine getirmek zorunda kalmakta, yönetim kurulunun yalnızca bir gözetim organı niteliği taşıması istense de böyle bir yöntem uygulanamamaktadır (aynı yönde Meier- Hayoz/Forstmoser Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 8. Auf. Stampfli, Bern 1998, §16 N. 355vd). Büyük ortaklıklarda bazı görevlerin bizzat yönetim kurulu tarafından yerine getirilmesi pratik de değildir. (büyük bir bankada imza yetkisi tanınan yaklaşık 1000 kişinin tek tek yönetim k.,ırulu tarafından yetkilendirilmesi gereği gibi). Küçük anonim ortaklıklar bakımından ise, yetkilerin devredilemezliği, genel kurulun, bazı önemli kararlardan (örneğin iş stratejisi, yatırım kararları gibi) dışlanması anlamına gelmektedir.

91 Bu konuda bkz. §31.

92 Bu hükümlerin ortaklık planında nasıl uygulanabileceği ayrı bir sorundur ve ileride ele alınacaktır. Bkz. §6.

denetlenebilmesi için bunlar esas sözleşmede mutlaka yer almalıdır.

c) Üçüncü kişilerin ortaklığın yönetimine etki etmesini sağlayacak mekanizmalar oluşturulması

Anonim ortaklığın yönetim, yürütme ve denetimi, zorunlu organlar olan genel kurul, yönetim kurulu ve denetçilere bırakılmıştır. İdare yetkilerinin bu organlar arasında yukarıda incelenen çeşitli şekillerde paylaşılması mümkün olduğu gibi, yönetim faaliyetine başka organların veya üçüncü kişilerin de katılması gereği ortaya çıkabilir. Örneğin faaliyet konusunun teknik incelikleri veya anonim ortaklığın büyük ölçekli olması, yönetim kuruluna yardımcı olacak bir danışma kurulunu gerektirebilir. Veya anonim ortaklıkta pay sahibi olmayan kişiler, özel sebepler nedeniyle, örneğin ortaklığa verdikleri kredinin doğru kullanılmasını sağlamak amacıyla, yönetim faaliyetinde söz sahibi olmak isteyebilirler. Başka bir örnek de ekonomik açıdan iki ortaklığın birbiri ile bağlı hale gelerek, ortaklıklardan birinin diğeri üzerinde hakimiyet kurmasıdır. Bu gibi durumlarda anonim ortaklık yönetimine, kanunda öngörülen zorunlu organlar dışında organların veya pay sahibi olmayan üçüncü kişilerin katılmasının hukuken mümkün olup olmadığı sorusu akla gelir.

Üçüncü kişilere yönetimde etkili olma hakkı çeşitli yollardan tamamabilir: yönetim kurulu üyelerinin özel bir sözleşme ile üçüncü kişilerin talimatlarına uymayı taahhüt etmeleri veya pay sahipleri sözleşmelerine taraf olmaları, esas sözleşmede bağlayıcı veya tavsiye niteliğinde kararlar alma yetkisi olan bir danışma organı oluşturularak üçüncü kişilerin bu organlarda görev almalarının sağlanması veya esas sözleşmeyle doğrudan doğruya üçüncü kişilere yönetime katılma hakkı sağlanması gibi.

□ Bu konuda ayrıca bkz. aşağıda, §511h C

(1) Yönetim kurulu üyelerinin özel bir sözleşme ile üçüncü kişilerin talimatına uyma taahhüdünde bulunmaları veya pay sahipleri sözleşmesine taraf olmaları

Yönetim kurulu üyelerinin bir sözleşme akdederek, görevlerini ifa ederken sözleşmenin tarafı olan kişilerin talimatlarına uygun davranacakları taahhüdünde bulunmaları, çeşitli sebeplere dayanabilir. Böyle bir sözleşmenin tarafı olan ve yönetim kurulu üyesine talimat verme arzusunda olan üçüncü kişi, ortaklıkta pay sahibi olmamakla beraber, örneğin ortaklığa kredi sağlayan ve kredinin harcanmasını kontrol altında tutmak isteyen bir finans kurumu olabilir. Pay sahipleri kendi aralarında yaptıkları sözleşmede bir danışma organı oluşturarak bu danışma organına yönetim kuruluna talimat verme yetkisini de verebilirler⁹⁴. Üçüncü kişinin pay sahibi olması da mümkündür. Örneğin kendisi pay sahibi olmakla beraber yönetimde fiilen görev almak istemeyen, onun yerine kendi talimatlarına göre hareket edecek birini yönetime seçtiren bir gerçek kişi pay sahibi bu konumda olabilir⁹⁵. Tüzel kişilerin yönetim kuruluna üye olamaması nedeniyle (TK 31□ II) temsilcisini yönetim kuruluna seçtiren bir tüzel kişi pay sahibi de temsilcisi yönetim kurulu üyesine talimat vermek için sözleşme akdedebilir. Sonucu hal, bağlı işletmeler bakımından da ortaya çıkabilir ve yavru ortaklığa hakim olan ana ortaklık, yönetim kuruluna talimat vermek isteyebilir. Şirketler grubunun menfaatlerini düşünen ana ortaklık, grup menfaatleri için gruba dahil münferit şirketlerin menfaatlerini arka plana atabilir. Örneğin bir şirketin sahip olduğu arsayı grubun bir başka şirketine acilen ve değeri düşük olsa bile satması, şirketin müşteri kaybetmek pahasına bile olsa kendi pazarını bırakıp acil ihtiyaç bulunan başka bir pazara çalışması veya bir şirketin diğerine borç vermesi gibi talimatlar söz

94 Zöllner. RWS Forum 8. s. 102.

95 Yanlı. İnançlı Yönetim Kurulu Üyeleri ve Konzernlerdelci Durumu, Prof. Dr. Ögüz İmregün'e Armağan. İstanbul 1988. 655. s. 657.

konusu olabilir. Başkasının talimatına göre davranma yükümlülüğü altında bulunan yönetim kurulu üyesine inançlı veya bağlı yönetim kurulu üyesi denilmektedir⁹⁶.

İsviçre hu.kukunda yönetim kurulu üyesinin üçüncü kişilerden talimat alıp alamayacağı sorunu ile değişik görüşler ortaya atılmıştır. Bir görüşe göre, üçüncü kişilerin yönetim kuruluna talimat vermesi, ortaklığı dolaylı olarak üçüncü kişilerin iradesine tabi kılar ve kabul edilemez⁹⁷. Yönetim kurulu, önce organı olduğu ortaklığın menfaatlerini düşünmelidir. Kendisine hakim olan bir ana ortaklıktan gelen talimat dahi, bağlı ortaklığın menfaatlerini zedeliyorsa, yönetim kurulu buna uymamalıdır, aksi halde sorumlu olur⁹⁸. Bir başka görüşe göre yönetim kurulu bir yandan organı olduğu ortaklığın, diğer yandan bağlı olunan ana ortaklığın menfaatlerini korumak şeklinde beliren çifte borç altındadır. Kural olarak organı olduğu ortaklığın menfaatini üstün tutmak zorunda olmakla beraber, kendi takdir hakkı içerisine giren konularda üçüncü kişilerden talimat alabilir⁹⁹. Ancak yönetim kurulu takdir hakkı içerisine giren konularda karar alırken de özen ve sadakat borcunu göz ardı edemeyeceğinden, takdir hakkına giren konularda da yönetim kurulu, kendisine verilen talimatları ancak ortaklık menfaatine aykırı düşmediği sürece uygulayabilir¹⁰⁰. Talimat veren kişinin çoğunluk pay sahibi olması halinde de durum

96 Bürgi. Art. 707 N. 6. von Büren. Grundfragen. s. 58. "Bağlı" yerine "bağımlı" kelimesi de kullanılmaktadır (Yanlı, İmregün Armağanı, s. 655vd). Bazı yazarlar "inançlı" ve "bağımlı" üye nitelendirmelerini farklı durumlar için kullanmakta, işletmeler arası bağlılık (konzern) durumunun söz konusu olması halinde yönetim kurulu üyesini "bağımlı". diğer hallerde "inançlı" yönetim kurulu üyesi olarak adlandırmaktadırlar (Bkz. Yanlı. İmregün Armağanı, s. 655. Jaggi. Ein Gerichtsurteil über den "abhängigen" (fiduziarischen) Verwaltungsrat, SJZ 1960, 1. s. 3).

97 Piconi. Rechtsformen konzernmäßiger Abhängigkeit, SJZ 1955. 3. s. 37 (VII g).

98 Zweifel. Holdinggesellschaft und Konzern, Schulthess, Zürich 1973, s. 93vd.

99 Schucany. Zur Frage der rechtlichen Stellung des "abhängigen Verwaltungsrates" SAG 1954. 109. n. 1; Gautschi, Fiduziarische Rechtsverhältnisse besonderer Art. SJZ 45. 1949, 301, s. 303; Gautschi, Art. 397, N. 13c.

100 Albers-Schönberg. Haftungsverhältnisse im Konzern. Schulthess, Zürich

değişmez. zira yönetim k'Urulu üyesi yalnızca çoğunluğun değil. ortaklığın yönetim kurulu üyesidir¹⁰¹ ve ortaklığın menfaatlerini öncelikle dikkate almak zorundadır. Bu nedenle, paysabiplerinin talimatlarına aynen uyulması ancak korunacak bir azlığın bulunmaması halinde, yani anonim ortaklığın tek paysahihinin elinde bulunması durumunda ve doğal olarak kanuna ve esas sözleşmeye uyulması kaydıyla mümkün olabilir¹⁰². Bunun dışında bağlı işletmelerde, ana işletmenin yavru işletmeye hakim olabilmesi ve yavru işletmenin kendisine verilen talimatlara sadakat yükümüne takılmadan uymasının sağlanabilmesi için, yavru işletmenin faaliyet konusunun ve amacının, ana işletmeye hizmet etmek ve grubun menfaatlerini gözetmek şeklinde değiştirilmesi ve böylece talimatlara uyulmasının ilke olarak yavru ortaklığın esas sözleşmede belirtilen amacına uygun hale getirilmesi yolu da önerilmektedir¹⁰³.

1980, s. 92vd; Caflisch, Die Bedeutung und die Grenzen der rechtlichen Selbständigkeit der abhängigen Gesellschaft im Recht der Al"tiengesellschaft, Diss, Zürich, 1961, s. 139vd, s. 144; Druey, Stimmbindung in der Generalversammlung und Verwaltungsrat, Rechtsfragen um die Al"tionarbindungsverträge. (Her. Druey/Böckli/Nobel) Zürich 1998, s. 17; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 28, N. 167, 177; Piconi, SJZ 1955, s. 326, 327 (VII d, g); v. Planta, A. Die Haftung des Hauptaktionars, Helbing&Lichtenhahn, Basel 1981, s. 41, 45vd; v. Planta, F. Der Interessenkonflikt des Verwaltungsrates der abhängigen Konzerngesellschaft, Schulthess, Zürich 1988, s. 113; Steiger, Zur Frage der rechtlichen Stellung des "abhängigen" Verwaltungsrates, SAG 27 (1954/55). 33, s. 37Vd; Tappolet, Schranken konzernmassiger Abhängigkeit im schweizerischen Al"tienrecht, Diss Zürich 1973, s. 123vd; Zürcher, Der Glaubigerschutz im schweizerischen Aktienrechtskonzern, Stampfli. Bern 1993, s. 166.

101 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 28, N. 162, 164. Yönetim kurulu üyesinin TK 312 il (İBK 707 III) uyarınca tüzel kişinin temsilcisi olarak atanmasında da durum aynıdır (a.g.e.).

102 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 28 N. 178, v. Planta, Haftung des Hauptaktionars, s. 45vd.

103 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 28 N. 168. Türk hukukunda Yanlı (Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 171, 178-179) da aynı yolu önermektedir. Ancak yazar esas sözleşme ile kurulan bu bağımlılığın, anonim ortaklıklar hukukunun emredici hükümlerine (örneğin sermayeyi ve paysahiplerini koruyan hükümlere) aykırı olamayacağını ve bu arada organların devredemeyecekleri yetkilerine tecavüz edemeyeceğini de belirtmektedir.

Alman hukukunda ise. özellikle bağılı işletmeler hukuku açısından çoğunluk pay sahibinin yönetim organlarına talimat verme hakkı kanunla düzenlenmiştir. Hakimiyet ilişkisinin bir sözleşme ile kurulmayıp pay çoğunluğunun elde tutulmasıyla oluştuğu ve bu açıdan Türk hukukundaki durumla benzeşen fiili konzernde, hakim olan işletmeye tanınan talimat verme veya yavru işletme üzerinde etki kullanma yetkisi, bu etkinin kullanılması ile yavru şirket bakımından doğabilecek olumsuz sonuçların giderilmesi şartına bağlanmıştır (AktG §31 1). Hakim şirket ya bu olumsuz sonucu kendisi telafi eder, ya da olumsuz sonuçtan yavru ortaklığın yönetim kurulu ile birlikte sorumlu olur (AktG §§317 ve 318). Böylece Alman hukukunda, özen ve sadakat borcuna aykırı davranan yönetim kurulu üyeleri sorumlu tutulurken, kendilerini bu yönde davranmaya sevk eden ana ortaklık da sorumluluk zincirine katılmıştır. Bu sorumluluk, zarara uğratan yavru ortaklığa karşıdır (AktG §317 I c.1).

Türk hukukunda da konu tüzel kişilerin temsilcisi olarak yönetim kuruluna seçilen üyeler bakımından tartışılmış ve tüzel kişinin verdiği talimatların ancak kanuna, esas sözleşmeye ve anonim ortaklığın çıkarlarına aykırı olmadıkça dikkate alınabileceği görüşü hakim olmuştur¹⁰⁴. Ayrıca ortaklığın çıkarlarına aykırı olarak verilen talimat yönetim kurulu üyesini anonim ortaklığın menfaatlerine aykırı hareket etmeğe sevk

Çamoğlu,. E. Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu. Banka ve Ticaret Hukuk Araştırma Enstitüsü Yayınları Ankara 197z, s. 35; Tandoğan. Hükmi Şahısların Anonim Şirket İdare Meclisinde Temsili, Batider C.1 S.1, 3, s. zz dnp. 71; Tekinalp, Anonim Ortaklıkların Yönetim Kurullarında Tüzel Kişilerin Temsili, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları Ankara 1965, s. 11zvd. u4; Yanlı, İmregün Armağanı, s. 680. *Tekinalp*. tüzel kişinin temsilcisi olarak atanan gerçek kişinin, temsil ettiği tüzel kişinin organı olarak orada bulunduğunu ve sadakat yükümlünün yalnızca gerçek kişi üyeyi değil, temsil olunan tüzel kişiyi de bağladığını haklı olarak belirtir (Tekinalp, Tüzel Kişilerin Temsili, s. 115-116) . Belirli bir pay grubunu temsilen yönetim kuruluna seçilen üyelerin de öncelikle şirket menfaatini korumakla yükümlü oldukları hususunda bkz. Kendigelen, Anonim Ortaklıkta Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz, Beta, İstanbul 1999. s. z88-z89.

edici olduğundan ahlaka aykırı ve batıl kabul edilmekte¹⁰⁵ ve bu talimata uyması sebebiyle sorumlu olan temsilcinin, vekalet hakkındaki BK 394 'e dayanarak talimatı verenin (müvekkilin) kendisini (vekili) sorumluluktan kurtarmasını talep etme hakkı

olmadığı da ileri sürülmektedir¹⁰⁶.

Yönetim kurulu üyesi ile akdedilen bir sözleşmeye dayanarak üçüncü kişi tarafından üyeye verilen talimatın ortaklık çıkarlarına aykırı olması halinde, yönetim kurulunun tabi olduğu özen ve sadakat yükümlülüğünün, talimata uyma yükümlülüğü ile çelişeceği açıktır. Yönetim kurulu üyesinin özen borcu, objektif bir özen borcu olarak yorumlanmakta ve üyenin görevini ifa ederken dikkatli, sağduyulu, dürüst bir yöneticinin aynı koşullar altında takınacağı tutuma uygun şekilde davranması gerektiği söylenmektedir¹⁰⁷. Öte yandan, yönetim kurulu üyesinin ortaklıkla işlem yapma ve rekabet etmeme yasaklama tabi olması (TK 334-335), kişisel menfaatlerini ilgilendiren konularda yönetim kurulu toplantılarına katılma hakkının bulunmaması (TK 33□) ibra kararlarında oy hakkından mahrum olması (TK 374) yönetim kurulu üyesinin görevini ifada şirkete karşı sadakat borcu altında olduğu ve şirketin menfaatlerini başka menfaatlardan üstün tutması gerektiği şeklinde yorumlanmaktadır¹⁰⁸.

105 BGE 69 II 230. Kramer. Art. 19-20. N. 200.

106 Tandoğan, Batider C.I S.1 s. 3, s. 22 dpn. 71. Tekinalp. Tüzel Kişilerin Temsili. s. 116. Aksi fikir, Druey, s. 17-18.

107 Çamoğlu (Poroyffekinalp). N. 584; Helvacı, M. Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, 2. bası Beta İstanbul 2001, s. 46; İmregün. AO, s. 231; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel. § 36 N. 80.

108 Çamoğlu (Poroyffekinalp). N. 585; Helvacı, s. 89; İmregün, AO, s. 231; Tekil, s. 187. Yargıtay 11. HD. de 23.5.1986 tarihli bir kararında (E. 2998, K. 3161, Eriş 1. bası s. 977-978. AŞ s. 299) yönetim kurulu üyelerine karşı açılmış bulunan sorumluluk davasında, üyelerin davranışlarında kasıt veya ihmâl bulunmadığının yanı sıra, üyelerin kişisel çıkarlarının da iddia ve isbat edilmediğine dayanarak sorumluluğu reddetmiştir. Mehaz İsviçre hukukunda da yönetim kurulu üyesinin sadakat yükümü tartışmasız kabul edilmektedir. İsviçre Borçlar Kanununun 1992 değişikliklerinde yönetim kurulu üyelerinin sadakat yükümü hakkında açık hüküm sevk edilmiş olmakla birlikte (İBK m. 717). değişiklikten

Özen ve sadakat borcu, yönetim kurulunun takdirine giren konular bakımından da değişmez; yönetim kurulu, kanunun kendisine tanıdığı takdir alanında da sadakat yükümü ile bağlıdır¹⁰⁹. Aksini savunmak, yönetim kurulunun işletmenin idaresi ile ilgili olarak alacağı kararların çoğunun takdir yetkisinin kullanılmasını içerdiği dikkate alındığında, özen ve sadakat yükümünü etkisiz kılmak anlamına gelir¹¹⁰.

Yönetim kurulu üyesinin talimatı veren üçüncü kişiyle olan ilişkisi açısından soruna bakıldığında, yönetim kurulu üyesinin genel olarak üçüncü kişinin talimatına göre hareket etmeyi taahhüt edeceği bir sözleşme geçerli kabul edilmelidir, zira bizatihi böyle bir taahhütte bulunmuş olmak doğrudan doğruya yönetim kurulu üyesinin özen ve sadakat yükümü ile çelişmez. Yukarıda açıklanan görüşlerin uyuştugu asgari müşterek husus, böyle bir sözleşmeye dayanarak verilen talimatın ortaklık menfaatlerine aykırı düşmediği sürece uygulanabilir olduğudur.

önce de sadakat yükümünün varlığı kabul ediliyordu. (Bürge, Art. 722, N. 8-10; v. Planta, Interessenkonflikt des Verwaltungsrates, s. 55; Schucany, Art. 72z N.1; v. Steiger (Çağa), s. z68). İsviçre hukukunda yönetim kurulunun sadakat yükümünün varlığı, yönetim kurulu üyesi ile ortaklık arasındaki güven ilişkisine ve eski İBK m. 7zz (yenim. 717)'de yer alan, üyelerin görevlerini ifa ederken "her türlü özeni" gösterecekleri hükmüne dayandırılmaktaydı. Her ne kadar Türk Ticaret Kanunu'nda yönetim kurulu üyesinin özen borcu başarısız ve nitelik konusunda tartışmalara yol açacak şekilde düzenlenmiş ise de, Türk Ticaret Kanununda da, İsviçre Borçlar Kanununda yer almayan, ortaklıkla işlem yapma yasağı, rekabet yasağı ve kişisel menfaati ilgilendiren konularda oylamaya katılmama yasağı gibi, sadakat yükümünün özel uygulamaları olan durumlar açık hükümle düzenlenmiştir. Bu nedenle yönetim k.1.l.rulu üyesinin ortaklığa karşı sadakat borcu altında olduğu Türk hukukunda da kabul edilmelidir. Yalwz, sadakat borcunun ölçüsü ayrıca araştırılmalıdır. Sadakat borcu ve yönetim kurulundan beklenen özen de dürüstlük kuralları ışığında değerlendirilmelidir. Yönetim kurulu üyesi, ancak dürüstlük kuralları ışığında kendisinden beklenebilecek özen ve sadakati göstermekle yükümlü olabilir. Örneğin Alman hukukunda yönetim kurulu üyesinin, düzenli ve vicdanlı bir yöneticinin özenini göstermesi gerektiği hüküm altına alınmıştır (AktG §93 I 1 - "Die Vorstandsmitglieder haben bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden").

109 Bkz. dpn. 100'de anılan yazarlar.

110 Handschin, Der Konzern im geltenden schweizerischen Privatrecht, Schulthess, Zürich, 1994, s. 51.

Södeşuenuin içinde yönetim kurulu üyesinin özen ve sadakat yül.-Uıuüne aykırı davranmasını gerektirecek bir hususun açıkça düzenileruıtış olınası halinde (örneğin yönetim kurulu üyesinin organı olduğu şirketin bağlı bulunduğu grubun menfaatlerini ön planda tutmak yükümü gibi) sözleşmenin geçersizliği l'clnuna değil ahlaka aykırılığa dayanır. Yönetim kurulu üyesinin görevini ifa ederken özenli hareket etmesi ve ortaklık menfaatlerini dikkate alması gereği bir düzen kuralıdır, zira bunun aksine hareket işlemin butlanını değil üyenin sorumluluğunu gerektirir¹¹¹. Özenli davranmak ve ortaklığın menfaatlerini gözetmek borcu yönetim kurulu üyesi olan kişi bakımından şahsi bir borçtur ve kişilerin şahsi yükümlülüklerine aykırın düşen taahhütlerde bulunmaları halinde butlan söz konusu olmaz¹¹². Dolayısıyla özen ve sadakat yükümüne aykırı davranışta bulunma konusundaki taahhüt, içeriği itibariyle kanuna aykırılıktan ötürü hatıl kabul edilemez. Bununla beraber, ortaklığın çıkarlarına aykırı davranma konusundaki taahhüt, bir başkası zararına hareket amacı güttüğü için ahlaka aykırı kabul edilebilir¹¹³. Bu da böyle bir taahhüt içeren sözleşmeyi geçersiz kılar (BK□o).

Talimat verme konusundaki sözleşme geçerli kabul edildiği takdirde, yukanda da belirtildiği gibi talimatın ortaklık lehine olması halinde sorun yoktur. Talimatın ortaklık lehine olup olmadığı, yalnızca talimatın tek başına sahip olduğu içeriğe bakılarak değil, talimatın verilış sebebine de bakılarak tayin edilmelidir. Örneğin ortaklığa bir kredi veya teşvik verilmesi karşılığında yönetim kurulu şirket adına kar dağıtmama, başkalarıyla kredi sözleşmesi akdetmeme, muhasebe siste-

111 Düzen kuralı kavramı için bkz. Yon Tuhr (Edege) §□9 s.□□o.

112 Tekinay Borçlar, s. 397. Kaldı ki aksi takdirde yönetim kurulunun özen ve sadakat borcu gereği, ortaklık zararına olacağı için icra etmemesi gereken genel kurul kararları da batıl kabul edilmek gerekirdi.

113 Larenz/Wolf, AT §41 N. 49; Picononi, SJZ 1955, s. 3□7; Tappolet, s. 1□4-ız5.

mini belli usule göre düzenleme gibi taahhütlerde bulunursa, bunlar içerisinde azlık pay sahiplerinin veya kısa vadede şirketin lehine gözükmeyen hususlar bulunsan bile, asıl amaç şirket lehine olan kredi alınması olduğundan, verilen taahhütlerin/talimatların şirket lehine olduğu kabul edilmelidir. Yönetim kurulu üyesinin bu tür talimatlara uyması halinde özen ve sadakat borcuna aykırılıkta bulunduğu kabul edilemez, zira yönetim kurulunun davranışları ortaklık lehine bir planın parçasını teşkil etmektedir.

Ancak sözleşmeye dayanılarak verilen talimatın ortaklık menfaatlerine aykırı olması halinde, yönetim kurulu üyesi ilk bakışta kanuna veya talimata uygun davranma konusunda bir seçim yapmak zorunda kalır. Üye ya talimata uygun (dolayısıyla ortaklık çıkarlarına aykırı) hareket ederek kanundan doğan yükümlülüğünü ihlal ettiği için sorumlu olacak, ya da sözleşmeye aykırı davrandığı için sözleşmeyi ihlalden ötürü talimat veren ile karşı karşıya kalacaktır.

Bu ikilem karşısında yönetim kurulu üyesi talimata uygun davranır ve bu nedenle şirketin, pay sahiplerinin veya alacaklıların yönetim kurulu üyesinin sorumluluğuna gitmesi söz konusu olursa, yönetim kurulu üyesini sorumluluktan kurtarmak mümkün olmayacaktır¹¹⁴. Yönetim kurulu üyesi ile ortaklık, pay sahipleri ve alacaklılar arasında ortaklıklar hukukundan doğan sorumluluk ilişkisi, yönetim kurulu üyesinin üçüncü kişiyle olan ilişkisinden etkilenmez.

114 İsviçre'de bağlı işletmeler huloıkunun kanunla düzenlenmemiş olması nedeniyle, ana ortaklık menfaatine hareket eden bağlı ortaklık yönetim kurulu üyesinin anılan menfaat çelişkisi içinde kaldığına ve uygulamada ana ortaklık ile bağlı ortaklığın yönetim kurulu üyesi arasında akdedilen vekalet sözleşmelerine, yönetim kurulu üyesinin bağlı ortaklığın ait olduğu grubun menfaatlerini koruma taahhüdüne karşılık, ana ortaklığın da yönetim kurulu üyesini, üyenin özen ve sadakat yükümüne aykırı davranışı nedeniyle kendisine yöneltilebilecek tazminat taleplerinden kurtaracağı, yani bu nedenle doğacak zararını karşılayacağı yönünde hükümler (hold-harmless clause) koyulmaktadır (Von Büren, Grundfragen, s. 59 dpn. 5Z, Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § z8 N. 175).

Burada yönetimin 11.7.1971 yılı üyesi ile menfaatine hareket ettiği kişi arasındaki ilişkiye vekalet hümleri uygulanarak, BK 394 II uyarınca vekilin, vekaleti ifa dolayısıyla uğramış olduğu zarar ve ziyanın tazminini müvekkilden istemesi imkanı kullanılamaz. Zira müvekkilin verdiği talimat, vekili ortaklığa karşı olan borçlarını ihlale zorlayıcı ve ortaklığı zarara sokucudur ve bu nedenle ahlaka aykırı ve batıldır¹¹⁵. Bu tür hukuka ve ahlaka aykırı talimatlar vekili bağlamaz ve vekil bunları yerine getirmemel.¹¹⁶ten ötürü sorumlu tutulamaz¹¹⁶. Vekil hukuka veya ahlaka aykırı talimatı yerine getirirse o takdirde bu talimat dolayısıyla yaptığı masrafları ve uğradığı zararı müvekkilden isteyemez¹¹⁷.

Buna karşılık yönetim kurulu üyesi ortaklık menfaatlerine uygun davranmayı seçerse, talimat veren de kendisinden sözleşmeye aykırılık nedeniyle tazminat talep edemez. Zira yukarıda da belirtildiği gibi, talimat verenin yönetim kurulu üyesini kanuni yükümlülüklerine aykırı harekete zorlaması ahlaka aykırılık oluşturur ve talimat bu nedenle batıldır. Batıl bir talimata uymamak da vekili sorumlu hale getirmez. Ayrıca üye, kendisinin yönetim organı içerisinde bulunduğu ortaklığa karşı özen ve sadakat borcunun varlığının talimat veren tarafından da bilindiğini veya bilinmesi gerektiğini ve yönetim kurulu üyesinden buna aykırı davranmasının dürüstlük kurallarına göre beklenemeyeceğini de ileri sürebilir¹¹⁸. Diğer bir deyişle, üçüncü kişinin, yönetim kurulu üyesine sadakat ve özen yükümüne aykırı düşen talimatlar vererek, onu kanuni yükümlülüklerine aykırı davranmaya zorlaması hakkın kötüye kullanılmasını oluşturur (MK □ il).

115 BGE 69 II 230; Piconi, s. 327.

116 Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C. II, Ankara 1987, s. 442; Yavuz, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 4. bası İstanbul 1996, s. 601; Gautschi, Art. 397 N. 14, 15.

117 Tandoğan, C.11. s. 443; Tandoğan, Batider C.I S.1 s. 3, s. 22 dpn. 71. Tekinalp. Tüzel Kişilerin Temsili, s. 116; Gautschi, Art. 397 N. 15 b; Piconi, s. 327.

Yönetim kurulu üyesinin ortaklık menfaatlerine aykırı talimata uymama konusunda hukuken serbest olmasına karşın, ekonomik bakımdan bağımlı olduğu kişinin talimatına başkaldırma yoluna gitmekte kendisini tamamen özgür hissedip hissetmeyeceği ayrı bir sorundur. Yönetim kurulu üyesinin talimata uyması halinde bunun sonucunda uğradığı zararları talimat verenden talep edememesi yönündeki yukarıdaki yorumun yönetim kurulu üyesini ortaklığa verilen zararın karşılanması açısından tamamen yalnız bıraktığı ve tüm sorumluluğu onun üzerine yıktığı göz ardı edilmemeli ve bunun hayatın gerçeklerine uyup uymadığı sorusu da zihinlerden uzak tutulmamalıdır. Bir ana ortaklığın yavru ortaklıkta göreve getirdiği yönetim kurulu üyesinin, kendisine gönderilen her talimatın ileride yol açabileceği sonuçları inceleyerek ana ortaklığın talimatlarına karşı gelmek zorunda bırakılması ve yönetim kurulu üyesinin adeta ana ortaklığın faaliyetlerinin tek denetim makamı haline getirilmesi düzenin tüm yükünü yönetim kurulu üyesine yıkmak anlamına gelir. Yönetim kurulu üyesi ile ana ortaklık ilişkisinde yönetim kurulu üyesinin ana ortaklık karşısında zayıf durumda bulunduğu dikkate alınmalıdır. Ana ortaklığın yönetim kurulu üyesi üzerindeki etki ve nüfuzunu kullanarak üyeye verdiği talimatın yerine getirilmesini zorladığı ve özellikle talimatın ortaklık zararına sonuç doğurabileceğinin de çok açık olmadığı hallerde talimatı veren de sorumlu tutulabilmelidir^{119.110}.

118 Benzer, Gautschi, SJZ1949, s. 303. Yazar, müvekkilin (yani yönetim kurulu üyesine talimat veren kişinin), vekilin anonim ortaklık yönetim kurulu içerisinde yer almasını sağlayarak kendisini ipso facto organsal sorumluluk altına soktuğunu ve böylece vekilin organsal yükümlülüklerine uygun davranacağını baştan kabul etmiş olduğunu belirtmektedir. "*Der Auftraggeber, der dem Beauftragten Organrechte anvertraut und ihn dadurch ipso facto mit der Organverantwortlichkeit belastet, erklärt sich von vorneherein einverstanden, daß, der Beauftragte seinen Organpflichten entsprechend handelt.*" (s. 303). Aym görüşte, Druey, s. 17.

119 Jaggi, SJZ1960, s. 1, Bürgi, Art. 707 N. 6. Haksız fiile teşvik açısından yargıtay da bu düşüncüyü benimsemektedir. Y. 4. HD. 13-4-1978, E. 1845, K. 4946 (YKD C.7/1 1981 s. 17). Ayrıca bir kişiyi bilinçli olarak sözleşmese! borcunu ihlale

Yukarıda söylenenler, yönetim l'Uıulu üyelerinin görevlerini ifa ederken paysahipleri sözleşmesi hükümlerini dikkate almalarını sağlamak için bizzat sözleşmeye taraf kılınmaları veya paysahibi olarak sözleşmeye taraf olan bir kişinin aynı zamanda yönetim l-urulu üyesi sıfatını taşıması halleri bakımından da uygulanır. Diğer bir deyişle, yönetim kurulu üyesi sıfatını taşıyan kişinin paysahipleri sözleşmesine taraf olması veya görevini bu sözleşme hükümlerine uygun şekilde ifa edeceğini taahhüt etmesi hukuken geçerlidir. Üyenin, sözleşmeden doğan yükümlülükleri ile kanundan doğan yükümlülüklerinin çelişmesi halinde üye ya sözleşmeye aykırı davranmak zorunda kalacak, ya da görevini kötü ifadan dolayı ortaklığa karşı sorumlu olacaktır¹. Bu ikilem de yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda çözümlenir. Diğer bir deyişle, sözleşme içerisinde ortaklık zararına hareket sonucunu doğuracak hükümler varsa bunlar ahlaka aykırılıktan ötürü batıl kabul edilir ve yönetim kurulu üyesi bunlara uymamakta serbesttir. Ancak üye sözleşmeye uygun hareket eder ve ortaklıklar hukuku açısından sorumluluğu doğarsa bu sorumluluğa katlanmak zorundadır. Üyeyi bu davranışa zorlayanların sorumluluğu bakımından yukarıdaki çekince saklıdır.

(2) Esas sözleşmeyle kurulacak ihtiyari organlara veya üçüncü kişilere yönetimle ilgili görev ve yetkiler verilmesi

Esas sözleşmeyle ihtiyari organlar kurulması veya uçüncü kişilere yönetimle ilgili görev ve yetkiler verilmesi, yukarıda ele alınan yönetim kurulu üyelerinin üçüncü kişilerin emir ve talimatlarına uymayı bir borç sözleşmesi ile taahhüt etmesinden farklıdır. Burada bizzat ortaklığın kendisi, organları bağlayacak

teşvik ederek bir üçüncü kişiye zarar verilmesine yol açmak BK 41 II anlamında sorumluluk da doğurur.

1□0 Talimat veren müvekkilin sorumluluğunun sözleşme ile düzenlenmesi konusunda ayrıca bkz. yuk. dpn. 114.

1□1 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel. § 31, N. 38.

şekilde. esas sözleşme ile kuracağı ihtiyari organlara veya doğrudan doğruya üçüncü kişilere görev ve yetkiler tanımaktadır. Örneğin faaliyet konusunun teknik niteliği veya ortaklık çapının genişlemesi sebebiyle yönetim faaliyetlerine yardımcı olacak danışma lllll.llan oluşturulabilir. Aile şirketlerinde aile içi ihtilafların çözümü için danışma meclisi tesis edilebilir. Bazı pay sahiplerinden oluşan bir komiteye kar dağıtım konusunda tavsiyelerde bulunma yetkisi verilebilir. Esas sözleşmede yer alan bu tür tasarrufların geçerliliği açısından belirleyici olan hususlar organların devredilemeyecekyetkileri ve sorumlulukları ile ortaklığın egemenliği ilkesidir.

Anonim ortaklıkta kanunda sayılan üç organ (genel kurul, yönetim kurulu ve denetçiler) ortaklığın sahip olması gereken asgari organları oluşturur. Her anonim ortaklık bunlara sahip olmak zorundadır. Bunun aksi, bir fesih sebebidir (TK 435). Ancak anonim ortaklığın sahip olabileceği organlar bunlarla sınırlı değildir ve esas sözleşmeyle başka organların da tesis edilmesinin mümkün olduğu kabul edilmektedir¹²². Dolayısıyla esas sözleşme ile bir danışma organını tesis önünde bu açıdan bir engel yoktur.

¹²² Arslanlı, AŞ II-III. s. 1; Ansay. s. 94. İmregün, AO. s. 13, ayrıca Akünal. Tüzel Kişiler. s. 36.

İsviçre hukukunda da genel kurul, yönetim kurulu ve denetçiler asgari zorunlu organ sayılmakta. Bunun yanında ihtiyari organlar oluşturulması ve kanunen zorunlu organların devredilemez yetkileri saklı kalmak kaydıyla, bunlara yetki devredilmesi olanaklı görülmektedir (Forstmoser/Meier Hayoz/Nobel. §20 N.34vd; Frey. s. 170). İsviçre'de. "ffBeirat" adı verilen danışma kurullarının oluşturulması gittikçe yaygın hale gelmekte olan bir uygulamadır (Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, a.g.e). Alınan hukukunda ise. ihtiyari organlar limited şirket bakımından kabul edilmektedir (Schmidt, GesR § 14 III 3. s. 418; Herfs. Einwirkung Dritter auf den Willensbildungsprozess der GmbH. Nomos 1994. s. 44). Anonim ortaklıklar bakımdan bir görüşe göre AktG W V nedeniyle anonim ortaklıkla ilgili tüm kanun hükümleri aksi açıkça öngörülmedikçe emredici ve sınırlayıcı kabul edildiğinden, kanunda öngörülen organlar dışında organ oluşturulması, istisnai nitelikte de olsa mümkün değildir (Schmidt. a.g.e). Ancak hakim görüşüne göre, AktG §23 V. zorunlu organların görevlerine tecavüz etmeyecek şekilde danışma kurulları veya diğer ihtiyari organlar oluşturulmasına engel teşkil etmez (Hüffer, S23 N. 38. Kraft, KölnKomm. §23 N. 85, Röhring. GroKomm §23. N. 190; Mertens, KölnKomm Vorb. izÖ N.28).

Esas sözleşmede üçüncü kişilere haklar tanınması mümkün.""¹²³. Üçüncü kişilerin bir organ içerisinde görev alması ortaklığın egemenliği ilkesi ile çelişmez. Zira üçüncü kişinin organ içerisinde yer alması, onu ortaklıkla organsal görev ve sorumluluk ilişkisi içerisinde sokar ve artık üçüncü kişi ortaklığa yabancı olmaktan çıkıp ortaklık organizasyonunun bir parçası olur¹²⁴. Ayrıca esas sözleşmede belli bir organ oluşturularak üçüncü kişilerin bu organda yer almasının sağlanması yerine doğrudan doğruya bir üçüncü kişiye de görev ve yetkiler verilebilir. Bu durumda soyut ve genel anlamda bir organ tesis edilmiş olmasa da, üçüncü kişi de yönetim faaliyetine katılan her organ gibi sorumluluk taşıdığı sürece kullandığı yetkiler bakımından üçüncü kişi ile ortaklık arasında bir organ ilişkisi kurulmuş olur¹²⁵.

Ancak üçüncü kişilere veya kurulacak ihtiyari organlara tanınacak haklar ve yetkiler kanunun emredici hükümlerine ve bu arada pay sahiplerinin müktesep hakları ile organların devredemeyecekleri yetkilerine aykırı olamaz.

Yukarıda genel kurul ile yönetim kurulu arası yetki kaydırmaları konusu incelenirken genel kurulun kanunda sayılan çoğu yetkinin devredilmez nitelik taşıdığı kabul edildiği belirtildi.

123 Frey, s. 101vd.; Herfs, s. 44.

124 Beuthien/Gatsch. Vereinsautonomie und Satzungsrechte Dritter, ZHR 156, 1992, 459, s. 46-zvd, 469; Herfs, s. 45; Teubner, Der Beirat zwischen Verbandssouveränität und Mitbestimmung, ZGR 1986, 565, s. 571-572..Z-

125 Beuthien/Gatsch, ZHR 156 (1992) s. 467-468; Herfs, s. 45 Yazarlar, organın varlığını, göiilen işlevden çıkarmakta ve kanun veya esas sözleşmeyle kendisine ortaklığın amacına ulaşmasını sağlayacak işlevler verilen makamları organ kabul etmektedirler. İsviçre hukukunda da fiili organ kavramı bu görüşle örtüşür. Bu görüşe göre, gerçek organların yetki alanına giren konularda karar alan, yönetim faaliyetlerine katılan ve ortaklığın irade oluşumunu esaslı biçimde belirleyen kişiler organsal sorumluluk altındadır (Porstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, §37 N.4). Aksi fikir, Ulmer, Begründung von Rechten für Dritte in der Satzung einer GmbH, FS Werner, 1984, 912, s. 923. Yazar, organ kavramının bu şekilde esnetilmesine karşı çıkmakta, ancak organ kavramını kesin olarak tanımlamamaktadır.

Yönetim Kurulu'nun yetkileri ise ancak genel kurul ile yönetim kurulu arasındaki yetki paylaşımı açısından incelendi. Oysa yönetim kurulunun yetkileri açısından sorunun bir de TK 319 II çerçevesinde murahhaslara yetki bırakılması boyutu vardır.

TK 319 II'ye göre esas sözleşmeye hüküm konulmak suretiyle yönetim kurulunun idare ve temsil yetkisi, pay sahibi olan veya olmayan kişilere "bırakılabilir". Buradaki "bırakma"dan maksat, bu yetkilerin ve bunların kullanılmasından doğan sorumluluğun tamamen murahhas üye veya müdürlere devredilmesi ve yönetim kurulunun bu konularda karar verme veya icra yetkisinin kalmamasıdır¹²⁶. Kanunda idare işlerinin "hepsinin veya bazılarının" murahhaslara bırakılabileceği belirtilmesine rağmen, bu bırakmanın, yönetim kurulunun zorunlu organ olması nedeniyle yönetim kurulunu bertaraf edecek şekilde olamayacağı ve yönetim kurulunun bazı yetkilerinin devredilmez nitelik taşıdığı savunulmaktadır¹²⁷. Ayrıca gözetim görev ve yetkisinin de yönetim kurulunda kalmış sayılacağı ileri sürülmektedir¹²⁸.

Genel kurulun ve yönetim kurulunun devredilmez yetkilerine giren konularda karar alma yetkisi esas sözleşme ile üçüncü kişilere veya kurulacak ihtiyari organlara bırakılamaz. Ancak bunun dışında kalan konularda üçüncü kişilere veya organlara hak ve yetkiler tanımak mümkündür.

Burada önemli olan, kendisine görev ve yetki tanınan ihtiyari organların veya üçüncü kişilerin kullandıkları bu yetkilerin sorumluluğunu taşımalarıdır. Ne üçüncü kişilere ne de kurula-

¹²⁶ Arslanlı, AŞ 11-III, s. 133vd; İmregün, AO., s. 18; Çamoğlu (Poroy/fekinalp), N.536.

¹²⁷ Örneğin defter tutma, yıllık raporun tanzimi, genel kurulu çağırma, genel kurul kararlarına karşı iptal davası açma gibi. Çamoğlu (Poroy/fekinalp), N. 525; İmregün, AO, s. 218. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bk:z. Arslan, Yönetim Yetkisinin Sınırlandırılması s. 33vd.

¹²⁸ Arslanlı, AŞ II-III, s. 125-126; Çamoğlu (Poroy/fekinalp), N. 536; Yanlı, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 158.

çak herhangi bir organa, verecekleri kararların sorumluluğunu taşımadan diğler organlara, özellikle de yönetim kuruluna ve yönetimde görev alan kişilere bağlayıcı şekilde emir ve talimat verme yetkisi tanınmaz. Bu husus hemen aşağıda ayrı bir başlık olarak ele alınmıştır.

Esas sözleşme ile kurulacak ihtiyari organı tavsiye kararlar alacak bir danışma kurulu şeklinde oluşturmak veya üçüncü kişilere hu şekilde tavsiyelerde bulunmak yetkisi tanımak mümkündür. İstisari nitelik taşıyan, kararları tavsiye niteliğini aşmayan bir danışma kurulunun, ne genel kurulun ne de yönetim kurulunun yetkilerine tecavüz ettiği söylenemez. Genel kurulun, nihai karar alma yetkisini muhafaza etmek kaydıyla bir danışma kurulundan görüş alması, genel kurul içindeki kilitlenmelerin çözümünde danışma kurulunun tavsiyelerine başvurulması mümkün, hatta ortaklığın sağlıklı işleyişi bakımından arzu edilebilecek bir yöntemdir. Burada önemli olan genel kurulun devredilemez yetkilerine giren konular bakımından karar alma yetkisinin üçüncü kişilere devredilmemesidir¹□9. Örneğin yönetim kurulu üyelerini seçmek

1□9 Bu durum, pay sahibinin üçüncü kişi ile oy sözleşmesi yapmasından farklıdır. Üçüncü kişi ile oy sözleşmesi akdetme, pay sahibinin bireysel oy kullanma serbestisi içine girdiğinden geçerlidir. Oysa bir organ olarak genel kurulun bir esas sözleşme hükmü ile üçüncü kişilerin bağlayıcı talimat veya onayı altına sokulması, pay sahibinin oy hakkını kullanmaktaki bireysel serbestisini aşır, müstakbel tüm pay sahiplerinin de serbestilerini kalıcı şekilde ortadan kaldırır ve anonim ortaklığın bizzat kendisini üçüncü kişinin boyunduruğuna sokar. Ayrıca birinci halde oy sözleşmesi dışında kalan pay sahipleri oylamada etkili olabilecek veya oylama sonucunda alınan karara karşı hukuki yollara başvurabilecekken, ikinci halde bunlar da topluca üçüncü kişinin iradesi altına girmiş olurlar. [Farklı görüş: Beuthien/Gatsch, s. 473-475. Yazarlar, ortaklığın tamamen üçüncü kişinin iradesi altına sokulmasına karşı çıkmak ve ortaklığın kendi kendine karar alma gücünü koruması gerektiğini savunmakla beraber, üçüncü kişiye tanınan talimat verme veya onaylama yetkisinin pay sahiplerince geri alınabilir nitelikte olması halinde, ortaklığın üçüncü kişinin boyunduruğu altına girmiş olmayıp egemenliğini korumakta olduğunun kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadırlar. Bu nedenle yazarlar, Alman hukukunda hakim görüşçe reddedilmekte olan, esas sözleşme değişikliklerinde genel kurulun kararının bir üçüncü kişinin onayına tabi kılınması imkanını, genel kurulun üçüncü kişinin oyu olmadan kendi kararıyla bu onay şartını kaldırabilme imkanına sahip olduğu sürece geçerli kabul etmekte ve bunu genel kurulun kendiyetkileri üzerinde tasarruf etme özgürlüğü olarak görmektedirler(s.477-478).]

genel l-unulun yetkisinde olduğundan, üçüncü kişilere, ancak bağlayıcı olmamak kaydıyla yönetim kuruluna aday gösterme yetkisi tanınabilir¹³⁰. Aynı şekilde yönetim kurulunun da bir danışma l'lrulundan öneriler alması mümkündür. Anonim ortaklıkta ortaklık çapının büyümesi veya faaliyet konusunun teknik incelikleri nedeniyle yönetimin giderek bir uzmanlık faaliyeti haline gelmesi bu tür danışma kurullarını zorunlu hale dahi getirebilir. Burada da önemli olan yönetim kurulunun, bir danışma kurulundan görüş almasına rağmen sorumluluğunu taşıdığı karar ve işlemlerini kendi iradesiyle tayin etme özgürlüğünü elinde tutmasıdır.

(3) Esas sözleşmeyle üçüncü kişilere yönetim kuruluna emir ve talimat verme yetkisi tanınması

Esas sözleşmeyle üçüncü kişilere yönetim kuruluna emir ve talimat verme yetkisi tanınması, yönetim kurulunun kendi sorumluluğu altında faaliyet göstermesine rağmen üçüncü kişilerin talimatlarına göre hareket etmesinin zorunlu kılınması demektir. Yukarıda, yönetim kurulu üyesinin bir borç sözleşmesi ile kendisini böyle bir taahhüt altına sokması sorunu incelenirken yönetim kurulu üyesinin ortaklığa karşı özen ve sadakat borcu olduğu ve bunun bertaraf edilemeyeceği; bir borç sözleşmesinde veya bir borç sözleşmesine dayanılarak verilen talimatta özen ve sadakat borcuna aykırı, dolayısıyla ortaklığın zararına sonuç doğuracak bir tasarrufa sevk edici bir husus bulunması halinde bunun üçüncü kişinin zararına hareket kastlı nedeniyle ahlaka aykırılık oluşturacağı ve yönetim kurulu üyesinin bununla bağlı olmayacağı, üyenin bu tür talimatları yerine getirmemesi gerektiği söylendi. Aynı husus esas sözleşme ile üçüncü kişilere yönetim kuruluna emir ve talimat verebilme yetkisinin tanınması açısından da geçerlidir¹³¹.

130 Ayru yönde Frey, s. 123-124, 190; Yanlı. Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 155-156.

131 Frey,s. 126vd.

Ayrıca böyle bir yetkinin borç sözleşmesinde değil de esas sözleşme ile tanınması, organ olarak yönetim kurulunu, ortaklığı da bağlayıcı şekilde bir üçüncü kişinin talimatı altına koyma amacı güder. Oysa hem yönetim kurulunun devredilmez yetkileri hem de özen ve sorumluluk borcu buna imkan vermez. Zira yönetim kurulu tasarruflarından sorumlu olmakta devam ederken, sorumluluğa yol açabilecek tasarruf konusunda karar verme yetkisinin bir başkasına tanınmış olması, yetki-sorumluluk dengesini bozar¹³². Yönetim kuruluna kendi tasarrufunun sorumluluğunu yükletebilmek için o tasarruf konusundaki kararın da gerçekten yönetim kurulunca verilmiş olmasını sağlamak gerekir. Aksi durum, yönetim kurulunu kusursuz sorumluluk altına sokmak gibi kanunun sistemine sığmayan bir sonuç ortaya çıkarırdı¹³³.

Yukarıda ele alınan ihtiyari organlar kurulması veya üçüncü kişiye yönetimde hak ve yetkiler tanınması durumu ile üçüncü kişilere emir ve talimat verme hakkının tanınması arasındaki fark da sorumluluk noktasındadır. Esas sözleşme ile oluşturulan organlar veya kendisine görev ve yetkiler tanınan organ-kişiler bu görevlerinin sorumluluğunu taşımak zorundadır. Aksi halde bunlar ancak istişari nitelik taşıyabilir. Bunların sorumluluk taşımadan bağlayıcı kararlar alabilmesi mümkün değildir.

B. Paysahipliği hakları ile ilgili hükümler

1. Genel olarak

a) Paysahiplerinin haklarının kısıtlanması ve kısıtlamaların geçerlilik sınırları

Paysahipleri sözleşmesi, anonim ortaklıktaki haklar sistemini ve menfaatler dengesini değiştirmeyi amaçlayan düzenlemeler

132 Yanlı, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 160vd, 162. Ayru yönde, Frey, s. 127; Tappolet, s. 108.

133 Yanlı, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 162.

içerir. Örneğin, azlık haklarına başvurulmayacağı, imtiyazların korunması sisteminden yararlanılmayacağı veya paysahipliği haklarından bazılarının kullanılmayacağı, örneğin sözleşmede belirlenen bir kişi lehine belli bir süre kar payından vazgeçileceği yönünde hükümler paysahipleri sözleşmelerine konulmaktadır. Paysahipleri sözleşmesine konulan bu tür hükümlerin geçerliliği, paysahiplerinin veya bazı paysahibi gruplarının menfaatlerini korumayı ve bu yolla anonim ortaklığın düzgün işleyişini sağlamayı amaçlayan kanun hükümlerinin ve anonim ortaklıktaki menfaatler dengesinin paysahipleri tarafından ne dereceye kadar değiştirilebileceğine bağlıdır. Bunun için bir taraftan paysahipleri sözleşmesi ile kabul edilen hükmün niteliği diğer taraftan da anonim ortaklıkta paysahipliğine bağlı haklar skalası ile bu hakların niteliği incelenmek gerekir.

(1) Sözleşme hükmünün niteliği ve kısıtlamanın anlamı

Paysahipleri sözleşmesinde yer alan hükümlerin Ticaret Kanununun emredici hükümleri karşısındaki geçerliliği, bu sözleşme hükümlerinin niteliği ve hukuki etkisi ile ilgilidir. BK 19-□0 gereği tüm sözleşmeler gibi paysahipleri sözleşmesi de, kanunun ve bu arada Ticaret Kanununun emredici hükümlerine uygun olmak zorundadır. Buna karşılık öyle durumlar ortaya çıkar ki, bir hüküm paysahipleri sözleşmesinde yer aldığı takdirde geçerli olurken, aynı hüküm esas sözleşmede yer aldığı takdirde geçersiz olur. Bunun açıklaması şudur: Paysahipleri sözleşmesi bazı hallerde, Ticaret Kanununun emredici olarak düzenlediği konularda kanunun izin vermediği türden düzenlemeler yapar gözükmekle beraber, kanuna aykırılık doğurmaz, çünkü paysahipleri sözleşmesinin hukuki niteliği ve etkisi gereği, sözleşme hükümleri kanunun uygulama alanı dışında kalır. Buna karşılık esas sözleşmenin hukuki niteliği farklı olduğundan, Ticaret Kanunun emredici hükümleri burada gerçek uygulama alanını bulur. Örneğin yönetim kuruluna

karşı sorumluluk: davası açma hakkının sadece sorumluluğun belli bir meblağın üzerine çıkınası halinde kullanılabilcefe,rine yönelik bir hük-üm sonımluluk davası açma hakkını sınırlar ve esas sözleşmeye konulamaz. Oysa böyle bir hüküm pay-sahipleri sözleşmesinde yer aldığında geçerli kabul edilir. Nitekim kanunun emredici hükümlerinde yer alan sınırla-maların paysahipleri sözleşmesine esas sözleşmeden farklı uygulanmasındandır ki, paysahipleri sözleşmesi özellikle esas sözleşmede düzenlenemeyecek hususlar bakımından tercih edilmektedir.

Aradaki fark şöyle açıklanabilir : Esas sözleşmede yer alan hükümler, belli bir paysahibine değil, "pay mevkiine" yönelik düzenlemeler getirirler. Esas sözleşme hükümleri payı elinde tutan her paysahibini bağlar, payı devralan kişiler içeriğini bilseler de bilmeseler de esas sözleşme ile bağlı olurlar. Esas sözleşmenin belirsiz bir paysahipleri kitlesine yönelmiş olması ve esas sözleşmede yer alan düzenlemelerin ortaklığın organ-larını ve tüm paysahiplerini bağlayan adeta anayasal bir düzenleme niteliği taşıması bu sözleşmeyi paysahipleri sözleşmesin-den ayırır¹³⁴. Anılan nitelikler nedeniyle esas sözleşme hüküm-leri anonim ortaklık düzenini temelinden etkilerler. Oysa paysahipleri sözleşmesi hükümleri, kanun tarafından esas sözleşmeye kazandırılmış bu niteliklere sahip değildirler ve bir borçlar hukuku sözleşmesi olarak sadece sözleşmeye taraf olan kişiler açısından hüküm doğururlar. Bu farklılık, kanundaki emredici hükmün içeriğine bağlı olarak farklı sonuçları da beraberinde getirir.

Şöyle ki, kanunun emredici hükümle bahsettiği ve koruduğu haklar, kanunun izin verdiği haller dışında esas sözleşme ile sınırlanamaz. Kanun, hakkı özü itibariyle koruyup bundan fay-dalanıp faydalanmama serbestisini paysahibine tanımışsa, bu

134 Esas sözleşme ile paysahipleri sözleşmesi arasındaki nitelik farkı hakkındaki ayrıntılı açıklamalar için bkz. yuk. §4 V.

serbestinin nasıl kullanılacağı da esas sözleşmede düzenlenemez ve sınırlandırılmaz. Zira sınırlayıcı hükmün esas sözleşmede yer alması, sınırlamanın sadece paysahibinin haktan faydalanıp faydalanmamak konusundaki seçim hakkını kullanmasının ötesine gider ve konuyu sadece o paysahibi için değil, tüm paysahipleri için kalıcı olarak düzenler¹³⁵.

Paysahipleri sözleşmesi ise, belirli bir paysahibinin kanunun sağladığı korumadan faydalanıp faydalanmama iradesini beyan ettiği bir belgedir. Bu nedenle o haktan faydalanmama özgürlüğünü kullanma anlamına gelen bir paysahipleri sözleşmesi hükmü geçerli olarak kabul edilebilir. Böyle bir irade beyanında bulunulması emredici hükmün kapsamına girmez. Bu tür bir paysahipleri sözleşmesi hükmünün kanunun emredici hükmüne aykırı düştüğünü söylemek yanıltıcı olur, zira burada kanuna aykırılık yoktur; kanunun sağladığı bir imkandan faydalanılması söz konusudur.

Öyleyse paysahipleri sözleşmesinde yer alan hükümlerin geçerliliği incelenirken dikkate alınması gereken birinci husus, kanunun bireysel olarak paysahibine belli bir hak üzerinde tasarruf yetkisi verip vermediğidir. Eğer kanun bir tasarruf yetkisi vermişse, paysahibi bu yetki ölçüsünde iradesini kullanabilir, paysahipleri sözleşmesinde de bu konuda anlaşmaya varabilir.

135 *Schluep*, iptal davası açma hakla bakımından yaptığı ve diğer koruyucu haklar bakımından da geçerli olduğunu söylediği bir açıklamada (wohlerworbenen Rechte s. 202) farklı bir sonuca varmaktadır. Yazara göre iptal davası açma hakkı paysahibinin diğer haklarının ihlalinin engellenmesine hizmet eden bir koruma yoludur. Paysahibi bir hakkı kullanmaktan imtina edebiliyorsa, bu hakkın ihlalini engelleyen koruma yolundan da imtina edebilmelidir. Öyleyse yedek ve nisbi emredici hükümlerle getirilmiş haklar bakımından, bunların ihlali halinde iptal davası açılmayacağına dair bir hüküm esas sözleşmeye konulabilmelidir. Kanaatimizce, esas sözleşme ile getirilecek kısıtlama, paysahibinin somut olayda hakkı kullanmamaya karar verme özgürlüğünün de ötesine gidip, tüm paysahipleri için kendi iradelerine yer bırakmayan genel geçer bir sınırlama getirdiğinden, kabul edilmemelidir.

(2) Kanunda yer alan paysahipliği hakları ve koruma sisteminin pa · sahipleri sözleşmesi ile değiştirilebilirliği

Ticaret Kanunu bireysel olarak paysahibine veya azlık paysahibi, imtiyazlı paysahibi gibi bazı pay gruplarına çeşitli haklar tanımış veya esas sözleşme ile tanınmasına imkan vermiş ve hu hakların korunabilmesi için de özel sistemler öngörmüştür. Paya bağlı haklar müktesep veya vazgeçilmez nitelik taşıma, azlık veya imtiyaz gruplarını koruma bakımlarından önem taşırlar.

Ticaret Kanunu müktesep hakları "kanun veya esas mukavele hükümlerine göre umumi heyet ve idare meclisi kararlarına tabi olmayan" haklar olarak tanımlamaktadır (TK 385 II). Bu tanımdan çıkarılan sonuç, müktesep hakların, genel kurulun veya yönetim kurulunun alacağı bir çoğunluk kararıyla, yani hak sahibinin rızası olmadan değiştirilemeyecek, ortadan kaldırılamayacak, zayıflatılamayacak haklar olduğudur¹³⁶. Müktesep hak olmanın kriteri, paysahibinin rızası aleyhine sınırlanmamadır. Bu tanımın karşıt anlamından çıkan sonuç, hu hakların paysahibinin rızası ile sınırlandırılabilmesidir. Rıza şartı, bu haklar üzerinde paysahiplerinin oybirliği ile tasarrufta bulunulabilmesi anlamına gelir. Örneğin ortaklığın tabiiyeti, paysahiplerinin ortaklığa karşı üstlendikleri taahhüdün sınırlılığı, payların itibari değeri, müktesep haklar grubuna girer, zira bunların değiştirilebilmesi için oybirliği ile karar alınması gerekir¹³⁷.

Müktesep haklar paysahibinin rızası ile üzerinde tasarruf edilebilecek haklar olduğundan, paysahibinin müktesep hak-

136 Ansay, s. 56; İmregün, AO. s. 39; Pulaşlı. Şirketler, s. 674-675; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu) N. 866.

137 TK 388. TK 400 il. Dikkat çekilmelidir ki, paysahibinin ortaklığa karşı üstlendiği taahhüdün, yani sermaye borcunun belirliliği ve sınırlılığının oybirliği ile alınacak bir kararla değiştirilebilmesi, tek borç ilkesinin ortadan kaldırılması anlamına gelmez, yalnızca o karara katılan paysahiplerinin kararda kabul edilen yüküm altına girmesi sonucunu doğurur.

larına dahil olan konularda irade serbestisi vardır. Paysahibi bu irade serbestisini paysahipleri sözleşmesinde kullanabilir, örneğin mül-tesep hak kategorisine giren bir konuda karar alınacaksa. paysahipleri bu kararın alınması sırasında ne yönde oy vereceğini evvelden taahhüt edebilir.

Kanunun aynı hüliimde (TK 385 II) müktesep haklara örnek olarak saydığı "umumi heyetin toplantılarına iştirak hakkından doğan, hususiyle azalık, rey kullanmak, iptal davası açmak" hakları ise, paysahibinin kendi rızası ile dahi ortadan kaldıramayacağı haklar olarak kabul edilmekte ve bu nedenle kanunda açıkça müktesep hak olarak anılmış olmalarına rağmen bunlar müktesep hak kategorisinde değil, ayrı bir grup olarak vazgeçilemeyen haklar kategorisi içinde incelenmektedir¹³⁸. Bu haklardaki özellik, "paysahibi hakkı görünümünde olmakla beraber, gerçekte anonim ortaklığın niteliklerini ve yapısını simgeleyen ilkelerin hak olarak somutlaşmasıdır"¹³⁹. Paysahibinin iptal davası açma, genel kurula katılma, oy kullanma, sorumluluk davası açma gibi hakları elinden alınamayan, kendisinin de vazgeçemeyeceği haklarıdır¹⁴⁰. Vazgeçilmez haklar anonim ortaklık kurumunun temel yapıtaşlarını oluşturdukları için, tüm paysahiplerinin rızası ile dahi ortadan kaldırılamaz, sınırlandırılmaz, zira bunların ortadan kalkması sadece kişisel olarak paysahibini değil, aynı zamanda kamu düzenini ilgilendirir¹⁴¹.

138 Arslanlı AŞI, 258,262.264, Domaniç.AŞ 928vd, 932; İmregün,AO, s. 329,331; Karahan, Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Paylar ve İmtiyazların Korunması, Kazancı, İstanbul 1991, s. 32; Pulaşlı, Şirketler, s. 675-676; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu) N. 870c. Farklı görüş, Ansay, 257, Tekil, 406.

139 Tekinalp (Poroy/Çamoğlu) N. 870c.

140 Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), N. 870b; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 39, N.110; Schlupe, (wohlerworbenen Rechte), sorumluluk davası açısından s. 93, oy hakkı açısından s. 133, genel kurula katılma hakkı açısından s. 148-149, iptal davası açısından s. 202-203.

141 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 39, 110; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu) N. 870c.

Vazgeçilmez hakların sağladığı korumadan faydalanıp faydalanmamak. bu hakların sahibinin takdirine kalmıştır. Hakkın özüne dokunulmasını sağlan, hak sahibi somut olayda o hak-tan faydalanıp faydalanmamakta serbesttir¹⁴. Bununla birlikte--te vazgeçilmez haklar, anonim ortaklığın temel düzenini belirlediklerinden, bu haklardan önceden ve tümüyle imtina etmek müml'in değildir. Zira bu haklardan tümüyle vazgeçilmesi yalnızca paysahibinin haklarını etkilemeyecek, aynı zamanda bu hakların varlığı üzerine kurulu anonim ortaklık düzenini sarsacaktır. Bu nedenle bu haklardan tümüyle ve önceden vazgeçilmesini öngören esas sözleşme hükümleri batıldır¹⁴. Üstelik aynı durum, paysahipleri sözleşmesi bakımından da geçerlidir. Feragat beyanının esas sözleşmede değil de paysahipleri sözleşmesinde yer alıyor olması fark etmez. Paysahipleri sözleşmesi, kimliği belirli bir paysahihi çevresi için dahi olsa, *süresiz* ve *koşulsuz* olarak anonim ortaklık kurumunun korumayı amaçladığı menfaatlere sağlanan korumayı ortadan kaldıramaz, anonim ortaklığın temel ilkelerini bertaraf edici hükümler getiremez. Aksi durum, sözleşmenin kamu düzenine aykırılığı sonucunu beraberinde getirir, zira anonim ortaklıktaki belli menfaatlerin korunması, anonim ortaklık düzeninin, dolayısıyla ekonomide önemli bir rol oynayan bir aracın işlevini yerini getirmesini engeller ve ekonomik düzeni bozar.

Dolayısıyla paysahibinin paysahipleri sözleşmesinde genel kurula katılım haklarından ve dava haklarından süresiz ve koşulsuz olarak tamamen imtina etmesi mümkün değildir.

14 Arslanlı, AŞ I. s. 258-259, 64; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 39, N. 112. Schlupe, *wohlerworbenen Rechte*, s. 93, 133, 148-149, 20-203.

143 Arslanlı, AŞ I s. 258; Pulaşlı. Şirketler, s. 675-676; Glattfelder, s. 271a; Schlupe, *wohlerworbenen Rechte*. Ayrıca İsviçre 1992 değişikliklerinde Borçlar Kanununa eklenen 706 b maddesinin 1 ve 2. bentleri ile, paysahiplerinin genel kurula katılma hakkını, minimum oy hakkını, dava haklarını ve emredici hükümlerle korunan diğer haklarını elinden alan veya paysahibinin denetim haklarını kanunun izin verdiğiinden daha fazla ölçüde kısıtlayan *genel kurul kararları* da batıl kılınmıştır.

Diğer taraftan yine aynı hükümde müktesep haklara örnek olarak gösterilen kar payı, tasfiye payı hakkı gibi haklar, genel k.'UIU.lun çoğunluk oyuyla, yani paysahibinin rızasına rağmen sınırlandırılabilirler. Örneğin esas sözleşmeye konulacak bir hü'l'im..le tasfiye payı bertaraf edilebilir (TK 455 II) veya üçüncü kişiye bırakılabilir (TK 447 I). Bu nedenle bu hakların müktesep olma niteliği tartışmalıdır. Kar payı da TK 466 vd. hükümlerine uyularak genel kurul kararı ile kısıtlanabilir¹⁴⁴. Mali hakların kullanımını kamu düzenini değil paysahibinin kişisel çıkarını ilgilendirdiğinden bu hakların kullanımından tamamiyle feragat mümkündür. Bu düzenleme, kanunun izin verdiği çerçevede içinde esas sözleşmede yapılabileceği gibi, paysahipleri sözleşmesinde de istenildiği şekilde yapılabilir.

Ticaret Kanunu ayrıca azlık oluşturan paysahiplerinin çoğunluk karşısında ezilmesini önlemek amacıyla bazı tedbirler öngörmüştür. Azlığa tanınan yönetim kuruluna karşı sorumluluk davası açılmasını talep etme (TK 341), bilanço görüşmelerinin ertelenmesini talep etme (TK 377), özel denetçi atanmasını talep etme (TK348), denetçilere şikayette bulunma (TK356 II), genel kurulu toplantıya çağırma veya gündeme madde eklenmesini isteme (TK 366) konularındaki hakları da vazgeçilmez haklar olarak nitelendirilmektedir¹⁴⁵. Bu haklar bir yandan anonim ortaklıktaki menfaat dengesinin korunmasına yararlıken diğer yandan da azlığın çoğunluk üzerinde bir denetim unsuru oluşturmasını sağlar. Bu denetim unsurunun varlığı, çoğunluğun ortaklığı yönetirken dikkatli ve basiretli davranmasını teşvik eder ve anonim ortaklık kurumunun düzgün işlemlerini sağlar. Bu nedenle azlık haklarından feragat mümkün değildir. Azlık haklarının vazgeçilmez haklar olarak

144 Buna mukabil anonim ortaklığın temel ve vazgeçilmez amacı kar elde etmek olduğundan kar hakkı özü itibarıyla bertaraf edilemeyen ve vazgeçilemeyen haklar arasında kabul edilmektedir.: Tekinalp (Poroy/Çamoğlu) N. 899.

145 Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), N. 870b; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 39 N. 114. Aynı anlamda, Arslanlı, AŞ1, s. □58.

nitelendirilmesi nedeniyle, yukarıda vazgeçilmez haklar konusunda söylenenler azlık hakları bakımından da geçerlidir. Diğer bir deyişle, bu hakların esas sözleşmede sınırlandırılması mün'inin olduğunu gibi, pay sahipleri sözleşmesinde de bu hakların kullanımından baştan, süresiz ve koşulsuz olarak feragat edilmesi mümkün değildir. Bu yolda bir hüküm batıldır. Payscalei ancak somut halde azlığa sağlanan koruma yoluna başvurup başvurmama konusunda serbestiye sahiptir. Bu serbesti, pay sahibinin somut olay karşısında kendi durumunu tartabilmesini, koruma yoluna başvurmasına ihtiyaç olup olmadığı konusunda karar vermesini gerektirir. Bu nedenle bu hakların kullanımından baştan ve tümünden feragat edilemez, ancak hakkın kullanım hali somutlaştırılarak haktan hangi hallerde feragat edilebileceği önceden kararlaştırılabilir.

Son olarak kanun pay gruplarına tanınan imtiyazları da özel olarak korumuştur. TK 401 'e göre, esas sözleşme ile bazı pay gruplarına imtiyaz tanınabilir ve bu imtiyazlar, TK 389'a uylarak, yani imtiyazlı pay sahipleri genel kurulunun alacağı bir çoğunluk kararıyla kaldırılabilir veya sınırlandırılabilir. İmtiyazlı pay sahibinin arzusu aleyhine de olsa bu hakların sınırlandırılabilmesi nedeniyle imtiyazlar müktesep hak sayılmaz¹⁴⁶. Ancak imtiyazlı pay sahiplerinin haklarının korunması için TK 389 ve 391'de yer alan usullere uyulması zorunu, emredici bir düzenlemedir ve imtiyazlı pay sahiplerinin elinden alınamayacak bir hak oluşturur. Öyle ki, bazı yazarlar, imtiyazlı pay sahipleri genel kuruluna katılan tüm pay sahipleri aynı zamanda genel kurul toplantısına katılmış olsalar ve burada sahip oldukları imtiyazların sınırlandırılmasına olumlu oy vermiş olsalar dahi, gene de ayrı bir imtiyazlı pay sahipleri genel kurulunun toplanması ve aynı konu üzerinde bu kişiler arasında

146 Karahan, s. 35-36; Kendigelen, s. 37; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), N. 869c. Ancak imtiyazların esas sözleşmeye konulacak bir düzenleme ile müktesep hak haline getirilmesi, yani ilgili pay sahibinin onayı olmadan sınırlandırılmaz hale getirilmesi mümkündür: Siegart, Art. 654-656 N. 30; Karahan, s. 36.

yeniden oylama yapılması lüzumunun ortadan kalkmadığını savunmaktadır¹⁴⁷. Sebep. imtiyazlı pay sahipleri genel kurulunun, imtiyazlı paysahiplerine bağımsız düşünme ve tartma imkanı vermesidir.

İmtiyazlı paysahiplerinin imtiyazlarını ihlal eden esas sözleşme değişikliklerine onay vermeleri şartı, imtiyazların korunması bakımından öngörülmüş emredici bir usuldür ve bu usulün esas sözleşmeye getirilecek bir hükümle ortadan kaldırılması mümkün değildir¹⁴⁸. Genel kurul kararının infaz şartı imtiyazlı paysahiplerinin onayı olduğundan ve bu onayın da kanundaki usule göre toplanıp karar alması gereken imtiyazlı pay sahipleri genel kurulunda¹⁴⁹ alınması gerektiğinden, bu karara ihtiyaç olmadığı konusunda bir paysahipleri sözleşmesi herhangi

147 Moroğlu, Anonim Ortaklıkta Esas Sermaye Artırımı, Banka ve Ticaret Hukulu Araştırma Enstitüsü Ankara 1972, s. 53; Karahan, s. 159; Günel, O. K., Özel Kategori Paylar, SPK yayın no. 92,; Ankara 1997. s. 69; Y. 11. HD. 5.5.1975, E. 1516, K. 3138: "Üstün paysahiplerinin genel kurul psikolojisi içinde ve büyük pay sahiplerinin etkisinde bırakılmaması, bunların eşit koşullar altında bir araya gelerek kendi haklarını tartışmaları ve bir sonuca bağlamaları kanun ve huluk anlayışına da uygun düşer".

Alman hukulru.nda da, genel kurul kararı oybirliği ile alınmış olsa bile, imtiyazlı pay sahiplerinin kendi aralarında yapacakları toplantı aynı zamanda bir uyarı niteliği taşıdığı için bu toplantının mutlaka yapılması ve burada ayrıca karar alınması gerektiği savunulmaktadır: Hüffer, §179 N. 45; RGZ 148. 175, 181vd.

Aksi görüş. imtiyazlı paysahiplerinin genel kurulda teklife olumlu oy vermeleri halinde bu konudaki görüşlerini belirtmiş olduklarını ve ayrıca toplantı yapmalarına gerek olmadığını, teklife genel kurulda olumlu oy veren imtiyazlı paysahibinin sonradan oyunu değiştirmesinin hakkın suistimali teşkil edeceğini savunur: Bostancıoğlu, İmtiyazlı Hisse Senetleri ve İmtiyazların Korunması, Ticaret HukuJ...U ve Yargıtay Kararları Sempozyumu V, Arıkara 1988, 5. s. 24; İmregtin, AO, s. 447; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu) N. 807c; Yasaman, Anonim Ortaklıkların Birleşmesi. Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Ankara 1987, s. 79.

148 Tekinalp (Poroy/Çamoğlu) N. 8071.

149 Toplantı çağrısı yönetim kurulu veya denetçiler tarafından yapılmalıdır, heyet azasından biri de çağrıda bulunabilir. Sanayi ve Ticaret Bakanlığının "Sermaye Şirketlerinin Genel Kurul Toplantıları ve Bu Toplantılarda Bulunacak Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Komiserleri Hakkında Yönetmelik"i.n 8. maddesine göre, imtiyazlı paysahipleri toplantısında Bakanlık komiseri hazır bulunmalıdır.

bir hül..lık:i sonuç doğurmaz. Mamafih, imtiyazlı pay sahiplerinin bu toplantıda ne yönde oy hıllanacakları konusunda kendi aralarında anlaşma yapmalarına bir engel yoktur. İmtiyazlı pay sahipleri, paysahipleri sözleşme sine koyacakları bir hük..iimle bazı konularda, örneğin esas sermaye artırımlarında genel kurulun kararını onaylayacakları doğrultusunda taahhütte bulunabilirler. Özellikle esas sermaye artırım kararları bakımından, imtiyazların ihlal edilip edilmediği araştırılmaksızın imtiyazlı paysahiplerinin onayının aranmasının amacı aşan ve çoğunluğu, imtiyazlıların tahakkümüne sokan bir düzenleme olduğu konusunda eleştiriler getirilirken¹⁵, bu konuda önceden olumlu oy verme taahhüdünde bulunulamayacağını söylemek mümkün değildir.

Öyleyse imtiyazlı paysahipleri, paysahipleri sözleşmesinde, imtiyazları koruma yollarına başvurmayacakları konusunda bir hüküm kabul edemeseler de, imtiyazlı paysahipleri genel kurulunda ne yönde oy verecekleri konusunda hükümler kabul edebilirler.

b) Paysahipliği hakları ve eşit işlem ilkesi

Paysahipleri sözleşmesinde yer alan hükümler, paysahipleri arasındaki eşitliği bozucu nitelik taşıyabilirler. Gerçi paysahipleri arasındaki eşitlik esas sözleşmede imtiyazlar yaratmak yoluyla bozulabilir (TK 401). Ancak esas sözleşmede paylar arasında eşitlik hüküm sürerken eşitliğin paysahipleri sözleşmesiyle bozulması da mümkündür. Bu nedenle bu hükümlerin eşit işlem ilkesi karşısındaki durumları da incelenmeli ve eşit işlem ilkesine aykırılığın bir geçersizlik sebebi oluşturup oluşturmayacağı açıklığa kavuşturulmalıdır.

150 Karayalçın, Esas Sermaye Artırımlarında İmtiyazlı Pay Sahiplerinin Hukuki Durumu, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu X, Ankara 1993, 77, s. 79vd. Tekinalp (Poroy/Çamoğlu) C. I. 439-440. Ayrıca bu onaylama yetkisinin afaki iyiniyet kurallarına uygun kullanılması gerektiği ve keyfi davranılmaması gerektiği konusunda: Karahan, s. 16□.

Eşit işlem ilkesi, dürüstlük kuralının anonim ortaklık hul-u.k."1.İndaki yansımasını oluşturan ve çoğunluğun gücünün kötüye İmlanılmasını engellemeyi amaçlayan ilkelerden biridir. İlke, aynı koşullar altında bulunan paysahiplerinin aynı muameleye tabi tutulması gerektiğini ifade eder¹⁵¹. Amaç, çoğunluğun keyfi kararlar alarak azlığı zarara uğratmasına engel olma¹⁵²tır¹⁵³. Ortaklık yönetimi, kendi gücü altında bulunan kişilere adaletli davranmalıdır. Eşitliğin bozulması¹⁵⁴ ancak ortaklık menfaatinin haklı kıldığı hallerde mümkündür¹⁵⁵.

Eşit işlem ilkesi, hem İsviçre hem Alman hukuklarında kök salmış bir ilkedir. Önceleri ortaklıklar hukukunun yazılı olmayan temel ilkesi olarak anılan¹⁵⁶ bu ilke daha sonra her iki ülke hukukunda da kanuna geçirilmiş ve açık hükme bağlanmıştır¹⁵⁶. İsviçre hukukunda İBK m. 717 yönetim kurulu üyelerinin özen borcundan bahsederken, ikinci fıkrasında yönetim kurulu üyelerinin paysahiplerini eşit koşullarda eşit işleme tabi tutmaları gerektiğini hükme bağlamıştır. Ayrıca İBK m. 706 il 3, eşit işlem ilkesinin ihlalini genel kurul kararlarının iptali sebepleri arasına sokmuştur. Bu hükme göre, paysahiplerinin, ortaklık amaçları ile haklı kılınamayacak şekilde eşit olmayan işleme tabi tutulması veya zarara uğratılması sonucunu doğuran genel kurul kararları iptal edilebilir kararlardır. Alman

151 Tekinalp (Poroy/Çamoğlu) N.888; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 39, İvd. • Schmidt GesR §16 II 4b, s. 468vd.; Wiedemann I. §8 il 2a, s. 42-zvd. İlke hakkında genel olarak bakınız: Huguenin Jacobs, C., Das Gleichhehandlungsprinzip im Aktienrecht, Schulthess, Zürich 1994.

152 Raiser, §12, N.41; Schmidt GesR §16 II 4b, s. 469; Wiedemann I. §8 II 2a, s. 428.

153 İlce mutlak eşitlikten değil, aynı durumda bulunanlar arasındaki eşitlikten bahsettiğinden, eşitliğin bozulması aynı koşullar altında bulunan paysahiplerine farklı muamelede bulunulması anlamına gelir.

154 BGE 91 II 298, 300-301; 102 II 265, 267; 117 II 290,312.

155 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 3o N. 20, Raiser, §12, N. 41 dpn.41.

156 Eşit işlem ilkesi İsviçre'de 1992 değişikliği ile, Almanya'da ise Avrupa Topluluğunun 2. ortaklıklar hukuku yönergesinin iç hukuka uyarlanması amacıyla 1978 yılında kanunlaştırılmıştır (Lutter/Zöllner, KölnKomm §53a, N.2; Schmidt GesR §16 il 4 b, s. 469).

hul-ul-ında da AktG §53a, eşit koşullardaki paysahiplerinin eşit işleme tabi tutulması gerek-tiğini hükme bağlar.

Türk hukul-ında eşit işlem ilkesi doktrinde kabul edilmiştir¹⁵⁷. Ticaret Kanununda bu konuda açık hüküm bulunmamaktadır. Ancak Sermaye Piyasası Kanununun 10. maddesinin 4. fıkrası, kayıtlı sermayeli şirketlerde yeni pay alma hakkını kısıtlama yetkisinin pay sahipleri arasında eşitsizliğe yol açacak şekilde kullanılmayacağını öngörerek, eşit işlem ilkesine dair bir hüküm kabul etmiştir. Yargıtay da bir kararında eşit işlem ilkesine dayanmıştır¹⁵⁸.

Acaba paysahipleri sözleşmesi eşit işlem ilkesine uygun olmak zorunda mıdır? Alman hukukunda, paysahiplerinin ne esas sözleşme ile ne de genel kurul kararları yoluyla ayrımcılığa tabi tutulamayacağı, aynı şeyin paysahipleri sözleşmesi bakımından da geçerli olması gerektiği ve bu nedenle eşit işlem ilkesine aykırı paysahipleri sözleşmesi hükümlerinin batıl sayılması gerektiği belirtilmektedir¹⁵⁹. Ayrıca eşit işlem ilkesine aykırı şekilde oy kullanma taahhüdü de ahlaka aykırı sayılmaktadır¹⁶⁰. Bu yolla Alman hukukunda paysahiplerinin eşit işleme tabi tutulması kuralı genel kurul kararlarının iptaline yol açabilecek bir gerekçe olmaktan çıkarılıp, paysahibinin özel irade sahasına yayılan bir davranış kuralı haline getirilmektedir.

Kanaatimizce bu görüşe katılmak mümkün değildir. Niteliği gereği eşit işlem borcu, anonim ortaklığa ve dolayısıyla onun organlarına (özellikle genel kurul ve yönetim kuruluna) ve

157 Nomer, Anonim Ortaklıkta Eşit Davranma (Eşit işlem ilkesi), Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul 1998, 469, s. 469vd; Omağ, Anonim Şirketler Hukul-unda Eşit İşlem İlkesi, Hukul-Araştırmaları C.1S. 1 1976, s. 1 vd; Tekil, s. 66vd; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu) N. 888.

158 11 HD. E. 6507 K. 6608, YKD 1983, 680 vd. Mamafih bu kararda eşit işlem ilkesine dayanılmasının isabeti eleştirilmiştir. Bkz. Tekinalp (Poroy/Çamoglu) N. 890.

159 Jousen, s. 90. Gerekçe vermeksizin *König* de paysahipleri sözleşmesinin eşit işlem ilkesine uyması gerektiğini savunmaktadır (s.169).

yönetimde görev alanlara yüklenmiş bir borçtur¹⁶¹. İlkeye aykırı düşen genel kurul kararları iptal edilebilir, aykırı hareket eden yöneticilerin sorumluluğuna gidilebilir. Ancak bireysel olarak pay sahipleri arasında eşit işlem ilkesi işlemez, pay sahipleri birbirlerine karşı eşit işlem talepleri yöneltmezler¹⁶². Bu durum aynı zamanda pay sahiplerinin birbirlerine karşı sadakat yükümlülüğünün altında olmamalarının¹⁶³ da bir sonucudur. Bu nedenle, pay sahipleri arasında yapılmış bir pay sahipleri sözleşmesi eşit işlem ilkesine aykırı düşen hükümler içeriyorsa kural olarak böyle bir hüküm nedeniyle sözleşme taraflarının birbirlerine karşı eşit işlem ilkesine dayanan bir talebi olamaz. Pay sahipleri sözleşmesinin eşit işlem ilkesine aykırılık nedeniyle butlanı da kural olarak ileri sürülemez. Zira yukarıda da belirtildiği gibi ilke pay sahiplerine değil ortaklık organlarına yönelmektedir. Kaldı ki, pay sahipleri sözleşmesinin yapılma amaçlarından biri pay sahiplerinin ortaklıkta çoğunluğu elde etmeleridir. Pay sahipleri sözleşmesi ile çoğunluğu elde etmeye çalışan pay sahiplerinin bu gücü kendi lehlerine kullanmayı amaçlamaları doğaldır. Eşit işlem ilkesi, pay sahiplerinin bu özel irade sahasına müdahale edemez. Nitekim, eşit işlem ilkesinin sözleşme serbestisi karşısında geri çekileceği, tarafların aralarındaki hukuki ilişkiyi düzenlerken, rızaları ile eşit işlem ilkesinden ayrılacaklarına de işaret edilmektedir¹⁶⁴.

Pay sahipleri sözleşmesinin eşit işlem ilkesine aykırı düşen bir hükmünün yerine getirilmesi amacıyla pay sahiplerinin genel

160 Zöllner, KölnKomm, §136 N. 90.

161 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 39, N. z7; Huguenin-Jacobs, s. 4z-43, 45. Bungereth, (Gessler AktG) §53a N. 5; Hüffer, §53a, N.4; Lutter/Zöllner, KölnKomm, §53a N. 18; Nomer, İmregün Armağanı, s. 483; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu) N. 888.

162 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, §39 N. 3o; Bungereth (Gessler AktG) §53a N. 5; Hüffer, §53a N. 4; Lutter/Zöllner, KölnKomm, §53a N. 18, z5.

163 Bkz. §1VIA4.

164 Hueck. G. Der Grundsatz der gleichmliR.igen Behandlung im Privatrecht, 1958, s. z5ovd.

k."1.trulda k."1.tllandıkları oy da ilkedden olumsuz etkilenmei. Pay-sahiplerinin oy kullanırken kendi menfaatlerini korumayı amaçlanaları. yine sadakat yülilmünün olmaması nedeniyle - ve hakkın kötüye k.-ullanılması sınırına tabi olmak üzere- geçerli kabul edilmel-tedir¹⁶⁵. Ne zaman ki paysahipleri sözleşmesinde kaynağını bulan bir teklif genel k-urul veya yönetim l-untlu kararında somutlaşır ve organsal bir tasarruf haline gelir. işte o zaman kararın eşit işlem ilkesine aykırı olup olmadığı incelenebilir ve aykırı ise, kararın iptali talep edilebilir. Genel kurul kararının iptali yolu, paysahibinin oy hakkını istediği gibi kullanabilmesinin sonuçlarını ...düzeltme" imkanı sağlar¹⁶⁶. Bu konuda ayrıca bkz. aşağıda "□ g) Oy hakkı, ahlaka aykırılık ve oy hakkının kötüye kullanılması".

c) Paysahipliği hakları ve hakların sakınılarak kullanılması ilkesi

Çoğunluğun gücünün sınırlandırılmasında dürüstlük kuralının anonim ortaklıktaki görünümünü oluşturan bir diğer ilke de hakların sakınılarak kullanılması ilkesidir. İlke ile kastedilen, ortaklığın tasarruflarında amaçlanan sonucun gerçekleşmesine izin verecek yöntemler içinden, paysahiplerine (özellikle

165 Ansay. s. 227, 248; Çeker, Oy Hakkı. s. 194; Dağ, Oy Hakkı, s. 22-23; Moroğlu, Anonim Ortaklık.'1:a Çoğunluk Paysahiplerinin Azınlık ve İmtiyazlı Paysahiplerine Karşı Korunması, Batider Haziran 1994 C. XVII, S. 3, 47, s. 50vd.; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu) N. 1091vd; Teoman, Oydan Yoksunluk, s. 12; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, §24 N. 76; Glattfelder, s. 260a; Huguenin Jacobs, s. 42-43; Schlupe, s. 315. Türk hukuk.'1ında sadakat yükümünün olumlu bir oy kullanma borcuna yol açabileceğini savunan: Nomer, Sadakat Yükümü, s. 106vd. *Arslanlı*, genel kurul kararlarının afaki iyiniyet kurallarına uymasının ancak verilen oyun afaki iyiniyet kurallarına uyması ile sağlanabileceğini, bu nedenle paysahibinin oyunu kullanırken afaki iyiniyet sınırları içerisinde kalması gerektiğini ve şahsi menfaatini takip ederken şirket menfaatini de göz önünde bulundurmamak zorunda olduğunu belirtir (AŞ II-III, s. 52-53). Yazarın afaki iyiniyete aykırılıktan kastı, şirketin amaç ve konusu gerektirmediği halde çoğunluğun aldığı kararın azlığın menfaatlerine açıkça zarar vermesi halidir (a.g.e. s. 80-81).

166 Glattfelder, s. 260a.

azlık pay sahiplerine) en az zarar verici yöntemin seçilmesi gereğidir¹⁶⁷.

İsviçre hukukunda bu ilke doktrin tarafından geliştirilmiş¹⁶⁸, daha sonra 199□ değişikliklerinde genel kurul kararlarının iptali sebepleri arasına sokulan "nesnel gerekçe" ("*sachlichkeit*" - "*etre fondee*") koşulunun kapsadığı bir alt kıstas halinde kanuna girmiştir. İBK m. 706 II, nesnel bir gerekçeye dayanmaksızın pay sahiplerinin haklarını kısıtlayan veya zedeleyen genel kurul kararlarının iptal edilebileceğini öngörmektedir. Hükümle kastedilen, genel kurul kararlarının keyfi olmaması gerektiği, kararlaştırılan tasarrufun ortaklık amaçları açısından gerekli olması, tasarrufun oransal olması, yani gereksiz ölçüde müdahaleci veya zarar verici olmaması ve son olarak hakkın sakınılarak kullanılması ilkesine uyması, yani amaçlanan sonuca ulaşmak için seçilen tasarrufun pay sahiplerinin haklarını en az zedeleyici nitelikte olmasıdır¹⁶⁹.

Hakların sakınılarak kullanılması ilkesi Alman hukukunda da kabul edilmiştir¹⁷⁰. Hakların sakınılarak kullanılması borcu Alman hukukunda pay sahibinin sadakat yükümünün görünüm-lerinden biri olarak kabul edilmektedir¹⁷¹. Ayrıca eşit işlem

167 Tekinalp (Poroy/Çamoğlu) N. 895: Tekinalp, Hakların En Az Zarar Verecek Şekilde Kullanılması İlkesi I, II. İkt. Mal., C. XXVI, s. 78-80, □03-□07. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, §39, N. 95: Meier-Hayoz/Zweifel, Der Grundsatz der schonenden Rechtsausübung im Gesellschaftsrecht, FS Westermann, 1974, 383, s. 389-390; Merz, BemKomm ZGB, Art. □. N. 393.

168 Genel olarak bkz. Pelli, Der Grundsatz der schonenden Rechtsausübung als Schranke der Ermessensfreiheit der Generalversammlung einer Aktiengesellschaft, Diss. Zürich, 1978.

169 Böckli, N.1906; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 39, N. 86vd.

170 İllce, Alman hukukunda "Gereklilik ilkesi" (Grundsatz der Erforderlichkeit) olarak da anılmaktadır. Zöllner, KölnKomm §134, N.1□9. Zöllner, Schranken, s. 351vd.

171 Hüffer, h43, N. □4; Zöllner, Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverblinden, Beck, München 1963, s. 351.

ilkesinin geniş yorumu da hakkın sakınılarak kullanılması sonucuna götürmelidir. Şöyle ki, eşit işlem ilkesi sadece biçimsel eşitlik değil aynı zamanda maddi eşitliği de gerektirir. Öngörülen bir tasarruf biçimsel olarak tüm pay sahiplerine aynı şekilde uygulanmakla birlikte, tasarrufun niteliği bazı pay sahiplerinin daha fazla zarara uğramasına yol açıyorsa, yine eşitlik yok demektir¹⁷². Bu açıdan maddi eşit işlem kavramı, İsviçre hukukunda kabul edilen hakların sakınılarak kullanılması düşüncesini bir ölçüde karşılamaktadır. Bunun dışında, İsviçre kanun değişikliğinde kabul edilen İBK 706 II maddesinde öngörülen nesnel gerekçe koşulu Alman Federal Mahkemesi içtihatlarında kabul edilmiştir¹⁷³. Federal Mahkeme ilkesel bir kararında ortaklığın menfaatleri doğrultusunda nesnel bir gerekçe içermeyen genel kurul kararlarının iptal edilebileceğine hükmetmiştir¹⁷⁴. Nesnel gerekçe, İsviçre hukukunda olduğu gibi bir tür oransallık kriteri olarak görülmektedir¹⁷⁵. Genel kurul kararı, ortaklık menfaatini sağlamaya çalışırken azlığın menfaatini aşın ölçüde zarara uğratmamalıdır.

Görüldüğü gibi, hakların sakınılarak kullanılması ilkesi ve bu ilkeyi de geniş çahsı altında toplayan ortaklığın menfaatlerine dayanan nesnel gerekçe koşulu, eşit işlem ilkesi gibi, ortaklığın karar alma mekanizmasına müdahale eden, ortaklık içi adaleti sağlamaya yönelik yöntemlerdir. Anılan yöntemler, ortaklık birliği içindeki pay sahiplerinin ortaklıktan mümkün olduğu kadar eşit ve adaletli biçimde yararlanmalarını sağlamaya çalışır. Ancak ortaklığın iradesine müdahale için kullanılan bu yöntemler, pay sahiplerinin bireysel iradesine müdahale edemez; pay sahipleri sözleşmesi hükümlerinin ortaklık içi adalet dengesini sağlamaya çalışmak gibi bir endişesi olamaz. Eşit işlem ilkesi konusunda söylenenler burada da geçerlidir.

172 Lutter/Zöllner, KölnKomm §53a, N. II; Wiedemann I. §8, il 2 h, s. 429.

173 BGHZ. 83. 319. 321; BGH NJW 1993. 400,401.

174 BGHZ71, 40, 46; Wiedemann. ZGR 1980, 155-157.

175 Raiser, §16, N.13o.

□-*Oy hakkı ve oy kullanma konusunda üstlenilen borçlar*

a) Oy hakkı konusundaki düzenleme örnekleri

Oy hakkının kullanılması, ortaklığın karar mekanizmasına katılmak, anonim ortaklığın işleyişi konusunda görüş beyan etmek ve bu işleyişi etkilemek anlamına geldiğinden, oy kullanma pay sahiplerinin ortaklıkla ilgili amaçlarını gerçekleştirmelerini sağlayan yöntemdir¹⁷⁶. Oy hakkının kullanılması ile ilgili taahhütleri içeren oy sözleşmeleri de karar alma mekanizmasında etkili olmak veya bir çifte ortaklık söz konusu ise, anonim ortaklıktaki karar alma mekanizmasının adı ortaklık kurallarına uygun gerçekleşmesini sağlamak gibi hedeflerin gerçekleştirilebilmesi için kullanılan bir araçtır¹⁷⁷.

Oy sözleşmeleri bağımsız sözleşmeler olarak yapılabilecekleri gibi, ortaklığı genel olarak düzenleyen pay sahipleri sözleşmeleri içinde de yer alabilirler. Pay sahipleri sözleşmesinde öngörülen bir çok hedefe oyun kullanılması yoluyla ulaşılabileceğinden çalışmada sözleşmenin içeriği ile ilgili olarak verilen tüm örnekler, nitelikleri gerektirdiği sürece oy sözleşmesinin konusunu oluşturabilirler¹⁷⁸.

Bu sözleşmelerle pay sahipleri oylarını belli bir yönde kullanma, belli bir yönde kullanmama veya hiç kullanmama taahhüdü altına girerler¹⁷⁹. Sözleşmede, hangi kararlar bakımından ne şekilde oy kullanılacağı önceden açıkça belirlenmiş olabileceği gibi, bu konuda her genel kurul toplantısından önce karara varılacağı da öngörülmüş, veya oyun ne yönde kullanılacağını belirleme yetkisi bir kişiye veya bir kurula bırakılmış olabilir¹⁸⁰.

176 Glattfelder, s. 699a; König s. □5; Zöllner, RWS Forum 8, s. 93..

177 Hoffmann-Becking ZGR 1994, s. 443, Noack, s. 14.

178 Oy sözleşmesinin içeriği ve ekonomik işlevi ile ilgili örnekleri için ayrıca bkı.. Moroğlu, s. 9vd.

179 Moroğlu, s. 4; Noack, s. 13; Hoffman-Becking, ZGR 1994, s. 443; Zöllner ZHR (155) 1991 s. 168, dipnotu 1.

180 Moroğlu, s. 5; König, s. □5. Noack, s. 13; Zöllner, Baumbach-Hueck GmbHG §47 N. 77-

Oy sözleşmelerinin konusu bakımından verilebilecek en önemli örnek yönetimin l.-urulunun seçimiyle ilgilidir¹⁸¹. Yönetim l.-urulu pay sahiplerinin ortaklık üzerinde fiilen etki etmelerini sağlayan organdır ve bu nedenle yönetim kurulunda temsil edilmek ortaklığın faaliyetleriyle ilgilenen pay sahipleri açısından önemlidir. Pay sahipleri sözleşmesi yönetim kuruluna hangi pay sahiplerinin veya hangi grup pay sahiplerinin temsilcilerinin seçileceklerini belirleyebilir. Bu üye dağılımının gerçekleştirilebilmesi için, pay sahipleri genel kurulda bu adayların seçilmesinde (veya azlinde) olumlu oy kullanacaklarını önceden taahhüt ederler.

Bu tür hükümler, belirli pay sahipleri değil belirli pay grupları açısından kaleme alınmış olmak kaydıyla, esas sözleşmeye de geçirilebilirler. Yargıtay, bu tür hükümleri grup imtiyazı olarak görmüş ve böyle bir hükme aykırı oy verilmesi halinde genel kurul kararının iptalini kabul etmiştir¹⁸². Pay sahipleri sözleşmelerinde yer alan benzer hükümlere aykırı davranışın genel kurul kararının iptali sonucunu doğurup doğurmayacağı konusu için bkz. §6 I D □-

b) Üçüncü kişilerin talimatlarına göre oy kullanma

Pay sahiplerinin oy verirken üçüncü kişinin talimatlarına uyma taahhüdünde bulunmaları, çeşitli nedenlere dayanabilir. Örneğin şirketin mali güçlük içinde bulunduğu bir sırada şirkete kredi veren bankanın, kredinin harcanmasını denetleyebilmesi için genel kurulda bazı konularda bankanın talimatına göre karar alınmasını, yani talimata göre oy verilmesini istemesi mümkündür. Talimat bir ana ortaklık tarafından da verilebilir. Ayrıca kanunen de resmi bir makama bu tür talimatlar verme hakkı tanınmış olabilir¹⁸³.

181 Bürge, Art. 692, N. 38; Glattfelder, s.184a-185a; Noack, s. 14.

182 Bkz. §7 il B 8.

183 Örneğin, 18.6.1999 tarihli 4389 sayılı Bankalar Kanununun eski 14. maddesinin

Paysahipleri sözleşmesinde yer alan ve paysahiplerinin üçüncü kişilerin talimatları uyarınca oy vermelerini öngören bu tür düzenlemeler, paysahibinin oy kullanma özgürlüğünün sınırlarını ilgilendirir⁸⁴. Paysahibi, oyunu kullanıp kullanmamakta, kullanacaksa bunu hangi yönde kullanacağına, istediği şekilde ve istediği nedenlerle karar verme konusunda serbesttir⁸⁵. Ancak paysahibinin oy kullanma özgürlüğü paysahibinin her türlü dış etkiden uzak olarak oy kullanacağı anlamına gelmez. Aksine paysahibinin oy kullanmadaki irade özgürlüğü, paysahibinin oyunu kullanırken hangi etmenleri dikkate alacağına, hangi olay veya olgulardan etkileneceğine hukuk sınırları içerisinde kendi kendisinin karar verebilmesi demektir¹⁸⁶. Oy sözleşmesi akdetmek de işte bu özgürlüğün teyidi ve kullanılması anlamına gelir¹⁸⁷. Paysahibi, oyunu ne yönde kullanacağına kendi başına karar verebileceği gibi, bu konuda kendisini bağlayacak sözleşmeler de akdedebilir¹⁸⁸.

3. fıkrası (4491 sayılı Kanunla değişmeden önceki şekil), bir bankanın gelir-gider dengesinin bozulduğunun ve bu durumun süreklilik kazandığının tespiti halinde, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumunun bankadan, diğer tedbirlerin yanısıra, sermayenin artırılmasını isteyebileceğini öngörmekteydi. Kurumun bankadan bunu istemesi, paysahiplerinin genel kurulda esas sermaye artırımı kararı alması, yani Kurumun talimatına göre oy vermesi anlamına geliyordu. Bir başka örnek, devletten alınan yatırım teşviklerinin esas sermaye artırımı kararına bağlanmasıdır.

- 184 Bu konu, oy sözleşmelerinin aynen ifası nedeniyle daha ayrıntılı olarak ileride incelenmiştir. Bkz. §7 II B□-
- 185 Çeker, Oy Hakkı, s. 193-194; Dağ, Oy Hakkı, s. □9vd.; Moroğlu, s. 18vd; Teoman, Oydan Yoksunluks. 10vd.
- 186 Fischer, GmbHR 1953, s. 65. Aynı görüşü benimseyen: Moroğlu, s. 19; Dağ, Oy Hakkı, s. 31.
- 187 Fischer, GmbHR 1953, s. 65; Löwenheim, Zulü.ssigkeit und Vollstreckbarkeit von Stimmbindungsvereinbarungen, JuS 1969,□60-□65, s. □60.
- 188 Lörtscher, Realerfüllung und vorsorglicher Rechtsschutz beim Aktionarbindungsvertrag, Der Schweizer Treuh.ander 60, 1986, 19□. s. 193; Stauder, De l'execution forcee des conventions prealables de vote, SAG 40, 1968, 169, s. 174-175.

Oy sözleşmesinin ortaklar dışındaki üçüncü kişilerle yapılabildiği konusunda görüşler bölünmüştür¹⁸⁹. Bir görüşe göre, üçüncü kişi ile oy sözleşmesi yapmak, ortaklığın iradesini üçüncü kişilerin takdirine bağlamak anlamına gelir ve ortaklığı egemenliği ilkesini zedeler. Şöyle ki, ortaklıkların egemenliği ilkesine göre, ortaklığın kaderi ancak ortaklar tarafından belirlenebilir ve ortaklığın kaderini tayin yetkisi, ortaklığın dışında bulunan, ortaklığın faaliyetlerinin riskini ve sorumluluğunu taşımayan ve ortaklıkla aynı menfaatleri gütmeyen üçüncü kişilerin eline bırakılamaz¹⁹⁰. Bu görüşe göre üçüncü kişilerle oy sözleşmesi akdedilmesi aynı zamanda oyun paydan ayrı olarak devredilemeyeceği kuralına ("*Abspaltungsverbot*")¹⁹¹ da aykırı düşer¹⁹². Anılan kurala göre, oy kullanan kişi, alınacak karar nedeniyle risk altına giren kişi olmalıdır. Bu bakış açısına dayanarak bazı yazarlar, kural olarak üçüncü kişi ile oy sözleşmesi akdedil-

189 Kabul edenler: Barz, GroE.komm, §134 N. 41; Eckardt, (GeE.ler AktG) §136 N. 51; Zöllner, Baumbach/Hueck, GmbHG §47 N. 77; Rowedder/Koppensteiner §47 N. z8; Lutter/Hommelhof GmbHG, 15. auf. 2000, §47 N. 5; Mertens, (Rechtsprechung) JR 1967, s. 46z; Fischer, GmbHR 1953, 65. 69. Türk hukukunda: Moroğlu, s. 47, ayrıca s. 31. Kural olarak geçerli bulmakla beraber her sözleşmenin ayrıca incelenmesi gerektiğini söyleyen: Zöllner, KölnKomm, AktG §136, N. 93. Esas sözleşmenin değiştirilmesi konusunda reddeden: Priester, Drittbinding des Stimmrechts und Satzungsautonomie, FS Winfried Werner, Berlin NY 1984, 657, s. 671vd. Bazı istisnalar dışında reddedenler: Flume, Juristische Person s. z4z; Habersack, Grenzen der Mehrheitsherrschaft in Stimmrechtskonsortien, ZHR 164, 2000, 1, s. 11-12; Hachenburg, GmbHG Grofl.kommentar (8. Auf. hrsg. von. Peter Ulmer), Bd. II §§35-5z (1996) Bd. III §§53-85 (1994) Walter de Gruyter Berlin, Hachenburg/Hüffer §47 N. 75, Hachenburg/Ulmer §55, N. 30; MünchKomm BGB - Reuter §3z, ZZ; Scholz/Schmidt, §47, N. 41vd.

190 Herfs, s. 53, Priester, FS Werner, s. 663; Teubner, ZGR 1986, 567, 568.

191 Raiser, §1z, N. 10; Schmidt, GesR §19 III 4, s. 560; BGH WM 1987, 70. Bu kural TK m. 400'de "hisse senetleri şirkete karşı bölünemez" hükmü ile de ifade edilmiştir.

192 Flume, Juristische Person s. z4z; Habersack, ZHR 164 (2000), s. 11; Hachenburg/Hüffer, §47 N. 75; MünchKomm BGB- Reuter §3z, ZZ.

mesini reddetmekle birliibe, üçüncü kişinin herhangi bir şekilde ortaklıkla ilgili bir risk altına girmiş olması halinde (inançlı pay devri, pay üzerinde intifa, rehin haklarına sahip olma gibi) bu riskin kendisini ortaklığa yararlı olacak şekilde oy k-ullanmaya sevk edeceği düşüncesi ile bu üçüncü kişi ile yapılan oy sözleşmelerini geçerli kabul ederler¹⁹³.

Bizim de katıldığımız karşı görüşe göre ise, ortağın kendine ait oyu istediği şekilde kullanmak konusunda sahip olduğu takdir yetkisi eğer münhasır bir yetki ise, paysahibi bunu istediği şekilde kullanabilir, dilerse başkası ile paylaşabilir, dilerse hiç kullanmaz¹⁹⁴. Paysahibinin oyunu temsilci yoluyla kullanabilme imkanı, payın inançlı temlik yolu ile oyun başkasına kullandırılması, tam ve sınırlı ehliyetsiz paysahiplerinin oyunun kanuni temsilci tarafından kullanılması¹⁹⁵, halka açık şirketlerde halka başvurarak vekaletname toplanması¹⁹⁶, menkul kıymetler yatırım fonu portföylerindeki menkul kıymetlere ait oy haklarının bankaların yetkili temsilcilerince kullanılması¹⁹⁷ gibi imkanlar, oyun sıkı sıkıya şahsa bağlı bir hak olmadığını ve üçüncü kişiler tarafından yerine getirilebilecek bir edimi kapsadığını ve bu hallerde de oyun paysahibinden başka kişilerce kullanıldığını gösterir¹⁹⁸. Kişi oy kullanma hakkını kullanırken, bu işi üçüncü kişiye talimat vermek yoluyla

193 Habersack. ZHR 164 (2000) s. 11-12; Hachenhurg/Hüffer, §47 N. 78; Scholz/Schmidt Kommentar zum GmbH Gesetz, Bd. 1. 9. Auf. 2000 Bd. II 8. Auf. 1995 §47 N. 42.

194 Moroğlu, s. 18vd; Rowedder/Koppensteiner § 47 N. 28; Fischer, GmbHR 1953, s. 65.

195 Tekinalp (Poroy/Çamoğlu) N. 987.

196 SerPK m. 22 (i); Seri IV No. 8 saptı tebliğ.

197 Tekinalp (Poroy/Çamoğlu) N. 960.

198 Aynı yönde, Moroğlu, s. 23, 24; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu) N. 997; Peters, AcP 156 (1957) s. 328-329; Peters, (Rechtsprechung) JZ, 1968, z..7. s. 28; Dohm. s. 176vd; Glatfelder, s. 320a; Messerli. Die Vollstreckung des Urteils auf Abgabe einer Willenserklärung nach Art. 407f408 der Bernischen Zivilprozessordnung, Stampfli Bern 1983, s. 171; Stauder, SAG 1968, s. 175.

yapabileceği gibi, üçüncü kişiden talimat da alabilir ve oyu ne yönde lı..-ullanacağı.nı istediği şekilde belirleyebilir¹⁹⁹. Kaldı ki, oyun paydan ayrı olarak devredilememesi kuralı. oyu kullanacak olan paysahibinin oyunu ortaklık menfaatine göre kullanacağı düşüncesine dayanır. Oysa paysahibinin menfaati ile ortaklık mienfaati her zaman örtüşmediği gibi, paysahibinin oyunu kullanırken ortaklığın menfaatini gözetme borcu da yoktur²⁰⁰. Ayrıca ortaklığın egemenliği ilkesi, sıkılaştıran ekonomik ilişkiler ağı ve doğrudan veya dolaylı yapısal bağlar kanalıyla bağlı işletme grupları oluşturulması olgusu karşısında zayıflamaya ve gerçekçiliğini yitirmeye başlamıştır²⁰¹. Paysahiplerinin üçüncü kişilerin talimatı uyarınca oy kullanma taahhüdü yalnızca bu ilkeye dayanılarak reddedilmemelidir²⁰². Üstelik oyun sermaye riskini taşıyan kişilerce kullanılması ve sermaye riski ile 'Y

199 Baumhach/Hueck, AktG §118 N. 8; Hueck, ZGR 1972, s. 249; Peters, JZ 1968, s. 28; Glattfelder, s. 260a-261a; Stauder, SAG 1968, s. 175; BGE 81 II 534.541-542; BGE 88 il 172. 174.

200 Bkz. §7 il B 2. Oyun paydan ayrı olarak devredilememesi kuralına dayanarak üçüncü kişi ile oy sözleşmesi yapılmasını reddeden Alman hukukçular hu fikri genellikle limited ortaklık bakımından ileri sürmektedirler ve limited ortaklıkta ortağın oyunu kullanırken sadakat yül'imü ile bağlı olduğunu. hunun da oyun münhasıran ortak tarafından kullanılması gerektiği sonucunu doğruladığını söylemektedirler (Hahersack, ZHR 164 (2000), s. 11-12; Hachenburg/Hüffer. §47 N. 75). Oysa Türk hukukunda anonim ortaklıkta oyda sadakat yükümü hakim fikirce reddedilmekte ve paysahihinin oyunu kullanırken ortaklığın menfaatini gözetmek zorunda olmadığı, oyunun yönünü serbestçe tayin edebileceği savunulmaktadır. Durum böyle olunca paysahihinin üçüncü kişi ile oy sözleşmesi yapamayacağını söylemek tutarsızlık olur. Sınır, oyun kullanılmasında genel olarak üçüncü kişiye zarar vermeme ve kanuni oy yasalarını dolanmamadır.

201 Ayrıca tüzel kişilerin gerçek kişiler gibi tamamen bağımsız olmaları ve **MK 23** II'de getirilen kişi hürriyetinin kişiye rağmen korunması ilkesinin tüzel kişilere de aynen uygulanması gerektiği de söylenemez (Yanlı, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 178vd). Ticaret ortaklıkları açısından tüzel kişilik. ekonomik bir amaca hizmet etmesi için oluşturulmuş hukuki bir kurumdur. Tüzel kişinin güdeceği ekonomik amaç tüzel kişi tarafından özgürce belirle- nebilir ve bir başka tüzel kişi ile bağlılık da bu amaçlar arasında yer alabilir. (Yanlı, a.g.e.).

202 Buna karşılık ortaklığın egemenliği ilkesi, bu egemenliği paylaşan kişilerin, paylaştıkları egemenliğin sorumluluğunu taşımalarına dayanak yapılabilir.

arasında denge bulunması kuralı, oyda imtiyaz sağlanması yolu ile bozulabildiğine göre, mutlak bir kural değildir²⁰³.

Bu geçerliliğin sınırı, aşağıda açıklanan, kanunun oy kullanımına izin vermediği kişilerin talimatı ile oy kullanma taahhüdü, yani oy hakkını sınırlandıran kanuni düzenlemelerin dolanılması ile MK □ II' den gelen başkasına zarar verme yasağıdır. Payscaleinin üçüncü kişi ile yaptığı oy sözleşmesi ancak kanuni yasakları dolandığı takdirde veya üçüncü kişinin zararına hareketi amaçladığı takdirde batıl olur. Ayrıca üçüncü kişiyle yapılan oy sözleşmesi doğrultusunda verilen oya dayanılarak alınan karar da afaki iyiniyet kurallarına aykırı ise iptal edilebilir.

c) Oydan yoksunluk ile ilgili hükümlerin dolanılması

Oydan yoksunluğu veya daha geniş bir söyleyişle oy kısıtlamalarını düzenleyen kanun hükümleri, yasaklayıcı hüküm olarak kabul edilir²⁰⁴. Bu kısıtlamaları etkisiz bırakma amacını güden oy sözleşmeleri batıldır²⁰⁵.

Ticaret Kanunu, oy hakkını çeşitli hükümlerle kısıtlamıştır. TK'nun 374. maddesine göre şirket yöneticileri kendi ibralarında veya kendileri ile şirket arasındaki işlere dair müzakerelerde oy kullanamazlar. TK361 I'e göre de belli bir oylamada oy kullanma hakkı olmayan pay sahibi, payını devretmek yoluyla oyu başkasına kullandırtamaz. Burada payın devri genel olarak yasaklanmamış, sadece payın oyu başkasına kullandırtma amacıyla devri engellenmek istenmiştir.

203 Moroğlu, s. 24.

204 Staudinger - Sade, §134, N. 21.

205 Moroğlu, s. 53; Baumhach/HueckAktG, §118 N. 8; Baumhach/Hueck GmHG §47 N.78; Lübbert, *Ahstimmensvereinbarungen in den Aktien- und GmH-Rechten der EWG-Staaten, der Schweiz und GroR.britanniens*, Nomos Baden Baden 1971, s. 154; Rowedder/Koppensteiner § 47 N. 28; Scholz/Schmidt, § 47. N. 41, 47; Zöllner, KölnKomm §136 N. 92. Bürgi, Art. 692 N. 32; Glattfelder, s. 264a vd.

Bu nedenle payın devri bizatihi batıl olmamalıdır⁰⁶. Ancak devrin tek nedeni oy hakkının kullanılabilmesi ise, bu halde devir sözleşmesinin tamamı BK 361 il uyarınca butlandıktan etkilenenlerdir. Devredilen paylara ait oyların, devreden talimatı doğrultusunda kullanılmasına dair bir oy sözleşmesinin varlığı, payın devrinin oyun kullanılabilmesi amacıyla yönelik olduğuna işaret eder⁰⁷.

Devredilen paya ait oyun devreden talimatı doğrultusunda kullanılmasına dair oyların sözleşmeleri kanunu dolanma sebebiyle batıl kabul edilir⁰⁸. Ayrıca oyu kullanan kişi, TK361 yasağına dahil olacağı için, ilgili oya dayanılarak alınan karar da iptal edilebilir bir karar olacaktır. Böylece sözleşme planında oy taahhüdü butlanla sonuçlanırken, ortaklık planında da, devredilen paylara ait oylar kullanılarak alınan genel kurul kararı TK381 I 1 ve TK361 III'e dayanılarak iptal edilebilecektir⁰⁹.

- 2.06 Aksi fi.kir: Bürgi Art. 691 N. 2., *Bürgi*, payın bu şartlarla devrinin hakkın kötüye kullanılmasını oluşturacağını ve devrin hukuken korunamayacağını söyler. Buna karşılık yazar, borsadan alınan paylarda kanunu dolanma niyetinin var kabul edilemeyeceğini ve bu nedenle oy hakkının kullanılabilmesi gerektiği görüşündedir.
- 2.07 İsviçre Federal Mahkemesi, bu tür oy sözleşmelerinin olmadığı hallerde, payı devralanın oyu serbest iradesine göre değil devreden talimatı yönünde kullandığını ispat için payı devreden ile devralan arasındaki bağımlılık ilişkisine dayanmaktadır. Bkz. Patry, s. 97a, BGE 53 II 42.vd.
- 2.08 Bürgi. Art. 692. N. 32; Dohm, s. 100; Glattfelder, 2,64a; Lanzlinger, BaslerKomm, Art. 692. N. 12.; Baumbach/Hueck.AktG §118, 8; Lübbert, s. 154; Oerrath, Die Stimmrechtsbindung, Carl Heymanns, Köln 1973. 37; Schmidt. GesR, §21 II 4. s. 617; Zöllner, KölnKomm §136 N 92.; Moroğlu, s. 53. Butlan sonucunu değiştirmese de, esasen İsviçre-Türk hukuku bakımından, oy yasağına tabi kişinin devrettiği paylara ait oy hakkının kullanılmasına yönelik oy sözleşmelerinin geçersizliği bakımından kanunu dolanma kurumuna gitmeye gerek yoktur zira TK361 (İBK 691) bizzat kanunu dolanma halini kanun hükmü haline getirmiştir. Diğer bir deyişle, yasağın kişiliğinde doğduğu pay sahibinden payı. oyu kullanmak amacıyla devralan kişiler TK 361 ile oy yasağına dahil edilmiştir. Dolayısıyla devredilen paylara dair oy sözleşmesi bizzat kanuni bir yasak kapsamına girmektedir.
- 209 Oyun kanuna aykırı olarak kullanılması ancak bir iptal sebebi iken (ve hatta iptal yoluna gidilmemesi halinde oylama sonucunda alınan karar geçerli olacakken) kanuna aykırı oy kullanma taahhüdü içeren oyların sözleşmesinin butlan

Öte yandan. payın devri söz konusu olmasa da, oy hakkı kısıtlanmış olan kişinin dolaylı olarak oylama üzerinde etkili olmasını sağlayacak şekilde oy hakkı bulunanlara talimat vermesini sağlayan oy sözleşmeleri de kanunu dolanma sebebiyle batıl olurlar²¹⁰. Oy sözleşmesinin butlanının, oy sözleşmesine konu olanoyun kullanılması üzerindeki etkisi için, bkz. aşağıda. §6 I E.

d) Oy hakkının donması kuralının dolanılması

Ticaret Kanununun 3z9. maddesi'ne göre, şirketin istisnaen devraldığı kendi paylarına ait oylar kullanılamaz²¹¹. Hükme göre ortaklık, devraldığı kendi hisselerinden doğan genel kurula katılma ve oy kullanma haklarından yararlanamaz. Bu paylardan doğan hakların "ortaklık" tarafından kullanılması, esasen bu hakların ortaklığı temsil yetkisini haiz olan yönetim kurulu tarafından kullanılması demektir. Bu da yönetim kuruluna, genel kuruldaki irade oluşumunu kendi yararına kullanma veya bu yönde etkileme fırsatını verir. Dolayısıyla kanun yönetim kurulunun genel kurulda söz sahibi olmasını veya genel kurulu etki altında bırakmasını uygun görmemiş ve TK 3z9/son ile bunu engellemek istemiştir²¹². Anılan hüküm, genel kuruldaki

yaptırımına tabi tutulması ile bakışta tutarsız gözükebilir. Ancak iptal, ortaklıklar hukukunun özel bir yaptırımıdır ve sözleşmeye! kanuna aykırılığa uygulanamaz (Overrath, s. 19). Genel kurul kararının iptali ile sözleşmenin iptali farklı hül'Ilki kurumlardır. Özel olarak düzenlenmediği sürece kanuna aykırılık veya kanunun dolanılması nedeniyle sözleşmenin iptali mümkün değildir; sözleşme hükmünün kanuna aykırılığı ancak BK 20 uyarınca butlanla sonuçlanabilir.

210 BGHZ 48. 163. 166; Baumbach/Hueck, AktG §118, N. 8, 136, N. 8; Fischer, GmbHR 1953, s. 66; Hueck, A. Stimmbindungsverträge bei personenhändel gesellschaften, FS Nipperdey I, 1965, 401, s. 404-405; Hüffer, §133, 28; Löwenheim, JuS 1969, s. 260; Lübbert, s. 154-155; Overrath, s. 37; Rowedder/Koppensteiner § 47 N. 28; Zöllner, KölnKomm, §136, N. 53. 92; Zöllner, Schranken, s. 283.

211 Bu konuda ayrıca bkz. aşağıda "e) Yönetim kurulunun talimatına göre oy kullanma".

212 Teoman. "Şirketçe Devralınan Payların Umumi Heyette Temsili Caiz Değildir" Kuralının (TK m. 329, f. 3. c.2) Anlamı, (İlet. Mal. C. XXIII, S.9, s. 374-382) Otuz Yıl Ticaret Hukuku. Tüm Makalelerim C. 1., İstanbul 2000, 261, s. 265.

irade oluşununun yönetim kurulundan bağımsızlığını sağlayarak, anonim ortaklıkta ilkövetler ayrılığı ilkesinin temelini oluşturmal."tır²¹³.

Şirketin istisnaen devraldığı kendi paylarına ait oyların kullanılması amacıyla payların emaneten devri ve oyun ortaklığın talimatıyla kullanılmasına yönelik oy sözleşmesi TK 361 uyarınca batıl olacaktır."tır.

Bunun dışında, İsviçre Federal Mahkemesi, bir anonim ortaklığın paylarının, bu ortaklığın yavru ortaklığı durumunda bulunan ve karar alma mekanizmasının tamamen ana ortaklık elinde bulunduğu başka bir ortaklık tarafından alınması halinde de (karşılıklı katılım hali) oy hakkının donması halinin devam edeceğine karar vermiştir²¹⁴. Bu halde de yavru ortaklık ile ana ortaklık arasında yapılan ve yavru ortaklığın elinde bulunan ana ortaklık paylarına ait oyların kullanılmasını konu alan bir oy sözleşmesi, İsv. BK m. 659 (yenim. 659a = TK 309) 'u dolandığı için hatıl kabul edilir²¹⁵. İsviçre Federal Mahkemesinin yavru ortaklıklara yaydığı bu yasak, 1990 değişikliğinde İsviçre Borçlar Kanununa da alınmıştır (İBKm. 659b).

Alman hukukunda da benzer bir kanuni düzenleme bulunmaktadır. AktG §71h uyarınca ortaklığın elinde bulunan kendi paylarına ait haklar kullanılamaz. AktG §71d ise, ortaklığın çoğunluk hakkını elinde bulundurduğu yavru ortaklıklarını ve

İsviçre hukukunda İBK m.659 a I ve Alman hukuklarında AktG §71a, TK 329 İrye paralel hükümler içermektedir ve bu hukuklarda da aynı görüş savunulmaktadır. Bürgi Art. 691, N. 6; Böckli, Aktienstimmrecht, s. 40, 64; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 24, N. 85; Siegwart, Art. 659 N. 2; Stuber, s. 106vd; Fischer, GmhHR 1953, s. 66.

213 aynı yönde Böckli, Aktienstimmrecht, s. 64; Flume, Juristische Person, §7VI, s. 241; Moroğlu, s. 50-51.

214 BGE 72 il 275, 283, 292; Teoman, Şirketçe Devralınan Payların Genel Kurulda Temsili, (Makalelerim C.I) s. 271.

215 Glattfelder. s. 267a.

bağlı ortaklıklarını da aynı yasak kapsamına sokar¹⁶. Böylece ana ortaklığın paylarına sahip yavru ve bağlı ortaklıklar da bu paylardan doğan hakları kullanamazlar. Bu yolla, yönetim kurulunun, anonim ortaklığın kontrolü altında bulunan yavru ortaklıklar eliyle anonim ortaklığın genel kurulunda dolaylı yoldan nüfuz elde etmesi engellenmek istenmiştir.

Yavru ortaklıklarla ilgili anılan sonuçlar, TK 309 ile anonim ortaklığın kendi paylarını iktisap etmesi halinde bunlara ait oyların kullanılmaması ilkesini benimseyen Türk hukuku bakımından da kabul edilmelidir¹⁷. Diğer bir deyişle, bir anonim ortaklığın payları, bu ortaklığın çoğunluğuna sahip olduğu, yani kendi hakimiyeti altında bulundurduğu yavru ortaklık tarafından iktisap edilirse, yavru ortaklık ana ortaklık paylarına ait oyları kullanamamalıdır. Ana ortaklık paylarından doğan oyların ana ortaklık genel kurulunda kullanılması konusunda yapılacak oy sözleşmeleri, TK 309'u dolanma ve TK 361'e aykırılık nedeniyle batıl kabul edilmelidir.

e) Yönetim kurulunun talimatına göre oy kullanma

Paysahiplerinin üçüncü kişilerin talimatına göre oy kullanma taahhüdünde bulunabilmeleri kuralına getirilen bir diğer sınırlama, ortaklığın veya ortaklığı temsil eden yönetim kurulunun talimatına uygun olarak oy kullanma taahhüdüdür. Alman hukukunda bu konuda açık hüküm sevk edilmiş, İsviçre ve Türk hukuklarında ise, açık düzenleme olmamasına rağmen aynı ilke benimsenmiştir.

AktG §136 II hükmü, paysahiplerinin oylarını kullanırken, anonim ortaklığın, yönetim kurulunun, gözetim kurulunun veya anonim ortaklığa bağlı bir ortaklığın talimatına uymak veya

¹⁶ Hüffer. §71h N.1.

¹⁷ Çeker. Oy Hakkı, s. 10; Pulaşlı, Şirketler, s. 58. 648; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu) N. 843a; Teoman, Şirketçe Devralınan Payların Genel Kurulda Temsili (Makalelerim C.I) s. 70-73.

yönetim veya gözetim kurulunun tekliflerine oy vermek konusunda taahhütte bulunmalarını yasaklar ve bu türden taahhütler içeren sözleşmeleri batıl kılar. Bu hüküm pay Sahibi ile anonim ortaklığı idare eden organlar arasında doğrudan veya dolaylı olarak yapılan oy sözleşmelerini hedef almaktadır. Ainaç, anonim ortaklığa sermaye koymuş ve yatırım yapmış olan pay sahiplerinin iradesinin, sermaye konusunda herhangi bir risk taşımayan ve bu nedenle daha serbest hareket imkanına sahip bulunan yönetim kurulunun etkisi altında kalmasını ve yönetim kurulunun bu iradeyi kendi lehine kullanmasını engellemektir²¹⁸.

Aynı nitelikte bir sözleşmenin yönetim organlarının üyeleriyle tekte yapılmasının AktG §136 II hükmüne aykırı olup olmadığı ise, kanunda bu konuda açıklık olmadığından tartışmalıdır²¹⁹. Bazı yazarlar özellikle pay sahipleri konsorsiyumlarına işaret ederek, konsorsiyumda bulunan pay sahiplerinin aynı zamanda yönetim kurulu üyesi olmasının konsorsiyum kararlarını §136 II'ye aykırılık nedeniyle batıl hale getiremeyeceğine işaret ederler²²⁰. Bu fikre göre konsorsiyum kararı ancak konsorsiyumda bulunan yönetim kurulu üyelerinin oylarına dayanarak alınmış ise geçersiz olabilir²²¹. Bu halde bile, konsorsiyumda bulunan yönetim kurulu üyesi veya üyelerinin, yönetim kurulu içinde azınlıkta bulunuyor olmalarının, kararın §136 II'ye göre geçersizliğini engelleyeceği düşünülmektedir²²².

218 Baumbach/Hueck, §136, N. 8; Flume, Juristische Person, §7 VI, s. 241; Hueck, ZGR 172, s. 250; Hüffer, §136, N. 2; Overrath, s. 20; Raiser, §16, N. 78; Zöllner, KölnKomm, §136, N. 4.

219 Aykırı kabul eden: Overrath, s. 21-22. Aykırılığın var olup varolmadığının her olayda incelenmesi gerektiğini söyleyen: Zöllner, KölnKomm, §136, N. 102.

220 Godin-Wilhelmi, §136, N. 7; Overrath, s.22.

221 Godin-Wilhelmi, §136, N. 7; Lübbert, s. 159-160; Overrath, s. 22. OLG Hamın, 2.11.2000 tarihli karar. AG 2001 s. 146, 148.

222 Godin-Wilhelmi, §136, N. 7.

İsviçre hukukunda yönetim kurulunun veya ortaklığın talimatı doğrultusunda oy kullanmayı yasaklayan herhangi bir hüküm yoktur. Bir görüş, yönetim kurulunun veya onun temsil ettiği ortaklığın talimatı doğrultusunda oy kullanma taahhüdünün, yönetim kuruluna İBK 659 (yeni İBK 659a = TK 3□9) hükmü ile yasaklanmak istenen etki imkanını sağlayacağı gerekçesiyle bu tür sözleşmelerin batıl olması gerektiğini savunur²²³. Aksi görüş ise, bu tür bir taahhüdün pay sahibini yalnızca sözleşmese! bir borç altına soktuğu ve (sözleşmeye aykırılık durumunun doğması ihtimali ile de olsa) pay sahibinin genel kurulda istediği yönde oy kullanma serbestisinin devam ettiği gerekçesi ile bu tür sözleşmelerin geçerli kabul edilmesi gerektiğini savunur²²⁴. Ancak bu sonuncu görüşe katılmak mümkün değildir. Pay sahibinin iradesinin oy sözleşmesi ile kısıtlanabileceği ilke olarak kabul edilmekle beraber, burada söz konusu olan pay sahibinin iradesi üzerindeki etkinin kaynağıdır. Bu etki özel olarak şirketin kendisinden, daha doğrusu yönetim kurulundan geldiği için reddedilmektedir. Pay sahibinin, böyle bir sözleşme akdetmiş olmasına rağmen genel kurulda istediği yönde oy kullanabileceği gerekçesi de gerçekçi sayılamaz zira sözleşmenin ihlali karşısında pay sahibinin karşılaşılabileceği ihlal tazminatı veya cezai şart, pay sahibinin iradesi üzerinde pekala etki eder.

Türk hukukunda da, ortaklığın veya yönetim kurulunun talimatı doğrultusunda oy kullanmayı yasaklayan AktG §136 II benzeri bir hüküm mevcut değildir. Buna rağmen, TK 3□9/son'da ifadesini bulan kuvvetler ayrılığı ilkesi nedeniyle yönetim organının pay sahiplerinin genel kuruldaki iradesini etkilemesini amaçlayan sözleşmelerin batıl kabul edilmesi gerektiği düşüncesi savunulmaktadır²²⁵. Gerçekten de, pay sahibinin

223 Appenzeller, Stimmbindungsabsprachen in Kapitalgesellschaften, Schultess, Zürich 1996. s. 49; Böckli, Aktienstimmrecht, s. 63-64; Fischer, GmbHR 1953. s. 65-66; Glattfelder, s. 265a-266a.

224 Bürgi, Art. 692. N. 42; Schlupe, wohlverworbenen Rechte, s. 140;

225 Moroğlu, s. 51. Yönetim organının genel kuruldaki iradeyi etkilemesi ile ilgili diğer bir sorun da pay sahiplerini genel kurulda yönetim kurulunun temsil

genel k.'Uruldaki oylamalarda yönetim kurulunun veya yönetim kurulunca temsil edilen ortaklığın talimatı doğrultusunda oy k.7lllanınayı taahhüt ettiği sözleşmeler batıl olmalıdır²²⁶.

Yönetim kurulu üyelerinin paysahibi sıfatıyla oy konsorsiyumlarında bulunmaları halinde Alman hukukunda kabul edilen görüş, yani yönetim kurulunun fikrini temsil eden bir veya daha fazla yönetim kurulu üyesi konsorsiyuma hakim olmadıkça konsorsiyum kararının geçerliliğinin kabul edilmesi fikri²²⁷fürk hukuku açısından da kabul edilmelidir. Çünkü bu halde yönetim kurulu üyesi konsorsiyum kararına katılmakla birlikte, bu kararı belirlemek imkanından yoksundur.

Ancak burada, sözleşmenin veya konsorsiyum kararının geçersizliğine götüren unsurun, yönetim kurulu üyesinin paysahibinin iradesini etkisiz bırakma gücü olduğuna işaret edilmelidir. Paysahibinin kendi iradesi ile *belirli bir yönde* oy kullanacağına dair girdiği taahhütler ise farklıdır. Paysahibinin yönetim kurulu üyesi sıfatını taşıyan bir başka paysahibi ile belli bir konuda belli bir yönde oy kullanmak üzere oy sözleşmesi yapması geçerlidir ve AktG §136 II'de ifade edilen ve Türk ve İsviçre hukuklarında da kabul edilen ilke kapsamına girmez²²⁸. Zira burada paysahibi hangi yönde oy kullanacağına kendisi karar vermektedir. Taahhüt edilen edim belli bir yönde oy kullan-

etmesi sorunudur. Böyle bir temsile izin verilmesi halinde yönetim kurulu veya üyesi, paysahibinden oyu ne yönde kullanacağına dair bir talimat almaz ise, oyu kendi isteği doğrultusunda kullanabilecektir. Bu sistem, bir yandan genel kuruldaki güç boşluğunu telafi etmekle beraber, diğer yandan şirketin kendi paylarından doğan hakların donması kuralını ihlal etmektedir. Bu konuda Alman ve İsviçre hukukundaki düzenlemeler ve Türk hucı.ıl'U ile ilgili bir inceleme için bkz. Çeker, Oy hakkı, s. 278vd.

226 Batıl sözleşmeye göre kullanılmış oyun da geçersiz olması gerektiği konusunda bkz. aşağıda §6 I E.

227 bkz. yuk. dpn. 220.

228 Eckardt (GeE.ler AktG) §136, 60; Overrath, s. 21; Zöllner, ZHR (155) 1991, s. 184; BGH ZIP 1983, 432.

maktır. her türlü bir talimatın, a t, n i., r u i ak değil⁹.
Örneğin yönetim kurulunun ibra edilme konusu bir yönetim kurulunun üyesi ile sözleşme yapmak mümkündür.

Diğer yandan, pay sahipleri ile yöneticileri arasında her-
hangisi bir sözleşme yapılmaksızın pay sahibinin serbest iradesi
ile "Ölletim l. untlun\m tavsiyelerine u r n l a s ı da müm.k-Un ve
geçerli dm Örneğin İsviçre'd . özellikle halk-a açık ortaklıklarda
genel kurulun. yönetim kurulunun önerileri doğrultusunda oy
Yermesinin çok sık rastlanan bir durum olduğuna işaret
edilmektedir³⁰. Türk hukul-unda da. halka açık anonim
ortaklık: lann pa)"Salıverilerine çağrıda bulunarak nel kuruldaki
oy haldannın l.ullam]ması için vekalet toplamalarına ilişkin
maddelerden Seri V ro. 8 Tebliğinin:1S1 1 ve 2 numaralı
eklerinde yer alan vekaletname örneklerinde, vekaleti veren
pay sahibinin. Yekili şirket yönetimin önerileri doğrultusunda
oy kullanmaya yetkili kılınması münül.-ün olduğu belirtilmiştir.
Hatta bunun bir örneği TK 36 !'de mevcuttur. Hükme göre
yönetim kurulunun safi kazancın nasıl dağıtılması gerektiğine
ilişkin teklifi genel l.'UIU.ldan önce pay sahiplerinin inceleme-
sine sunulur. Böylece pay sahipleri bu teklife göre oy verebilir-
ler. Bu durum yönetim kurulunun genel kurula etki etmesinin
tam olarak aellenmesinin mümkün olmadığını göstermekte-
dir. Esasen yönetim kurulunun şirketin işleri ile daha yakından
aili ve hu konularda daha a mntılı bilgi sahibi olduğu göz
önünde bulundurulursa. pay sahiplerinin oy kullanırken yöne-
tim kurulunun tavsiyelerini l.wak ardı etmemesi doğaldır.
Mamafih. pay sahibi yönetim kurulundan aldığı bilgileri tart-
mak ve oyunu nasıl kullanacağı konusunda karar vermek için
serbest olmalıdır.

229 O.t:nzih. s. 21-22-

zlo Fcmsina-srrlMeier-Havor/Nobel. § 20. • 15.

d1 RC.9-1-1991-, 812,- Değişik: RC19.12.1996. 852-

sözleşmenin geçersizliğini ahlaka aykırılığa dayandırma görüşü²³⁴ bugün terkedilmiştir.

g) Oy hakkı, ahlaka aykırılık ve oy hakkının kötüye kullanılması

Bazı hallerde paysahibinin oy sözleşmesinden doğan belli bir yönde oy verme borcu ile ortaklık menfaatleri birbiriyle karşıt durumda bulunabilir. Öyle ki paysahibi sözleşmede taahhüt ettiği şekilde oy kullanırsa ortaklığın veya bazı paysahiplerinin zararına bir sonuç doğacaktır. Ancak paysahibi ortaklığın menfaatlerine uygun şekilde oy kullanırsa, bu kez de kendisi sözleşmeye aykırı davranmış olacaktır.

Alman hukukunda, paysahibini ya ortaklığa zarar vermek, ya da sözleşmeye aykırı davranmak ikileminden kurtarmak için çeşitli kavramlara başvurulmaktadır. Bunlardan biri *ahlaka aykırılık* kavramıdır. Şöyle ki, oyun sözleşmeye uygun kullanılmasının ortaklığa zarar vereceği hallerde, paysahibinin oy sözleşmesinde söz verdiği yönde oyunu kullanmaya zorlanmasının ahlaka aykırılık teşkil edeceği gerekçesiyle bu taahhüt geçersiz bırakılmaktadır²³⁵. Örneğin paysahibi oyunu konsorsiyumda kararlaştırılan yönde veya karşı tarafın arzusu yönünde kullanma taahhüdü altına girmiş olabilir. Bu halde oyun yönü

görüşü savunulmaktadır. (Bkz. Jousen, Lutter, Noack, a.g.e.). Bu görüşün dayanağı, kanundaki bağlam hükmünü dolandığı veya bu normun amacını etkisiz bıraktığı söylenen sözleşmenin, normun getirdiği yaptırıma bağlanmasının uygun olduğu düşüncesidir. Böylece nasıl ortaklık devre onay verme imkanına sahipse sözleşmeye de onay verme imkanına sahip olmalı, denilmekte ve bu onay verilene kadar sözleşme askıda hükümsüz kabul edilmektedir. Ancak tartışmaya konu olan türden hükümler zaten ancak şirketin devrin kaydını reddetmesi halinde yürürlük kazanan hükümlerdir, şirketin devre onay vermesi halinde zaten bu türden hükümlere gerek kalmayacaktır. Şirketin devrin kaydını reddetmesi halinde ise şirkete alınmayan kişinin talimatına göre oy verme kaydını içeren bir sözleşmeyi onaylama ihtimali haliyle zayıftır.

234 RGZ 69, 134, 137; Overath, s. 48.

235 Fischer, GmbH 1953, s. 66; Overath, s. 81, Raiser, §16, N. 78; Mayer-Maly, Münch-Komm, §138, N. 75.

sonradan somut hale gelecektir. İşte oy sözleşmesinin, paysahibini tüm paysalıplernin ortak menfaatlerine aykırı olacağına veya ortaklığa zarar vereceğine inandığı bir şekilde oy vermeye zorlaması ahlaka aykırı kabul edilir²³⁶.

Ayrıca Alman hukul.'Unda oy sözleşmesi ile sağlanan gücün, azlık veya ortaklık zararına hareket oluşturacak şekilde kötüye l.'Ullanılması da ahlaka aykırı görülmektedir²³⁷. Örneğin kar dağıtmama yoluyla azlık paysahiplerini bezdirip ortaklıktan uzaklaştırmaya çalışmak, ortaklığı rakip şirketin emri altına sokmak, önleyici azınlık oluşturarak şirket için faydalı bir kararın alınmasını engellemek gibi davranışlar ahlaka aykırı kabul edilir²³⁸.

Paysahibini oy sözleşmesinin bağlayıcılığından kurtarmak için dayanılan bir diğer ilke de *dürüstlük kuralıdır*. Bu görüşe göre oy sözleşmesinden doğan taahhüt ancak dürüstlük kuralı sınırları içinde kişiyi bağlar²³⁹. Örneğin paysahibi karşı tarafın önereceği kişinin yönetim kuruluna seçilmesi için oy verme taahhüdü altına girmişse, teklif edilen kişinin bilgisizliği veya ehliyetsizliği nedeniyle bu işe uygun olmaması halinde, bu yönde oy verme taahhüdü paysahibini bağlamaz, diğer bir deyişle paysahibinin o adaya oy vermesi dürüstlük kuralı çerçevesinde kendisinden beklenemez ve paysahibi bu taahhüdü yerine getirmekten kaçınma hakkına sahip olur²⁴⁰.

Alman hukukunda hakim olan diğer bir görüş, oy sözleşmelerinin paysahibini, ancak paysahibinin *oyunu kullan-*

236 bkz. dpn. 235'da anılan yazarlar.

237 Baumhach/Hueck, AktG § 118. 8; Boesebeck, NJW 1960. s. 8-9; Lübbert, s. 162 163; Zluhan s. 268vd.

238 Boesebeck. NJW1960, s. 8-9; Lübbert. s 163.

239 RGZ 133 90 96; Hueck. FS Nipperdey. s. 406; Zöllner, ZHR (155) 1991. s. 178-179.

240 RGZ 133 90 96; Godin/Wilhelmi. §136 N. 8; Hueck, FS Nipperdey, s. 406; Lübbert. s. 166; Moroğlu. s. 56.

*makta sahip olduğu takdir hakkı ("Abstimmungsennessen") ölçüsünde bağlayacağını savunmaktadır²⁴¹. Paysahibinin takdir hakkının sınırları ise, kanunun emredici hükümleri ve ahlaka aykırılıktan başka *sadakat yükümü* ve eşit işlem kuralı ile de çizilmektedir²⁴². Sadakat yükümüne aykırı davranış taahhüdü içeren sözleşmeler aynı zamanda ahlaka aykırı da görülmektedir²⁴³. Ayrıca paysahibinin, kararı iptal edilebilir hale getirecek şekilde oy kullanma taahhüdü geçerli kabul edilmemektedir²⁴⁴. Oyun hangi yönde kullanılacağını sonradan belirleneceği, örneğin bu konuda bir üçüncü kişinin talimat verme hakkı olduğu durumlarda da paysahibinin ortaklıktan doğan borçlarına aykırı oy kullanmaya zorlanamayacağı savunulmaktadır²⁴⁵.*

Alman hukukunda paysahibinin oy kullanırken paydaşlarının menfaatini değil kendi menfaatini ön planda tutma hakkına sahip olduğunu ve oyunu bir "nesnel gerekçe"ye²⁴⁶ dayandırmak zorunda olmadığını savunan karşı görüşün²⁴⁷

241 BGH WM 1970, 904, 905; Rowedder/Koppensteiner §47 N. 28; Schmidt GesR §21 il 4 dd s. 620; Scholz/Sch.midt, §47 N. 50; Zöllner, KölnKomm §136, N.90; Zöllner, Baumhach/Hueck GmhHG § 47, N. 77.

242 Schmidt, GesR §21 II 3 b, s. 615. Sadakat borcunun oy hakkını kısıtladığı konusunda, Sch.midt, GroR.komm, §243, N. 48; Zöllner, Schranken, s. 335vd. Bu görüşün kaynağı, *Karl Wieland'ın*, paysahibinin "kollektif borçları" olarak adlandırdığı kavramda görülebilir. Buna göre, paysahibi ortaklık organları içerisinde faaliyette bulunurken, yani paysahipliği haklarını kullanırken, bir davranış yükümüne tabidir. Şöyle ki, genel kurul kararları afaki iyiniyet kurallarına uymak zorunda olduğuna göre, her paysahibi de oy hakkını kullanırken afaki iyiniyet kurallarını dikkate almalıdır. Paysahibi kendi menfaatlerini düşünürken, diğer paysahiplerinin ve ortaklığın menfaatlerini de göz ardı etmemelidir (Wieland, Handelsrecht II, s. 249). *Wieland'ın* görüşü Türk hukukunda Arslanlı'yı etkilemiştir. Bkz. yuk. dpn. 165.

243 Lübbert, s. 162-163; Boesebeck, NJW 1960, s. 9.

244 R.aiser, §16, N. 78; Rowedder/Koppensteiner §47 N. 28.

245 Zöllner, ZHR (155) 1991, s. 178-179.

246 bkz. yuk. III B 1 c.

247 Tank, Stimmrechtsabkommen im Lichte der Mitbestimmungsgesetzes, AG 1977, 34, s. 36. Ayrıca Ban, GroR.komm §134 N. 36; Baumhach/Hueck, AktG §134 N. 5; §117 N. 19; Hueck. ZGR 1972 s. 249-251.

bugün azınlıkta kaldığı, özellikle içtihatların sadakat yükümlülüğünün varlığını kabul ettiği söylenebilir²⁴⁸. Bununla birlikte karşı görüşün gerekçelerini de belirtmekte fayda vardır. Karşı görüşe dayanak olarak Alman Paylı Ortaklıklar Kanununun §43. paragrafının ikinci fıkrası ile aynı kanunun 117. paragrafının yedinci fıkrası gösterilir²⁴⁹. Şöyle ki, AktG §43 II hükmüne göre, pay sahibinin oy kullanırken ortaklığın veya diğer pay sahiplerinin zararına olacak şekilde özel bir menfaat gütmesi halinde karara karşı iptal yoluna başvurulabilir. Bu hükülden ilci sonuç çıkar. Birincisi, pay sahibinin ortaklığa veya diğer pay sahiplerine zarar vermeyi amaçlamadığı sürece oyunu kullanırken kendi menfaatini takip etmesinin mümkün olduğudur²⁵⁰. İkinci sonuç ise, oyun kullanılmasında özel menfaat güdülmesinin, üstelik bunun ortaklığın veya diğer pay sahiplerinin zararına olacak şekilde yapılmasının oyu da kararı da geçersiz kılmaması, ancak kararı iptal edilebilir hale getirmesidir²⁵¹. Pay sahibinin oyunu kullanması değil, sonuçta alınan karar yaptırıma bağlanmıştır. Aynı sonuç, AktG §117 VII hükmünden de çıkar. §117 hükmü, pay sahiplerinin ortaklık üzerinde nüfuzlarını kullanarak ortaklığa zarar vermelerinin sonuçlarını düzenler; örneğin ortaklık organlarında görev alan kişiler üzerinde nüfuz kullanarak bu kişileri ortaklığa zarar verici bir tasarrufta bulunmaya sevk eden pay sahiplerinin ortaklığa verilen zarardan ötürü sorumlu olacaklarını öngörür. Anılan maddenin yedinci fıkrası ise, bu sorumluluğa bir istisna getirerek, ortaklığa verilen zararın pay sahibinin oyunu kullanması neticesinde meydana gelmesi halinde sorumluluk doğmayacağını hükme bağlar. Böylece pay sahibi oyunu kullanmada serbest bırakılmıştır²⁵². Pay sahibine karşı ancak

248 Bkz. yuk. §2 IV (d). dpn. 42.

249 Godin/Wilhelmi, §54 N. 12; Tank. AG 1977. s. 36; Hueck, ZGR 1972 s. 249-251.

250 Hueck, ZGR 1972 s. 249-251

251 Tank. AG 1977. s. 36.

252 Baumbach/Hueck, AktG § 117 N. 19; Godin/Wilhelmi, §54 N. 12; Kropff (GeE.ler AktG) §117 N. 8, 44.

BGB §826 (BK 41 II) anlamında kasıtlı ahlaka aykırı davranışla verilen zarardan ötürü tazminat talebi yöneltilebilir-25²³ .

Paysahibinin oy verirken kendi menfaatini gerçekleştirmeye çalışabileceğini savunan görüşe dayanak oluşturan bu iki madde, hakim görüşçe eleştirilmektedir²⁵³. AktG §117 VII'nin bugün terkedilmiş bir anlayışın kanuna yansımış kalıntıları olduğu ve günün sosyal etik standartlarına uymadığı belirtilmekte²⁵⁴ ve §243'ün de paysahibinin ortaklığa ve diğer paysahiplerine karşı sadakat ve gözetme yükümü altında olduğunu ortaya koyduğu savunulmaktadır. Madem ki oy kullanırken diğer paysahiplerine ve ortaklığa zarar verici şekilde özel menfaat gütmek caiz görülmemiştir, o halde bu, paysahiplerinin hem ortaklığın hem de diğer paysahiplerinin menfaatlerini gözetme yükümü altında olduğunu gösterir²⁵⁵.

Böylece Alman hukukunda sadakat yükümü oy hakkını sınırlayan önemli bir kriter olarak ortaya çıkmakta ve bu yüküme aykırı oy verme taahhütleri de geçersiz kabul edilmektedir.

252 .a Kropff (GeE.ler AktG) §117 N. 8. 44.

253 Raiser. §12 N.33. §16 N: 131-133: Flume, Juristische Person, §7 III, s. 213vd: Wiedemann I §8 II 4. s. 4,36.

254 Dreher. Die Schadensersatzhaftung bei Verletzung der Aktienrechtlichen Treuepflicht durch Stimmrechtsausübung (Fall Girmes), ZIP 1993, 332, s. 335-336: Lutter. ZHR 153 (1989) s. 456: Wiedemann I §8 II 4, s. 436. Ayrıca §117 VII hükmünün kanuna alınması sırasında çıkan tartışmalarda bu hükme dayanak olarak gösterilen. paysahiplerinin ve ortaklığın §243 II'deki iptal imkanı ile yeterince korunduğu gerekçesi de tatminkar görülmemektedir (GeE.ler. Zur Anfechtung wegen Strebens nach Sondervorteilen (§243 Abs.2. AktG). FS Barz, 1974, 97. s. 104: Schilling, Gesellschaftstreue und Konzernrecht, FG Hengeler, 1972, 226. s. 233-234). Esasen maddenin gerekçesinde. özellikle hakim işletmelerin sorumluluğunun bağlı işletmeler hukuku ile düzenlendiği. bunun ötesinde oy kullanmayla yol açılan zararların □ II'deki iptal imkanı ile, daha öteye giden hallerde de ahlaka aykırı şekilde başkasına verilen zararın telafisini öngören BGB §826 hükmü ile giderilebileceği vurgulanmaktadır (Gerekçeden alıntı için bkz: Dreher, ZIP1993 s. 33s).

255 Lutter. ZHR 153 (1989) s. 457.

Paysahibinin yalnızca oy kullanmadaki takdir hakkı sınırları içerisinde sözleşmeyle bağlı olduğunun ve özellikle sadakat borcuna aykırı oy sözleşmesi hükümleriyle bağlı olmadığı kabul edilmesinin, paysahibinin kanundan ve sözleşmeden doğan yükümlülüklerinin birbirleriyle çelişmesi durumunda paysahibini kanuna aykırı görülen sözleşme hükmünden doğan edim borcundan kurtarmak, paysahibine bu çelişkili durum karşısında edimi yerine getirmekten kaçınabilmek imkanını tanımak amacını güder²⁵⁶.

Bununla birlikte, paysahibinin ancak oy kullanma konusunda sahip olduğu takdir yetkisi ölçüsünde sözleşmeye! taahhüt altına girebileceği fikrini ortaya atan *Zöllner*, son yıllarda bu görüşünden kısmen dönmüştür²⁵⁷. Özel hukukta bireylerin bir-biriyle çelişen taahhütler altına girmelerinin mümkün olduğu (bir satıcının aynı malın satımı için iki farklı kişiyle sözleşme yapması halinde her iki sözleşmenin de geçerli olması örneğinde olduğu gibi) ilkesinden yola çıkan *Zöllner*, bu ilkenin paysahibinin yükümlülükleri bakımından kabul edilip edilemeyeceğini incelemiştir. Paysahibinin üçüncü kişilerle yaptığı oy sözleşmeleri bakımından, paysahipliği sıfatından doğan borçlar ile sözleşmeden doğan borçlar arasında çelişki olduğu durumlarda (örneğin paysahibinin Alman hukukunda kabul edilen sadakat yükümü uyarınca, şirketin menfaatine olacak şekilde oy verme borcu ile, sözleşmeden doğan aksi yönde oy verme borcu), *Zöllner* sözleşmeyi geçerli kabul etmekte, ancak paysahibi bakımından sübjektif imkansızlık doğabileceği sonucuna varmakta ve paysahibinin tazminat ödemek borcu altında bırakılabileceğine işaret etmektedir²⁵⁸. Diğer paysahiplerinin

256 Schmidt GesR, §21 il 4 dd, s. 620.

257 Zöllner, ZHR (155) 1991, s. 172vd, 179.

258 Zöllner, ZHR (155) 1991, s. 172-174., 179. Bu görtiști destekleyen: Jousen, s. 98-99.

bileceği de belirtilir²⁶⁵. Karşı tarafın adayına oy verme taahhüdünde gösterilen adayın yetersizliđi²⁶⁶, başkasının talimatına göre oy verme taahhüdünde verilen talimatın dürüstlük kuralına aykırı olması gibi haller bu duruma örnek verilebilir. Ayrıca bir oy sözleşmesi olsun olmasın, genel olarak oy hakkının bir özel menfaat için anonim ortaklığın veya diğer paysahiplerinin zararına kullanılması BK 41 il anlamında ahlal'ci aykırı görülür²⁶⁷. Bk 41 Il'nin yaptırımlarının uygulanabilmesi için kasıt şarttır.

Böylece yukarıda anılan hukuk sistemlerinde oy hakkının kullanılması ve bu konudaki taahhütlerin geçerliliği ile ilgili olarak ortaya çıkan kriterler şunlardır: Oy sözleşmesi ile sağlanan gücün azlık veya ortaklık zararına hareket oluşturacak şekilde kötüye kullanılmasının ahlaka ve hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılığı, oyun sözleşmeye uygun kullanılmasının diğer paysahiplerine veya ortaklığa zarar vereceği hallerde paysahihinin bu şekilde oy vermeye zorlanmasının ahlaka ve hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılığı, sözleşmenin ancak dürüstlük kuralı ışığında kişiden beklenebilecek çerçevede kişiyi bağlaması ve sadakat yükümüne aykırı taahhüt içeren sözleşmelerin paysahibini bağlamaması.

Anılan haller, bir yandan sözleşmeye imza atmış paysahibini sözleşmenin bağlayıcılığından kurtarmak, diğer yandan da bu sözleşme neticesinde oluşan güç karşısında kötü durumda kalan azlık paysahiplerini ve ortaklığı korumak amacına yönelirler.

265 Moroğlu. s. 55-56.

266 İmtiyaz haklarında da yönetim kuruluna aday gösterme imtiyazı kullanılırken gösterilen adayın niteliklerinin işe kesinlikle uymaması halinde genel kurulun □haklı sebep" nedeniyle gösterilen adayı seçmek zorunluluğundan kurtulacağı kabul edilmektedir. Tekinalp. Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Yönetime Katılma Sorunları, İ.Ü. İşletme Falcültesi Yayınları İstanbul 1979, 49-50; Karahan s. 129.

267 Tekinalp (Poroy/Çamoğlu) N. 735, 1092a.

İsviçre-Türk hul-1.11.1.1 açısından paysahibinin MK Z II'yi aşan anlamda sadakat yükümü altında olduğu genel kabul görmediğinden Alman hukukunda bu konudaki tartışma Türk lılık-1.11.-u bakımından geçerli değildir. Diğer bir deyişle, sadakat yüliimüne aykırı taahhüt içeren sözleşmelerin paysahibini bağlamaması söz konusu olmayacaktır. Paysahiplerinin oylamada kendi menfaatlerini gütmelerini meşrudur ve bu amaçla oy sözleşmesi yapılması da geçerlidir²⁶⁸. Bu özgürlüğün sınırı, hakkın kötüye kullanılmasıdır. Diğer bir deyişle, oy hakkının lıllanılmasının ortaklık zararına sonuç verdiği her halde değil, oy hakkının amacına ayları olarak kullanıldığı ve kullananın bu kullanmada meşru bir menfaati olmadığı hallerde^{268a} hakkın kötüye kullanıldığı ve bu nedenle oyun geçersiz olduğu kabul edilmelidir. Türk hukukunda paysahibinin ortaklıkta sahip olduğu oy hakkını diğer paysahiplerinin veya ortaklığın zararına kullanma taahhüdü altına girmesinin hakkın kötüye kullanılması kriterine bağlanması ve bu yolla denetlenmesi daha isabetli olur. Nitekim Ticaret Kanunu da, genel kurul kararlarının iptalini düzenlerken afaki iyiniyet kurallarına aykırı kararların iptal edileceğini öngörmüş ve bunu yaparken MK Z II anlamında hakkın kötüye kullanılmasını engellemeyi amaçlamıştır²⁶⁹.

Paysahipleri sözleşmesi ile edinilen gücün, açıkça diğer paysahiplerinin veya ortaklığın zararına sebep olacak şekilde kullanılması himaye edilemez. Bu halde, sözleşme ile elde edilen gücün yansımaları olan genel kurul kararı, afaki iyiniyet kurallarına aylarılık nedeniyle iptal edilebilir²⁷⁰. Kanunumuz, kararın afaki iyiniyet kurallarına aylarılığını nedeniyle iptalini öngördüğü için, ayrıca verilen oyun bir hakkın kötüye

268 Moroğlu, s. 20-21.

268a Akyol, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, Filiz, İstanbul 1995. s. 21; Oğuzman/Barlas. Medeni Hukuk, (Giriş, Kaynaklar. Temel Kavramlar). Beta, İstanbul, 2000. s. 172vd.

269 İmregün, AO. s. 164.

270 Moroğlu. s. 21, s. 61. Ayrıca yuk. dpn. 237. 261ve 262'de belirtilen yazarlar.

k.,tlanılmasını oluşturduğunu ispat dahi gerekli değildir. Böylece ortaklık ve sözleşme dışında kalan paysahipleri, kararın iptali yoluyla kendilerini koruyabilirler. Ayrıca, oy hakkının kötüye k.,ıllanılması nedeniyle bir zarar oluşmuşsa, haksız fiil lı,ırraları uyarınca bu zararın tazmini talep edilebilir.

Sözleşmenin tarafı olan paysahipleri açısından bakıldığında ise, durum şudur: Öncelikle sözleşmeden doğan edim borcu, dürüstlük kuralları çerçevesinde tayin edilmelidir. Edimin içeriğinin sonradan belirlendiği hallerde, edim yükümünün dürüstlük kuralları çerçevesinde paysahibinden beklenebilir olması gerekir. Paysahibinin ortaklığın veya diğer paysahiplerinin açıkça zararına olacak bir tasarrufta bulunması bu anlamda kendisinden beklenemez, paysahibi bu tür borçları yerine getirmek zorunda değildir□7¹.

Bununla birlikte oy sözleşmesinden doğan taahhüdün bu taahhütle bağlı olan paysahibinin veya ortaklığın menfaatleri ile çatışması her durumda ahlaka aykırılık sayılamaz□?□. Konusu ne olursa olsun her türlü borç sözleşmesi bir menfaat çatışması doğurabilir veya başka bir sözleşmese! hakkın ihlaline sebebiyet verebilir ancak bu, sözleşmenin ahlaka aykırılıktan ötürü batıl sayılmasını gerektirmez. Ahlaka aykırılığın varlığı için tarafların niyetinde veya sözleşmenin içeriğinde insaf duygularını inciten daha ağır bir aksaklık olmalıdır□7□a. Bu nedenle paysahibinin, oy sözleşmesindeki belli bir yönde oy verme borcundan veya paysahipleri sözleşmesindeki diğer herhangi bir taahhütten sıyrılabilmesi için, örneğin taahhüdün açıkça ortaklığa veya diğer paysahiplerine zarar verme amacını gütmesi veya dürüstlük kurallarına aykırı olacak şekilde taraflardan birine menfaat sağlama amacına hizmet etmesi veya

271 Bkz. yuk. dpn. 239.□40 ve 265'de belirtilen yazarlar.

□72 Bkz. yuk. dpn. 260'da belirtilen yazarlar.

27□a Kramer,Art. 19-20, N. 197vd. Bkz. §5 II C.

ortaklığın mahvına yol açacak bir sonuç doğurması gerekir. Nitekim Türk hukulunda da bir tarafa "özel çıkar sağlamak için · ortaklığın veya azlığın zararına yapılan sözleşmeler ahlaka aykırı görülmektedir.

Ahlaka aykırılığın varlığı halinde sözleşme geçersiz olacağından paysahibi sözleşmeye aykırı davranması nedeniyle kendisine karşı tazminat talebi ileri sürülmesini engelleyebilir²⁷³.

Ahlaka aykırılık nedeniyle batıl kabul edilen bir oy sözleşmesinin oyu etkileyip etkilemeyeceği sorusunun cevabı, batıl herhangi bir oy sözleşmesinin oy üzerindeki etkisi ile aynıdır. Bu konuda bkz. §6 I E.

h) Bir bedel veya özel çıkar karşılığında oy kullanma taahhüdü (oy satımı)

(i) Halka açık olmayan ortaklıklar bakımından

Özellikle oy sözleşmeleri bakımından ahlaka aykırılık kapsamı içinde değerlendirilen bir taahhüt, belli bir bedel karşılığında oyun istenen yönde kullanılacağı veya kullanılmayacağı yolundaki taahhüttür. Menfaat karşılığı oy kullanma veya daha sert bir ifade ile oy satımı olarak adlandırılan bu olgu, paysahibinin oyunu, kendisine çıkar sağlayan kişinin talimatı uyarınca kullanması şeklinde gerçekleşebileceği gibi, paysahibinin kendisine çıkar sağlayan kişiye oyda vekalet verip oyu bizzat o kişinin kullanmasını sağlaması şeklinde de ortaya çıkabilir.

İsviçre-Türk hukukunda oy satın alınması konusunda genel bir yasak bulunmamaktadır⁷⁴. Buna karşın hakim fikir oy satın alınmasını ve bu sonuca yönelik oy sözleşmelerini ahlaka aykırı ve batıl kabul etmektedir⁷⁵.

273 Moroğlu, s.21. Ayrıca bkz.yuk. d.pn.236.

274 Halka açık ortaklıklar konusu aşağıda ele alınmıştır.

275 Moroğlu, s.56-57; Böckli, Aktienstimmrecht.s. 59;Bürgi, Art. 692, N. 30, 33; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel. § 39, N. 207; Glattfelder, 269a; Lanzlinger. BaslerKomm. Art. 692, N.11; Patry. 125a d.pn. 175; v. Steiger.

Böyle bir yasaklamanın *Avrupa Birliği, hukukunda* getirilmesi önerilmektedir. Evvelce Avrupa Anonim Ortaklığı Tüzüğü taslağında yer alan. oy sözleşmelerinin ancak karşılıksız şekilde akdedilebileceklerine dair hül.'Üm2.16, 1989 yılında sunulan yeni taslağın--tan çıkarılmış, 1991 yılında taslağa getirilen değişiklikte de yine yer almamıştır2.77. Buna karşılık, 5. şirketler hukuku yönergesi taslağının2.78 35. maddesinde yer alan, pay sahiplerinin kendilerine sağlanan özel bir çıkarın karşı edimini oluşturacak şekilde belli bir yönde oy kullanma veya hiç oy kullanmama konusunda taahhütte bulunmalarını batıl addeden hül.'im bakidir.

"Özel bir çıkar karşılığında oy kullanma taahhüdü" *Alman hukukunda* açık hükümle yasaklanmış ve hatta yasağın ihlali para cezasına bağlanmıştır (AktG § 405 III 6-7)2.79. 1884 tarihli Alman Ticaret Kanunundan bu yana süregelen2.80 bu yasağın gerekçesi için verilen açıklama, özel bir çıkar karşılığında oy kullanan pay sahibinin kendi inancına aykırı oy kullanmasının

Legitimationsübertragung, Abstimmungsvereinbarungen und Stimmenkauf im Aktienrecht, SAG 14 (1941-43), 12, s. 15; Stüher, s. 101. Aksi fikir: Imregün. AO s. 140; ayrıca bkz. Teoman, Anonim Ortaklık Genel Kurulunda Birden Fazla Pay Sahip Olan Ortaklar Bir Öneri Konusunda Aynı Zamanda Olumlu ve Olumsuz Oy Kullanabilirler (İlet. Mal. C. XXVII, S. 4, s. 149-161) Otuz Yıl Ticaret Hukuku, Tüm Makalelerim C. I., İstanbul 2000 s. 11 s. 2,3.

276 Bkz. Moroğlu, s. 131.

-1.77 ATRG (1991) C 176/1, ATRG (1989) C 263/41.

2.78 ATRG (1983) C 240/2.

279 Anonim ortaklıklar hukukunda geçerli olan bu yasak, açık hüküm olmamasına karşın limited ortaklıklar hukukunda da geçerli kabul edilmekte ve para karşılığı oy kullanma taahhüdünün ahlaka aykırılık (BGB §138) nedeniyle batıl olduğu kabul edilmektedir: Hachenburg/Hüffer, §47 N. 77; Rowedder/Koppensteiner §47 N. 29; Scholz/Schmidt, §47 N. 45; Zöllner, Baumhach/Hueck GmbHG §47 N. 78.

2.80 Özel çıkar karşılığı oy kullanma taahhüdü ilk kez 1884 tarihli Alman Ticaret Kanununa eklenen 249e maddesi ile yasaklanmıştır. Madde hemen hemen hiç değişmeden bugüne kadar gelmiştir. Bkz: Schubert, W./Schmiedel, B./Krampe, C., Quellen zum Handelsgesetzbuch von 1897 Bd. 1, Gesetze und Entwürfe, Frankfurt 1986, s. 177; Dorun, s. 84.

ortaklık organlarında oluşan iradeyi yanıltacağıdır²⁸¹. Kanunun amacı, ortaklığın iradesinin yanıltılmasını engellemektir. Fakat bu arada oyu elde etmeye çalışan kişinin amacının ortaklığın yararına mı yoksa zararına mı hareket olduğu dikkate alınmalıdır. -ta, oyun bir menfaat karşılığı elde edilmiş olması başlı başına bir tehlike olarak görülmektedir²⁸².

Kanundaki "özel çıkar" tabiri, oy sözleşmelerinin tümünden geçersiz sayılabileceği korkusuna yol açmıştır, zira bu sözleşmeler, pay sahiplerinin karşılıklı olarak birbirlerine taviz vermeleri, dolayısıyla da çıkar sağlamaları temeli üzerine kuruludur²⁸³. Bunun üzerine, kanun hükmünün fazla geniş tutulduğu ve dar yorumlanması gerektiği söylenilerek, oylama sonucunda ortaya çıkan menfaatlerin, pay sahiplerinin sözleşmeyle karşılıklı olarak birbirlerine sağladıkları menfaatlerin ve tüm pay sahiplerine eşit şekilde dağıtılan menfaatlerin yasaklayıcı hüküm anlamında özel çıkar sayılmayacağı fikri geliştirilmiştir²⁸⁴. Bu fikir Türk ve İsviçre hukuklarında da benimsenmiştir²⁸⁵. Bu yaklaşım, ortaklıktaki çıkarlar dengesinin sağlanmasında faydalı bir araç olarak görülen oy sözleşmelerinin tümünden geçersiz kalmalarını önleme amacına hizmet etmektedir.

281 Schlegelber - Quassowski AktG. 3. auf. 1939, §299, N. 1; Klug, GroI!,komm (Bd. 2, 2. auf. 1965) §299 N. 5 (1937 kanunu), Meyer, Die Strafvorschriften des neuen Aktiengesetzes, AG 1966, 109, s. 113. Ayrıca Alman Kanununun gerekçesini aktaran Dohm, s. 85.

282 Meyer, AG 1966, s. 113.

283 Lühbert, s. 114. Nitekim oy sözleşmeleri geçerli kabul edilirken özel çıkar karşılığı oy J...-1.11larulmasının yasaklanması ve hatta cezalandırılması bir çelişki olarak görülmektedir (Meyer, AG1966, s. 113).

284 RGZ 133, 90, 94; Schlegelher - Quassowski AktG. 3. auf. 1939 §299, N. 2; Klug, GroI!,komm (Bd. 2. 2. auf. 1965) §299 N. 11, Godin-Wilhelmi §405, N. 14; Zluhan, s. 282; Baumbach/Hueck AktG §405 N.13.

285 Moroğlu, s. 58, Tekinalp (Poroy/Çamoğlu) N. 1002; Bürgi, Art. 692 N. 30, 33 34; Glattfelder, s. 270a.

Ancak bu yaklaşım eleştirilmiş ve paysahibine oylama yoluyla da menfaat sağlanabileceğine, bunun açıktan verilen paradan bir farkı olmadığını işaret edilmiştir²⁸⁶.

Ka.n.aa.ti.miice tarafların oy sözleşmesinde karşılıklı olarak birbirlerine sağladıkları veya oylama sonucunda ortaya çıkan menfaatler yasak kapsamında sayılmaz ve ahlaka aykırı görülmezken²⁸⁷ oylama sonucu dışındaki menfaatlerin ahlaka aykırı sayılması²⁸⁸ doyurucu bir gerekçeyle açıklanamaz²⁸⁹. Sağlanan menfaatin paysahibinin oyunun yönünü değiştirmesi tehlikesi söz konusu ise, menfaatin tümü bu sonuca varılmasında bir fark yaratamaz.

Yukarıda da belirtildiği gibi korkulan durum, paysahibinin kendisine sağlanan menfaat nedeniyle kendi inancı doğrultusunda değil, menfaat sağlayan kişinin isteği doğrultusunda hareket etmesidir. Bu korkunun temelinde iki varsayım bulunabilir: 1 - serbest iradesi ile hareket eden paysahibi nasıl olsa ortaklık yararına hareket edecektir; ve 2 - menfaati sağlayan kişi ortaklığın veya diğer paysahiplerinin zararına hareket edecektir. Nitekim yukarıda anılan 1884 tarihli Alman Kanununun gerekçesinde de kendisine özel çıkar sağlanan oy sahibinin, oyunu verirken ortaklığın çıkarlarına göre değil, kendisine sağlanan çıkara göre hareket edeceği varsayıldığı için oy satımının tehlikeli bulunduğu belirtilmiştir²⁹⁰. Oysa serbest iradesi ile hareket etse bile, paysahibinin oyunu ortaklık yararına kullanacağı konusunda bir garanti yoktur ve olamaz.

286 Lübbert, 150 ve orada anılan Ritter, Aktiengesetz, 1939 (y.y.) §299 N. 2b; Grimm, Uneinheitliche Stimmrechtsausübung und vertragliche Stimmrechtsbindung im Aktienrecht, Köln 1959, s. 56. Kaldı ki paysahipleri sözleşmelerinin karmaşık yapısı özel bir çıkarın varolup olmadığını tespitini güçleştirir ve doktrinde yapılan ayrımı etkisiz bırakır.

287 Örneğin, RGZ 133, 90, 94, bkz. Lübbert, 150.

288 Örneğin, RGJW 1916, 575, 576. bkz. Lübbert, s. 114 dpn. 91

289 Meyer, AG 1966, s. 113.

290 Dohm, s. 84-85.

Alman hukukunda paysahibinin bağıllık yükümü kabul edilse bile. Türk-İsviçre hul.'Ul.'Unda hakim fikir paysahibinin ortaklık yararına hareket borcu bulunmadığı yolundadır²⁹¹. Diğer taraftan bir oy sözleşmesine taraf olan paysahibinin iradesi serbest ve davranışı ahlaka uygun kabul edilmektedir. Oysa bu halde de paysahibi, yine bir takım menfaatler elde edecek, karşılığında bir takım tavizler verecek ve bu durumda ortaklığa değil, kendisine en uygun düştüğü şekilde oyunu kullanma taahhüdü altına girmiş olacaktır. Yani paysahibi her halde kendi çıkarı için çalışacaktır. Bu nedenle oy karşılığında menfaat kabul eden paysahibinin davranışının ahlaka aykırılığı gerekçesi zayıf bir gerekçedir²⁹². İsviçre hukukunda da paysahibinin oy verirken ortaklık menfaatlerini gözetmek zorunda bulunmadığı ve ortaklığa yaptığı yatırımı kendisine en iyi ekonomik faydayı sağlayacak şekilde kullanmasının ahlaka aykırı kabul edilemeyeceği gerekçesiyle oy satımının ahlaka aykırılığını reddeden ve menfaat karşılığı kullanılan oylarla alınan kararın iptal mekanizmasıyla denetlenmesini yeterli bulan bir görüş oluşmuştur²⁹³. Bu görüş, İsviçre Federal Mahkemesinin de hakim fikir uyarınca ahlaka aykırılık nedeniyle butlana gidilmesi gereken olaylarda sorunu açık bıraktığına işaret etmektedir²⁹⁴.

291 Bkz. §1 VI A 4 ve §7 II B 2. Nitekim Alman hukukunda da özel çıkar karşılığı oy kullanılması yasaklanmasına ve cezalandırılmasına karşı çıkan görüş, o yıllarda paysahibinin, dürüstlük kuralını aşan anlamda ve ortaklığın menfaatini gözetmek şeklinde bir sadakat yükümlünün kabul edilmediğine, bunun da yasağı iyice çelişkili hale getirdiğine işaret etmiştir (Meyer, AG 1966, s. 114).

292 Ayru fikirde. Lübbert, s. 152.

293 Appenzeller, s. 47; Dohm, s. 82vd., 86. *Dohm*, oyda çoğunluğa sahip olmanın ekonomik bir güç ifade ettiğini, dolayısıyla ortaklığın yönetimi ile ilgili olan paysahiplerinin bu çoğunluğu ele geçirmek için bir bedel ödemeye hazır olacakları, ancak bundan, bu paysahiplerinin ortaklığın yararına hareket etmek istedikleri sonucunun çıkarılamayacağını belirtir (s. 86).

294 Appenzeller'in işaret ettiği kararlar: BGE109 il 43, BGE 81 II 534, ZR 89 (1990) n. 49,92.

Kanımızca ilk bakışta ahlaka aykırı olarak görülebilecek husus, oyun çıkar karşılığı elde edilmesiyle birlikte, gerçekte o payın sahibi olmayan, yani o payın ekonomik riskini taşımayan kişinin oyu I...'Ullanma imkanını eline geçirerek diğer paysahipleri karşısında haksız bir üstünlük kazanmasıdır. Anonim ortaklıkta geçerli olan paysahipliğine bağlı hakların bölünmemesi ve paydan ayrı olarak devredilememesi (*Abspaltungsverbot*) kuralı²⁹⁵ da bu görüşe bir dayanak oluşturabilir. Şöyle ki, paysahibi anonim ortaklığa sermaye koymakla üzerine bir risk almıştır ve ortaklıkla ilgili karar verirken üstlendiği riski dikkate alarak ortaklık için en iyi olacak şekilde karar vermesi beklenir. Oy hakkının bu riski taşımayan kişilerce kullanılması bu hakkın dikkatsizce ve düşüncesizce kullanılması tehlikesini beraberinde getireceğinden, oyun paydan ayrı olarak devredilmesi yasaktır. Paya bağlı katılım ve koruma hakları paydan ayrılamaz, bölünemez, paydan ayrı olarak devredilemez ve bu yasağın dolanılmasını teşkil edecek vekalet haklarının verilmesi de yasağa dahildir⁹⁶. Oy hakkını eline geçirmek isteyen kişi, parasını verip payın tümünü almalı, yani riski üstlenmelidir. Aksi takdirde bu kişi hem oyu kullanırken dikkate alması gereken riskleri önemsemeyecek, hem de diğer paysahiplerine karşı haksız bir üstünlük kazanmış olacaktır. Bununla birlikte, payın riskini taşıyan paysahibinin şahsi menfaati her zaman ortaklığın menfaati ile örtüşmeyeceği için, paya sahip olmak, oyu ortaklık lehine kullanmanın bir garantisini oluşturmaz. Üstelik sermaye riski - oy dengesinin oyda imtiyaz ile bozulabilmesi de kuralın mutlak olmadığını gösterir^{296a}. Bunun yanısıra örneğin TK 361'de intifa hakkı sahibinin oyunu kullanırken payın malikinin menfaatini dikkate alması gerektiği yazılıdır, yoksa şirketin menfaatlerini değil. Ayrıca oyun şahsa bağlı bir hak olmaması,

295 Bkz. yuk. dpn. 191.

296 Raiser, §12, N. 12; BGHZ 3, 354. 358.

296a Moroğlu, s. 24.

örneğin temsilci eliyle kullanılabilmesi de paya sahip olmanın, .rani sermaye riskini taşımanın oyun bizzat paysahihi tarafından ve ortaklık lehine kullanılacağıının bir garantisi olmadığına işaret eder^{296b}.

Öte yandan oyun menfaat karşılığında kullandırılması oyun ortaklığa zarar verici şekilde kullanılması tehlikesini beraberinde getirmekle birlikte, bir menfaat karşılığında oyun belli bir yönde kullanıldığı veya kullandırıldığı her durumda ahlaka aykırılık bulunduğu şeklinde genel bir yargıya da varılmamalıdır. Örneğin azlıkta kalan bir paysahibinin, çoğunluğun tamamen kendi çıkarları doğrultusunda karar almasını engellemek amacıyla, oylamaya katılmayarak güç boşluğu doğuran paysahiplerini oylamaya çekmek için onlara menfaat sağlaması ahlaka aykırı mı kabul edilecektir? Paysahiplerinin oy sözleşmeleri ile birbirlerine çeşitli konularda menfaatler tanıyarak veya tavizler vererek oylamada birbirlerinin isteklerine uygun davranmaları da ahlaka aykırı kabul edilemez. Bu, ortaklık içi güç dengesinin sağlanmasına yarayan, ortaklığın ilerlemesine faydası olan bir yöntemdir. Üstelik burada paysahiplerinin oy sözleşmeleriyle birbirlerine karşılıklı menfaat sağladıkları açısından yaklaşılarak haksız bir üstünlük kazanma durumunun söz konusu olmadığı da söylenebilir, zira bu halde de sözleşmenin dışında kalan paysahipleri bakımlarıyla bir eşitsizlik durumu söz konusudur.

Kanımızca asıl sorun, oyun ne sebeple belli yönde kullanıldığı veya paysahibinin kimin menfaati için çalıştığı değil, ortaklığın ve azınlıkta kalan paysahiplerinin oylamadan nasıl etkilendiğidir⁹⁷. Nitekim bedel karşılığı oy kullanma yasağının haklılığı konusundaki diğer bir fikir, oyunu satan açısından değil, oy satın alan açısından soruna yaklaşmaktadır. Bu fikre

296b Bu konuda bkz. yuk. dipnot 198 ve ilgili metin.

297 Aynı yönde Dohm. s. 86, İmregün, AO, s. 140, İmregün, Menfaat İhtilafları s. 42.

göre bedel karşılığı oy kullanma yasağının ardındaki fikir, oylamanın bir karşılık teklif eden kişinin, hemen daima ortaklığın zararına hareket etme niyetinde olacağı düşüncesidir²⁹⁸. Gerçekten de bedel karşılığı oyu belli bir yönde kullanma taahhüdü, ortaklığın veya azınlıkta kalan pay sahiplerinin zararına hareket imkanı sağladığı için tehlikelidir. Ancak bu tehlikenin her halde gerçekleşeceğini söylemek mümkün değildir²⁹⁹. Oyları alan kişinin menfaati ortaklığın menfaati ile çakışıyor, oylamanın sonucu ortaklığın lehine de olabilir. Bu nedenle oylamanın sonucuna göre bir yaptırım uygulamaya çalışmak, yani kararın iptali yoluna gitmek daha sağlıklı bir çözüm olacaktır³⁰⁰. Pay sahibine oyunu belli yönde kullanması için menfaat sağlanması olgusu, oylamanın sonucu ile birlikte değerlendirilebilir ve diğer pay sahiplerinin veya ortaklığın zararına hareket niyetinin varlığına işaret eden ve kararın afaki iyiniyet kurallarına aykırı olduğu görüşünü ispata yarayan yardımcı bir olgu olarak kabul edilebilir.

298 ZluhanAcP 62, 1928; s. 282; Grimm, s. 55 (Lühbert s. 151'den naklen).

299 Dohm, s. 86; İmregün, Menfaat İhtilafları, s. 42.

300 Aynı yönde Türk hukukunda: İmregün, AO, s. 140, Menfaat İhtilafları s. 42. Ayrıca bkz. Teoman, Olumlu ve Olumsuz Oy (Makalelerim C.I) s. 23. İsviçre hukukunda Appenzeller, s. 47; Dohm, s. 86. Alman hukukunda da, önemli olan hususun diğer pay sahiplerini ve ortaklığı menfaat karşılığı kullandırılan oylarla alınacak bir kararın zararlı sonuçlarından kurtarmak olduğu ve kararın butlanı veya iptali yolunun bu sonucu sağlayacağı belirtilerek oy satın alınmasının "düzen dışı hareket" kavramından ve para cezası kapsamında çıkarılması teklif edilmiştir: Horowitz, Über die Freiheit der Abstimmung im Aktienrecht, JW 1930, 2637, s. 2642; Lühbert, s. 151, 169-170. Zluhan da ortaklığın yararı için hareket eden bir kişinin, özel menfaat karşılığı diğer pay sahiplerini ortaklık lehine oy vermeye teşvik etmesinin dahi bu hükümle cezalandırılması gerekeceğini, oysa oyun elde edilme yönteminin, nihai amacından soyutlanarak tek başına kanunsuzluğa yol açmasının kabul edilemeyeceğini belirtir (s. 282). Yazar bu argümanı, oy sözleşmelerinin yasak kapsamından çıkarmak için kullanmaktadır.

fa) Halka açık ortaklıklar bakımından

Özel bir çıkar karşılığında oy kullanılması taahhüdünün ahlaka aykırılığının reddi konusunda yukarıda savunulan görüş ancak kapalı anonim ortaklıklar tarafından söz konusu edilebilir. Zira Türk hül.'Ukunda halka açık ortaklıklar bakımından konu bir SPK tebliği ile düzenlenmiştir. SPK'nın Sermaye Piyasası Kanununun 16A maddesine dayanarak çıkardığı Seri IV No 8 sayılı "Halka Açık Anonim Ortaklıklar Genel Kurullarında Vekaleten Oy Kullanılmasına ve Çağrı Yoluyla Vekalet veya Hisse Senedi Toplanmasına İlişkin Esaslar Tebliği"³⁰¹ 11 (A) maddesinin ikinci fıkrası, genel kurullarda oy hakkının kullanılması için çağrı yoluyla vekalet istenmesinde oy hakkı sahiplerinin vekalet vermelerini temin için herhangi bir menfaat önerilmesini veya sağlanmasını yasaklamıştır. Aynı Tebliğin 11(B) maddesi, oy sözleşmesi yapılması için çağrıda bulunulması halinde de bu yasağın geçerli olacağını, diğer bir deyişle paysahiplerininoy sözleşmesine taraf olmasının sağlanması için menfaat önerilemeyeceğini öngörmüştür. Oy sözleşmesine taraf olmak, oyu belli bir yönde kullanma veya kullanmama taahhüdünü kabul etmek anlamına geldiğine göre, bu taahhütte bulunulması karşılığında bir menfaat sağlanması anılan Tebliğ ile yasaklanmıştır. Böylece halka açık anonim ortaklıklar bakımından menfaat karşılığı oy kullanma veya oy sözleşmesine taraf olma konusunda yapılacak çağrılar hukuka aykırı duruma getirilmiştir.

Ancak tebliğ, çağrı yolu dışında bir yolla yapılan oy sözleşmelerinin anılan yasaklamanın dışında kaldığını da vurgulamıştır. Böylece tebliğ de, hakim fikirce kabul edilen, oy sözleşmelerinden doğan menfaatlerin ahlaka aykırılık kapsamı içinde değerlendirilmediği kuralını benimsemiş olmaktadır.

301 RG.9.3.1994, 218r□-Değişik, RG19.12.1996, 22852. Konsolide metin için bkz. (Çevrimiçi) [http:// www.spk.gov.tr](http://www.spk.gov.tr).

Halka açık ortaklıklar bakımından paysahiplerinin yaptıkları oy sözleşmeleri geçerli kabul edilmekte ve sözleşmelerde paysahiplerinin birbirlerine sağladıkları menfaatler ahlaka aykırı görülmemektedir. Tebliğe göre, hem genel kurulda oy toplamak için vekalet istenmesinde, hem de oy sözleşmesine taraf olma davetinde yasağı işler hale getiren husus, talebin çağrı yoluyla yapılmasıdır. Tebliğ, menfaat karşılığı oy kullanma taahhüdünün çağrı dışı yollarla yapılmasına karışmamaktadır.

Halka açık ortaklıklarda çağrı yoluyla oyda vekalet toplama veya oy sözleşmesine taraf olunması için çağrıda bulunma, ilgili ortaklığın yönetiminin ele geçirilmesi amacını güder. Halka açık ortaklıklarda yönetime ilgisiz bulunan yatırımcı küçük paysahiplerinin ve hu arada sermaye piyasasına duyulan güvenin korunması ihtiyacı, halka açık ortaklıklarda daha sıkı bir denetimi haklı kılar. Bu nedenle, yönetimin ele geçirilmesi amacıyla yapılan oyda vekalet toplama veya aleni pay alım teklifleri^{30z} sermaye piyasası hukuklarında özel düzenlemelere tabi tutulur. Ancak hu konuda da farklı yaklaşımlar görmek mümkündür. Örneğin sermaye piyasası hukukunun en gelişmiş seviyede bulunduğu Amerikan hukukunda, vekalet toplanması konusundaki federal düzenleme³⁰³ vekaletin satılması konusunda bir yasaklama getirmemektedir³⁰⁴. Bu konuyu düzenleyen eyalet hukuklarından bazıları ise oy veya oyun kullanılması için vekalet satışını kamu düzenine aykırı kabul etmişlerdir³⁰⁵. Ancak bu yasağa sahip eyaletlerde bile paysahi-

30z Kendi başına bir doktora tez konusu olan aleni pay alım teklifi (takeover bid) konusunun burada derinlemesine incelenmesi imkansızdır. Türk hukuku açısından bakınız, Manavgat, Ç. Aleni Pay Alım Teklifi, Mart 1997, SPK yayın no. 64.

303 Securities Exchange Act of 1934, Section 14 - Proxies.

304 Amerikan Federal Hukukunda oy satımı konusunda düzenleme bulunmamaktadır (Andre, A Preliminary Inquiry into the Utility of Vote Buying in the **Market** for Corporate Control, Southern California Law Review, 63, 1990, 533 636, s. 551).

305 New York Business Corporation Law §609 (e).

bine bir menfaat sağlayan oy sözleşmeleri. ancak menfaatin ortaklık veya diğer ortaklar *zaromia* sağlanması halinde kamu düzenine aykırı kabul edilmelidir³⁰⁶. Yani bizatihi menfaat sağlanması değil, bu menfaatin ortaklığa veya diğer pay sahiplerine zarar vermesi yaptırıma tabi olmaktadır. Konuyu ilgilendiren düzenlemelerle beraber evvelce menfaat karşılığı oy kullanma taahhüdünü kamu düzenine aykırı kabul eden³⁰⁷ eyaletlerde de bu yaklaşım terk edilmiş ve oy sözleşmeleri ancak diğer pay sahiplerine zarar vermek amacıyla gütmeleri halinde hukuken aykırı kabul edilir hale gelmiştir³⁰⁸. Halka açık ortaklıklar bakımından bu tür farklı yaklaşımlar gözlenebildiğine göre, kapalı ortaklıklar bakımından menfaat karşılığı oy kullanma taahhüdünü kategorik olarak ahlaka aykırı kabul etmeye yerine. bu yolla alınan kararın içeriğine ve somut olaydaki menfaatler dengesine bakılması daha isabetli olacaktır.

3. Pay devir kısıtlama.lan

a) Genel olarak

Anonim ortaklık paylarının devredilebilirliği³⁰⁹, anonim ortaklığın tip özelliklerinden biri olmasına, diğer bir deyişle

306 Miller v. Vanderlip. 285 N.Y. 116. 33 NE 2d 51. s. 54; Fletcher Cyclopedia of the Law of Private Corporations Vol. 5. 1996 Clark Boardman Callaghan. Deerfield, Illinois, § 2066, s. 372; Appenzeller. s. 152.

307 Bu görüşün hareket noktası. pay-sahibinin hiçbir etki altında kalmaması halinde. oyunu kendisi için en olumlu olan yönde kullanacağı ve bunun tüm pay sahipleri için aynı yön olacağı varsayımı idi. Böylece kendi menfaati ne en yararlı gördüğü şekilde oyunu veren pay sahibi aynı zamanda diğer pay sahiplerini de menfaatine olan şekilde oyunu kullanmış olacaktır. Oy satımı ise, bu menfaatini bozarak. satın alınan oyun diğer pay sahiplerini menfaatine ihlal etmemesi. yani pay sahibi diğer pay sahipleri ne bağlılık yükümünü ihlal etmesi sonucunu beraberinde getirebileceği için kamu düzenine aykırı sayılmaktaydı. Cone v. Russell. 48 NJ Eq 208. 21A 847. 849 (1891).

308 IXC Communications, Inc. v. Cincinnati Bell, Inc. 1999 WL 1009174 (Del Ch. 27.09.1999) s. 8; Schreiherv. Carney. 447 A.2d 17 (Del Ch. 11.05.1984) s. 26; Fletcher Cyc. Corp. § 2066. s. 373; Amire, s. 550-551; Appenzeller, s. 149.

□ blı. Tekin. (Poroy/Çamoğlu) N. 772a. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 4+- .83.

kanuni anoniin ortaklık modelinin bir unsuru olmasına rağmen. anonim ortaklık kavramının olmazsa olmaz bir unsuru değildir. Kanun, nama yazılı payların "esas mukavelede aksine hü-ünü olmadıkça" devredilebileceğini öngörmektedir (TK 4.16 I). Kanunun payın devredilebilirliğini kısıtlamak için öngördüğü yol, payın devrinin pay defterine kaydının şirket tarafından reddedilebilmesidir. Şirket, esas sözleşmede gösterilen sebeplere dayanarak veya esas sözleşmede sebep gösterilmesi gerekmeyen yazılı ise sebep dahi göstermeden, payın devrini deftere kaydetmeyi reddedebilir (TK4181)³¹⁰. Ortaklığa karşı yalnızca pay defterine kayıtlı kişiler paysahibi sıfatını haiz olacağından (TK 417 IV) deftere kaydetmeme, pay devrinin ortaklığa karşı hüküm ifade etmemesi sonucunu doğurur.

Uygulamada, ortaklığın sınırlı sayıda paysahibine ait olduğu hallerde, ortaklığın yabancıların, rakiplerin veya ortaklığa katılımı arzu edilmeyen diğer kişilerin eline geçmesini önlemek veya paysahiplerinin ortaklık içinde sahip oldukları güç dengesini korumak amacıyla payın devredilebilirliğini kısıtlayıcı, mevcut paysahiplerine payı öncelikle elde etme imkanı tanıyıcı düzenlemeler kabul edilmektedir³¹¹. Payın devredilebilirliğinin kısıtlanması, payın devrinin belli bir süre³¹² tamamen yasaklanması şeklinde olabileceği gibi, devrin diğer paysahiplerinin onayına bağlanması, payı devralacak kişinin paysahipleri sözleşmesine taraf olmasının sağlanması veya diğer paysahiplerine pay üzerinde alım/önlüm ve benzeri haklar tanınması şeklinde olmaktadır³¹³. Bu tür sınırlan-

310 Devrin kaydını şirketin onayına bağlı kılan esas sözleşme hükmüne bağlam, bu şekilde devredilebilirliği kısıtlanmış paylar bağlı nama yazılı pay olarak adlandırılır. Bkz. Tekinalp (Poroy/Çamoğlu) N. 1145 vd. Pulaşlı, H. Bağlı Nama Yazılı Pay Senetleri, Dayınlarlı, Ankara 1992.

311 Cox/Hazen/O'Neal, §14.9, Zöllner, RWS Forum 8, s. 92.

312 Bu süre genellikle paysahipleri sözleşmesinin geçerlilik süresi olarak belirlenmektedir (Joussen, s. 17).

313 Cox/Hazen/O'Neal, §14.9; Joyce, s.372-373; Hoffman-Becking, ZGR 1994, s. 443; Joussen, s. 17.

dırmalar, paysahipleri bakımından kanunda öngörülme-
yen davranış yükümleri içerebileceğinden tek borç ilkesine ayla-
rılıksorunu doğurur³¹⁴. Bu nedenle kanunda öngörülen bağlam
sistemi dışındaki düzenlemelerden, özellikle önalım, alım ve
satım hakları paysahipleri sözleşmelerine dahil edilmektedir.

Aşağıda öncelik, önalım, alım ve satım haklarının paysahipleri
sözleşmesinde nasıl düzenlendikleri incelendikten sonra bun-
ların esas sözleşmede yer alması sorunu ele alınmıştır.

b) Öncelik hakkı

(1) Kavram ve amaç

Yaygın bir uygulama, payın üçüncü bir kişiye devrinden önce-
mevcut paysahiplerine teklif edilmesinin şart koşulmasıdır³¹⁵.
Böylece payını devretmek isteyen kişi payını devretmek
hakkından mahrum olmaz ancak diğer paysahipleri üçüncü bir
kişinin ortaklığa girmesini engellemek istiyorlarsa payı kendi-
leri satın almak (veya ilaveten bu imkan sağlanmışsa, kendile-
rince kabul edilebilecek bir kişinin payı satın almasını
sağlamak) yoluyla bu amaca ulaşabilirler³¹⁶.

Bu sisteme göre paysahihi, payını satmak arzusunda ise bunu
öncelikle diğer paysahiplerine bildirmek ve payı onlara teklif

314 Bkz. aşı. "f(z)".

315 "*First option*" veya "*First refusal*". Cox/Hazen/O'Neal, §14.9; Joyce, s. 369;
Warren, s. z55. İsviçre ve Alman hukuklarında bu teklifte bulunma zorunluluğu,
daha doğrusu kendisine teklifte bulunulacak olan tarafa tanınan bu öncelik
"*Vorhand*" olarak anılmaktadır. Bkz. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 44 N.
z59; Glattfelder s. 185a; Lehner, Die rechtliche Struktur und die Hauptarten der
Aktienrechtlichen Vorkaufsrechte, SJZ 50, 1954, 73, s. 77; Meier-Hayoz, Yom
Vorkaufsrecht, ZBJV 9z, 1956, z97, s. 33z; Henrich, D. Vorvertrag,
Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag, 1965, s. z97; Jousen, s. 18; Noack s. 16.
"*Vorhand*", Türkçe'ye "öncelik" olarak çevrilmiştir: Tekinalp. Önalım, s. 349.
Bu terim. Yargıtayca da benimsenmiştir, Y.11. HD. e. 1994/7138, K. 1995/15zz,
Moroglu, Oğuzman Armağanı s. 5z7.

316 Salzgeber-Dürig, Das Vorkaufsrecht und verwandte Rechte an Aktien,
Zürich 1970 s. 118.

etnik zonındadır. Diğer pay sahipleri payı satın almak konusunda üçüncü kişilere kıyasla bir "öncelik hakkı"³¹⁷ sahibidirler.

(□) Türleri

Öncelik hakkının içeriği değişik şekillerde düzenlenebilir.

1. Paysahibi, payını devretmek istediğinde öncelik hakkı tanıdığı kişiye teklifte bulunmak yükümlülüğü altında olmakla beraber payını satmak zorunda olmayabilir (Teklifte öncelik:)³¹⁸. Diğer bir deyişle, herhangi bir öncelik hakkının tanınmadığı durumda payını satmak isteyen paysahibi, istediği kişiyle sözleşme görüşmeleri yapabilecekken, öncelik hakkı tanındığı takdirde muhakkak öncelik hakkı tanınan kişilere de payı satmak arzusunda olduğunu duyurmak ve onlarla görüşmek zorundadır. Ancak payı satmak arzusunun bildirilmesi, karşı tarafa bir icapta bulunulduğu anlamına gelmeyecek, bu ancak bir icaba davet oluşturacaktır. Satma arzusunun bildiren kişi öncelik hakkı sahibinin vermeye hazır olduğu fiyatı beğenmezse satmak zorunda olmadığı gibi, üçüncü kişilerin daha iyi fiyat teklif etmeleri halinde onlara da satabilir. Öncelik hakkı tanıyanı bağlayan tek husus, eğer sözleşmeyi yapacaksa, aynı şartlar altında satış sözleşmesini öncelik hakkı sahihi ile yapmak zorunda olmasıdır³¹⁹. Başka bir söyleyişle, öncelik hakkı sahibi aynı şartlarla payları almaya hazır olduğu sürece, öncelik hakkı tanıyan payları üçüncü kişiye satmama borcu altındadır.³²⁰ Bu şekilde paysahibi hem üçüncü kişilerin tekliflerini almak hem de fiyatı uygun görmezse sözleşme yapmama imkanına sahiptir.

317 Tekinalp, Ön.alım. s. 349.

318 Almanca'da bu tarz öncelik hakkı "*Verhandlungsvorhand*" olarak da anılmaktadır. Larenz/Wolf, AT §3. N.105.

319 Salzgeber-Dürig, s. 144vd; Henrich, s. 306.

320 Salzgeber-Dürig, s. 147; Henrich, s. 306.

□.Öncelik hakkı, geri dönülmez bir icapta bulunma zorunluluğu olarak da öngörülmüş olabilir³²¹. Bu halde paysahibi payını satma arzusunda ise, öncelik hakkı sahibine icapta bulunmak zorundadır (icapta öncelik)³²². Kendisine icapta bulunulan paysahibi kabul beyanıyla sözleşmeyi kurabilir. Bu şekilde düzenlenen öncelik hakkı, hukuki niteliği farklı olmakla beraber önalım hakkına benzer sonuç doğurur. Önalım hakkının tanınmış olması halinde paysahibinin paylarını üçüncü kişiye satması olgusu önalım hakkı sahibine tek taraflı yenilik doğurucu beyanla satış sözleşmesi kurma imkanı verirken, öncelik hakkının tanınmış olması durumunda paysahibinin paylarını satmak istediğini doğrudan doğruya hak sahibine beyan etmesi (icapta bulunması) olgusu haksahibine kabul beyanıyla satış sözleşmesini kurma imkanı verir. Diğer bir deyişle hakkın kullanılması zeminini hazırlayan olgu farklı olmakla beraber, her iki halde de hak sahihi kendi beyanı ile satış sözleşmesini kurabilme imkanına sahiptir.

İcapta öncelik hakkında da, öncelik hakkı sahibinin icabı reddetmesi halinde, paylar üçüncü kişiye daha düşük fiyata sanlamaz.

İcapta öncelik yerine, kabulde öncelik de öngörülebilir. Bu kez öncelik hakkı sahibinin yaptığı icabı (üçüncü kişilerinkinden daha kötü şartlar içermediği sürece) kabul etme zorunluluğu söz konusu olur³²³.

321 Y.11. HD. 23.2.1995, E. 7138, K. 1522, Oğuzman Armağanı s. 525 (*Moroglu'nun* makalesine ek). Yargıtayın kararına konu olan olayda, anasözleşmede yer alan bir hükme göre, payını satmak isteyen tarafın diğer paysahiplerine yaptığı teklife karşı taraf 7 gün içerisinde cevap vermek zorunda idi. Diğer bir deyişle teklif, 7 gün süreyle bağlayıcı bir icap niteliğini taşıyordu (s. 527). Ayrıca kabulün ne şekilde yapılacağı da belirlenmişti (anılan 7 gün içinde rayiç bedelden paylan satın almaya hazır olduğunu bildirme). Belirlenen usule göre yapılmayan kabul beyanı hakkın kullanılması anlamına gelmiyor ve böylece icap bağlayıcılığını yitiriyordu. Ayrıca bkz. aşa. dñn. 326.

322 "Angebotsvorhandfl: Larenz/Wolf, AT §23, N. 105. Ayrıca Salzgeber-Dürig, s. 121; Henrich, s. 306-307.

323 Salzgeber-Dürig, s. 122-123. Bunun satım opsiyonundan farkı, kabulde önceliltesözleşmenin kurulması için kabule ihtiyaç bulunması, satım opsiyonunda ise bir yenilik doğurucu hakkın kullanılmasıyla sözleşmenin kurulmasıdır.

Öncelik hakkı tanıyan kişinin öncelik hakkı sahibine payını satmak istediği konusunda yapacağı bildirim bir icap niteliği taşıyıp taşımayacağı sözleşmede açıkça düzenlenmediyse ve tarafların bu konudaki niyeti sözleşmeden anlaşılamiyorsa, yulurıda anılan ilk halin, yani öncelik hakkı tanıyanın sözleşme özgürlüğünü daha az kısıtlayan teklifte öncelik halinin var olduğunu kabul etmek gerekir³²⁴.

Paysahiplerinin öncelik hakkı, bazen önalım hakkı ile birleştirilerek güçlendirilmiş de olabilir³²⁵. Bu halde, payını satmak isteyen paysahibi önce diğer paysahiplerine teklifte bulunur, eğer bunlar öncelik hakkını kullanmak istemezse, üçüncü kişilerle görüşür. Eğer bir üçüncü kişiye satış söz konusu olursa, o takdirde diğer paysahipleri aynı zamanda bu satışla ilgili olarak da önalım hakkını kullanmak imkanına sahip olurlar. Böylece payı satın almak için ikinci bir şans elde ederler.

(3) Pay bedeli

Payın değerinin sonradan tayin edilmesinin güçlüğü karşısında, sözleşmelerde çoğu kez payın değerinin hangi esasa göre tayin edileceği (rayiç değer, gerçek değer veya özel bir formül gibi) belirlenmektedir. Bu durumda şu soru ortaya çıkar: Acaba fiyat sözleşmede belirlenmişse veya fiyatın nasıl belirleneceği sözleşmede kararlaştırılmışsa, paysahibi bu fiyata payını satmak zorunda mıdır, yoksa daha yüksek fiyat veren üçüncü kişiler varsa pay onlara satılabilir mi? Kanımızca öncelik hakkının geri dönülmez bir icap şeklinde düzenlendiği

324 Salzgeber-Dürig, s. 124,127.

325 Hoffman-Becking, ZGR 1994, s. 443, Jousen, s. 18, Salzgeber-Dürig, s. 137.

326 Salzgeber -Dürig, s. 27. Yargıtay'ın incelediği E. 7138, K. 1522 sayılı olayda (bkz. yuk. dpn. 321) taraflar arasında icapta öncelik hakkı tanınmış ve payın rayiç fiyattan alınabileceği kararlaştırılmıştı. Payını satmak isteyen paysahibi, diğerlerine satış arzusunı bildirdiğinde payı almak isteyen diğer paysahipleri payı "rayiç bedelden almayı kabul ettiklerini" bildiren beyanlarını icabın bağlayıcılık süresi olan 7 gün içinde satan tarafa bildirmek zorundaydı. Olayda, sözleşmenin bu açık hükmüne rağmen alıcı olan taraf, payı "rayiç bedelden"

hallerde sözleşmede belirlenen fiyat veya sözleşmedeki usule göre belirlenecek olan fiyat tarafları bağlayıcı olmalıdır³□⁶. Sözleşmede fiyat belirlenmesinin amacı, sonradan çıkacak ihtilafları önlemek olduğu kadar, öncelik hakkı sahibinin, fahiş fiyat önerileriyle karşılaşarak hakkını kullanmaktan mahrum bırakılmasını da önlemektir³□⁷.

c) Önalım hakkı

(1) Kavram ve amaç

Paysahiplerinin ortaklıktaki paydaş çevresini olduğu gibi korumak ve ortaklıkta yabancılaşmayı önlemek amacıyla kullanabilecekleri diğer bir yöntem birbirlerine önalım hakkı tanımaktır. Önalım hakkı, payını bir üçüncü kişiye satmak isteyen paysahihinin paylarını tek taraflı bir beyan ile satın almak imkanı verir. Böylece paysahihinin üçüncü kişi ile yaptığı sözleşmeye dolaylı olarak müdahale edilmekte, bu sözleşmenin ifası engellenmeye çalışılmaktadır. İfanın engellenmesi için doğrudan müdahale mümkün değilse de, önalım hakkının kullanılmasıyla kurulan satış sözleşmesine aykırılığın tazminat borcu doğuracak olması önalım hakkını tanımış olan paysahihinin payım devretmedeki iradesi üzerinde bir baskı unsuru oluşturacaktır.

Paysahipleri sözleşmesinde önalım hakkı tanındığı durumlarda, payın sözleşmede belirlenen bazı kişilere satılması halinde önalım hakkının işlemeyeceği, buna karşılık payın satıldığı kişinin de paysahipleri sözleşmesine taraf olması gerektiği kararlaştırılabilir. Özellikle aynı aile veya şirketler grubu içinde

almaya hazır olduğunu beyan etmek yerine, *ttalımıla ilgili olduğunu* belirterek satıcı tarafın *tt* satış fiyatını yazılı olarak bildirmesini talep etmiştir. Diğer bir deyişle, Yargıtay'ın da ifade ettiği gibi, öncelik hakkını kullanmak isteyen paysahibi, payın sözleşmede kararlaştırıldığı şekilde rayiç bedelden almayı kabul etmek yerine, fiyat konusunda bir pazarlığa girişmek istemiştir (Oğuzman Armağam s. 5□9). Bu cevabın sözleşmeye uygun olmadığını hem Asliye Ticaret Mahkemesi, hem Yargıtay kabul etmiştir (a.g.y).

Salzgeber-Dürig, s. □7.

payın el değiştirmesinin sakıncalı görülmeyeği durumlarda, aile fertleri veya aynı gruba üye şirketler arasında yapılan satışlar, payı satın alan kişilerin paysahipleri sözleşmesine taraf olması koşuluyla önalım hakkı kapsamından çıkarılır³²⁸. Böylece istenmeyen kişilerin ortaklığa girme tehlikesinin olmadığı hallerde önalım hakkı doğmaz ve önalım hakkından muaf olarak ortaklığa giren bu kişilerin paysahipleri sözleşmesinden doğan borçları yüklenmesi ile de paysahipleri sözleşmesi ile kurulmuş olan düzenin devamı sağlanır³²⁹.

Önalım (şufa) hakkı Türk hukukunda gayrimenkuller bakımından MK 73□ vd.'da (EMK m. 658-659) düzenlenmiş, MK 1009'da (EMK 919) önalım hakkının tapuya şerh edilebileceği söylenmiş ve BK □13 ile de gayrimenkuller üzerinde önalım hakkı veren sözleşme yazılı şekle bağlanmıştır. Önalım hakkının kanunda yalnız gayrimenkuller bakımından öngörölmüş olması bu hakkın diğer malvarlığı değerleri üzerinde kurulamayacağı anlamına gelmez. Nitekim tamamı gayrimenkulleri ilgilendiren bu düzenlemelerin kanundaki yeri eleştirilmiş ve önalım hakkının gayrimenkullerin yanı sıra menkul mallar ve özellikle kıymetli evrak üzerinde de kurulabileceğine işaret edilmiştir³³⁰. Bu nedenle, gayrimenkuller bakımından geliştirilen önalım hakkı teorileri, uygun düştüğü ölçüde diğer malvarlığı değerleri bakımından da uygulanır³³¹.

328 BGH NJW 1987, 890 (bkz. aşa. dpn. 341). Noack, s. 2,92,vd, Jousen, s. 17, Böckli. Al-tionarbindungsverträge mit eingebauten Vorkaufs- oder Kaufsrechten und Übernahme Pflichten, Rechtsfragen um die Aktionarbindungsvertrag, (Her. Druey/Böckli/Nobel). Zürich 1998, s. 55.

32,9 Alıcının paysahipleri sözleşmesinden doğan borçları üstlenmesi koşuluna bağlı olarak önalım hakkı kapsamının dışında tutulan satışlarda alıcı paysahipleri sözleşmesinden doğan borçları üstlenmez ise, önalım hakla kullanılabilir hale gelir. Aksi takdirde önalım hakkının sağladığı koruma etkisiz bırakılmış olur. Bu konuda bkz. aşa. dpn. 341 ve ilgili metin.

330 Meier -Hayoz, ZBJV 1956, s. 300. Sözleşme! önalım hakla nama yazılı hisse senetleri üzerinde olduğu kadar hamiline yazılı hisse senedi üzerinde de kurulabilir [Wieland, SAC 2.7 (1954-55). s.157].

331 Meier -Hayoz, ZBJV 1956. s. 300; BernKomm ZGB Art. 681 N.9; Feyzioğlu, şufa Hakkı, İstanbul 1959. s. 148; Tekinalp, Önalım, s. 350.

Gayrimenkullerde bir gayrimenkulun mülkiyet payları üzerinde paydaşların kanundan doğan bir önalım hakkı vardır (MK 73□. EMK 659). Kanunda önalım hakkının tanımı verilmeksizin yapılan bu düzenlemenin amacı gayrimenkullerde birden fazla malik olması halinde, gayrimenkulun hisselerinin mümkün olduğunca az hissedar elinde toplanmasını sağlamak ve hissedarlar arasında öteden beri mevcut olan ilişkiyi idame ettirerek yabancı kişilerin araya girmesini önlemektir³³². Benzer amaç, yani payların yabancıların eline geçmesini önlemek ve pay sahipleri arasındaki ilişkiyi devam ettirmek amacı pay sahipleri sözleşmesi bakımından da geçerlidir.

(□) Hukuki nitelik

Önalım hakkı yenilik doğurucu bir haktır³³³. Hakkın kullanılması yetkisi, hak konusu kıymetin bir üçüncü kişiye satılmasından ibaret olan bir tür geciktirici şarta bağlanmış

332 27.3.1957 tarih, E. 56/12, K. 51/2, sayılı YİBK, Kılıçoğlu, Akdi ve Kanuni Şufa Davaları. Ankara 1997, s. 15; Şıpka, Kanuni Önalım (Şufa) Hakkı. Alfa, İstanbul 1994. s. 223.

333 YİBK 20.6.1951. E.13, K.5, RG. 7-11.1951. N. 7950. Y. 6. HD. 21.4.1992. E. 255z/K.5520 (Kılıçoğlu, s. 18). Meier-Hayoz, ZBJV1956, s. 304; Eren C. I. s. 60; Feyzioğlu, s. 15; Hatemi/Serozan/Arpacı, Eşya Hul'III-1.1. Filiz, İstanbul 1991; s. 425. s. 609vd; Oğuzman/Seliçi, Eşya Hukul.71, 9. Bası Filiz İstanbul 2002, s. 399; Şıpka. s. 31; Tandoğan. Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C. II, 5. bası, Ankara 1988, s. 274; Von Tuhr (Edege), §33 II. s. 263. Önalım hakkı yenilik doğurucu hak olarak kabul edilmekle beraber, bu hakkın tanındığı sözleşmenin hukuki niteliği konusunda çeşitli teoriler mevcuttur, (Bkz. Meier-Hayoz. ZBJV 1956. s. 306vd; Feyzioğlu. s. 8vd; Kırca. Hukuki Yönüyle Borsa Opsiyon İşlemleri, Banka ve Ticaret Enstitüsü Ankara 2000, s. 187Vd; Tandoğan. II. s. 2,75vd; Henrich, s. 22.pd; Staudinger - Mayer-Maly Vor §504 N. 2,4vd; MünchKomm BGB - Westermann, §504 N. 7) Tek taran bağlayan önsözleşme (satış vaadi) teorisine göre, taraflardan yalnızca biri, önsözleşme ile asıl sözleşmeyi kurma taahhüdünde bulunur. Diğer taraf arzu ederse bu taahhütte bulunan kişiyi asıl sözleşmeyi yapmaya zorlar. İcap teorisine göre, önalım hakkının tanınması geri dönülmez bir icapta bulunulması anlamına gelir. Karşı taraf tek taraflı beyanıyla sözleşmeyi kurabilir. Şart teorisine göre, önalım hakkının tanınması geciktirici şarta bağlı bir satım sözleşmesinin kurulması anlamına gelir, yani sözleşme baştan kurulur ancak sonuçlarını önalım hakkının kullanılması ile doğurur. Sonucu bir görüş, önalım hakkı tanıyan sözleşmeyi sui generis kabul ederek. hakkın kendisini yenilik doğurucu

duruındadır³³⁴. Gecik...-tirici şart önalım hakkı tanıyan kişinin üçüncü kişiyle geçerli bir satış sözleşmesi akdetmesidir. Ancak g-ecik...-tirici şart satış sözleşmesinin gerçekleştirilmesi yerine, önalını hakkı tanıyanın üçüncü kişiye satış konusunda icapta bulunması olarak da belirlenebilir³³⁵. Şartın gerçekleşmesi ile önalım hakkı sahibi yenilik doğurucu hakkını kullanarak, yani tek taraflı beyanı ile kendisi ile satıcı arasında bir satım sözleşmesi kurma imkanını elde eder. Eğer önalım hakkı sahibi bu hakkını kullanırsa, yani payları almak iradesini beyan ederse, beyanın karşı tarafa varması³³⁶ ile kendisiyle önalım hakkını tanımış olan kişi arasında satım sözleşmesi kurulmuş olur. Payını devretmek isteyen paysahibi böylece payını, üçüncü kişi yerine kendisine tanınan önalım hakkını kullanmış olan paysahibine devretmek zorunluluğu altına girer. Payın bu hükme rağmen üçüncü kişiye satılması halinde devir geçerlidir; devredilen payın iadesi istenemez, ancak borcuna aykırı davranan paysahibi tazminat yükümlülüğü altına girer³³⁷.

(3) Sözleşme koşulları

Önalım hakkının kullanılmasıyla kurulacak sözleşmenin koşul-

hak olarak nitelendirme üzerinde yoğunlaşır. Bu teoriler, sözleşmede yer alan düzenlemenin durumu açıklamaya yetmediği noktada devreye girer. Yoksa taraflar sözleşme ile önalım hakkının tanınma biçimini bu modellerden herhangi biri üzerine kurabilirler (Larenz/Wolf, AT§ 29, N.42, 44). Hangi teori veya model kabul edilirse edilsin, hakkın kullanılması ile birlikte, karşı taraf hakkın konusu olan kıymeti devretme borcu altına girer.

- 334 Lehner, SJZ 1954 s. 74; Klay, s. 461; MünchKommBGB - Westermann, §504 N. 8. Bu şart Alman hukukunda "*Vorkaufsfall*", Türk hukukunda "önalım olayı" olarak adlandırılır (Şıpka, s. 43).
- 335 Hueck. G. Erwerbsvorrechte im Gesellschaftsrecht, FS Larenz, 1973, 749, s. 764.
- 336 Y. 6.HD. 21.9.1982 (Kılıçoğlu, s. 22-23); Eren C. I. s. 63; Feyzioğlu, s. 21ovd; Tandoğan, 1/1 s. 284. "Şufa hakkının kullanılabilmesi için istek açıklamasının muhatabın kudret egemenlik alanına girecek biçimde ulaşması yeterlidir. Hakkın kullanılması ile bütün hukuki sonuçlar meydana gelmiş bulunmaktadır." Y. 6. HD. 6-4-1995, E. 3601. K. 3736 (Kılıçoğlu, s. 87).
- 337 Meier-Hayoz, ZBJV 1956, s. 302; Salzgeber-Dürig, s. 75, 160, 172; Tandoğan, 1/1, s. 280; Tekinalp, Önalım, s. 354; Tekinay, Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, İstanbul 1992, s. 146.

!arının, özellikle satış fiyatının ne olacağı veya hangi usule göre hesaplanacağı konusunda bir anlaşmaya varılmamışsa hakkın l.,ıllanılmasıyla laırulacak satış sözleşmesi üçüncü kişi ile payım satacak olan paysahibi arasındaki sözleşmenin koşullarına tabi olu:r³³⁸. Ancak böyle bir durumda fiyat fazla yüksekse, önalım hakkı sahihi bundan mağdur olabilir. Bu nedenle fiyatı önceden sözleşmede belirlemek veya fiyatın nasıl belirleneceği konusunda bir formül öngörmek daha akıllıca olur³³⁹.

(4) Hakkın kullanılması

Önalım hakkının kullarılmasının payların bir üçüncü kişiye satılması şartına bağlı olduğu yukarıda söylendi. Önalım hakkım etkisiz kılmak amacıyla, önalım haldo.mn kullanılması halinde üçüncü kişi ile yapılan satış sözleşmesinin geçersiz olacağı yolunda bir hüküm kabul edildiği takdirde, bu hüküm önalım hakkı sahibine karşı dermeyan edilemez³⁴⁰. Aynı şekilde, önalım hakkının kullanılması üzerine, payı önalım hakkı sahibine devretme borcundan kurtulmak amacını gütsün gütmesin, satış sözleşmesinin feshedilmesi veya sözleşmeden

338 Buna basit (adi) önalım hakkı veya sınırsız önalım hakkı adı verilmektedir, Lehner, SJZ 1954, s. 74; Salzgeber-Dürig, s. 25vd; Tandoğan, III, s. 274; Tekinalp, Önalım, s. 347-348. Gayrimenkullerde sözleşme! önalım hakkı satışın öğrenilmesinden itibaren bir ay ve her halde hakkın sicile şerh edilmesinden itibaren 10 yıl içinde kullanılabilir (MK 735/11). Şerh edilmiş şufa hakkı gayrimenkulu devralan üçüncü kişiye karşı da kullanılabilir ceğinden, bu üçüncü kişinin ödediği bedelin zaman için enflasyon nedeniyle düşük kalması veya taşınmazın değerinde objektif artışlar olması karşısında, önalım hakkını kullanan kişinin taraf olacağı satış sözleşmesinin ilk satış sözleşmesinin koşullarına tabi olması kuralına rağmen, enflasyon ve objektif artış dikkate alınmakta ve önalım hakkını kullanan kişinin ödeyeceği bedel buna göre artırılmaktadır. YHGK. 14.2.1994. E.6-663, K. 841 (Kılıçoğlu, s. 89vd.)

339 Bu tür önalım hakkı da nitelikli (mevsuf) veya sınırlı önalım hakkı olarak anılmaktadır. Bkz. yuk. dpn. 338'de anılan eserler. Satış fiyatı için borsa değeri veya rayiç değer, defter değeri, itibari değer veya gerçek değer esas alınabilir veya fiyatın bir üçüncü kişi, örneğin bir mali denetleme kuruluşu tarafından belirleneceği kararlaştırılabilir.

340 Lehner, SJZ 1954, s. 74. Bu husus, Alman hukukunda kanunla düzenlenmiştir (BGB§506).

dönülmesi de önalım hakkını geçersiz kılmaz³⁴¹. Aksi takdirde anılan her iki halde de önalım hakkını kolayca bertaraf etmek mümkün olurdu.

Önalım hakkını l'U.llanılır hale getiren payların satışı olgusunun paysahibinin iradesi ile gerçekleşmesi gerekir. Diğer bir deyişle, cebri icra yoluyla yapılan satışlarda önalım hakkı işlemez³⁴². Bu husus, gayrimenkullerdeki kanuni önalım hakkı bakımından Medeni Kanuna da girmiştir (MK m. 733 I). Önalım konusu mal cebri icra yoluyla bir üçüncü kişiye satılırsa, önalım

341 Feyzioğlu, s. 222; Şıpka, s. 80; Tandoğan lı s. 288. Y. 6. HD. 1.5.1995, E. 4175• K. 4523 (Kılıçoğlu, s.48-49). Alınan Federal Mahkemesi bir olayda aksi yönde karar vermiş ve karar eleştirilmiştir. (BGH NJW 1987 890 = WM 1987 10). Olayda aynı aileye mensup iki paysahibi bir anonim ortaklıktaki payların yaklaşık toplam %90'ına sahipti. Paysahipleri ortaklığa yabancıların girmesini önlemek amacıyla akdettikleri sözleşmede paylar üzerinde birbirlerine önalım hakkı tanımışlardı. Ortaklık bir aile şirketi olduğu ve öyle kalması arzu edildiği için. kanuni mirasçılara yapılan devirler önalım hakkı kapsamında çıkarılmıştı. Bununla birlikte, kanuni mirasçıların payları devralırken mevcut taraflar arasındaki sözleşmeyi devralmaları da kararlaştırılmıştı. Paysahiplerinden biri paylarının bir kısmını sözleşmeden doğan borçlardan bağımsız olarak oğullarına devretti. Bunun üzerine diğer paysahibi devrin kanuni mirasçılara yapılması halinde bu kişilerin sözleşmeye de taraf olmaları gerektiğini, kanuni mirasçının sözleşmeyi devralmak istememesi nedeniyle bu şart yerine getirilmediği için kendisinin önalım hakkı doğduğunu ve bu hakkı kullandığını karşı tarafa bildirdi. Karşı taraf ise, satış sözleşmesini akdederken önalım hakkının doğmayacağından hareket ettiğini, önalım hakkının doğmasının devir sözleşmesinin akdinde esaslı hataya yol açtığını ve bu nedenle devir sözleşmesini iptal ettiğini bildirerek önalım hakkının işlemesine engel olmaya çalıştı. Bidayet mahkemesi önalım hakkının işlemeyeceği konusunda düşülen hatanın önalım hakkı sahibine karşı ileri sürülemeyeceğine ve önalım hakkının geçerli olduğuna, bu hakkın kullanılmasyla, üçüncü kişiye satışın kararlaştırıldığı şartlar üzerinden satış sözleşmesinin kurulduğuna karar verip payların devrini emretti. Federal Mahkeme ise, hataya binaen satış sözleşmesinin iptal edilmesinin önalım hakkını düşüreceğine karar vererek bidayet mahkemesinin kararını bozdu. Bu gerekçenin isabetsizliği konusunda bkz. Tiedtke, K. Vorkaufsrecht und Fehlen der Geschäftsgrundlage des Kaufvertrages, NJW 1987, 874.

342 4.5.1940 tarih ve E. 57. K. 17 sayılı YİBK (Kılıçoğlu, s. 159). Feyzioğlu, s. 250vd, 252; Şıpka, s. 100vd. Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin incelediği bir olayda (E. 1998/8341, K. 1999/375. Batider 1999 XX/1, s. 96) bir anonim şirket esas sözleşmesi ile paysahipleri lehine A grubu nama yazılı paylar üzerinde önalım hakkı tesis edilmişti. A grubu paysahiplerinden birinin payları, vergi borcu

hakkını tanımış olan kişi, önalım hakkını kullanmak isteyen kişiye karşı tazminat borcu altına girmez³⁴³. Aksi götüş, önalım hakkı tanımış olan kişinin bu hakkın geçerli olduğu süre boyunca önalım hakkı konusu malın hacedilmemesini sağlama borcu altında olduğu anlamına gelir. Oysa önalım hakkı zamanasına bağlı olmayan³⁴⁴, öngörüldüğu süre boyunca önalım konusu varlık her ne zaman satılırsa o zaman kullanılabilir bir hak olduğundan bu hakkı tanıyan kişinin iradesini uzun süre boyunca bağlar. Kişinin bu süre boyunca aciz haline düşüp düşmeyeceğini hakkın tanınması sırasında sağlıklı olarak tayin etmesi mümkün olmayacağı gibi, hem aciz haline düşüp hem de önalım hakkını bu nedenle kullanılmaz duruma

yüzünden hacedilip cebri icra yoluyla şirkette paysahibi olmayan bir üçüncü kişiye satıldı ve Ticaret Sicili Tüzüğü m. 38 uyarınca ticaret siciline re'sen tescil edildi Bunun üzerine şirket yönetim kurulu üyeleri bir dava açarak, önalım haklarının bulunduğunu ve bunu kullanmaya karar verdiklerini, mahkemenin gerçek değeri belirlemesini ve bu değer üzerinden payların kendilerine devrini istediler. Mahkeme, bu talebi reddetmiş ve Yargıtay da ret kararını onaylamıştır. Mahkemenin ret gerekçeleri bir yandan haklı olarak üçüncü kişiye devrin gerçekleşmiş olduğunu içerirken, diğer yandan üçüncü kişi adına yapılan tescilin iptali için dava acılmamış olması, esas sözleşmede açık artırmalarda önalım hakkının kullanılmasına ilişkin düzenleme olmaması, paysahiplerinin tanınmamış önalım hakkını kullanmak üzere davaya taraf olmadıkları ve bu nedenle önalım hakkının kullanım koşullarının oluşmadığı hususları da içermektedir. Oysa bu noktalara gidilmesine hiç gerek yoktur, zira esas sözleşmede yer alsada önalım hakkı ancak taraflar arasında etkili olabilir. Esas sözleşmede yer almak ve ticaret siciline tescil edilmiş olmak önalım hakkına aynı bir etki kazandırmaz (Bu konuda bkz. aşı. "f 5"). Bunun üçüncü kişiye dermeyanı mümkün değildir ve geçerli olan satış iptal edilemez. Üstelik cebri icradan yapılan satışlar önalım hakkının dermeyan edilmesinin bir istisnasını oluştururlar, zira burada hem önalım hakkı tanıyanın iradesi ile yapılmış bir satış yoktur, hem de önalım hakkının konusunu oluşturan şeyi almak isteyen önalım hakkı sahibi bunu icra müzayedesinde alma imkanına sahiptir. Cebri icradan satış neticesinde önalım hakkını kullanamayan tarafın aynı nedenle malı icradan satılan kişiden tazminat isteme hakkı da yol."tur.

34,3 Feyzioğlu, s. 150vd, 15□-

34-4, Yenilik doğuran haklar zaman. aşımına değil hak düşürücü süreye tabidir. Y. 6. HD.□6.5.1986, E. 5563, K. 7486 (Kılıçoğlu, s. 84). Eren C. Is. 64, Feyzioğlu, s. 191; Meier-Hayoz, ZBJV 1956, s. 305.

:-ok."luğll için ayrıca tazminat yükü altına gireceğinin kabul
{'dilmesi de önalınl hakkının an□acını aşan bir yorum olur³⁴⁵,

Tüm pay-sahiplerinin kar□ılıklı olarak birbirine önalım hakkı tanıdığı hallerde, hak sahibi paysahiplerinin, önalım hakkı konusu paylardan alabilecekleri oran, kendi pay oranlarının kalan paylara olan oranı kadardır³⁴⁶. Önalım hakkı sahiplerinden birinin bu hakkı k-ullanmaması halinde, kullanılmayan hakka düşen pay üzerinde diğer paysahiplerinin önalım hakkını l.'Ullanıp kullanamayacağı tartışmalıdır. Gayrimenkuller hakkından söz konusu olan bir olayda, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, doktrindeki görüşe³⁴⁷ atıfla önalım hakkının anıacının paydaşlar arasına yabancı sokulmasını önlemek olduğunu belirterek, bir paydaşın hakkını kullanmaması halinde diğer paydaşların kullanılmayan haktan faydalanması gerektiğini kabul etmiştir³⁴⁸. Bu karar, gayrimenkuller üzerinde söz konusu olan kanuni şuf'a hakkı bakımından veril-

345 Feyzioğlu, s. 252 ve naklettiği İsviçre Federal Mahkemesi kararı QdT 1920 s. 34). Karş. Steiger (Çağa) s. 164-165. Yazar, pay üzerinde vefa hakkı tanınmış ve kullanılmış olması halinde, payların cebri icra yoluyla satılmış olması nedeniyle payın iadesinin gerçekleştirilememesinin tazminat borcu doğuracağını kabul eder .

346 Böckli, Rechtsfragen, s. 57; Feyzioğlu, s. 162vd, 166; Şıpka, s. 126. Paysahiplerinin satışa çıkarılan paylardan ne oranda satın alabileceği, her bir alıcı paysahibinin payının, satışa çıkarılan paylar dışındaki paylar toplamına olan oranına göre belirlenir. Örneğin anonim ortaklığın paylarının 5 kişi arasında her biri payların %20'sine sahip olacak şekilde bölünmüş olduğunu ve her paysahibinin önalım hakkına sahip olduğunu kabul edelim. Paysahiplerinden biri kendi paylarını tümüyle satmak isterse, onun %20 oranındaki payları hariç tutulduğunda kalan %80 oranında pay, önalım hakkı sahibi diğer dört paysahibi arasında eşit olarak dağılır. Buna göre, bu paysahipleri satılmak istenen paylardan kendi paylarının kalan paylara oranında, yani %25 oranında satın alabilirler.

347 Feyzioğlu, şufa hakkından feragatin diğer paydaşlar lehine yapılmış sayılması gerektiğini savunur (s. 167).

348 Olayda bir gayrimenkulün üç hissedarı vardı. Bir hissedar payını satınca, diğer ilci hissedar bu pay üzerinde önalım hakkını kullanmak üzere dava açtılar. Ancak dava sırasında davacı iki hissedardan biri davadan feragat etti. Bunun üzerine feragat edene düşen hissenin davalı üzerinde mi kalacağı yoksa diğer davacı lehine mi tescil edileceği sorunu ortaya çıktı. Yerel mahkeme payı diğer davacı lehine tescil etti. Yargıtay, feragatin davalı lehine olduğunu, diğer önalım

miştir ve anonim ortaklık payı üzerinde kurulan sözleşmesel önalım hakkı bakımından da aynı sonuca varılıp varılamayacağına ayrıca incelenmesi gerekir.

Gerçel"ten de kanuni önalım hakkının amacı gayrimenkulün hisselerinin tek elde toplanmasını sağlamak ve hissedarlar arasına yabancıların girmesini engellemektir³⁴⁹. Bu amaçlardan birincisi anonim ortaklıklar bakımından doğru olamaz. Ancak ikinci amaç, yani yabancıların ortaklığa sokulmaması amacı, anonim ortaklıklar bakımından da geçerlidir. Bu açıdan bakıldığında kullanılmayan hakkın diğer paydaşlarca kullanılmasını kabul etmek isabetli gözükmektedir. Bunun yanı sıra anonim ortaklıklarda paysahipleri önalım hakkı ile, payların temsil ettiği ekonomik değeri ve ortaklık yönetiminde çoğunluğu ele geçirmek amacını da güderler. Özellikle payların adedi çoğunluğun ele geçirilmesi bakımından önemli olduğundan, satışa çıkarılan payların bir paket olarak satılması halinde değeri artar. Bu nedenle pay üzerinde öncelik veya önalım hakkım kullananların, bu hakkı kendi hisselerine düşen payların bütünü üzerinde kullanmaları şartı genellikle sözleşmede düzenlenir³⁵⁰. Zira paylar kısım kısım satılırsa, satılmayan payların adedi düştükçe ortaklıkta sağladığı etki azalır ve değeri düşer. Bu nedenle bir kere önalım hakkı kullanılıyorsa, üçüncü kişi belki de kullanılmayan kısma denk gelen payların kendisine kalmasını istemeyecek dahi olabilir. Satan açısından olaya bakıldığında, kural olarak önalım hakkını

hakkı sahibinin, feragat edilen payın kendisine tescilini isteyemeyeceğine karar vererek karar bozdu<{: 6. HD. 3.□.199□. E. 1061, K. 1354; Kılıçoğlu, s. 138-139. Şıpka, s. □46-□47). Yerel mahkemenin kendi kararında direnmesi üzerine konuyu inceleyen Hukuk Genel Kurulu, kullanılmayan payın diğer hak sahibi lehine tescil edilmesi gerektiğine karar verdi <{:H.G.K. 17.□.1993 t. E.199□/6-739, K.1993/5□sayılı karar, Şıpka, s.□47-□48).

349 Bkz. yuk. dpn. 33□.

350 Kanuni önalım hakkında da önalım hakkı sahibi, bu hakkı kendi hissesine düşen payların bütünü üzerinde kullanmaya mecbur kabul edilir (Fezyioğlu, s. 167 ve yukarıda anılan Y.H.G.Kkararı).

17.tllananlar da üçüncü kişiye yapılan satış üzerinden payları satın aldıklarına göre, satıcı açısından payların kime satıldığıının fark etmemesi gerekir. Ancak önalım hakkı tanınırken bir de fiyat belirlenmişse durum değişir. Önalım hakkının düzenlendiği sözleşmede belirlenen fiyat üçüncü kişinin verdiği fiyattan düşük ise, satıcı kullanılmayan önalım hakkına denk düşen payların üçüncü kişiye değil de diğer önalım hakkı sahiplerine satılması halinde mağdur duruma düşecektir. Bu nedenle, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun, bir paydaşın önalım hakkını kullanmaması halinde bu hakkın diğer paydaşlarca kullanılabilceği görüşü, sözleşmese! önalım hakkına mutlak olarak uygulanmamalı, somut olaydaki men - faatler dengesine uygun düşecek bir çözüm aranmalıdır.

(s) Süre

Önalım hakkının kullanılma süresi, kanunda gayrimenkuller bakımından düzenlenmiştir. MK733 IVhükmüne göre, kanundan doğan önalım hakkı, satışın hak sahibine bildirildiği tarihin üzerinden üç ay ve herhalde satışın üzerinden iki yıl geçmekle düşer. Eski medeni kanunda üç aylık süre yerine bir aylık süre öngörülmekteydi (EMK 658 III). Bu süreler hak düşürücü süredir³⁵¹. Gayrimenkuller dışındaki varlıklar üzerinde ve bu arada anonim ortaklık payları üzerinde kurulan önalım hakkına da kıyasen bu sürelerin uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır.

Eski Medeni Kanundaki bir aylık süre bakımından ifade edilen görüşlere bakıldığında, bir görüş menkullerde önalım hakkına, satımın öğrenilmesinden itibaren bir aydan kısa olan makul bir sürenin uygulanmasını aramaktadır³⁵². Nitekim Alman hukukunda taşınmazlar için öğrenmeden itibaren 1 aylık, diğer mallar için ise 1 haftalık hak düşürücü süre öngörülmüştür (BGB §510). Karşı görüşe göre ise, her olayda sürenin değişir

351 bkz. dpn. 344.

352 BGE 83 II 16. Aynı fikirde, Tekinalp, Önalım, s. 354.

olması belirsizliğe yol açacağından ve malın menkul olması malın değerinin düşüklüğü anlamına gelmeyeceğinden bir aylık süreyi uygulamamak için bir sebep yoktur³⁵³. Özellikle anonim ortaklık payının bir paket halinde satışı söz konusu olduğunda payın değeri bir gayrimenkulden daha fazla olabileceğinden hem bu konuda karar verilmesi hem de pay bedelinin denkleştirilebilmesi için zamana ihtiyaç olabilir³⁵⁴. Ayrıca anonim ortaklık payları bakımından, özellikle de değeri borsada belli olmayan bir pay söz konusu olduğunda, pay için üçüncü kişi tarafından teklif edilen değer uygun olup olmadığının tespiti de bir takım hesapları gerektirir³⁵⁵. Böyle bir durumda önalım hakkı sahibine tanınan düşünce süresinin gayrimenkullerle bir tutulması haklı gözükmemektedir. Ayrıca hak düşürücü sürenin belirli olması işlem güvenliği açısından da gereklidir. Yeni Medeni Kanunda hak düşürücü sürenin üç aya çıkarılmış olması bu sonucu değiştirmemelidir.

d) Alım ve satım hakları

(1) Kavram ve amaç

Özellikle sermayenin %50 - %50 iki grup arasında paylaşıldığı anonim ortaklıklarda, karar alma mekanizmasının işlemesi iki taraf arasında fikir birliği bulunmasına bağlıdır. Yönetimi işlemez hale getirecek ciddiyette bir fikir ayrılığının ortaya çıkması ("*deadlock*") halinde bu ihtilaftan kurtulmanın bir yolu taraflardan birinin ortaklıktan ayrılarak payların tamamını diğer tarafa bırakmasıdır³⁵⁶. Bu nedenle bu tür ortaklıklarda ortaklığın "kilitlenmesi" halinde taraflardan birine payını sat-

353 Lehner, SJZ1954. s. 74; Salzgeber-Dürig, s. 51.

354 Salzgeber-Dürig, s. 90.

355 Salzgeber-Dürig, s. 90.

356 Huher, Vertragsgestaltung: Grundstruktur, Gründung, Willensbildung und Auflösung. in: Kooperations- und Joint-Venture-Verträge (Her.: C. Meier Schatz). Verlag Paul Haupt Bem 1994. 9, s. 3 □

mak hakkı, diğer tarafa da bu payları satın almak 1. orunluluğu getiren hükümler yer alır. Aynı düzenlemenin diğer yüzü, taraflardan birine karşı tarafın paylarını satın alma hakkı, diğer tarafa da paylarını satma zorunluluğu getirmek şeklindedir. Böylece, öngörülen şartın gerçekleşmesi halinde, kendisine alımı hakkı tanınan taraf, muhatabın paylarını tek taraflı beyanı ile satın ve devir altına hakkına sahip olur. Tanınan hak satım hakkı ise, öngörülen şartın gerçekleşmesi ile, satım hakla sahibinin payını satma iradesini beyan etmesiyle birlikte muhatabın payları devralmak ve bedeli ödemek zorunda kalır.

Zorunlu alım ve satım hakları, bir kişinin mülkiyetindeki değerlerin onun o esnadaki iradesine bağlı olmadan³⁵⁷ elinden alınabilmesi veya üçüncü kişilerin elindeki değerlerin zorla kendisine satılabilmesi anlamına geldiğinden, ancak istisnai durumlarda başvurulmuş bir yoldur. Aşağıdaki örneklerde görüleceği gibi, bu hakların kullanılması çoğu kez ortaklıktan uzaklaşma veya bir başkasını ortaklıktan uzaklaştırma amacı güder. Bu nedenle genellikle kişinin elindeki payların tümü alım veya satım hakkına konu olur. Ancak sözleşmede başka bir usul de öngörülebilir.

Amerikan hukukunda, kendi paylarının karşı tarafça devralınmasını zorlayabilme hakkı "*put option*" ("satım hakkı" veya "satım opsiyonu"), karşı tarafın paylarını onun iradesinden bağımsız olarak devralabilme hakkı da "*call option*" ("alım (iştirah) hakkı" veya "alım opsiyonu") olarak anılır^{358, 359}.

357 Tandoğan, I/1, s.174.

358 Warren, s. 156. *Put option* ve *call option* tabirleri, Alman ve İsviçre hukuklarında da bazı yazarlarca kullanılmaktadır. Bkz. Böckli, Rechtsfragen, s. 41; Böckli/Morscher, Aktionarbindungsverträge: Übertragbarkeit und Geltungsdauer von Optionsrechten, SZW, 1997, 53, s. 53; Huber, Vertragsgestaltung, s. 49; Larenz/Wolf AT, §13, N.101.

359 Paysahipleri sözleşmelerinde yer alan "*put*" ve "*call*" opsiyonları, fiyat dalgalanmalarının doğurduğu riskleri sınırlama veya bundan kar sağlama amacını güden ve özellikle borsalarda işlem gören opsiyonlardan amaç bakımından farklıdır. "*Option*" veya opsiyon kelimesi, sermaye piyasası hukuku bakımından

Alım opsiyonunun kullanılması ile muhatap opsiyon konusu payları devretme borcu altına girerken, satım opsiyonunun kullanılması muhataba opsiyon konusu payları devralma borcu yükler. Bu tür hükümler ayrıca böyle bir satış sırasında payın fiyatının nasıl belirleneceği konusunda formüller de içerir. Alım veya satımı talep haklarının kullanılması, belli bazı şartların (karar mekanizmasının tıkanması veya sözleşmenin ağır ihlali gibi) gerçekleşmesine bağlanabilir⁶⁰.

Zorunlu alım veya satım düzenlemeleri aynı zamanda kapalı ortaklıklarda azınlık pay sahiplerini korumak amacını da güdebilir. Şöyle ki, payları borsada işlem görmeyen kapalı ortaklık pay sahiplerinin paylarını piyasada satmaları güç olabilir. Özellikle paylar azlık payı ise, ortaklıkta söz hakkı da vermediği için cazibesi daha da azalacaktır. Anonim ortaklıktan payın devri dışında çıkış olanağı bulunmadığından payını devredemeyen pay sahibi istemese de anonim ortaklıkta kalmak zorundadır. Bu nedenle özellikle azınlık pay sahiplerini böyle bir durumdan kurtarmak için, azınlık pay sahiplerine paylarını diğer pay sahiplerine satma opsiyonu tanınarak, diğer pay sahiplerine

Türk hukukunda da kullanılmaktadır. Opsiyon, kişiye tek taraflı beyanıyla bir sözleşme kurma ve sözleşme konusu kıymetin devrini talep etme imkanı tanıyan yenilik doğurucu haklara verilen genel addır. Alım, önalım, geri alım hakları opsiyon tanıyan haklardır. Ancak opsiyon kelimesi yalnızca alım hakkını anlatmak için de kullanılmaktadır (Tandoğan, III, s. z74 dñn. 3a). Opsiyon hakları bedelsiz olarak tanınabileceği gibi, bir bedel ("prim") karşılığında da tanınabilir. Bir malı veya kıymetli evrakı daha evvel kararlaştırılmış şartlar üzerinden tek taraflı beyanla satın alabilme imkanı (alım opsiyonu) ekonomik bir değer ifade ediyorsa, bu hak para ile satın alınabilir. Prim karşılığında tanınan opsiyonlar, borsalarda işlem gördüğü gibi, bankalarca da satılmaktadır. (Türk hukukunda borsa opsiyon işlemleri için bkz. İsmail Kırcı, Hukuki Yönüyle Borsa Opsiyon İşlemleri, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Ankara 2000. Ayrıca opsiyonların işleyişi hakkında bkz. İhsan Ersan, Finansal Türevler, İstanbul 1997) Pay sahipleri sözleşmelerinde yer alan opsiyonlar genellikle bedel karşılığında tanınmazlar. Burada amaç payı ileriki bir tarihte belli bir fiyattan satın alma hakkını elde ederek payın fiyat değişimlerinden kazanç sağlamak değil, ortaklıkta kalma veya ortaklıktan çıkma hakkını elde etmektir.

360 Böckli, Rechtsfragen, s. 4z;Cox/Hazen/O'Neal,§14.9; Warren, s. z56

hak k.-ullanıldığında bu payları satın alma borcu yüklenebilir³⁶¹. Bazı hallerde de gerialım hakkı öngöülür. Örneğin ortaklık yöneticilerine pay verildiyse, yönetim görevinin sona ermesi üzerine payların geriye devri talep edilir³⁶².

Alım ve satım opsiyonları, Amerikan sözleşme hukukunda yaratıcı çeşitlenielere konu olmuştur. Örneğin "*rulet*" denen bir sistemde³⁶³ bir paysahibi diğer bir paysahibinin paylarını kendi belirlediği fiyattan almayı teklif eder. Kendisine talepte bulunulan taraf bu teklifi kabul edip paylarını satabileceği gibi, kendisi bir karşı teklifte bulunup karşı tarafın paylarını aynı fiyattan satın almayı da talep edebilir. Karşı taraf bu teklifi kabul etmek zorundadır. Böylece ilk satın alma teklifinde bulunan tarafın belirleyeceği fiyat düşük olamaz, zira aksi takdirde kendisi kendi paylarını o fiyattan satmak zorunda kalabilir³⁶⁴.

Bir başka düzenleme, bir üçüncü kişinin herhangi bir paysahibinin payını almaya talip olması halinde, diğer paysahiplerine, bu alım teklifi kendilerine de yapılmış gibi, alıcının almak istediği pay sayısından kendi hisselerine düşen oranda payı aynı satış koşullarıyla alıcıya satma hakkı verir ("*tag along*" - "katılma hakkı")³⁶⁵. Böylece alıcı aynı miktarda payı, bir paysahibinden değil, satışa katılma hakkını kullanan tüm paysahiplerinden alır. Bu düzenlemenin tersi, bir paysahibinin paylarının tümünü satmak istemesi halinde, diğer paysahiplerini de aynı satış koşulları ile paylarını satmaya zorlamak, başka bir deyişle diğer paysahiplerini de satış işlemine katmak ("*take alonglbring along*" - "katma hakkı") şeklinde

361 Warren, s. '456.

362 Fromer, Schutz der Aktiengesellschaft vor fremden Einfluss, ZSR 80, 1961, I.47, s. 150; Joyce, s. 371; Warren, s. '457.

363 Huber, Vertragsgestaltung, s. 50; Joyce, s. 372.

364 Huber, Vertragsgestaltung. s. 50.

365 Joyce, s. 373.

öngörülebilir³⁶⁶. Diğer pay sahiplerini paylarını satmaya zorlama, ortaklığın başka bir ortaklık tarafından devralınması veya başka bir ortaklıkla birleşme gibi hallerde söz konusu olabilir.

Payın devrini kısıtlayan hükümleri etkisiz bırakmamak için, herhangi bir esas sermaye artırımında rüçhan haklarının da ancak belli şekilde kullanılabilmesi veya ancak belli kişilere devredilebileceği kararlaştırılabilir³⁶⁷.

(□) Hukuki nitelik

Alım (iştirah) ve satım hakları da, önalım hakkı gibi yenilik doğurucu haklardır³⁶⁸. Yukarıdaki örneklerde görüldüğü gibi, hakkın kullanılabilir hale gelmesi bazı istisnai şartların varlığı halinde söz konusu olur. Alma veya satma beyanının karşı tarafa varması³⁶⁹ ile bir satım sözleşmesi kurulur ve alma hakkında haksahihi, hak konusu şeyin kendisine devrini, satma hakkında ise hak sahihi hak konusu şeyin bedelinin kendisine ödenmesini talep eder.

(3) Sözleşme koşulları

Satım sözleşmesinin kurulabilmesi için sözleşme şartlarının önceden belirlenmesi veya belirlenebilir olması gerekir. Önalım hakkında sözleşme üçüncü kişi ile kararlaştırılan şartlarda gerçekleşeceğinden sözleşme şartları belirlenebilir durumdadır. Oysa alım hakkında sözleşme koşulları konusunda esas alınabilecek benzer bir sözleşme olmadığından, sözleşmenin esaslı unsurlarının önceden tayin edilmesi gereklidir. Sözleşmenin esaslı unsurları, satım konusu payların adedi ve fiyatıdır.

366 Joyce. s. 373.

367 Glattfelder, s.183a; aynı yönde, Hoffman-Becking. ZGR 1994. s. 443.

368 Tandoğan. V1, s. 274.

369 Bkz. yuk. dñn. 336 ve 359.

Fiyat, sözleşmede kesin olarak belirlenebilir, sözleşmede bir formül belirlenerek satım esnasında bu formülün uygulanması yoluyla fiyatın belirlenmesi imkanı öngörülebilir veya fiyatın tespiti görevi bir üçüncü kişiye tevdi edilebilir. Alım opsiyonunun tanınmasında önemli olan tek taraflı beyanla sözleşmenin il'lrulmasına imkan tanımak için fiyatın belirlenebilir olmasıdır.

Alım veya satım opsiyonları tanınırken fiyat belirlenebilir kılınmamışsa durum ne olacaktır? Akla gelen seçenekler, alma veya satma hakkı olan tarafın fiyatı tek taraflı olarak belirlemesi, BK□09'da yer alan kurala istinaden payın alım hakkının kullanıldığı zaman ve yerdeki cari değerinin esas alınması, TK 418'deki kurala istinaden borsa rayici ve bu yoksa gerçek değer esas alınması, veyahut fiyatın alım hakkının olmazsa olmaz unsuru niteliği taşıması nedeniyle, fiyatın nasıl belirleneceğinin önceden kararlaştırılmadığıhallerde alım hakkının geçersiz olmasıdır³⁷⁰.

Paysahipleri sözleşmelerinde tanınan alma ve satma hakları, borsa opsiyonlarından farklı olarak payın bedelinde meydana gelebilecek fiyat değişmelerinden kazanç sağlama veya fiyat değişikliklerinin doğuracağı kayıp riskini karşılama amacını değil, hem anonim ortaklıktan hem de paysahipleri sözleşmesi ile yaratılan adi ortaklıktan çıkma veya çıkarma imkanı tanıma amacını güderler³⁷¹. Borsa opsiyonlarında fiyatın önceden belirlenmesi hakkın kullanılmasında olmazsa olmaz bir unsurdur. Zira fiyat önceden belirlenmezse bu fiyat ile sonradan oluşan piyasa fiyatı arasındaki fark belli olmayacak ve sözleşme amacına ulaşmayacaktır. Oysa paysahipleri sözleşmelerinde tanınan alım/satım opsiyonlarının amacı ortaklıktan çıkma veya çıkarma olduğundan, asıl önemli olan pay bedeli üzerinde

370 Sonuncu görüşü savunan: Salzgeber-Düriq, s. 91.

371 Bkz. yuk. dpn. 359.

spek.ilasyon yapma imkanı değil payı elden çıkarma imkanıdır ve bu imkanın ayakta tutulmasına yardımcı olacak bir yoruma gidilmelidir. Alım ve satım haklarının kullanılması ile bir satış sözleşmesi doğar veya doğması amaçlanır. Satış sözleşmesinin esaslı unsurları mal ve bedeldir³⁷. Borçlar Kanunu 09. maddesinde semen tayin edilmemiş olsa bile kesin bir satın alma iradesinin varlığında sözleşmenin hükümsüz kalmasına göz yummamış, aksine semeni tayin için bir yöntem önermiştir. Öyleyse alım ve satım haklarının kullanılması ile oluşan satım sözleşmelerinde de fiyatın önceden kararlaştırılmamış olması halinde sözleşmenin geçersizliğine hükmetmemeli, sözleşmeyi ayakta tutmak için fiyatı belirleyebilecek bir yol aramalıdır.

Alma ve satma opsiyonları, muhatabın iradesinden bağımsız olarak onun paylarını elinden alıp onu ortaklıktan dışlama veya kendi paylarını satın ortaklıktan ayrılma imkanı verir. Her iki halde de muhatap kendi iradesinden bağımsız olarak devir alacaklısı veya devir borçlusu olmakta, ya bedeli ödemek ya da paylarını devretmek borcu altında kalmaktadır. Paylarını satarak ortaklıktan çıkma hakkı olan satım opsiyonu sahibinin veya karşı tarafın paylarını satın alarak onu ortaklıktan dışlama hakkı olan alım opsiyonu sahibinin tek taraflı olarak fiyatı belirlemesi, zaten o anki iradesi dışında sözleşmeye taraf olmak durumunda kalan muhatapı katmerli bir güçlük içine sokar. Aslolan tarafların hak tanınırken bedeli kararlaştırmaları olduğuna göre, bedelin sonradan tek taraflı olarak tespitine imkan verilmemelidir.

Fiyatın belirlenmesinde hem hak sahibini hem de muhatapı mağdur etmeyecek bir orta yola gidilmesi daha uygun olur. Bu orta yolun bulunmasında referans alınabilecek hükümler yukarıda anılan BK 09 ile TK 418'dir.

37 Tandoğan, İl, s. 78vd.

BK 09'a göre, "alıcı kat'i sipariş yapmış fakat semeni tayin etmemiş ise, satım siparişin yapıldığı³⁷³ gün ve mahalde cari fiyat üzerinden akdedilmiş sayılır". Cari fiyat, satış konusu mal için piyasada oluşan, diğer bir deyişle arz ve talebe göre belirlenen fiyattır. TK 418 ise, bağlı nama yazılı payların miras, karı-koca mallarının idaresine ait hükümler veya cebri icra yoluyla "tisap edilmiş olması halinde, idare meclisi üyelerinin veya ortakların bu hisseleri "borsa rayici" veya bulunmadığı takdirde kayıt için müracaat tarihindeki "gerçek değeri" üzerinden almaya talip olmaları halinde kayıttan imtina imkanını vermektedir. "Borsa değeri" TK 418'de öncelikli değer olarak görülmüştür. BK 09'da ve TK418'de esas alınan piyasa ve borsa değeri, payların gerçek değerini yansıtmayabilir. Gerçek değer, aktiflerin muhtemel satış değerleri esas alınarak belirlenen bilanço değeridir³⁷⁴. Bu değer, borsa değerinden yüksek olabilir³⁷⁵. Anılan değerlerden hangisinin esas alınması gerektiği konusunda bir karara varabilmek için taraflar arasındaki menfaat dengesine bakılmalıdır.

Alım opsiyonu söz konusu ise, bu opsiyona sahip olan taraf, karşı tarafın paylarını satın alarak onu ortaklıktan çıkarma hakkını elinde tutar. Payları almak veya almamak hakkı kendisine aittir, eğer ticari açıdan isabetli görmüyorsa alım hakkını kullanmama serbestisi vardır. Alım hakkını kullanma yoluna gidiyorsa, bu ortaklığın durumunun iyi olduğu ve ortaklıkta kalmanın daha karlı olduğu anlamına gelir. Böylece karşı taraf hem ortaklık iyi giderken paylarından olur, hem de pay bedeli düşük hesap edilirse ayrıca ekonomik zarara uğrar.

373 Madde, siparişin yapıldığı günü değil ifa edileceği günü esas alan mehazına uygun şekilde anlaşılmalıdır. Aradaki fark, tercümeden kaynaklanmaktadır. Bkz. Tandoğan, III, s.88.

374 Tekinalp (Poroy/Çamoğlu) N. 1185.

375 Bürgi, Art. 686 N. 83; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu) N. 1185.

Satım opsiyonunda ise, hak sahibi, kendi paylarını satıp devredererek ortaklıktan çıkma imkanına sahiptir. Ortaklığın durumu iyiye satma hakkını kullanmama serbestisi vardır. Ortaklığın durumu iyi değilse veya tarafların anlaşmazlığı nedeniyle işlerin iyi yürümediği yerde ortaklıktan ayrılmak daha lehe olabilir. Zaten satma hakkını alan kişi de yüksek olasılıkla bunu hesap ederek satma hakkını elinde tutmuştur. Hakkın kullanılması ile karşı taraf hem payları satın almak hem de muhtemelen zor durumda bulunan bir ortaklığı devam ettirmek yükü altına girer. Satma hakkını elinde tutan taraf paylarından kurtulmak için payını piyasada satsa büyük olasılıkla gerçek değerden daha düşük bir değere ancak alıcı bulabilecek veya belki de hiç alıcı bulamayacaktır. Bu nedenle payını satabilme imkanını elde etmiş olan kişiye piyasa değerinden daha yüksek bir değer verilmesini zorunlu kılmak hakkaniyete uymaz.

Görüldüğü gibi daha yüksek olan değer kabulü alım opsiyonunda payını devir borcu altında kalan satım borçlusunun lehine olurken, satım opsiyonunda payın bedelini ödeyerek payları devralma borcu altında kalan alım borçlusunun aleyhine olmaktadır. TK 418'de düzenlenen durum kanundan kaynaklanan bir öncelik hakkı olarak nitelendirilebilir³⁷⁶ Kanunun bu maddeyi payını satmaya zorlanan taraflar açısından ele alıp bunların zarara uğramaması için yüksek olan gerçek değeri esas alması gerekirken borsa değerini esas alması isabetli olmamıştır³⁷⁷. Kanunkoyucu bu sıralamayı getirirken

376 Miras, evlilikte mal rejimi veya cebri icra yoluyla alınan paylar üzerinde yönetim kurulu üyeleri ve ortaklar yukarıda anılan öncelik hakkı türlerinden birincisini elde ederler. Diğer bir deyişle bu kişiler payı almaya hazır oldukları müddetçe payı anılan yolla elde etmiş olan kişi ancak üçüncü kişilere devretme borcu altındadır, yoksa payı elinde tutan kişi pay defterine kayıt yapılmamasına rağmen payı elinde tutabilir. Pay kendi iradesine rağmen elinden alınmaz. (Klay, s. 462).

377 Tekinalp (Poroy/Çamoğlu) N.1185. Nitekim İsviçre'de yapılan değişiklikte borsadeğeri kanundan çıkarılmıştır ve payın gerçek değerinin ödenmesi aranmaktadır (yeni İBK m. 685b IV)

borsa deęerinin gerçek deęeri yansıtacaęını dūřunmūř ola - bileceęi gibi, borsa deęeri kiři serbest iradesiyle payı satsa alacaęı deęer olduęu için bu konuda bir hakkaniyetsizlik olmadıęını da dūřunmūř olabilir. Gerçekten de kiři payını serbest iradesi ile satsa, belki ancak borsa deęerini elde edebilecek-tir. Ancak serbest iradeyle satımın sōz konusu olduęu yerde paysahibi borsa deęerini dūřuk buluyorsa payını satmama ōzgūrlūęine sahipken satım borcunun sōz konusu olduęu yerde bu ōzgūrlūęu bulunmadıęından korunmaya daha muhtaçtır.

Bu durumda kanaatimizce pay bedelinin ōnceden kararlaştırılmadığı hallerde alım opsiyonu sōz konusu ise pay bedeli gerçek değer ūzerinden hesaplanmalı, satım opsiyonu sōz konusu ise piyasa değeri esas alınmalıdır. Piyasa değeri tespit edilemiyorsa satım opsiyonunun sōz konusu olduğu yerde de gerçek değerin tespitine gidilecektir.

e) Ortaklık lehine ōncelik/ alım / ōnalım hakkı ōngōrūlmesi

Paysahipleri sōzleřmesinde ortaklık lehine ōncelik, alım veya ōnalım hakkı ōngōrūlmesi mūmkündür³⁷⁸. Ortaklıęın kendi paylarını devralması TK 3ŋ9 hūkmū ile sınırlandırılmıřtır. Bu hūkme gōre ortaklıęın kendi paylarını devralması sonucunu doęuran sōzleřmeler (bu arada alım veya ōnalım hakkı tanıyan sōzleřmeler) hūkūmsūzdūr. Ancak bu kural mutlak deęildir. 3ŋ9. maddede kuralın istisnaları altı kalem halinde sayılmıřtır. Alım veya ōnalım hakkının kullanılması sonucunda ortaklıęın kendi payını iktisap etmesi halinin bu istisnalardan birine girmesi kořuluyla, řirket bu hakları geçerli olarak kullanabilir.

Ortaklık lehine taahhūt de, ortaklıksal borç deęil ancak sōzleřmese! borç iliřkisi kurar³⁷⁹.

378 Hefermehl/Bungeroth, (GeE.ler AktG) §68 N. 70.

379 BarthelmeE./Braun, Zulassigkeit schuldrechtlicher Verfuęungsbeschränkungen ūher Aktien zugunsten der Aktiengesellschaft, AGŋooo (4), 17ŋ. s. 173.

f) Pay devir kısıtlamalarının esas sözleşmeye konulması ve özellikle üçüncü kişiye karşı dermeyan edilme sorunu

(1) Genel olarak

TK 416 I hükmü "nama yazılı hisse senetleri esas mukavelede aksine hüküm olmadıkça devrolunabilir" demektedir. Kanunda devrin kısıtlanması amacıyla esas sözleşmeye konulabileceği öngörülen başlıca usul esas sözleşme ile bağlam yaratma usulüdür^{379a}. Bunun dışında özellikle öncelik, önalım ve alım haklarının esas sözleşmede düzenlenmesi yoluyla sınırlamalar getirilip getirilemeyeceği araştırılmalıdır.

Yukarıda anılan öncelik, önalım, alım ve satım hakları zaman zaman esas sözleşmelere konulmaktadır. Ancak esas sözleşmeye konulan her hükmün gerçek (korporatif, maddi) esas sözleşme hükmü olmadığı, bazı hükümlerin şeklen esas sözleşme metninde yer almakla beraber hukuki nitelik açısından ancak bir borç sözleşmesi niteliği taşıdığı çalışmanın baş kısmında esas sözleşmenin hukuki niteliği incelenirken açıklandı³⁸⁰. Hangi hükümlerin gerçek, korporatif anlamda esas sözleşme hükmü niteliği taşıyabileceği, yani mevcut ve gelecek tüm paysahiplerini, şirketi ve şirket organlarını bağlayıcı olabileceği anonim ortaklık hukuku uyarınca belirlenir ve anonim ortaklık hukukunun izin vermediği hükümler bu anlamda esas sözleşme hükmü niteliği kazanamazlar³⁸¹.

379a Kıymetli evrakın devrini düzenleyen TK559 hükmü, senet zilyetliğinin devri ile emre yazılı senetlerde ciroya, nama yazılı senetlerde yazılı devir beyanına ihtiyaç olduğunu belirttikten sonra 3. fıkrasında "kanun veya mukavele ile başka kimselerin, bu arada bilhassa borçlunun da devre iştirakleri mecburi kılınabilir" demektedir. Buradaki devre iştirak, ciroya veya alacağın temliki beyanına iştirakten ziyade devre muvafakat olarak anlaşılmalıdır. Bkz. Tekinalp (Poroy/Çamoğlu) N. 862,.

380 Bkz. §4 VB3.

381 Wieland, SAG 2.7 (1954/55) s.155: Tekinalp, Önalım, s.352,.

Öncelik, önalım ve alım haklarının korporatif nitelik taşıyan esas sözleşme hükmü niteliği kazanıp kazanamayacağı da bu açıdan incelenmelidir.

Öncelik ve önalım haklarının korporatif esas sözleşme hükmü sayılmaları halinde durum ne olur? Çalışmanın başlangıcında da belirtildiği gibi, gerçek (korporatif, maddi) esas sözleşme hükmü, tüm mevcut ve müstakbel pay sahiplerini, hükmü bilip bilmemelerine veya onaylayıp onaylamamalarına bakılmaksızın bağlar. Böylece öncelik veya önalım hakkının gerçek bir esas sözleşme hükmü niteliği taşıyabileceği kabul edildiği takdirde, bu haklar kişisel haklar olmaktan çıkıp paya bağlı, payın mülkiyetini sınırlandıran hak niteliğini kazanacak ve belki de (adeta tapuya şerh edilmiş şahsi haklar gibi) payı devralan üçüncü kişilere de dermeyan edilebilir hale gelecektir. Ayrıca bazı pay sahipleri kendi mülkiyet haklarının bu yolla sınırlandırılmasını istemeseler de, esas sözleşmeyle böyle bir sınırlama kabul edildiği takdirde bununla bağlı olacaklardır. Öte yandan esas sözleşme hükümleri şirketi ve organları da bağladığından esas sözleşme! öncelik ve önalım haklarına aykırılık şirkete karşı da ileri sürülebilecektir. Bu durumda her pay sahibi, payını devretmeden önce payı esas sözleşmede gösterilen kişilere önermek veya birisiyle satış sözleşmesi yapmış iken payım önalım hakkını kullanan bir başkasına devretmek borcu altına girecektir. Görüldüğü gibi esas sözleşme! öncelik, önalım ve alım hakları hem payı serbestçe devretme hakkının nereye kadar sınırlandırılacağı, hem de pay sahibinin belli davranış yükümleri altına sokulup sokulamayacağı sorularının cevaplandırılmasını gerektirmektedir.

Alman hukukunda pay devri sınırlandırmalarına ilişkin olarak yalnızca nama yazılı payların devrinin anonim ortaklığın onayına bağlanması, yani bağlı nama yazılı pay oluşturulması usulü ("Vinkulierung") öngörülmüştür (AktG §68 II). Bu yönüde payın devredilebilirliği konusunda tüzel kişiyi ve tüm

paysahiplerini bağlayacak şekilde esas sözleşme ile getirilebilecek tek sınırlandırma yöntemi olduğu ve bunun dışında esas sözleşme ile payın serbestçe devredilebilirliği üzerinde hiç bir sınırlandırma öngörülemeyeceği kabul edilmektedir³⁸². Ayrıca payın devredilebilirliğinin esas sözleşmede alım/önalım hakları ile sınırlandırılması paysahibini payını devretmek veya devralmak veya diğer paysahiplerinin öncelik hakkını gözetmek borcu altına sokacağından bu tür sınırlandırmaların paysahibinin asli borcunun sermaye borcu olduğunu düzenleyen AktG §54 I hükmüne yani tek borç ilkesine de aykırı düşeceği ve bu nedenle de ayrıca reddedilmesi gerektiği savunulmaktadır³⁸³.

Alman hukukunda esas sözleşmede yer alacak bu tür hükümler bir borç sözleşmesi olarak ayakta tutulmaya çalışılmaktadır. Hükmün ilk esas sözleşmede yer alması halinde hüküm kurucular arasında geçerli bir sözleşme olarak kabul edilebilir³⁸⁴. Ancak hükmün ilk esas sözleşmede yer almayıp sonradan çoğunluk kararı ile esas sözleşmenin değiştirilmesi yoluyla kabulü halinde, hükmün yalnızca karara olumlu oy verenler arasında geçerli olacağı yorumu yapılamaz, zira karara oy verenler, diğer paysahiplerinin de kendilerine aynı hakkı tanıyacakları düşüncesiyle karara olumlu oy vermiş olabilirler. Sonradan tahvil yoluyla hükmün yalnız kendilerini bağlayan bir sözleşme

382 Barz, GroE.komm §68 N. 2; Godin/Wilhelmi, §68 N. 9; Hefermehl/Bungeroth (GeE.ler AktG) §68 N. 72; Hueck, FS Larenz, s. 755; Lutter, KölnKomm §68 N. 23; MünchKomm BGB - Westermann, §504 N.9); Noack, s. 282-283.

Bu anlayış AktG §23 V hükmüne dayanır (Noack, s 28z). Paysahiplerinin esas sözleşmeyi düzenleme serbestilerinin sınırlarını gösteren ve kanunun tüm maddelerini emredici kılan bu hükme göre, esas sözleşmede kanundan *farklı* bir düzenleme getirilebilmesi ancak kanunun buna *açıkça* izin vermesi halinde mümkündür ve esas sözleşmede kanuni düzenlemeyi genişleten bir hükmün kabulü de ancak o konunun kanunda nihai şekilde, diğer bir deyişle sınırlayıcı (*abschließend*) olarak düzenlenmiş olmaması halinde olanaklıdır. (Hükmün eleştirisi için bkz. yuk. §3 II B.) AktG §68 il hükmü bu anlamda sınırlayıcı kabul edilir.

383 Barz, GroE.komm, §54 N. 6; Hefermehl/Bungeroth (GeE.ler AktG) §54, N.21; Hueck. FS Larenz, s. 755,756; Noack, s. 283. Lutter, KölnKomm, §54, N. 16.

384 Noack, s. 284.

olarak kabulü. diğer pay sahiplerinin devir hakkı kısıtlanma.zken kendi haklarının kısıtlanması anlamına geleceğinden, karara olumlu oy veren pay sahiplerinin böyle bir durumu istemiş olacakları varsayımı yapılamaz³⁸⁵.

Tü.rk ve 1991 öncesi İsviçre hukuklarında esas sözleşme! öncelik ve önalım haklarının geçerliliği ve hukuki etkisi tartışmalıdır. Tartışmalar, esas sözleşme! öncelik ve önalım haklarının payın serbestçe devredilebilirliği ilkesini zedeleyip zedelemeyeceği ve özellikle bağlam sistemi karşısındaki durumu, bu hakların tek borç ilkesine aykırı düşüp düşmeyeceği, gerçek bir esas sözleşme hükmü ile hangi tür düzenlemelerin yapılabileceği, bu hakların esas sözleşmede öngörülmesinin veya hisse senedinin arkasına yazılmalarının bu hakları üçüncü kişilere dermeyeran edilir hale getirip getirmeyeceği ve esas sözleşmedeki düzenlemenin bir bağlama dayanması halinde durumun ne olacağı noktalarında toplanmaktadır.

(2,) Payı serbestçe devir hakkı ve özellikle bağlam sistemi karşısındaki durum

Esas sözleşme! öncelik ve önalım haklarının payın serbestçe devredilebilirliği ilkesini zedeleyip zedelediği sorusu, İsviçre'de bir yandan payın devrinin tümünden yasaklanmasına izin veren İBK 684 I (TK 416 I) ve İBK 62,7 b.8 hükümleri, diğer yandan da bağlam yoluyla payın devredilebilirliğinin kısıtlanması imkanı karşısında olumsuz cevaplanmakta ve öncelik ve önalım hakkının kanunda öngörülen devir kısıtlamalarına kıyasla serbestiyi daha az sınırlandıran bir sistem olduğu savunulmaktadır³⁸⁶.

385 Noack, s. 84. Bu konuda bkz. §4 VB 4.

386 Lehner, *Gemeinsame Charakterzüge und Wirkungen der aktienrechtlichen Vorkaufsrechte*, SAG 6. 1953/54, 189, s. 197vd; Klay, s. 470.

Devrin tamamen yasaklanıp yasaklanamayacağı, kanunun açık ifadesine³⁸⁷ rağmen Türk - İsviçre hukuklarında tartışmalıdır³⁸⁸. Bir görüşe göre devir yasağı ancak devrin ortaklığa karşı ileri sürülememesi sonucunu doğurur, yoksa taraflar arasında devir engellenemez³⁸⁹. Bir diğer görüşe göre kural bu olmakla beraber devrin taraflar arasında da geçersiz olması sonucunu doğuracak bir düzenleme öngörmek mümkündür. Örneğin ciro ve teslimden başka bir devir usulü öngörülerek şirketin payın devrine iştirak etmesi şart kılındığı takdirde (TK 559 III) bu şartın yerine gelmemesi halinde devir taraflar arasında da geçerli olamayacaktır³⁹⁰. Bir diğer görüşe göre devrin tam kısıtlanması ancak payın devrine tüm pay sahiplerinin onayının alınması gerektiği şeklinde anlaşılabilir³⁹¹. Gerçekten de kanunun lafzına rağmen, payın devredilebilirliğinin pay sahibinin ortaklıktan çıkış hakkının olmamasını karşıladığı ve payın senede bağlanmış olması halinde senedin kıymetli evrak niteliği taşıdığı göz önünde bulundurulduğunda, devredilebilirliğin mutlak şekilde yasaklanması uygun bir çözüm olamaz. Nitekim İsviçre 1991 değişikliklerinde de İBK 6-:1,7 b. 8 hükmünde

387 İBK m. 62,7 esas sözleşmenin zorunlu olmayan içeriğini sıralayarak, bu hususların bağlayıcı şekilde düzenlenebilmesi için esas sözleşmede yer alması gerektiğini ifade eder. Maddenin 8. bendi nama yazılı payların devrini yasaklayan veya kısıtlayan düzenlemeleri de bu gruba sokar. Böylece nama yazılı payların devrinin esas sözleşmede yasaklanabileceği sonucu çıkar. Bu hüküm Türk Ticaret Kanununa alınmamıştır. Buna rağmen, devrin yasaklanmasına izin veren bir diğer hüküm olan İBK 684 I hükmü TK 416 I olarak Ticaret Kanunumuza alınmıştır. Bu hükümde de açıkça nama yazılı payların esas sözleşmede *aksine hüküm olmadıkça* devrolunabileceği yazılıdır. Bu nedenle İBK b.8 hükmünün kanunumuza alınmamış olması hukuki durumda bir fark yaratmamaktadır. Aynı görüşte: Pulaşlı, s. 114.

388 Bkz. Pulaşlı, s. 131vd; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu) N. 1168.

389 Arslanlı, AŞİ s. 184; İmregün, AO s. 368; Pulaşlı, s. 134vd ve orada anılan yazar ve İsviçre mahkemesi kararı.

390 Arslanlı, AŞİ s. 184; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu) N. 1168.

391 Bürge, Art. 686 N. 2,6.

yer alan payın devrini "yasaklayan" hükümler ibaresi, bağlayıcı olabilmesi için esas sözleşmeye konulması gereken hususlar listesinden çıkarılmıştır.

Ancak payın devredilebilirliği tam olarak ortadan kaldırılamasa bile, bağlan1 sistemi payın devredilebilirliği üzerinde büyük bir kısıtlamaya imkan vermektedir. Şirket sebep göstermeksizin dahi devri pay defterine kaydetmeyi reddedebildiğine göre (TK 418 11) büyük bir takdir hakkına sahiptir. Öyleyse ikinci olarak, bağlam sisteminin amacına ve öncelik ve önallım haklarının bu sistemle kıyaslandığında devir üzerinde nasıl bir kısıtlama oluşturduğuna bakılmalıdır.

Pay devrinin serbestliği paysahibinin menfaatinedir. Böylece paysahibi payım istediği koşullarla, istediği kişiye satıp devredebilecek, devralan da herhangi bir sınırlandırmayla karşılaşmadan paysahibi sıfatını kazanabilecektir. Payın devrinin kısıtlanması payın paraya çevrilebilmesi imkanını sınırlandırdığı için payın ekonomik değerini düşürür ve paysahibinin zararına sonuç doğurur. Ancak diğer taraftan payın serbestçe devredilebilmesi, istenmeyen kişilerin ortaklığa girmesine veya ortaklıktaki çoğunluğun elde edilmesine imkan tanıdığından bu tür istenmeyen sonuçları engelleyebilecek bir sisteme de ihtiyaç vardır. Payın serbestçe devredilebilmesi ihtiyacı ile ortaklığın korunması ihtiyacı arasında bir denge kurmayı amaçlayan sistem de bağlam sistemidir. Bu yöntemle payın devrinin ortaklığa karşı dermeyanı ortaklığın denetimine verilmiş, böylece payın devrinin ortaklık üzerinde istenmeyen bir sonuç doğurmasının önüne geçilmesi sağlanmıştır. Bağlam sisteminin amacı, ortaklıkça istenilmeyen kişilerin, ortaklıkta paysahibi olmasının önlenmesidir^{39Z}. Böylece paysahibi payını herhangi bir kişiye değil, ortaklıkça onaylanacak bir kişiye satabilir.

39□ Pulaşlı. s. 117; Herren, s. 100; Salzgeber-Dürig, s. 195, z57.

Öncelik ve önalım hakları da kural olarak paysahibinin sözleşmesini seçme özgürlüğünü kısıtlarlar³⁹ a . Paysahibi payı devretmek arzusunda değilse bunu karşı tarafa veya bir üçüncü kişiye teklif etmek zorunda değildir. Ama devrederse hakkın niteliğine göre öncelik veya önalım hakkı sahibine devretme borcu altındadır. Bu açıdan bakıldığında öncelik ve önalım hakkı bağlama benzer etki doğurur, zira bağlamda da amaç istenmeyen kişilere yapılan devri engellemektir. Bununla birlikte icapta öncelik, önalım, alım ve satım hakları bir zorlayıcılık içerdiklerinden, payın istenmeyen üçüncü kişinin eline geçmesini engellemekten öte, istenen üçüncü kişilerin eline geçmesini sağlamaya yönelir ve bu anlamda bağlam sistemi ile öngörülen sınırlamadan daha ileri giderler³⁹ 3. Ancak bağlamın da dolaylı olarak bu sonucu doğurduğunu kabul etmek gerekir. Zira bir bağlamın mevcudiyetinde de paysahibi, payı devralmasına onay verilmeyecek bir kişiye pay devretmek yerine payı devralmasına onay verilecek kişiye payı devretmeyi tercih edecek, böylelikle pay, istenen üçüncü kişilerin eline geçecektir. Şu halde nihai amaç bakımından anılan haklarla bağlam hükümlerinin benzeştiği söylenebilir.

Öncelik ve önalım haklarında paysahibi payı devretmek istediği anı kendisi belirler. Alım hakkında ise diğer iki haktan farklı olarak paysahibinin o anki iradesi hilafına pay onun elinden alınabilir. Bu nedenle alım hakkı devir hakkı üzerinde önemli bir sınırlama içerir. Esasen bu halde paysahibinin devir iradesini alım hakkını tanıırken bizzat kullandığı ve bu nedenle bir sınırlamanın söz konusu olmadığı düşünülebilir. Bununla birlikte, paysahibinin alım hakkının bir borç ilişkisi

³⁹ a Böckli, Rechtsfragen, s. 39.

³⁹³ Yalnızca teklifte öncelik hakkı, yani eşit fiyata payı üçüncü kişiye kıyasla öncelikle alma hakkı bağlama benzer etki doğurur. Zira bu halde pay sahibi gerçekten de payı belli bir kişiye devretme borcu altında değildir, yalnızca öncelik hakkı sahibi payı almaya hazırsa. payı üçüncü kişiye satmama borcu altındadır.

çerçevesinde düzenlenmesi halinde iradesini kullanma imkanını elde edebileceği, esas sözleşmede düzenleme halinde ise pay sahibinin iradesinin devre dışı kalacağına dikkat edilmelidir. Bu nedenle esas sözleşmede düzenlenecek bir alım opsiyonu, payın devredilebilirliği üzerinde bağlam hükmü ile izin verileden öteye giden bir kısıtlama içerir.

Bağlam ile önalım hakkı arasındaki bir fark, önalım hakkına uyulmamasının tazminat borcu doğurmasıdır. Önalım hakkında pay sahibi bir üçüncü kişi ile sözleşme ilişkisi içine girmiş olduğundan, önalım hakkının kullanılması halinde yerine getiremeyeceği bir sözleşme! borç ve dolayısıyla tazminat yükümü ile karşı karşıya kalır. Benzer şekilde öncelik ve alım haklarında da bu haklara riayet edilmeden payın üçüncü kişiye devri pay sahibini tazminat borcu altına sokar. Böyle bir tazminat yükümü ancak pay üzerindeki hak üçüncü kişiye karşı dermeyan edilebilirse ortadan kalkar³⁹⁴. Oysa pay üzerindeki devri sınırlayıcı haklara böyle güçlendirilmiş bir etki tanınmasının mümkün olup olmadığı tartışmalıdır. Bağlı nama yazılı payın deftere kaydının reddi halinde ise, pay sahibi şirketin devre onay vereceği konusunda bir güvence vermediği sürece tazminat yükümü altına girmez. Bu açıdan da öncelik, önalım ve alım haklarının pay sahibinin hukuki durumunu bağlamdan daha fazla ağırlaştırdığı söylenebilir.

Bağlam ile anılan haklar arasındaki diğer bir fark, bu hakların sınırlı (mevsuf) şekilde düzenlenmesinin³⁹⁵, yani fiyatın önceden belirlenmesinin payın gerçek değerinden düşük satılması ihtimalini de beraberinde getirmesi ve devir hakkını buyönden

394 Bunun sebebi, şerh edilmiş olan ve üçüncü kişiye dermeyan edilebilen hakkın varlığında hak sahibinin tazminat yerine doğrudan doğruya hakkını üçüncü kişiden talep edebilme imkanı olmasıdır. Ayrıca aynı durumda üçüncü kişinin de hakkın varlığından haberdar olması gerektiği varsayıldığından, onun da tazminat hakkı bulunmamaktadır. (Bkz. Feyzioğlu, s. 394vd, özellikle 396.)

395 bkz. dpn. 339.

de sınırlamasıdır. Ancak yukarıda belirtildiği gibi, bağlam da payın paraya çevrilebilirliğini azalttığından payın değerini düşürücü bir etki doğurur.

Sonuç olarak öncelik, önalım ve alım hakları, satış sözleşmesinin diğer tarafını seçme özgürlüğünü kısıtlamaları bakımından bağlama benzerler. Ancak bu haklar, (i) yerine getirilmediği takdirde paysahibini tazminat yükümü ile karşı karşıya bırakmaları açısından, (ii) mevsuf şekilde düzenlenerek payın bedelinin nasıl hesaplanacağını önceden belirlenmiş olması halinde payın fiyatını sözleşme ile belirleme özgürlüğünün kısıtlanması açısından ve (iii) yenilik doğurucu hak niteliğini taşıyanlar paysahibinin mevcut iradesine bakılmaksızın devir borcu doğurdularından bağlamla amaçlanandan öteye giden sonuçlar doğururlar. Alım opsiyonu da paysahibinin iradesi hilafına payının elinden alınması sonucunu doğurduğu için bağlamın amacını aşar.

(3) Tek borç ilkesi karşısında durum

Esas sözleşmese! öncelik, önalım, alım ve satım haklarının tek borç ilkesine aykırı düşüp düşmediği sorununa da farklı yaklaşımlar vardır. Bir görüşe göre öncelik ve önalım hakları bir ek edim yükümü olarak nitelendirilemez³⁹⁶. Öncelik ve önalım

Lehner. SAG □6 (1953/54) s. 197vd; Schucany, Die Wirkung statutarischer Vorkaufsrechte an Aktien gegenüber Dritterwerbem, SAG □7 (1954/55) 63, s. 65. Bu hakların tek borç ilkesine aykırı olmadığı görüşünü savunan yazarlara örnek olarak gösterilen *Herren ise*, esasında ancak istisnai bazı durumlarda bu aykırılığın bulunmayacağını savunur. Yazar, önce edim borcunun sınırlandırılması (tek borç) ilkesini incelemiş ve ilkenin sınırlarını tayine çalışmıştır. Yazara göre paysahipliği, ortaklıkla uzun ve belirsiz süreli bir borç ilişkisine girmek anlamına gelir ve payı devretme yolu dışında çıkma hakkının bulunmaması nedeniyle bu uzun süreli ilişki ancak beraberinde getirdiği yüklerin kapsamının önceden belirli ve sınırlı olması halinde kabul edilebilir (s.93-94). Ayrıca organsal yönetimin paysahibini yönetimden uzaklaştırmış olması, paysahibinin üstlendiği rizikonun sınırlandırılmasını haklı gösterir (s. 94-95). Böylece yazar paysahibinin üstlendiği ekonomik rizikoyu doğrudan veya dolaylı olarak artıracak her türlü taahhüdü ve bu arada her türlü yapma ve verme borçlarını, rekabet yasağı gibi yapmama borçlarını ve yenilik doğurucu

hakları ancak paysahibinin payını satma arzusunu bildirmesi Yeya bunu üçüncü kişiye satması halinde söz konusu olur, diğer bir deyişle payını satıp satmayacağına paysahibi karar verebilir, kendi iradesi hilafına pay kendisinden alınamaz.

Karşı görüşe göre ise³⁹⁷, öncelik ve önalım hakları payını devretmek isteyen paysahibini sermaye borcunu aşan yükümlülükler altına sokacaktır, zira paysahibi payını satmak istediği zaman önce belli şartları yerine getirmek zorunda kalacak, örneğin payını önceden belli kişilere teklif etme, belli şartların gerçekleşmesi halinde devretme ve hatta önceden belirlenmiş fiyata satma zorunluluğu altında olacaktır. Alım ve satım opsiyonları ise, tamamen irade dışı alma ve satma borçları doğurur. Paysahibinin bu tür yükümlülükler altına sokulması tek borç ilkesine aykırı düşer ve esas sözleşme ile tüm paysahiplerini bağlayıcı şekilde düzenlenemez.

hakların yol açtığı yükümlülüklerite tek borç ilkesine aykırı sayar (dpn. 5z8, 530). Yazarın tek borç ilkesine bu derece geniş bir anlam atfettikten sonra "esas sözleşme! iktisap haklarının" tek borç ilkesine nasıl aykırı düşmediğini açıklaması ise şöyle olmaktadır: (1) paysahibinin devir hakkı ortaklığın devre onay vermesi konusunda kanunun tanıdığı imkan çerçevesinde haklı görülebilir (z) ölçüde kısıtlanabilir (z) paysahibi payı üçüncü kişilerin vermeye hazır olduğu değerden veya en azından gerçek değerden aşağı satmak zorunda olmamalıdır (s. 96). Bu nedenle yazar, gerçek değerden sapan hakları, hakkın kullanılmasını tek borç ilkesine aykırı bir edimin ihlaline bağlayan hakları (örneğin rekabet yasağına uyulmaması halinde payı alım hakkının doğması gibi). alma ve satma borcu doğuran alım ve satım opsiyonlarını tek borç ilkesine aykırı saymaktadır (Ayrıca bkz. aşağı. dpn. 404). *Salzgeber-Dürig* de bağlam çerçevesinde haklı görülebilecek öncelik haklarını tek borç kapsamı dışında tutmaktadır (bkz. aşağı. dpn. 404). *Steiger* ise kesin bir görüş belirtmemekle beraber. esas sözleşme ile paysahipleri arasında borç ilişkisi kurulabileceğine ve bu tür borç ilişkilerinin genel kurulun alacağı çoğunluk kararı ile değil. tarafların anlaşması ile değiştirilebileceğine işaret ederek, bu türden (yani gerçek olmayan) bir esas sözleşme hükmüyle kararlaştırılan önalım hakkının tek borç ilkesine aykırı düşmeyeceğini söyler. Ancak bu açıklama, önalım hakkının gerçek anlamda bir esas sözleşme hükmü ile öngörülüp öngörülemeyeceği sorusunu cevapsız bırakır [*Steiger* (Çağa) s. 167]

397 Böckli. Rechtsfragen. s. 5z; Böckli, ZBJV 1993, s. 496-497; Godin/Wilhelmi. §54 N. 9; Klay. s.470; Pestalozzi-Henggeler, Die Namenaktie und ihre Vinkulierung. Zürich 1948. s. 106; Wieland, SAG z7 (1954/55) s. 154-155.

Tek borç ilkesi çalışmanın baş kısmında, tarihi gelişim ışığında incelenmiş ve kapsamının yalnızca sermayeyi aşan parasal edimlerin yasaklanması ile sınırlı kalmayıp, tali yükümlülük (TK 405 III) niteliğini taşımayan her türlü edim borcunu içerdiği açıklanmıştır³⁹⁸. Kanun paysahibini yatırımcı olarak düşündüğü için, sermaye bedelini ödeyip payı alan kişinin bundan sonra payla veya paya bağlı hakların kullanılması ile ilgili herhangi bir borç altına sokulamayacağı bir düzen tasarlamıştır. Kanaatimizce, payını satmak isteyen paysahibinin payını belli kişilere önerme yükümlülüğü veya esas sözleşmeyle tanınmış bir yenilik doğurucu hakkın kullanılması nedeniyle payını belli kişilere devretme veya başka kişilerin payını devralma yükümlülüğü, paysahibine yüklenmiş yapma ve verme borçlarıdır. Üstelik bunların yerine getirilmemesi halinde yukarıda açıklandığı gibi tazminat borcu da doğabilir. Paysahibine yüklenen bu tür borçların ek edim olarak görülmemesi mümkün değildir³⁹⁹. Paysahibi bir borç sözleşmesi ile bu tür borçlar altına girebilirse de, bunlar esas sözleşme ile paysahipliği mevkiine bağlı yükümlülükler olarak öngörülemez⁴⁰⁰.

(4) Esas sözleşmede düzenlenebilecekler

Pay üzerindeki önalım, alım ve satım haklarının bir borç sözleşmesi ile düzenlenmesinin, hakkın ihlali halinde ancak tazminat borcu doğurması, hak konusu olan pay üzerinde herhangi bir hak iddia edilmesine imkan vermemesi ve şirketi bağlayıcı olmaması, bu hakların güçlendirilmesi için yollar aranmasına sebep olmuştur. Esas sözleşme içeriğinin tüm paysahipleri bakımından, müspet vukuf şartı aranmaksızın bağlayıcı olması nedeniyle bu hakların esas sözleşmeye

398 Bkz. § 1.

399 Bkz. d.pn. 383 ve 397'de anılan yazarlar.

400 Türk hukukunda *Tekinalp* de esas sözleşmede yer alan bu tür borçların ancak borçlar hukukuna dayanan yükümlülükler doğurabileceğini, bunların esas sözleşmede yer almakla ortaksa! (*pay mevkiine bağlı olma şeklinde*) nitelik taşıyamayacağı ifade etmiştir. (Tekinalp, Önalım, s. 35□).

dercedilmesinin. bunları tüm pay sahipleri açısından bağlayıcı hale getirebileceği iddiası⁴⁰. bu arayışlardan biridir.

Bağlam sözleşmelerinde de belirtildiği gibi, esas sözleşmede yer alan her hükümün. sırf esas sözleşmede yer almak sebebiyle korporatif etkiyi haiz olmaz. Hangi hükümlerin bu etkiyi haiz olacağı, yani mevcut ve gelecek tüm pay sahiplerini ve organları bağlayacağı, anonim ortaklıklar hukukunun emredici hükümlerine göre belirlenir. Öncelik, önalım, alım ve satım hakları pay sahibine yüklenen bir ek edim niteliği taşır, düzenlenme biçimine göre bağlam sisteminden de ileriye giden bir içeriğe sahip olabilir ve bu nedenle payı devretme hakkı üzerinde caiz olmayan bir kısıtlama oluşturabilir.

Bununla birlikte, yukarıda da belirtildiği gibi, bağlam sistemi de bazı yönlerden öncelik ve önalım haklarına benzer ve sözleşmeye doğrudan müdahale etmese de öncelik ve önalım hakkının doğurmayı amaçladığı sonuçları kısmen doğurur. Bu nedenle, bir bağlam hükmü ile pay sahibinin haklarının kısıtlanmasının mümkün olduğu ölçüde anılan haklarla pay sahibine getirilen yükümlülüklerin mazur görülmesi düşünülebilir. Kanunun bağlam yoluyla getirdiği sınırlama içerisinde kalmak şartıyla tek borç ilkesine istisna oluşturmasına izin verilip verilemeyeceği, öncelik ve önalım hakları bakımından ayrı ayrı incelenmelidir.

Yukarıda da açıklandığı gibi⁴⁰ öncelik hakkı teklifte öncelik ve icapta öncelik şeklinde düzenlenebilir. Teklifte öncelik halinde pay sahibinin payı devretme yükümlülüğü yoktur. Pay sahibinin yükümlülüğü devir iradesini karşı tarafa bildirmekten ibarettir. Bunun ötesinde pay sahibi payını ister öncelik hakkı sahibine, ister daha yüksek fiyat veren üçüncü kişiye satar, isterse hiç

401 Bar, ZSR 85 (1966) il 496vd; Lehner, SAG 6 (1953/54) s. 193vd, 196; Schucany SAG 7 (1954/55) s. 63vd.

402 Bkz. dpn. 315'den itibaren ilgili metin.

satmaz. Bu tür öncelik hakkının paysahibine getirdiği kısıtlama, öncelik hakkı sahihi aynı fiyatı vermeye hazır olduğu sürece payını üçüncü kişilere satmaktan kaçınmaktır. Böylece öncelik hakkı sahibine payın alımında üçüncü kişilere kıyasen öncelik tanınmakta, üçüncü kişiler uzak tutulmaktadır. Aynı sonuca payların yalnızca paysahiplerine devredilebileceğini öngören bir bağlam yoluyla da ulaşılabilir-4³. Öyleyse devir zorunluluğu olmaması ve yöneldiği amacın bağlamla uyumu bakımından teklifte öncelik hakkı bağlam sistemi çerçevesinde haklı görülerek tek borç ilkesine istisna kabul edilebilir-4⁴. Bununla birlikte, az aşağıda açıklandığı gibi, esas sözleşme! bir düzenleme ancak tek borç ilkesine aykırı yaptırımlardan (tazminat, cezai şart gibi) arındırılmış şekilde kabul edilebilir.

İcapta öncelik, paysahibine, payını devretmek istediği zaman karşı tarafa geri dönülmez bir icapta bulunma zorunluluğunu yükler. Diğer bir deyişle karşı taraf kabul beyanıyla sözleşmeyi kurup payı devralma hakkını elde edebilir. Burada önemli olan ilk husus, icapta bulunma zamanını paysahibinin bizzat tayin etmesidir. Paysahibi icabın şartlarını da (fiyatı ve satılacak pay adedini) kendisi belirlediği takdirde^{4⁵}, herhangi bir kayba

403 Salzgeber-Düriç, s. 46, 57-58.

404 *Salzgeber-Düriç* teklifte öncelik hakkının esas sözleşme! şekilde düzenlenebileceğini kabul ederken bunun tek borç ilkesine "istisna" oluşturduğu değil tek borç ilkesine hiç bir şekilde aykırılık oluşturmadığı görüşüyle hareket etmektedir (s. 46). Aynı şekilde *Herren* de paysahibine bir bağlam çerçevesinde getirilebilecek kısıtlamadan öteye gitmeyen kısıtlamaların tek borç kapsamı dışında kabul edilmesi gerektiğini savunur (s.95-96). Kanaatimizce bu haklar paysahibini belli kişiye teklifte veya icapta bulunma yükümü altına sokmakla bir ek yükümlülük getirmiş olurlar. Dolayısıyla bunların tek borç kapsamına girmediğini söylemek yerine istisna edilmeleri gerektiğini söylemek daha uygun olur. Ancak varılan sonuç aynıdır.

405 İcabın şartlarının evvelden esas sözleşmede belirlenmesi yine paysahibinin bu konuda kullanacağı iradenin bertaraf edilmesi anlamına gelir ve hem devir hakkına caiz olmayan bir kısıtlama oluşturur hem de getirilen icapta bulunma zorunluluğunun tek borç ilkesi karşısında mazur görülmesi imkanım ortadan kaldırır. Farklı bir görüşle *Salzgeber-Düriç*, esas sözleşme! öncelik hakkı düzenlenirken fiyatın en az payın gerçek değeri olarak belirlenmesi gerektiğini, hem öncelik hakkı sahibinin hem de borçlunun menfaatlerinin bu şekilde de geleceğini savunur (s. 81). *Herren* de paysahibinin payım üçüncü kişilerin ödemeye hazır olduğu fiyattan veya en azından gerçek değer üzerinden satma imkanının tanınması gerektiğini savunmaktadır (s. 96).

uğ;rainaz. Bu durumda paysahibi bakımından sonuç sözleşmenin A yerine B ile akdedilmiş olmasından ibarettir. Bu da yine kanunun izin verdiği bağlanıla ulaşılabilecek bir sonuçtur. Dolayısıyla basit icapta öncelik hakkı da esas sözleşme ile kabul edilebilir.

Önalım hakkında ise üçüncü kişiye satış olgusu. karşı tarafın önalım hakkını kullanılır duruma getirir ve bunun 1..ullanılmasıyla üçüncü kişi yerine karşı tarafa devir borcu doğar. Burada da satış zamanını paysahibi bizzat belirler. Ancak icapta öncelik ile önalım hakkının farkı, önalımda üçüncü kişi ile yapılan sözleşme gereği önalım borçlusunun sözleşmelerden ancak birini -yerine getirebilecek durumda olması ve diğer sözleşme bakımından ifa edilemeyen asli edim borcunun yerini tali edim olarak tazminatın almasıdır. Diğer bir deyişle paysahibi yalnızca A yerine B ile akit yapmak durumunda kalmamakta, aynı zamanda birinden birine karşı tazminat borcu altına girmektedir. Bu durum, bu usulün bir bağlam çerçevesinde tek borç açısından mazur görülebilmesi imkanını ortadan kaldırır. Paysahibinin tamamen kendi rızası dışında tesis edilen bir hak nedeniyle tazminat borcu altında kalabileceği bir duruma sokulması tek borç ilkesi karşısında kabul edilemez ve kanaatimizce bu nedenle önalım hakkı tüm paysahiplerini bağlayıcı şekilde esas sözleşmede düzenlenemez.

Esasen aynı mahzur öncelik hakları bakımından da ortaya çıkabilir. Bir borç sözleşmesi ile düzenlenen öncelik hakkının ihlal edilmesi halinde öncelik hakkı sahibi de sözleşmeye aykırılıktan ötürü tazminat talep edebilir. Ancak aynı hakkın esas sözleşmede düzenlenmesi halinde ihlalin tek yaptırımını eğer esas sözleşmede öngörülmüşse devrin pay defterine kaydının reddedilmesi olabilir, yoksa tazminat yükümünün doğacağı kabul edilemez. Bu hakların esas sözleşmede düzenlenmesi halinde paysahibinin iradesi ortadan kalkmakta ve tesis edilen hak (öncelik hakkı borçlusu bakımından da tesis edilen yükümlülük) esas sözleşmenin korporatif etkisi

dolayısıyla tüm pay sahipleri açısından bağlayıcı hale gelmekte -dir. Bu imkanın kabul edilebilmesinin tek sebebi de aynı sonuca, payın belirlenen kişiler dışındaki kişilere devrinin yasaklanması şeklinde bir bağlam yoluyla da ulaşılabilmesidir. Dolayısıyla bağlam yoluyla hizmet edilen amacı aşan düzenleme ve hül'Ilki sonuçlar kabul edilemez. Örneğin icabın şartlarının önceden esas sözleşmede belirlenmesi veya hakkın ihlali halinde pay sahibinin tazminat borcu altında kalmasının kabulü mümkün değildir. Zira bunlar açıkça tek borç ilkesine aykırılık oluşturur. Eğer öncelik hakkı bu tür yaptırımlarla desteklenmek istiyorsa o takdirde esas sözleşmeye değil pay sahipleri sözleşmesine konulmalı veya esas sözleşme metni içerisinde yer alsın bile borç sözleşmesi olarak yorumlanmalıdır. Hakkı esas sözleşmeye dahil etmenin getirisi yanında götürüsü de vardır. Hakkın tüm pay sahipleri için bağlayıcı hale gelmesinin bedeli tek borç ilkesini aşan yaptırımların düşmesidir⁴⁰⁶. Esasen bu durum karşısında öncelik hakkının ortaklıkta bir hak olarak esas sözleşmeye konulması, bağlama gerekçe oluşturmak dışında hukuki bir yarar kazandıramaz⁴⁰⁷. Pay sahipleri arasında, öncelik hakkının ihlali halinde tazminat talebine dayanak oluşturabilecek ayrı bir anlaşmanın varolduğu ıspatlanamazsa, öncelik hakkının esas sözleşmeye konularak bağlam hükmü haline getirilmesiyle bunun ihlalinde tazminat talepleri ileri sürülemez, tek yaptırım devrin pay defterine kaydının reddi olabilir.

Öte yandan esas sözleşmeye! öncelik haklarına aykırılığın yaptırımını olarak bir cezai şart da öngörülemmez. Kanunun esas sözleşmede öngörülebilmesine izin verdiği tek cezai şart ser-

406 Aynı mantığın uygulanması yoluyla önalım hakkının esas sözleşmeye! hale getirilmesi mümkün değildir zira burada pay sahibi esas sözleşmeye! hakka uyduğu takdirde üçüncü kişiye karşı tazminat yükümü altına girer ve bunun ortadan kaldırılması mümkün olmaz.

407 Esas sözleşmeye dahil edilmenin, öncelik hakkına aykırı devirlerin iptali imkanını da vermediği hemen aşağıda (5) numara altında açıklanmıştır.

ınaye borcunun ödenmemesi halinde uygulanacak cezai şarttır (TK 407 III). Yine bu haklara riayet edilmemesi halinde paysahibinin ıskat edilmesi de mümkün değildir zira ıskat da ancak sermaye borcunun ödenmemesi halinde öngörülebilecek bir yaptırımdır (TK 407 il). Dolayısıyla esas sözleşme öncelik haklarının ihlalinde tek yaptırım devrin pay defterine 1-aydedilmemesi olabilir.

Alını ve satım hakları ise paysahibini kendi iradesi dışında devretme veya devralma borcu altına soktuğu için tek borç ilkesine tamamen aykırıdır ve esas sözleşmede düzenlenmesi halinde korporatif etki kazanamaz.

Sonuç olarak, vardığımız kanı, teklifte öncelik hakkının ve (satılacak pay adedi ile fiyatın paysahibi tarafından belirlenmesi veya en azından payın gerçek değerinin ödenmesi koşuluyla) icapta öncelik hakkının gerçek bir esas sözleşme hükmü olarak düzenlenebileceğidir⁴⁰⁸. Böyle bir düzenleme, tüm paysahiplerini bağlar. Buna aykırılık ise ancak payın devrinin pay defterine kaydını engeller. Yoksa paysahibinden tazminat talep edilemez. Aykırılığın yaptırımını olarak cezai şart veya ıskat da öngörülemez. Önalım, alım ve satım hakları ise, hem tek borç ilkesine aykırı düştükleri için, hem de bağlam sisteminin amacını aştıkları için tüm paysahiplerini bağlayıcı gerçek bir esas sözleşme hükmü niteliği kazanamazlar⁴⁰⁹. Esas sözleşme ile getirilse bile, bu tür bir

408 Burada kabul edilen, bu hakların esas sözleşmede bağımsız şekilde düzenlenmesidir. Esas sözleşme öncelik haklarını kabul eden yazarlara örnek gösterilen *Salzgeber-Dürig* ise bu hakların ancak bir bağlam hükmünün parçası olarak düzenlenebileceği görüşünü savunur (s.188-189, z67, z70). Anılan hakların bağlam hükmü ile güçlendirilmesi mümkündür. Bu husus biraz ileride ele alınmıştır.

409 *Salzgeber-Dürig*, s. z91; *Tekinalp, Önalım*, s. 35z; *Wieland, SAG z7 (1954/55)* s. 154vd; *Klay*, s. 47ovd. *Ki.ay*, aynı sonuca bir başka yaklaşımla ulaşmaktadır. Yazara göre esas sözleşme ancak ortaklığı ilgilendiren hususları konu alabilir. Paysahiplerinin kendi aralarındaki ilişkiler ise borç sözleşmeleri ile düzenlenmelidir. Öncelik, önalım vb. haklar esas sözleşmede düzenlenirse korporatif etkiyi haiz olamazlar, ancak borç sözleşmesi niteliği taşıyabilirler, çünkü konu

düzenleme ancak bir borç ilişkisi kurar⁴¹⁰. Bunların ille esas sözleşmede yazılı olması halinde tüm kırıucu pay sahipleri bu borç sözleşmesi ile bağlı olur. Sonradan esas sözleşmeye konulma halinde ise Alman hukukundaki çözüm benimsenmelidir⁴¹¹. Diğer bir deyişle, tesis edilen hak ve dolayısıyla tesis edilen yükümlülüğün esas sözleşmeye konulmasına yalnızca bazı pay sahipleri olumlu oy vermişse, yalnızca bu pay sahipleri arasında bir borç sözleşmesi kurulduğu varsayımı derhal kabul edilemez. Olumlu oy verenler tüm pay sahiplerinin aynı yükümlülükle bağlandığını düşünerek bunu kabul etmiş olabilirler. Tüm pay sahiplerinin bağlanmaması halinde sözleşmeyi akdetmeyecek idiyseleler esas sözleşmede düzenlenen hakları olumlu oy verenler arasında bir borç sözleşmesi olarak ayakta tutulması da mümkün olmaz.

(5) Üçüncü kişilere dermeyeran edilme sorunu^{411a}

Bilindiği gibi, pay üzerinde tanınmış olan öncelik, önalım ve alım gibi haklar nisbi haklar olduğundan, bunlar ihlal edilerek payın üçüncü kişiye devredilmesi halinde devir geçerlidir ve payın iadesi üçüncü kişiden talep edilemez^{41z}. İşte anılan hakların esas sözleşmeye yazılarak esas sözleşmeyle birlikte ticaret siciline tescil edilmesinin, bu hakları üçüncü kişilere dermeyeran edilebilir hale getirebileceği umulur. Böylece anılan haklar ihlal edilerek payın üçüncü kişiye devredilmesi halinde pay

itibariyle bunlar esas sözleşmede düzenlenebilecek konular içinde yer almazlar. Jöggi de, bu tür hakların düzenlenme yerinin borç sözleşmesi olduğunu, bunları esas sözleşmede düzenlemenin istenen sonucu doğurmayacağını belirtir (Ungelöste Fragen. s. 69-70.)

410 Frey. s. 86; Pestalozzi-Henggeler, s. 107; Salzgeber-Dürig, s. z97-z98; Wieland, SAG □7 (1954/55) s. 155; Tekinalp. Önalım, s. 35z; Y.11. HD. z3.z.1995. E.7138 K. 15zz. Oğuzman Armağanı, s. 5z5 *Moroglu'nun* makalesine ek (bkz. aş. dpn. 417).

411 Bkz. yuk. dpn. 385 ve ilgili metin.

411a Senetlerin tevdi usulü ile ilgili olarak bkz. aş. §5 III C 4.

41z Meier-Hayoz, ZBJV 1956. s. 3o□; Salzgeber-Dürig, s. 75, 160. 11.;1; Tandoğan, 11. s. z8o; Tekinalp, Önalım. s. 354; Tekinay, Genel Esaslar s. 146.

mülkiyetinin üçüncü kişiden talep edilebilmesinin mümkün hale gelmesi amaçlanır. Oysa bu hakların esas sözleşmede düzenlenmiş olması, bunların üçüncü kişilere dermeyeran edilebilmesi sonucunu doğurmaz. Şahsi bir hakkın üçüncü kişilere dermeyeran edilebilmesi için, gayrimenkuller bakımından getirildiği gibi (MK 735 EMK 658) özel bir yasal düzenlemeye ihtiyaç vardır. Böyle bir düzenleme olmaksızın yalnızca esas sözleşmeye dercedilmekle bir hak üçüncü kişilere karşı dermeyeran edilir hale gelemez⁴¹³. Esas sözleşmenin üçüncü kişilere dermeyeran edilirliliği, esas sözleşme içeriğinin ticaret siciline tescil edilerek kamuya açık hale gelmesine dayanır. Oysa dikkat edilmelidir ki, sicilin olumlu etkisi ancak kanunun tescilini ve/veya ilanını öngördüğü hususlar bakımından geçerlidir⁴¹⁴. Kanunun tescil ve ilanını öngörmediği hususların tescil ve ilan edilmesi üçüncü kişilerin iyiniyetine etki etmez. Bu nedenle uygulamada esas sözleşmelerin tamamı tescil ve ilan edilse dahi, tescil ve ilan ancak kanunun ve sicil tüzüğüne tescil edilmesini öngördüğü, başta TK m. 300 'de sayılan hususlar bakımından sonuç doğurur. Pay üzerinde kurulan öncelik, alım, önalım gibi haklar Ticaret Kanununda anılmadıklarından, bunlar esas sözleşme ile birlikte tescil edilmiş olsalar dahi sicilin olumlu etkisi kapsamında değerlendirilemezler^{414a}. Kaldı ki bir an için bunun aksi kabul edilse dahi, üçüncü kişinin bu hakkın varlığından haberdar olması kötüniyet teşkil etmez ve onun ilgili payı iktisap etmesine engel olmaz. Zira kıymetli evrak hukuku ile ilgili olarak aşağıda açıklanacağı üzere, kötüniyet ancak bir hakkın kazanılmasına engel teşkil eden bir hususun varlığı halinde, yani burada payı devreden kişinin payı devretme yetkisinin olmaması halinde bir önem kazanır. Oysa

413 Schucany, SAC 2.7 (1954/55), s. 65-66; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu) N. 857.

414 Arkan, Ticari İşletme Hukuku, Gözden geçirilmiş 6. baskı, Ankara 2.001, s. 2.31; İmregün, Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, İstanbul 1989, s. 79; Poroy/Yasaman, Ticari İşletme Hukuku, 8. bası İstanbul 1998, N. 2.38, 2.42..

414a Teoman, Yaşayan Ticaret Hukuku C. 1/9, İstanbul 2.000, s. 140.

anılan sözleşmese! haklar paysahihinin devir (tasarruf) yetkisini kısıtlamaz⁴¹⁵. Dolayısıyla üçüncü kişinin sözleşmenin varlığından haberdar olması, yani kötüniyetli olması sözleşmeye aykırı olarak yapılan işlemin iptalini gerektirmez^{415a}.

415 Salzgeber-Düriç, s. 184-185.

415a Tandoğan. C. III. s. 280: Tekinalp, Önalım, s. 354: Teoman, Yaşayan Ticaret HukuJ.-u C. I/9, s. 139. Yargıtay'ın yeni tarihli bir karar da bu konuyu ilgilendirmel--tedir. [Y.11.HD. 07-11.2000 tarihli E. 2000/6279, K. 2000/8691 sayılı karar (Batider, 2001 C. XXI, S. 1, s. 293). Yayınlanmasından önce karardan faydalanroarı sağlayan sayın *Prof Dr. Oğuz İmregün* hocama ve sayın *Av. Cevdet Davıoğlu*'na teşekkürlerimi sunarım.] Karara konu olan olayda, turizmle uğraşan bir anonim şirketin payları aynı aileden 5 kişi arasında dağılmış bulunuyordu. Bazı paysahiplerinin 8.1.1999 tarihinde yaptıkları özel bir sözleşme ile payların aile içinde kalması kararlaştırılmış ve paylarını satmak isteyen paysahiplerinin önce diğer paysahiplerine teklifte bulunması usulü öngörülerek. paysahipleri arasında gerçekleşecek satımın koşulları belirlenmişti. Ayrıca ana sözleşmenin 6. maddesi, "payların satışının, yönetim kurulunun yazılı izniyle veya tüm ortakların onayı alındıktan sonra, mevcut pay sahiplerinin yapacakları özel bir toplantıda verecekleri kararla onaylanmadıkça geçerlilik kazanmayacağı" yolunda bir hüküm içermekteydi. Karardan anlaşıldığına göre, 8.1.1999 tarihli sözleşmeye taraf paysahiplerinden biri, 22.12.1998 tarihinde devir konusunda yönetim kurulundan aldığı izne dayanarak, 15.11.1999 tarihli bir devir sözleşmesi ile kendi paylarını aile dışından ilci kişiye satmış, anılan ilci kişi denetçilerin çağrısı üzerine toplanan (ve bu çağrının usulsüzlüğü nedeniyle sonradan mahkemece hükümsüzlüğü açıklanan) 29.11.1999 tarihli genel kurul toplantısına katılmışlar ve onların da oylarıyla, yönetim kurulu üye sayısı beşe çıkarılarak aynı iki kişi davacıların muhalefetine rağmen yönetim kurulu üyesi seçilmiştir. Daha sonra bu yeni yönetim kurulunun 22.12.1999 tarihinde verdiği bir karar ile de anılan iki kişiye yapılan devir pay defterine kaydedilmiştir. Olayı inceleyen Asliye Ticaret Mahkemesi bazı paysahipleri arasında yapılan 8.1.1999 tarihli sözleşmenin ancak taraflarını bağladığına, payı devralan üçüncü kişiler bu sözleşmenin varlığından haberdar olsalar bile sözleşme ancak şahsi hak doğurduğundan sözleşmeden doğan ve mahkemece önalım hakkı olarak nitelendirilen hakkın kötüniyetli üçüncü kişilere karşı dahi dermeyeran edilemeyeceğine, sözleşmeye aykırı davrananlardan ise ancak tazminat istenebileceğine karar vererek pay devir işleminin iptali ve sözleşmeden doğan önalım hakkının aynen ifası talebini reddetmiştir (20.4.2000 tarihli, E.1999/695, K. 2000/174 s. karar). Aynı mahkeme, bu payların devri konusunda 22.12.1998 tarihinde yönetim kurulu karar alınmış ve pay defterine de kayıt yapılmış olduğundan bahisle pay devrinin şirkete karşı hüküm ifade edeceği sonucuna varmıştır. Temyizde olayı inceleyen Yargıtay 11. HD., 8.1.1999 tarihli sözleşme "tarafı bulunmayan devralanları bağlayıcı değer taşımaya bile", olayda "anasözleşmenin 6. maddesinde öngörülen pay devri ile ilgili izin ve onay işlemleri yerine getirilmeden yazılı sözleşmeyle pay devrinin yapılması şirkete karşı geçerlilik

Ayrıca ticaret sicilinin, tapu sicilinden farklı olarak, kamu güvenini koruyucu etkiyi haiz olmaması⁴¹⁶ da anılan hakların ticaret siciline kaydedilmesinin bunlara aynı etki kazandırmasını engeller⁴¹⁷.

Esas sözleşmede düzenlenmekle korporatif etkiyi haiz olabileceğini kabul ettiğimiz öncelik hakları bakımından da aynı sonuca varılmalıdır. Öncelik hakkının esas sözleşmede düzenlenmesi bu hakkın ancak pay sahiplerini ve organları bağlayıcı olmasını sağlar, yoksa hakkın payı devralmış olan üçüncü kişilere dermeyeran edilebilmesi sonucunu doğurmaz.

Pay iktisabında öncelik tanıyan hakların üçüncü kişilere dermeyeran edilebilmesi için önerilen bir diğer yol, bunların senet

kazanamayacağı gibi, sözleşmeden ve genel kuruldan sonra *TTK*'nin 330 uncu maddesine aykırı biçimde pay devir sözleşmesi taraflarının katılımı ve oyu ile verilen onaya ilişkin 22.12.1999 tarihli yönetim kurulu kararına da bir değer izafe edilemeyeceğinden" pay devrinin şirkete karşı hüküm ifade etmeyeceğine ve kararın bozulması gerektiğine hükmetmiştir. Görülüyor ki, Yüksek Mahkeme de pay sahiplerinin kendi aralarında yaptıkları sözleşmenin, sözleşmeden haberdar olan ve bu nedenle kötünietli olduğu varsayılan üçüncü kişilere karşı dermeyeran edilebileceğini kabul etmemiş, Asliye Mahkemesinin kararını ancak şirket anasözleşmesine aykırılıktan bozmuştur. Bu kararla ilgili olarak ayrıca bkz. Tekinalp (Poroy/Çamoğlu) N. 1168.

416 Arkan, s. 40; Poroy/Yasaman, N. 43.

417 Yargıtay da 3.2.1995 tarih ve E. 7138 K. 1522 sayılı kararında (bkz. dpn. 3 ve 36) aynı sonuca varmıştır. Olayda, esas sözleşmede yer alan bir hükümle pay sahipleri arasında icapta öncelik hakkı tanınmıştı. Ancak kabul beyanı, gereken şekilde ve sürede yapılmadığı için icabın bağlayıcılığını yitirdiğini düşünen satıcı taraf, paylarını üçüncü kişilere satmıştı. Davacı, esas sözleşmede yer alan ve öncelik hakkını tesis eden hükmün bir bağlam hükmü olduğunu savunmuş (Oğuzman Armağanı s. 526) ve buna aykırı olarak gerçekleştirilen satış ve devirlerin iptalini ve pay defterine yapılan kayıtların da silinmesini talep etmişti. Yargıtay ilgili esas sözleşme hükmünün bağlam oluşturup oluşturmadığını incelememiş, bu hükmün ancak pay sahipleri arasında bir "kişisel hak" doğurmakta olduğunu belirtmiştir (Oğuzman Armağanı s. 58). Ayrıca Yargıtay mülkiyet hakkını sınırlayıcı nitelikteki hükmün esas sözleşme ile birlikte ticaret siciline şerh verilmesinin, ticaret sicilinin, tapu sicilinin aksine mülkiyet hakları ile ilgili bir fonksiyon taşımaması nedeniyle, anılan hakkı üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir hale getirmeyeceğini yerinde olarak tespit etmiş ve bu hakka dayanarak satışın iptalinin değil, şartları varsa ancak sözleşmele bir nakdi giderimin istenebileceğini de belirtmiştir (Oğuzman Armağanı s. 58).

üzerine yazılmalarıdır⁴¹⁸. Böylece senedi devralacak üçüncü kişinin. pay üzerindeki hakkın varlığını öğrenmesi ile, yani iyiniyetin ortadan kaldırılması ile hakkın kendisine karşı ileri sürülebilmesi imkanı yaratılmak istenir. Ancak bu haklar sözleşmesel haklardır ve sözleşmelerin nisbiliği ilkesi gereğince, bu hakkın varlığını bilen üçüncü kişilere karşı dahi ileri sürülemezler.⁴¹⁹

Daha da önemlisi, bir hakkın kazanılmasına engel teşkil eden bir hususun varlığını bilmemek olarak tanımlanan iyiniyet hali ancak kanunun öngördüğü hallerde ve ölçüde koruyucu rol oynar⁴²⁰. Diğer bir deyişle, kişinin iyiniyetli olup olmaması ancak kanun buna bir önem atfetmişse, bir sonuç bağlamışsa anlam ifade eder.⁴²¹ Bu nedenle bir kıymetli evrak olan hisse senedi bakımından, önce kıymetli evrak hukukuna bakılmalıdır.

Kıymetli evrak hukuku emre yazılı senetlerde senedin iktisabında iyiniyeti korur. TK 598 II hükmüne göre, düzgün bir ciro zinciri ile poliçeyi (emre yazılı senedi) iktisap etmiş olan hamil, ancak senedi kötüniyetle veya ağır kusuru ile iktisap etmiş ise geri vermekle mükelleftir. Bu durumda sorulması gereken soru, öncelik, önalım veya alım hakkının varlığının senet üzerindeki kayıttan öğrenilmesinin bu anlamda kötüniyet oluşturup oluşturmayacağıdır.

Kıymetli evrak hukukunda "kötüniyetten maksat, senedin önceki hamilinin elinden rızası hilafına çıktığını bilmek veya

418 Eriş AŞ, s. 658-659; Feyzioğlu, s. 33; Meier-Hayoz, BernKomm ZGB Art. 681 N.15.

419 Tandoğan, İli, s. 280, Tekinalp, Önalım, s. 356; Dohm, s. 197; Salzgeber-Dürig, s. 75. 160, 183-184..

420 Of, ruzman/Barlas, s. 162.

421 Ornef, rin emin sıfatıyla zilyed olandan iyiniyetle menkul mal iktisap edenin iyiniyeti korunur ve iktisabı geçerli olur (MK 901). Oysa hukuki işlem ehliyeti bulunmayan bir kimseden bir hak iktisap etmek isteyen kimse, karşı tarafın ehliyetsizliğini bilmesee ve bilecek durumda bulunmasa dahi, hakkı iktisap edemez. Burada iyiniyetin koruyucu etkisi yoktur (Oğuzman/Barlas, s. 162).

bilebilecek durumda bulunmak"tır²². Diğer bir deyişle iyiniyet ancak senedin kaybolması, çalınması veya hamilin senedi devir iradesinin sakat olması (geçirim sözleşmesinin sakatlığı) veya devredenin diğer bir şekilde senedi devre yetkisiz olması halinde önemi kazanır²³. Senedi devredenin devretme hakkı var ise, burada zaten iyiniyete başvurmaya gerek yoktur. Öncelik, önalım, alım halden ise hak konusu payı devretme yetkisini ortadan kaldırmaz⁴. Bu hakların kullanılması ile mülkiyetin geçmeyeceği, ancak bir satış sözleşmesinin kurulacağı ve bu sözleşme uyarınca payı devretme borcunun doğduğu yukarıda açıklanmıştır. Öyleyse bu hakların tesisi de kullanılması da, pay sahibinin payı devretme yetkisini kısıtlamaz veya sona erdirmez. Bu nedenle de payın senede bağlanması halinde dahi, senet üzerinde bir başkasının öncelik, önalım veya alım hakkının var olduğu kaydının düşülmesi, senedin kıymetli evrak hukuku uyarınca geçerli olarak devrini engellemez; senedi devralan kişi, bu hakların varlığını bilmesine rağmen senedi geçerli olarak iktisap eder ve iade borcu altına girmez^{4Z4a}.

Payların üçüncü kişinin elinden alınması, sözleşmenin üçüncü kişiye karşı dermeyan edilmesi yoluyla değil, ancak BK 41 II anlamında ahlaka aykırı bir fiilin varlığında mümkün olabilir. Bu husus için bkz. §7 II D.

(6) Bağlamla güçlendirme

Önalım ve alım hallerinden doğan borçların bağımsız birer yükümlülük halinde esas sözleşmeye konulması mümkün olmasa da, bunların kanunun izin verdiği bir bağlam

4zz Poroy/Tekinalp, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, Genişletilmiş 15. bası, İstanbul 2001, N. z66.

423 Alışkan, Kambiyo Senetlerinde Temlik Ciro su. Yayım, İstanbul 1998, s. z45; Öztan, Kıymetli Evrak Hukuku, z. bası, Ankara 1997, s. 595; Poroy/Tekinalp, N.z66.

4z4 Salzgeber-Dürig, s. 184-185.

4z4a Tekinalp, Önalım, s. 356; Teoman, Yaşayan Ticaret Hukuku, C. 1/9, s. 139.

çerçevesinde yaptırma tabi tutulması müml-ündür⁴²⁵. Yukarıda da belirtildiği gibi. bağlam sistemi ortaklığa, sebep göstermek-sizin dahi payın devrini deftere kaydetmeme imkanı tanır. Diğer bir deyişle ortaklık, hakkın kötüye kullanılması sınırına tabi olmak kaydıyla, yani keyfiliğe varmadan⁴²⁶ pay devrinin kaydını istediği nedenden reddedebilir. Ortaklık devri tanıyıp tanımamak konusunda bu kadar geniş bir takdir yetkisine sahipken, payın belirli nedenlerle, örneğin öngörölmüş olan öncelik veya önalım haklarına riayet edilmemesi nedeniyle reddedilmesinin bağlam sistemine aykırı düştüğü söylenemez. Kaldı ki böyle bir aykırılık olduğu varsayılarak bu imkan reddedilse dahi, esas sözleşmede gerekçe gösterilmeksizin red imkanı tanınmışsa, yönetim kurulu paysahipleri sözleşmesindeki şartları yerine getirmeyen devirleri fiilen kaydetmemek yoluna da gidebilir⁴²⁷.

Acaba esas sözleşmede, paysahipleri sözleşmesine atıfta bulunularak bu sözleşmedeki devir hükümlerine uymayan devirlerin deftere kaydedilmeyeceği şeklinde bir hüküm kabul edilebilir mi? Böyle bir durum, bir yandan paysahipleri sözleşmesinin kamuya açık olmaması ve ortaklık dışı menfaatleri koruyucu bir sözleşme olması nedeniyle yadırgatıcıdır. Ancak diğer yandan gerekçe göstermeksizin ret imkanının verdiği geniş takdir yetkisi, bunun mümkün olabileceği düşüncesini uyandırır.

Bu hususta paysahipleri sözleşmesinin devamlılığının sağlanmasında bağlamın rolü konusunda ileri sürölen görüşlerden

425 Böckli. ZBJV 1993. s. 498; Salzgeber-Dürig, s. 188-189, 267. 270. Benzer, Jaggi. Ungelöste Fragen, s. 70. Türk hukukunda *Moroglu*, önalım, alım ve gerialım haklarının "bir pay devri kısıtlaması olarak (TTK m. 416-418) ana sözleşme ile tanınabileceği"ni kabul eder (s. 82vd). Verilen açıklamalardan, böyle bir esas sözleşme hükmünün paysahipleri bakımından bağımsız bir yükümlölük oluşturmal.-tan çok bir bağlam hükmü niteliği taşıyacağıının düşünöldüğü anlaşılmaktadır.

426 Bürgi, Art. 686 N. 29; Pestalozzi-Henggeler, s. 97; Pulaşlı, s. 126; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu) N. 1164.

427 Forstmoser, FS Bar. s. 93.

faydalanılabilir. İsviçre hul,ılmnda (bugün Türk hukukunda hala olduğu gibi) ortaklığın sebep göstermeksizin dahi payın devrini kaydetmel--ten imtina imkanının tanındığı 1991 değişikliği öncesi duruma bakıldığında. payı devralacak üçüncü kişi paysahipleri sözleşmesine taraf olup buradan doğan borçları üstlenmediği sürece payın kendisine devrinin onanmayacağı şeklindeki bağlam hükmünün geçerli kabul edildiği görülür-1-□⁸. Hatta aynı durum Alman hukukunda da geçerlidir. Alman hul."111.'Unda da paysahipleri sözleşmesinden doğan borçların payın devri ile birlikte geçmemesinin doğurduğu sakıncayı giderecek bir önlem olarak, payların bağlı nama yazılı hale getirilmesinin ve ancak payı devralan kişinin, paysahipleri sözleşmesinden doğan borçları da devralması halinde payın devrinin deftere kaydedileceği şeklinde bir bağlam yaratılmasının mümkün olduğu kabul edilmektedir-4²⁹. Böylece dolaylı yoldan paysahipleri sözleşmesinin anonini ortaklıkla birlikte devamı sağlanmaktadır.

Bu şekilde ortaklık dışı bir olguya atrlta bulunularak bağlam oluşturulması mümkün ise, paysahipleri sözleşmesindeki devir usulüne uyulmadığı sürece payın pay defterine kaydının yapılmayacağı şeklinde bir bağlam da kabul edilmelidir. Yukarıda da belirtildiği gibi, bu imkan reddedilse dahi yönetim kurulu fiilen de bu yola gidebilir.

428 Forstmoser, FS Bar, s. 92-93; Glattfelder, s. 327a; Pestalozzi-Henggeler, s. 107 108; Aksi fikir: Salzgeber-Dürig. s. 245-247. Yazar. ek edim niteliğinde yükümlülükler içeren bir borç sözleşmesine taraf olma şartının bağlam ile kabul edilemeyeceğini, bu yolla sözleşme içeriğinin bağlamın içeriği haline dönüştürülerek ortaklıksal plana taşındığını ve bunun tek borç ilkesine aykırılık oluşturacağını savunur. Bu nedenle yazar yalnızca öncelik haklarının bağlamın içeriği olabileceği ve bu nedenle yalnızca öncelik haklarının esas sözleşmeye konulabileceği sonucuna varır. Yazarın endişesi tam olarak doğru değildir, zira payı devralan kendi iradesi ile sözleşmeyi üstlenmektedir, dolayısıyla tek borca aykırılıktan söz edilemez. Ayrıca gerekçe göstermeksizin ret imkanının varlığı karşısında bu yolun kapatılması mümkün değildir.

429 Hefermehl/Bungeroth (GeE.ler AktG) §54 N. 36, Lutter, KölnKomm §54 N. 32; Barı. GroE.Komm, §54 N. 12; Godin/Wilhelmi §54 N. 10.

Dikkat edilmelidir ki bu tür bir bağlam, esas sözleşmeye dercedilerek korporatif etki kazandırılmak istenen öncelik, önalım veya alım haklarından umulan etkiyi doğurmaz⁴³⁰. Zira korporatif etki ile amaçlanan, bu hakların tüm pay sahiplerini bağlamasından öte, payı devralan kişiye de dermeyan edilebilmesi ve bu haklara aykırı devirlerde payın üçüncü kişiden geri alınabilmesi imkanının kazanılmasıdır. Oysa bağlamda, bağlama rağmen yapılan devir geçerlidir ve devrin pay defterine kaydının reddi ile ortaklığa karşı pay sahipliği sıfatının kazanılmasına engel olunabilse de, mülkiyetin kazanılmasına engel olunamayacaktır. Bu halde Türk hukukunda kabul edilen sonuç, katılım haklarının devreden pay sahibinde kalması, mali hakların ise devralan pay sahibince kullanılabilmesidir (Bölünme teorisi)⁴³¹.

Acaba esas sözleşmede pay sahipleri sözleşmesine atıfta bulunmak yerine, çeşitli önalım veya alım hakları bağlam hükmü içerisine yazılabilir mi? Diğer bir deyişle önce pay sahiplerinin veya bazı pay sahipleri gruplarının, diğer pay sahipleri veya pay grupları üzerinde önalım veya alım hakkına sahip oldukları belirtilip bunların kullanılma şartı gösterildikten sonra bu şartlara uymayan devirlerin deftere kaydedilmeyeceği yazılabilir mi? Esas sözleşmede pay sahipleri sözleşmesine atıf kabul edildikten sonra böyle bir şartın evleviyetle kabul edilmesi gerektiği düşünülebilir. Türk hukukunda da bu hakların bağlam hükümleri içerisine dercedilmesi filcri kabul görmekteydi.⁴³²

⁴³⁰ Tekinalp, Önalım, s. 357; Salzgeber-Dürig, s. 291vd.

⁴³¹ Türk hukukunda devrin taraflar arasında geçersizliğinin kabul edilmesinin payın devrini tümünden engelleyeceği ve ortaklık...-tan çıkma hakkı da olmayan pay sahibinin aleyhine olacağı için bölünme teorisini kabulden başka çare kalmamaktadır. Ancak bu teori paya bağlı hakların bölünmezliği ilkesini zedelemesi ve payın senede, mali hakların da k.'Uponlara bağlanmaması halinde uygulama imkanı da olmaması nedeniyle eleştirilmektedir. Arslanlı, AŞ I s. 183-184; İmregün, AO, s. 368; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu) N. 1149. Bölünme teorisi üzerine diğer görüş ve eleştiriler için bkz. Tekil, s. 438vd.

⁴³² Moroğlu. s. 82-83; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu) N. 861.

Ancak kanaatin lizce paysahipleri sözleşmesine yapılacak bir atıf bu hakların esas sözleşmeye yazılmasına yeğ tutulmalıdır. Zira yukarıda da belirtildiği gibi, bu haklardan bazıları tek borç ilkesini zedeler ve pay devir hakkını bağlam sisteminin öngördüğü amacı aşarak kısıtlar. Bu tür hakların esas sözleşmeye yazılması halinde bunlar (teklifte öncelik ve basit icapta öncelik hakları hariç) borç sözleşmesi karakterini yitirmezler ve kendi iradesiyle bu tür yükümlülükler altına girmemiş paysahiplerine⁴³³ karşı da hüküm ifade edemezler. Oysa bağlam tüm paysahipleri ve payı devralacak kişiler için bağlayıcıdır. Bu nedenle bu tür hakların bir bağlam hükmü ile ilintilendirilerek esas sözleşmeye yazılması bunların esas sözleşmese! karakter kazandığı ve tüm paysahiplerini bağladığı yanlış izlenimini uyandıracaktır. Ayrıca bağlam hükmü genel kurulun çoğunluk kararıyla değiştirilebilirken borç sözleşmesi niteliğindeki bu hakların değiştirilmesi için oybirliği, hatta sözleşmeye başka kişiler de tarafsız, tüm sözleşme taraflarının onayı gerekecektir. Görüldüğü gibi bu tür hakların hukuki kaderi ile bağlamın hukuki kaderi arasında uyumsuzluk mevcuttur. Bu nedenle, pay üzerindeki devretme/devralma haklarının paysahipleri sözleşmesine yazılması ve bağlamın ancak paysahipleri sözleşmesindeki hükümlere uyulmaması halinde uygulanacak bir yaptırım olarak kabul edilmesi bir çok sorunu halledecektir⁴³⁴.

433 Bundan kasıt, sonradan pay devralarak ortaklığa giren kişilerdir. Eğer anılan haklar kurucular tarafından esas sözleşmeye konulduysa, tüm kurucuların bunlarla bağlanma iradesine sahip olduğu açıktır. Ancak sonradan pay devralanların kendi payları üzerinde bu tür kısıtlamaları kabul ettiklerine dair iradelerinin oluşması gerekir.

434 Nitekim doktrinde de sözleşmese! (borç ilişkisi kuran) düzenlemelerin esas sözleşmeye taşınmaması ve bu ikisi arasındaki ayrımın korunması gerektiğine işaret edilmektedir (Frey, s. 86; Jaggi, Ungelöste Fragen, s. 69-70; Klay, s. 471vd.) Ayrıca esas sözleşmeye konulma halinde hükmün korporatif olarak yorumlanması ve tek borç ilkesine aykırılık nedeniyle geçersiz sayılması riski de vardır (Hüffer, §54 N. 7).

4. *Sada,ka,t yükümü ve rekabet yasası,*

Kural olarak anonim ortaklıkta paysahipleri ne ortaklığa karşı ne de diğer paysahiplerine karşı sadakat yükümü altında değildirler⁴³⁵. Buna karşılık, sınırlı sayıda paysahibi bulunan anonim ortaklıkta, paysahiplerinin kendi aralarındaki ilişkiler daha sıkı ve ortaklığa karşı bağları daha kuwetlidir. Bu tür ortaklıklarda ortaklığın kaderi paysahibinin kaderini yakından ilgilendirir. Bu nedenle paysahipleri sözleşmesinde paysahibinin ortaklığa karşı sadakat yükümü altına girmesi kararlaştırılabilir⁴³⁶. Paysahipleri sözleşmesinin bir adi ortaklık oluşturduğu hallerde, adi ortaklığın niteliği gereği ortaklar zaten *affectio societatis* temeline dayanan ortaklığa bağlılık, yani sadakat yükümü altındadır ve paysahipleri sözleşmesindeki amaçları zedeleyici davranışlardan kaçınmak zorundadır⁴³⁷. Paysahipleri sözleşmesinin tarafları ile anonim ortaklık paysahiplerinin aynı olduğu hallerde, bu sadakat yükümünün etkileri anonim ortaklığa da yansır. Bunun ötesinde paysahipleri sözleşmesi ile paysahiplerinin anonim ortaklığa karşı da sadakat yükümü altında olduklarını kararlaştırmalarına bir engel yoktur. Paysahiplerinin sözleşme ile kabul ettikleri sadakat yükümü, anonim ortaklığın yapısına aykırı gözükse de, paysahiplerinin sözleşmede üstlendikleri diğer borçlardan farksızdır. Böylece paysahibi hem diğer paysahiplerinin menfaatlerini hem de anonim şirketin menfaatlerini gözetmeyi kabul etmektedir. Diğer bir deyişle, kişi ortaklıklarında mevcut bir yükümü, kendisi açısından anonim ortaklığa taşımaktadır.

Bu yüküm, öncelikle paysahibinin ortaklığın faaliyetlerine ve amacına zarar verici işler yapmamasını öngörür. Kaçınma bor-

435 Blcz. §1 VI 4.

4,36 König. s. □7; Zöllner, Baumhach/Hueck GmbHG §47 N. 79.

437 Nomer, s. 10; Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), N. 60, 95.

cuna en önentli örnek ortaklıkla rekabet etineınerdir. Rekabet yasağı ayrıca öngörölnerleniş olsa dahi, sadakat yükümü bunu dn içerir. Alnlan huk"Ukunda. kişi ortaklıklarında sadakat yükününün yalnız şirketin menfaatlerine ters düşen davranışlardan kaçıunak aıtlamına gelmediği, bunun ötesinde bazı hallerde somut olarak şirketi desteklemek, hatta şirketin menfaatlerinin gerektirdiği durumlarda şirket lehine alınacak kararlara olumlu oy vermek yükümünü de içerebileceği savunulmaktadır⁴³⁸. *Affectio societatis* de şirketin amacının gerçekteşmesi için ortakların gayret sarf etmesi anlamına geldiğine göre, bu gayret olumlu anlamda faaliyeti de içerir⁴³⁹. O halde paysahipleri sözleşmesinde kararlaştırılmış olan bağlılık yükümünün olumlu oy verme yükümünü de beraberinde getirebileceğini kabul etmek gerekir⁴⁴⁰.

Bunun ötesinde paysahihinin ortaklığı ayrıca çeşitli yönlerden desteklemesi amacını güden, örneğin paysahibinin sahip olduğu teknik bilgi ve know-how'ı ortaklıkla paylaşma borcu gibi yükümler de öngörülebilir.

438 Schmidt, GesR §21 II 3 c, s. 616; Nomer, s. 12 ve orada anılan yazarlar.

□9 Aynı yönde, Barlas, s. 28vd; Domaniç, *Adi-Kollelctif ve Komandit şirketler, Genişletilmiş 4. bası İstanbul 1988, s. 14; İmregün, Kollektif, Komandit ve Sermayesi Paylara Bölünmüş Komandit Ortaklıklar, İstanbul 1989. s. 42-43; Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), N. 60. Barlas, adi ortaklıkta birlikte çaba gösterme yükümlölüğünün bir yan edim yükümü olmayıp, asli edim yükümü durumunda olduğuna ve süreklilik taşıdığına işaret etmektedir (s. 30-31).*

440 Anonim ortaklıklarda paysahiplerinin sadakat yükümünün olup olmadığı tartışmasında Türk hukukunda hakim görüş paysahibiniri ancak **MK 2 II'**ye dayanan dürüstlük kuralının uzantısı olarak hakkını ortaklık zararına kullanma yasağı anlamında bir sadakat yükümü olabileceğini savunmaktadır. Azınlıkta bulunan bir görüş ise, paysahibinin sadakat yükümünün paysahibini bazı istisnai hallerde olumlu oy verme borcu altına dahi sokabileceğini savunmaktadır (bu görüşler için bkz. ř1, dpn. 49 ve 50). İşte hakim görüşün reddettiği olumlu oy verme borcu, paysahibinin kendisi ačíından sözleşme ile tesis ettiği sadakat yükümü.üne dahil kabul edilebilir. Sözleşme ile kabul edilen sadakat yükümü, anonim ortaklıkta paysahibinin genel olarak tabi bulunduğu dürüstlük kuralını ařan bir borç tesis eder.

5. Ma.l,ihaki.ar ve borçlar

a) Mali borç yüklenme

Tek borç ilkesi, sermaye borcu dışında paysahipliğine bağlı, payla birill.'te devreden korporatif nitelikli borçların paysahibine yüklenemeyeceğini ifade eder. Ancak bu ilice paysahiplerinin kendi rızaları ile ve yalnızca kendilerini bağlayacak şekilde ortaklığa karşı borçlar yüklenmeleri konusunda bir engel teşkil etmez. Paysahipleri ortaklığın mali güçlük içine girmesi halinde ortaklığa mali destek sağlamak⁴⁴¹, örneğin l.-uruluştta belli bir süre için kar payı talep etmemek, sonradan ortaklığın zararlarını kapamak, borçlarına kefil olmak veya ortaklığın gelişimini sağlamak amacıyla bazı şartların gerçekleşmesi halinde esas sermaye artırımlarına onay vermek⁴⁴² gibi taahhütlerde bulunabilirler. Bu tür taahhütlerin aşırı geniş kapsamla düzenlenerek tek borç ilkesini etkisiz hale getirici, paysahibinin borcunun sınırlılığını tamamen ortadan kaldıracı bir nitelik taşımaları ve bu nedenle kamu düzenine aykırılıktan ötürü batıl hale gelmeleri de mümkün değildir. Şöyle ki, bir sözleşmenin geçerli olarak meydana gelebilmesi için tarafların sözleşmenin esaslı unsurlarında anlaşmış olmaları veya esaslı unsurların en azından belirlenebilir olması gerekir⁴⁴³. Bu nedenle de borç üstlenme, zararları kapama, borç verme, sermaye artırımına katılma gibi konularda yapılan sözleşmelerde, borcun miktarı ve süresi belirsiz genel geçer bir borçlanma taahhüdünde bulunulamaz.

Sözleşme yapma vaadi bakımından da aynı durum söz konusudur. Örneğin ortaklığın borçlarına kefil olma taahhüdü, paysahibinin ortaklığa, ortaklığın alacaklısı olan bir kişi ile bir

441 Hoffman-Becking, ZGR1994. s. 444; König. s. z7. Noack. s. 17, Zöllner, RWS Forum 8, s. 9z.

442 König. s. z7.

443 Eren, C.I, s. z17; Oğuzman/Öz, s. 66; Von Tuhr (Edege) §z4 Vs. 185. 186.

kefalet sözleşmesi imzalamayı taahhüt ettiği, üçüncü kişi lehine bir akit yapma vaadidir⁴⁴⁴. Sözleşme yapma vaadinin geçerliliği asıl akdin geçerliliği için aranan şartların mevcudiyetine bağlı olduğundan (BK □□ II), kefil olma taahhüdünün geçerli olabilmesi için de kefalet sözleşmesinin tabi olduğu şekil şartları aranır. Bunlar, sıhhat şartı olarak kabul edilen yazılı şekil ve kefilin sorumlu olacağı azami mik."i:arın sözleşmede belirtilmiş olmasıdır (BK 484). Ayrıca, kefaletin fer'i niteliği uyarınca, diğer bir deyişle kefalet taahhüdünün geçerli olabilmesi için geçerli bir asıl borç bulunması gereğince, sözleşmede asıl borcun belli olması veya belirlenebilir olması da gerekir⁴⁴⁵. Bu da kefalet sözleşmesinin tabi olduğu ve kefil olma vaadine de uygulanacak geçerlilik şartlarından biridir. Dolayısıyla pay sahibinin pay sahipleri sözleşmesinde "ihtiyaç duyulması halinde ortaklığın doğacak herhangi bir borcuna 5 milyar TL'ye kadar kefil olmayı taahhüt ediyorum" şeklinde bir vaatte bulunması geçersiz olur⁴⁴⁶.

b) Mali haklar edinme

Paysahiplerinin ortaklıktan menfaat elde etmesini öngören düzenlemeler, anonim ortaklıkta "malvarlığının (sermayenin) korunması ilkesi"ne⁴⁴⁷ dayanan yasaklayıcı hükümler engeli ile karşılaşabilir. Anonim ortaklıklarda ortaklığın üçüncü kişilere karşı borçlarından doğan sorumluluk ortaklık malvarlığının üzerinde olduğundan, malvarlığının korunması ilkesi doğrudan doğruya alacaklıların korunmasına hizmet eder ve kamu düzenini ilgilendirir. Bu ilke, kanunda yasaklayıcı hükümler ile düzenlenmiş ve teminat altına alınmıştır⁴⁴⁸. Örneğin ser-

444 Oğuzman/Öz, s. 140 dpn. 471, Reisoğlu, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, Ankara 199□. s. 31.

445 Reisoğlu, Kefalet, s.11-1□.

446 Örnek için bkz. Reisoğlu, Kefalet, s. 11.

447 Bkz. Poroy (Tekinalp/Çam.oğlu), N. 467. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, §1 N. 41, Wiedemann I, §10 IV.

448 Yasaklayıcı hüküm kavramı için bkz. yuk. il A 1.

mayenin geri ödenmesini yasaklayan TK 405 il, esas sermaye için faiz ödenmesini yasaklayan TK 470 I bu yasaklayıcı hükümlere örnek gösterilebilir⁴⁴⁹. Aynı şekilde, aynı sermaye karşılığı taahhüt edilen payların şirketin tescilinden itibaren iki yıl geçmeden başkalarına devrini hükümsüz kılan TK 404 hükmü de bir yasaklayıcı hükümdür. Payın TK 404 hükmünün öngördüğü koşullarda devrine yönelik bir sözleşme doğrudan doğruya yasak kapsamına girer ve hükümsüz olur⁴⁵⁰.

Bu tür hükümlerin aksi ne esas sözleşmeyle, ne genel kurul kararı ile ne de paysahipleri sözleşmesi ile kararlaştırılamaz. Anılan tedbirin kaldırılmasından doğrudan doğruya etkilenecek olan alacaklı, tedbirin kaldırılıp kaldırılmaması konusunda görüş bildirme imkanına sahip olamayacağından bunların aksinin öngörülememesi de doğaldır.

Paysahipleri sözleşmesine zaman zaman mali haklar, özellikle kar payı hakkında hükümler konulmaktadır⁴⁵¹. Esas sözleşmede kar payının nasıl dağıtılacağına dair bir düzenlemenin yer almadığı hallerde, paysahipleri sözleşmesi bu konuda bir prensip kararı getirebilir veya geçici özel düzenlemeler öngörebilir. Örneğin ortaklığın kurulduğu ilk sene özel bir sistem uygulanması düşünülüyorsa, bir senenin sonunda esas sözleşme değişikliği yapmak zorunda kalmamak için, ilk sene uygulanacak özel sistem paysahipleri sözleşmesine konulabilir. Aynı şekilde, şirket ekonomik olarak güç bir durumda iken sermaye artırımını yoluyla şirkete destek sağlayan kişinin belli bir süre diğer paysahiplerinden fazla kar payı alması kararlaştırılabilir. Kar payı hakkındaki düzenlemelerin ortaklığa karşı ileri

449 Alman Paylı Ortaklıklar Kanununun aynı iki konuyu düzenleyen §57 hükmünün yasaklayıcı hüküm olduğu konusunda : Staudinger - Sack, §134, N. ZOZ.

450 Farklı görüş: Moroğlu (s. 55). Moroğlu, TK 404'de yer alan devir yasağını devir sözleşmesini geçersiz kılan bir butlan sebebi olarak almamış, bu halde devrin geçerli olduğunu ancak ortaklığa karşı ileri sürülemeyeceğini kabul etmiştir.

451 Hoffmann-Becking. ZGR 1994. s. 444.

süti\lebilnesi için bunların esas sözleşmede yer almnsı şarttır CTK 455· 456). .Al.--si takdirde kar payının nasıl dağıtılacağına genel l-urul karar verir (TK 360 I. 4,69 il). Paysahipleri sözleşmesinde yer alan düzenlemeler ortaklığı bağlamaz ve doğrudan doğruya ortaklığa karşı dermeyan edilemez. Ancak l--ar dağıtımını genel kurulun yetkisi altında olduğundan, genel l-urulda oy verecek olan sözleşme tarafı paysahipleri. sözleşnlede kabul ettikleri şekilde oy vermek borcu altına girmiş olurlar. Ayrıca paysahipleri sözleşmesinde kararlaştırılan oranda kar payı şirketten talep edilemese de, bunun sözleşme taraflarından talep edilebilmesi mümkündür. Bkz. §6 III B 3.

C. Sözleşmeye uyulmasını sağlamaya yönelik hükümler

1. Genel olarak

Paysahipleri sözleşmesinin ortaklıklar hukuku ile borçlar hukuku arasında gidip gelen, konu olarak bir tarafa, hukuki nitelik olarak diğer tarafa ait yapısı ve özellikle sözleşmenin ihlali bahsinde açıklandığı üzere ihlal halinde uygulanabilecek yaptırımların ortaklıklar hukukuna ait yaptırımlar olmaması⁴⁵, daha başlangıçta sözleşmeye uyulmasını özendirecek tedbirlerin alınmasına yol açar.

Sözleşmeye uyulmasını sağlayıcı tedbirler, kimi zaman paysahihinin sözleşmeyi ihlal edecek davranışlarda bulunmasını engelleyecek pratik yöntemler şeklinde (payların bir yeddi emine verilerek paya bağlı hakların yeddi emintarafından kullanılmasının sağlanması gibi), kimi zaman da ihlale ağır sonuçlar bağlanarak, örneğin ağır cezai şartlar öngörülerek

45[□] Ticaret hukukuna ait özel yaptırımlar, örneğin genel kurul kararının iptali, organların sorumluluğuna gidilmesi, borcunu yerine getirmeyen paysahibinin iskat edilmesi gibi yaptırımlar paysahipleri sözleşmesine aykırılık halinde kural olarak uygulanamaz. İhlalde başvurulacak yaptırımların türü ve niteliği §7'de ayrıntılı olarak incelenmiştir.

paysahiplerinin caydırılması şeklinde ortaya çıkar. Dikkat çekilmelidir ki, sözleşmede yer alan ve yukarıda örneklenen hüliimlerden bazıları paysahiplerinin şahsen yerine getiremeyecekleri, ancak organlar kanalıyla gerçekleştirilebilecek amaçları hedefler. Bu nedenle sözleşmede ayrıca, paysahiplerinin, ortaklık organlarınca da sözleşmeye uyulmasını sağlamak için gereken çabayı gösterecekleri konusunda hüliimler yer alır. Paysahipleri gerçek kişiler ise ve bir organda görev alıyorsa, organ üyesi olarak bizzat sözleşmenin uygulanmasına dikkat ederler. Paysahipleri tüzel kişiler ise, kendilerini temsil eden veya kendilerince organlara seçtirilmiş kişilerin paysahipleri sözleşmesinin uygulanmasına dikkat etmelerini sağlarlar⁴⁵³.

Ayrıca uyuşmazlıkların çözümü konusunda tahkim şartı öngörülmesi de sık başvurulmuş bir yoldur⁴⁵⁴.

□- *Ekonomik açıdan caydırıcı önlemler*

Paysahibinin, özellikle paysahipleri sözleşmesinde yer alan mali ek edim yükümlerini yerine getirmesi için ekonomik açıdan caydırıcı önlemler öngörülebilir. Bunlardan en etkili olanı sözleşmenin ihlali halinde yüksek bir *cezai şart* ödenmesinin kararlaştırılmasıdır⁴⁵⁵. Sözleşmenin ihlali halinde tazminat talep edebilmek için zarar miktarının hesaplanması gerekir ve özellikle oy sözleşmelerine aykırılıkta bu hesabın yapılması güçlüdür⁴⁵⁶. Oysa bir cezai şart kararlaştırılmış olması halinde BK 159 uyarınca yalnızca sözleşmenin ihlali üzerine, zararın veya kusurun ispatına gerek kalmadan cezai şartın ödenmesi talep edilebilir. Hatta kanunun açık hükmüne binaen (BK159 I), ihlal herhangi bir zarara yol açmamış olsa dahi cezai şartın

453 Jousen, s. 9.

454 Jousen. s. 24.

455 Bürgi, Art. 692, N. 40, Glattfelder, s.321a; Königs. 28, Lanzlinger, BaslerKom.m Art. 692 N. 13.

456 Glattfelder, s. 312a.

ödennlesi talep edilebilir. Bu nedenle cezai şartın ihlali caydırıcı etkisi güçlüdür.

Bununla birlik--te, cezai şart miktarının indirilebilmesi imkanı cezai şartın caydırıcı etkisini azaltabilir⁴⁵⁶. Cezai şartın fahiş olup olmadığı BK 161 111 çerçevesinde hakim tarafından denetlenebilir ve uygun görülürse miktarı indirilebilir. Ticaret Kanununun 4. maddesi, borçlunun tacir sıfatı taşıyor olması halinde, cezai şartın fahiş olduğu iddiasıyla indirilmesinin mahkemeden istenemeyeceğini öngörür. Ancak tacirler arasında da güçlü - güçsüz farkı vardır ve güçlü tacirin güçsüz durumda bulunan başka bir taciri ezmesi mümkündür. Bu nedenle TK 4. madde, ahlaka aykırılık kavramı ile törpülenir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, borçlu tacir sıfatını taşısa da, borçlunun "iktisadi mahvına" sebep olacak derecede yüksek olması halinde cezai şartın ahlaka aykırılık sebebiyle tamamen veya kısmen iptal edilebileceğini kabul etmiştir⁴⁵⁷. Ahlaka aykırılıkta yaptırım geçersizlik olduğundan, cezai şartın ahlaka aykırılığı halinde kural olarak tenkisi değil tamamen iptali gerekir. Mamafih, TK 1466'ya kıyasen cezanın iptali yerine indirilmesinin tasvip edilebileceği belirtilmektedir⁴⁵⁸. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da konuyla ilgili anılan kararında tacire uygulanacak cezai şartın ahlaka aykırılık nedeniyle *tamamen* veya *kısmen* iptal edilebileceğini içtihat etmiştir.

456a Hirsch/Peter, Une meilleure garantie de l'execution des convention d'actionnaires: La propriete commune (Gesamteigentum) des actions, **SAG**56, 1984. 1, s. 3.

457 YHG.K. zo.3.1974 tarih, E. 1970/f-1053, .K. 1974/4zz sayılı karar: "BK'nun 161 III. maddesi hükmüne karşı olarak Ticaret Kanununun 4. maddesi ile tacir olan şahsa ve akidine tanınmış olan (...) akid serbestisi, bütün akitler için sınır çekmiş olan BK'nun zo. maddesi ile tahdit edilmiştir. Cezai şart borçlunun iktisaden mahvına sebep olacak derecede ağır ve yüksek ise, adap ve ahlaka aykırı sayılarak tamamen veya kısmen iptal edilmesi gerekir. Borçlu tacir olsa dahi böyle bir durumda ceza iptal edilebilir" (YKD. 1977/ I, s. 11-z3). Bu kararı teyit eden diğer kararlar ve doktrin için bkz. Eren, C.II, s. 1177-1178, dpn. 3 ve 33a; Oğuzman/Öz. s. 885; Tekinay Borçlar, s. 357-358.

458 Oğuzman/Öz, s. 885. Eren ise hakimin BK 161 III'e dayanarak cezai şartı indirebileceğini söylemektedir (C.II s. 1177-1178).

Paysahipleri sözleşmesinin ihlalinin önlenmesi için başvuru olan diğer bir caydırıcı yöntem, *ortaklıklar hukukunun yaptırımları ile pa)sahiplerini tehdit* etmektir. Yukarıda, ortaklıklar hukukuna dair yaptırımların paysahipleri sözleşmesine aykırılık bakımından uygulanamayacağı söylendi. Bu yaptırımların uygulanması ile paysahiplerini tehdit eden hükümler de aynı şekilde geçersizdirler⁴⁵⁸a. Paysahipliği haklarının kullanılmasının, paysahibinin bazı edimleri yerine getirmesi şartına bağlanması veya bazı edimlerin yerine getirilmemesi halinde paysahipliğinden uzaklaştırma mümkün değildir⁴⁵⁹. Örneğin rüçhan hakkının yalnızca ortaklık yönetiminde görev alan paysahiplerine tanınması İsviçre Federal Mahkemesince hukuka aykırı görülmüştür⁴⁶⁰. Paysahibinin ekonomik bir olumsuzluğa uğramaktan kaçınmak için ek edimler altına girmeye zorlanmasının kabul edilip edilemeyeceği tartışmalıdır⁴⁶¹. Özellikle ortaklık menfaatlerinin gerektirdiği hallerde, örneğin mali durumun bozulduğu ve ortaklığı iflastan kurtarmak için tedbir alınması gereken hallerde paysahiplerini ortaklığa yardıma teşvik için bu tür tedbirlere başvurulmasının kabul edilmesi gerektiği düşünülebilir. Alman hukukunda, ortaklığın horca battığı hallerde borçların kapatılması için ek ödeme yapmayı kabul etmeyen paysahiplerinin paylarının birleştirilmesi yoluyla sermaye azaltımına gidileceği, böylece hu paysahiplerinin paylarını kaybedecekleri yolunda sözleşme hükümleri kabul edilmektedir⁴⁶². Böyle bir hükmün Türk hukukunda uygulanması mümkün değildir, zira paysahiplerinin payları kendi iradeleri aleyhine birleştirilemez, payların birleştirilmesi için her bir paysahibinin onayı gerekir (TK 400 il)•

458a Hüffer, §54 N. 9; Lutter, KölnKomm §54 N. 33.

459 Barz, GroB.Komm, §54 N. 7;9; Godin/Wilhelmi §54 N. 12.

460 BGE 91II 298,307-309.

461 Kabul etmeyenler: Hefermehl/Bungeroth (GeB.ler AktG) §54 N. 25; Lutter, KölnKomm. §54, N.33. Kabul edenler: Barz, Grotkomm, §54 N. 9; Naegeli, W. Beitragspflicht. s. 168vd, 172.

462 Barz, Grotkomm, §54 N.97.

Buna karşılık, ortaklığın mali durumunun bozulması halinde sermaye azaltını yöntemi olarak payların itibari değerinin indirilmesi yolu seçildiği takdirde, bu konudaki karar oybirliğini gerektirmediği için⁴⁶³ payların itibari değerinin azaltılması yoluna gidilirken, ortaklığa mali yardım yapan pay sahiplerinin paylarının itibari değerinin korunmasının veya böyle bir mali yardımda bulunmayan pay sahiplerine kıyasla daha az indirimle gidileceğinin kararlaştırılmasının mümkün olduğu savunulmaktadır⁴⁶⁴.

3. Ekonomik açıdan özendirici yöntemler

Paysahibinin bazı ek edimler altına girmesi, ortaklıklar hukukunun imkanları ile özendirilebilir⁴⁶⁵. Diğer bir deyişle ortaklığı desteklemek yolunda olumlu bir edim yüklenmeyi kabul eden pay sahiplerinin bu çabaları karşılığında ödüllendirilmesi mümkündür. Bu durum tek borç ilkesine aykırılık yaratmaz zira üstlenilen edimler paysahibinin serbest iradesi ile üstlendiği sözleşme borçlarıdır. Örneğin ortaklığa mali yardım yapmayı kabul eden pay sahiplerinin paylarının karda imtiyazlı hale getirilmesi veya kendilerine intifa senedi verilmesi önerilebilir⁴⁶⁶. Bu tür özendirici yöntemlerin kullanılmasında önemli olan, sağlanan imkanın tüm pay sahiplerine teklif edilmesi ve söz verilen ödülün, karşı edimle orantılı olmasıdır⁴⁶⁷. Her ne kadar pay sahipleri sözleşmesi eşit işlem

463 İtibari değer azaltılması esas sözleşme değişikliği anlamına gelir (Türk, s. 180). Bunun dışında kanun itibari değer azaltılmasıyla ilgili olarak özel bir nisap öngörmemiştir. Tam tersine, payların birleştirilmesinin oybirliğini gerektirdiğini düzenleyen TK 400 il hükmü, payların itibari değerinin düşürülmesini düzenleyen TK399 III hükmünü saklı tutmuştur.

464 Naegeli, W. Beitragspflicht, s. 159vd.

465 Barz, GroE.komm, §54 N. 9; Hefermehl/Bungeroth (GeE.ler AktG) §54 N. z5. Hüffer, §54 N. 9.

466 Bürgi, Art. 680 N: z5; Naegeli, W. Beitragspflicht, s. 156.

467 Bürgi, Art. 680, N. z8-z9; Siegwart, Art. 6zo N. 3o; Barz, GroE.komm, §54 N.9; Hefermehl/Bungeroth (GeR.ler AktG) §54 N. z5; Hueck, Der Grundsatz der gleichmäR.igen Behandlung, s. 54-55; Hüffer, §54, N. 9; Lutter, KölnKomm §54. N. 33;

ilkesine tabi değilse de, paysahiplerine önerilen avantajlar ortaklık sahasında gerçekleştirilecek türden, örneğin esas sözleşme değişikliği yoluyla veya genel kurul kararı ile hayata geçirilebilecek imkanlarsa, ortaklık sahasında eşit işlem ilkesine bağlılık esas olduğundan, buna dikkat edilmesi gerekecektir.

4. *Pay senedi üzerindeki zilyetliğin kaldırılması yoluyla payın devrini güçleştiren yöntemler*

Paysahipleri sözleşmesinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmesini sağlama amacıyla pay senetlerinin BK. 463vd. anlamında tevdi ve payların geri alınabilmesi için sözleşme taraflarının onayının şart koşulması da başvurulmuş yöntemlerdendir⁴⁶⁸. Böylece pay senedi üzerindeki zilyetliğin devri engellenerek, özellikle pay üzerindeki devir kısıtlamalarının ihlalinin önüne geçilmesi amaçlanır. Burada pay senedinin devri usulüne kısaca bakmak gerekir.

Nama yazılı paylar ciro ve senedin teslimi yoluyla devredilirler (TK 416 il). Ancak nama yazılı payların (hatta poliçenin⁴⁶⁹) ciro ile devrinin kanunun sağladığı devir imkanlarından biri olduğu, bunun yanısıra devrin alacağın temlik yoluyla da gerçekleşebileceği ve hatta alacağın temlik beyanının senetten ayrı bir kağıda yazılabileceği kabul edilmektedir⁴⁷⁰. İster ciro, ister alacağın temlik yapılmış olsun, senedin devri için ayrıca

468 Doh.m, s. 189. Glattfelder, s. 325a, Pestalozzi-Henggeler, s. 108; Salzgeber Dürig, s. 81.

469 Hueck/Canaris, Recht der Wertpapiere, 11. Auf. Vahlen, München 1986, §8 1, s. 81; Öztan, s. 211.

470 Hueck/Canaris, Recht der Wertpapiere, §8 1, s. 81; Arslanlı, AŞI, s. 181; Bürgi, Art. 684 N. 16; Domaniç, AŞ, s. 1308vd; İmregün, AO, s. 362, dpn.7; Öztan, s. 1509. Tekil. s. 444 dpn. 43; Y. 11. HD. 22.11.1978. E. 11-922 K. 978, (Eriş 1. bası, Md. 416 s. 1233-1234); Y. 11. HD. 25.11.1976, E. 4735, K.5162 (Eriş, 1. bası, Md. 416, s. 1236-1237); Y. 11. HD. 4.12.1981, E. 4965, K. 5248 (Moroglu, TIK. s. 368-369 m. 416 altında). Karş. Tekinalp (Poroy/Çamoğlu) N. 1133a. Aksi fikir, Ülgen. H. Nama Yazılı Hisse Senetleri Ciro Yerine Temlik ile Devredilebilir mi? İkt Mal. XXVII s. 18.

senet üzerindeki zilyetliğin devri gerekir (TK 559 I). Hamiline yazılı hisse senetlerinin devri için de bu şarttır. Sorun zilyetliğin devrinin yalnızca teslimle mi gerçekleşeceği, yoksa bunun yanı sıra diğer zilyetliğin nakli yollarının da (kısa elden teslim, hükmen teslim, zilyetliğin havalesi gibi⁴⁷¹) kullanılmasının mümkün olup olmadığıdır. Zira hem ayrı bir kağıt üzerinde alacağın temlik hem de zilyetliğin havalesi kabul edilirse, senet tevdi edilmiş olmakla birlikte, devir mümkün olabilir. Hakim görüş, senet zilyetliğinin yalnızca teslimle değil, aynı zamanda diğer zilyetliğin nakli yollarıyla da geçirilebileceği yönündedir⁴⁷². Özellikle senedin rehin, vedia, intifa vs. gibi bir sebep nedeniyle üçüncü kişide bulunması halinde teslim dışındaki zilyetliğin nakli yollarının kullanılmasının zorunlu olduğu belirtilmektedir.

Paysahipleri sözleşmelerindeki hükümlere uyulmasını sağlamak için hisse senetleri bir yere tevdi edilmekte ve malik vasıtalı zilyet bulunmaktadır. Bu halde zilyetliğin üçüncü kişiye devri ancak zilyetliğin havalesi yoluyla olur⁴⁷³. Zilyetliğin havalesi için devredenle devralanın anlaşması yeterlidir, vasıtasız zilyedin (yani tevdi alanın) onayı aranmaz⁴⁷⁴. Ancak zilyetliğin havale edildiğinin vasıtasız zilyede karşı dermeyan edilebilmesi için devreden tarafından bu kişiye bildirimde

471 Bkz. Oğuzman/Seliçi, s. 6-zvd; Serozan Taşınır Eşya Hukuku, İstanbul 2000, s. 109 vd. Kısa elden teslim, zaten mala vasıtasız zilyet bulunan kişinin malın mülkiyetini elde etmesi halinde olur. Hükmen teslim, mülkiyeti devreden kişinin vasıtasız zilyetliği özel bir sebebe binaen kendinde tutmasıdır. Zilyetliğin havalesi ise malik, vasıtalı zilyet iken, yani mal fiilen bir başkasının elinde iken, vasıtalı zilyetliğin malik tarafından bir üçüncü kişiye geçirilmesi konusunda malik ile üçüncü kişi arasında anlaşmaya varılması ile olur. Paysahipleri sözleşmeleri bakımından hisse senetleri tevdi edildiğinden malik vasıtalı zilyet konumundadır. yani zilyetliğin havalesi söz konusu olabilir.

472 Bkz. d. 470'de anılan yazarlar. Ayrıca Poroyffekinalp, N. 78; Öztan, s. 1508 d. 7 atfıyla s. 15 vd.

473 Bkz. yuk. d. 471.

474 Oğuzman/Seliçi, s. 71.

bulunması gerekir (MK 979 il EMK 89□11). Vasıtasız zilyedin malı teslimden kaçınmak için devredene karşı ileri sürebileceği sebepler varsa, vasıtasız zilyet hunları devralana karşı da ileri sürebilir (MK 979 III EMK 89□ III). Yalnız hakim fikre göre bu sebeplerin vasıtasız zilyedin mal üzerinde sahip olduğu aynı hakka dayanması gerekir⁴⁷⁵.

Hisse senetlerinin tevdi edilmesinde payını tevdi eden paysahihinin, ancak diğer sözleşme taraflarının onayı ile pay üzerindeki zilyetliği geri alabileceği kararlaştırılır. Diğer bir deyişle tevdi alanın, vasıtasız zilyetliğin devrinden kaçınmak için bir sebebi vardır. Ancak burada MK 979 III'e giren bir durumun varlığından bahsedilemez, zira tevdi alanın kaçınma sebebi kendisine tanınmış bir aynı hakka dayanmamaktadır. Alacağın temlikini içeren yazılı devir beyanı ve zilyetliğin havalesi ile senetten doğan hakkın devri tamamlanmış olur. Bu devir, tevdi alana yapılan bildirimle ona karşı da dermeyeran edilebilir. Devralan, mülkiyet hakkına dayanarak senedin teslimini talep edebilir.

Bu nedenle, hamiline yazılı hisse senetleri veya alacağın temlik beyanı ile devredilmek istenen nama yazılı hisse senetleri bir üçüncü kişiye tevdi edilmiş ve tüm sözleşme taraflarının onayı olmadan bunların geri alınamayacağı kararlaştırılmış olsa bile, hisse senedinin sahihi yazılı devir beyanı ve zilyetliğin havalesi yoluyla pay mülkiyetini devredebilir.⁴⁷⁶ Diğer paysahipleri ancak bir bağlam yoluyla devralanın paysahihi sıfatını kazanmasını engelleyebilirler. Payın serbestçe devrini kısıtlayan paysahipleri sözleşmesi hükümlerinin esas sözleşmeye konulan

475 Oğuzman/Seliçi. s. 7:1.ve orada anılan yazarlar, Serozan Taşınır Eşya Hukuku s. 114, Hirsch/Peter, s. 4. Şahsi hakların da dermeyeran edilebileceği görüşünde: Tekinay Eşya, s. 79-80.

476 Aynı fikir: Öztan. s. 155; Salzgeber-Dürig. s. 18:1, dpn. 44; Jaggi. Art. 967 N. 43.

haglanı hük'illmleriyle güçlendirilebileceği, buna karşılık pay senedinin arkasına koyulan kayıtlarla veya esas sözleşmeyle birlii..'te tescil yoluyla üçüncü kişilere dermeyan edilebilir hale getirilemeyeceği yukarıda açıklanmıştır.

5. Oyu.n sözleşmeye göre kullanılmasını garanti altına al-a.n yöntemler

Oyun belli bir yönde kullanılması yoluyla yerine getirilecek borçlar bakımından, oyun kullanılması için belli bir kişiye temsil yetkisi verilmesi öngörülebilir⁴⁷⁷. Böylece sözleşme içinde oyların nasıl verilmesi kararlaştırıldıysa o şekilde verilmesi sağlanacak, pay sahibinin son anda toplantıda fikrini değiştirip başka yönde oy vermesi engellenecek ve oyda aynen ifanın mümkün olup olmadığı tartışmalarından da kaçınılmış olacaktır. Ancak temsil yetkisinin temsil olunan tarafından her zaman kısıtlanabilmesi veya kaldırılabilmesi (BK 34), bu yöntemin sağlamlığını azaltır⁴⁷⁸. Bu nedenle bu yöntemin, payın tevdi yöntemiyle birlikte kullanılması önerilir⁴⁷⁹.

Ancak, pay senedi üzerindeki zilyetliğin kaldırılması da oy hakkının kullanımını engellemez. Bilindiği gibi, nama yazılı paylar bakımından pay defterinde ismi yazılı olan kişi ortaklığa karşı pay sahibi sıfatını haizdir (TK 417 IV). Nama yazılı pay senedi sahiplerinin isimleri pay defterinde yazılı olduğundan, bunlar yalnızca hüviyetlerini ibraz ederek toplantıya katılabilirler⁴⁸⁰. Payları saklayan kişiye temsil yetkisi verilmiş olsa hile, pay sahibinin temsilciyi azlederek kendisinin toplantıya girip oy kullanması daima mümkündür⁴⁸¹. Hamiline yazılı pay senedi

477 Çeker, Oy Hakkı, s. 245; Moroğlu, s. 72; Bürgi, Art. 692, N. 40, Glattfelder, s.187a, 323a; Jousen, s. 21; Rowedder/Koppensteiner §47, N. 32.

478 Moroğlu, s. 72vd, Hirsch/Peter, s. 3.

479 Moroğlu, s. 72vd; Glattfelder, s. 326a.

480 Tekinalp (Poroy/Çamoğlu) N. 679.

481 Moroğlu, s. 75.

sahipleri ise pay senetlerini "veya bunlara mutasarrıf olduklarım" gösteren belgeleri toplantı gününden bir hafta önce şirkete tevdi ederek genel kurula girmeye hak kazanır (TK 360 ili). Bu nedenle hamiline yazılı payların saklanmak üzere verilmesi halinde de paysahibi, elinde senetlerin tevdi edildiğini ve mülkiyetin kendisine ait olduğunu gösteren bir belge varsa, toplantıya katılabilir⁴⁸². Nitekim Ticaret Kanunu da hamile yazılı hisse senetlerinin rehin veya tevdi edilmiş veya ariyet olarak bırakılmış olduğu hallerde oy hakkının zilyede değil malike ait olduğunu açıkça hükme bağlamıştır (TK 360 III 3. cümle no. 1). Zilyet ancak kendisine temsil yetkisi verilmişse oy hakkını kullanabilir (TK 360 III 3. cümle no. 2). Temsil yetkisini geri almak da daima mümkün olduğuna göre, hamiline yazılı payların tevdi edilmiş olması halinde dahi temsilci azledilerek onun yerine paysahibinin oy kullanması mümkün olur.

Oy hakkının paysahibi tarafından kullanılmasına kesin olarak engel olunması ancak pay mülkiyetinin inançlı olarak devredilmesi ve devrin gerekiyorsa pay defterine kayıtlı şirkete karşı geçerli hale getirilmesi ile mümkün olur. İnançlı devirden kasıt, pay mülkiyetinin belli bir amaç için, örneğin paysahipleri sözleşmesinden doğan borçların gereği gibi yerine getirilmesi amacıyla, ve bu amaç gerçekleştirildiğinde iadesi kaydıyla, bir

482 Çeker, Oy Hakkı, s. 255; Dağ, Hamiline Yazılı Hisse Senetlerinde Genel Kurula İştirakin ve Oy Kullanmanın Bir Şartı olarak Tevdi Mükellefiyeti, Reha Poroy'a Armağan. İstanbul 1995, 90, s. 95; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu) N. 970. Farklı görüş: Moroğlu, s. 73-74. Yazar, hamiline yazılı hisse senetlerinde senedin zilyedi olan kişinin oy kullanma hakkı olduğundan hareketle (TK 360 III) hamiline yazılı hisse senedi sahiplerinin oy hakkını kullanabilmek için mutlaka pay senetlerinin payların tevdi edildiği kişiden geri alınması gerektiğini, pay senetlerinin geri verilmesinin diğer sözleşme taraflarının onayına bağlı olduğu hallerde de bu mümkün olmayacağından oy hakkının paysahibi tarafından kullanılmayacağını savunmaktadır (s. 73-74). Kanaatimizce, payların mülkiyetinin saklanmak üzere senetleri veren kişiye ait olduğu tevdi belgesinden anlaşılıyorsa, zilyetliğe sahip olan saklayanın değil, hamiline yazılı senet sahibinin oy kullanması gerekir. TK 360 III 3. cümle hükmü de bunu gerektirir.

üçüncü kişiye devredilmesidir⁴⁸³. Ancak inançlı temlikte payların iadesi talebi bir istilak hakkına değil inanç anlaşması gibi bir sözleşmeden doğan şahsi hakka dayandığından⁴⁸¹, paysahibinin pay mülkiyetini tamamen kaybetme tehlikesi içeren bir tedbiri kabul etmek istememesi muhtemeldir.

Oy hakkının sözleşmeye uygun kullanılmasını mutlak olarak sağlayan bir diğer yöntem de yine pay mülkiyetinin devri ile ilgilidir. Payların, paysahiplerinin oluşturduğu adi ortaklığa sermaye olarak konulması veya bu amaçla bir ticaret ortaklığı kurulması dahi mümkündür⁴⁸⁵. Bu yöntemin olumlu ve olumsuz yönleri vardır. Payların sözleşmeye aykırı olarak üçüncü kişiye devri ihtimalinin ve temsil yetkisinin geri alınması riskinin ortadan kalkması olumlu yönlerdir⁴⁸⁶. Sözleşmenin süresi boyunca paydan doğan mali haklardan faydalanma konusu da, hem adi ortaklıkta hem ticaret ortaklıklarında kar paylaşımı konusunda özel bir düzenleme getirmek yoluyla çözümlenebilir⁴⁸⁷. Ancak payların sermaye olarak konulması halinde mülkiyet tamamen ortaklığa (adi ortaklıkta ortakların iştirak halinde mülkiyetine) geçeceğinden paysahipleri bu paylar üzerindeki mülkiyet hakkını kaybedecek ve karşılığında ancak uygun ifasını garanti altına almaya çalıştıkları paysahipleri sözleşmesinden doğan sözleşmese! alacak haklarına ve sermaye koydukları ortaklıktaki haklara sahip olacaklardır. Sözleşmese! alacağın güvence altına alınması için pay mülkiyetinin tamamen devredilmesinin de paysahipleri bakımından arzu edilmeyecek bir yöntem olması beklenir⁴⁸⁸.

483 Moroğlu, s. 76-77; Oğuzman/Seliçi, s. □94.

484 Moroğlu, s. 77, Oğuzman/Seliçi, s. □94; Özsunay, Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler, 1968, s. 188.

485 Hirsch/Peter, s. 4.

486 Hirsch/Peter, s. 5.

487 Hirsch/Peter, s. 6.

488 Moroğlu, s. 77-78 ve orada anılan yazarlar.

□sille

Bu durumda paysahipleri paylarını geri almak için kurdukları ortaklığın tasfiyesini beklemek zorunda kalacaklardır. Bu sakıncaya karşılık, payların mülkiyeti yerine intifa hakkının adi ortaklığa devredilmesi yolu da önerilmektedir⁴⁸⁹.

489 Hirsch/Peter, s. 7.

§6 PAYSАHİPLERİ SÖZLEŞMESİNİN ORTAKLIK ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

Paysahipleri sözleşmesinin kural olarak üçüncü kişiler ve bu arada sözleşmeye taraf olmayan ortaklık üzerinde doğrudan doğruya bir huk.-u.ki etkisi yol-tur. Buna karşılık bu sözleşme dolaylı yollardan ortaklık sahasında bazı sonuçlar doğurabilir. Pay-sahipleri sözleşmesinin ortaklık sahasında etki doğurup doğurmayacağı konusunda belirleyici faktörler sözleşmelerin nisbiliği ilkesi¹, anonim ortaklık ile paysahiplerinin birbirinden bağımsız hukuk kişilikleri olmaları² ve paysahipleri sözleşmesinin ortaklıklar hukuku kapsamında değil borçlar huk.--uku alanında yer alan bir sözleşme olmasıdır.

I. KURAL: ORTAKLIK ÜZERİNDE DOĞRUDAN ETKİNİN YOKLUĞU VE İSTİSNALARI

A Paysahipleri sözleşmesinin ortaklığa veya organlara karşı ileri sürülememesi

Paysahipleri sözleşmesi bir borç sözleşmesidir ve bu nedenle sözleşmeden doğan haklar nisbi nitelikte olup yalnızca sözleşme tarafları arasında ileri sürülebilirler³. Anonim ortaklık ile paysahiplerinin birbirlerinden bağımsız hukuk kişilikleri olmaları nedeniyle, ortaklığın taraf olmadığı bir paysahipleri sözleşmesi⁴, anonim ortaklığa karşı dermeyeran edilemez. Anonim ortaklık, sözleşmenin hukuki etkisi

¹ Bkz. Kocayusu.fpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s. 25vd; Oğuzman/Öz, s. 17, 21; Tekinay Borçlar. s. 14; Tekinay, Genel Esaslar, s. 140 vd.

² Ayrılık ilkesi konusunda bkz. § 2.

³ Bürgi. Art. 692. N. 35; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 39. N. 158; Glattfelder. s. 299a; Lanzlinger, BaslerKomm, Art. 692. N. 10; Patry. s. 80a-81a; Baumbach/Hueck, AktG §54, N. 6; Hefermehl/Bungeroth (GeE.ler AktG) §54 N. 26; König, s. 69; Rowedder/Koppensteiner § 47 N. 25; Zöllner, KölnKomm §136 N. 110. RGZ 133, 90. 93.

⁴ Anonim ortaklığın sözleşmeye taraf olması sorunu için bkz. aşı. il D.

bakımından üçüncü kişi durumundadır; sözleşme, anonim ortaklığın dışında yer alır. Ayrıca anonim ortaklığın organları da. pay sahiplerinden oluşmalarına rağmen, anonim ortaklık tüzel kişiliğinin parçasıdır ve pay sahiplerinden bağımsızdır. Bu nedenle pay sahipleri sözleşmesi anonim ortaklığın organlarına karşı da ileri sürülemez⁵. Yönetim kurulu üyelerinin imzaladıkları sözleşmeler ise yine yönetim kurulu üyesi olan kişinin imzaladığı bir borç sözleşmesi niteliğini taşır ve bir organ olarak yönetim kurulunu bağlamaz.

Sözleşmenin anonim ortaklığa veya organlarına karşı ileri sürülememesi, hem sözleşmeden doğan borçların yerine getirilmesi konusunda ki talepler açısından, hem de sözleşmenin ihlali halinde başvurulabilecek yaptırımlar açısından önemlidir. Sözleşmeden doğan borçların yerine getirilmesi ancak sözleşme taraflarından istenebilir. Oysa sözleşmenin konusu 1.aman zaman pay sahiplerinin yetki alanı dışına çıkıp, organların yetki alanına girer. Bu hallerde, sözleşmenin ifası üçüncü kişi durumunda bulunan ortaklık organlarından talep edilemez. Örneğin, yönetim kurulunun yetki alanına giren bazı kararların belli bir yönde alınması konusunda bir anlaşmaya varılmış ise, pay sahipleri bu anlaşmanın yerine getirilmesi için kendilerinin yapabilecekleri bir şey var ise bunu yerine getirmekle yükümlüdürler. Bunun için pay sahipleri örneğin yönetim kuruluna seçtirdikleri kişilere talimat vermek veya bizzat yönetim kurulunda yer alıyorsa anlaşmaya uygun davranmak yoluna gidebilirler. Ancak yönetim kurulu organ olarak anlaşmadan ötürü herhangi bir borç altına sokulamaz. Yönetim kurulunu oluşturan tüm pay sahipleri sözleşmeye taraf olsalar bile, bunların sözleşmeye aykırı davranışları ancak sözleşmese! sorum-

⁵ Pay sahiplerinin yönetim kurulu üyesi sıfatıyla sözleşmeyi imzalamaları konusunda bkz. yuk. §5 III A 3 c (i) ve yönetim kurulunun talimatlarına göre oy verme taahhüdü bakımından bkz. §5 ili B 2 e.

hıluga . rol açar, yoksa organ olarak yönetim kurulunun borcu veya sorunluluğu söz konusu olamaz⁶.

İhlalle ilgili olarak hem oiaıklığa dermeyan edilememenin, hen1 de Ticaret Kanununda öngörülmemiş olmanın önemli bir sonucu, sözleşmenin ihlalinin ortaklıksa! yaptırımlara bağlanamamasıdır. Sözleşmeye aykırılık halinde organların sorumluluğuna gidilemez, kural olarak genel kurulda verilmiş bir l-ararın iptali istenemez, pay sahibi iskat edilemez?. Zira bu .raptırımlar ancak kanunun öngördüğu hallerde kullanılabilir.

Ayrıca sözleşmenin ihlal edilmesi halinde, ortaklık organlarının İh:-1ali dikkate almaları da talep edilemez. Örneğin sözleşme ile pay üzerinde alım hakkı tanınmış ise, buna aykırı şekilde yapılan devrin pay defterine geçirilmemesi konusunda bir talep, bu konuda özel bir bağlam hükmü olmadıkça, ortak.lığa veya bu kararı vermekle yükümlü olan yönetim kuruhına yöneltilemez. Benzer şekilde, sözleşmede yer alan belli bir yönde oy verme taahhüdüne aykırı olarak verilen oyun geçersiz sayılması veya sözleşmede kararlaştırıldığı şekilde verilmiş sayılması da toplantı başkanından istenemez⁸. Toplantı başkanı da bu şekilde davranmaya yetkili deđildir⁹.

B. Sözleşmeden doğan hak ve borçların paya bağlı olmaması

Paysahipleri sözleşmesinden doğan bazı borçların ifa edilebilmesi için ilgili ortaklıkta paysahibi olmak gerektiğinden, sözleşme taraflığı ile paysahipliği çoğu kez el ele yürür. Ancak sözleşmeden doğan hak ve borçlar kişisel olarak üstlenilmiş olup, paya bağlı değildirler. Bu nedenle de pay üzerinde hak kazanan üçüncü kişilere karşı dermeyan edilemezler.

6 Bürgi, Art. 69□ N. 4□. Yönetim kurulu üyelerine talimat verilmesi ile ilgili sözleşmeler için bkz. §5 III A 3 c.

7 Bkz. § 7 I dpn. 3.

8 Moroğlu, s. 68; Boesebeck, NJW1969, s.7; Glattfelder, s. 300a.

9 Moroğlu, s. 68.

1. *Payın devri*'.

Paya bağılı ortaklık hakları, payın devri ile birlikte yeni pay-sahihine geçerler. Öyle ki bu geçiş için paysahihinin ne bilgisi ne de onayı aranır. Oysa paysahipleri sözleşmesinden doğan hak ve borçlar, paya bağılı olmayıp, payın devri ile birlikte devrolmazlar¹⁰. Sözleşmenin tarafı olma sıfatı ayrıca devredil-melidir. Taraf sıfatının devri için, sözleşmeden doğan hak ve borçların alacağın temliki ve borcun nakli hükümlerine göre üstlenilmesi gerekir¹¹. Ayrıca, sözleşmenin bir adi ortaklık oluşturduğu hallerde, adi ortaklık payının devredilebilmesi için diğer ortakların onayı da şarttır (BK 53□). Sözleşmeden doğan hak ve borçların payın devri ile birlikte kendiliğinden devrol-maması sebebiyle, paysahipleri sözleşmeleri çoğu kez payını devretmek isteyen paysahiplerine, payı devralacak kişinin sözleşmeye taraf olmasını sağlama borcunu yüklerler¹². Payı devralan paysahibinin paysahipleri sözleşmesine taraf olması şartı esas sözleşmeye ancak bir bağlam hükmü çerçevesinde konulabilir¹³.

Borcun nakli, borcu devralacak kişinin (burada payı devra-lanın), alacaklı ile (burada paysahipleri sözleşmesinin diğer tarafı ile) bir borcun nakli sözleşmesi yapması yoluyla gerçek-leşir (BK 174 1). Yalnızca borçlu ile borcu devralacak kişinin (yani payı devreden ile devralanın) kendi aralarında bir sözleşme yapmaları yeterli değildir (BK 1731). Böyle bir sözleş-me, ancak borçtan kurtarma vaadi olarak kabul edilir ve borcun naklinin tamamlanması için alacaklının rızası aranır (BK 173 1).

10 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 39, N. 158; Glattfelder. s. 301a; ZR (39) 1940, Nr. 96, s. 205 Baumbach/Hueck, AktG § 54, N. 6; Godin/Wilhelmi §54 N. 10; Hefermehl/Bungeroth (Ge/1,ler AktG) §54 N. 35; Hüffer, §54, N. 8; Röhricht, Gro/1,komm, §z3, N. z70; Ulmer, NJW 1987, s. 1851; Winter, ZHR 154 (1990) s. z64; Moroğlu, s. 69.

11 Lutter, KölnKomm, §54. N. z8; Röhricht, Gro/1,komm, §z3. N. z71-z7z; Barz, GroE.Komm, §54, N. 1z; Oğuzman/Öz, s. 891.

12 Glattfelder. s. 301a; Teoman, Yaşayan Ticaret Hukuku, C. 1/9, s. 83.

13 Bkz. §51I1B3f(6).

Payın devri bağlan lında sorun, alacaklı veya adi ortaklık ortağı sıfatını taşıyan diğer paysahipleri sözleşmesi taraflarının rızasının alınmasından çok, payı devralanın rızasının alınmasındadır. Payı devralan açıkça sözleşmeye de taraf olmayı kabul ettiğini belirtebilir. Ancak böyle açık bir irade beyanı yoksa durum ne olacaktır? Borcun nakli taahhüdü şekil şartına tabi olmadığından, bu taahhüdün kabulü de şekil şartına tabi değildir¹⁴. Bu nedenle zımni kabul yoluyla sözleşmeden doğan borçların üstlenilmesi mümkündür. Zımni kabul, kabul iradesini gösteren davranışlarla veya kabul iradesini beyan etmek amacına değil, doğrudan doğruya bu iradenin uygulanmasına yönelik davranışlarla gerçekleşebilir¹⁵. Örneğin payı devralan kişi, paysahipleri sözleşmesinden doğan bir ek edim yükümünü yerine getirirse, kabul iradesinin uygulanmasına yönelik bir davranışta bulunmuş olur. Ancak yeni paysahibinin paysahipleri sözleşmesinde yapılmış taahhütlere uygun davranışı her halükarda bu sözleşmeden doğan borçların kabul edilip yerine getirildiği şeklinde yorumlanamaz. Paysahibinin paysahipliğine bağlı haklarını kullanırken paysahipleri sözleşmesi ile uyum içinde olması, bu sözleşmenin ifası amacının güdüldüğünü ispat etmez. Paysahibinin sözleşmede kararlaştırıldığı şekilde oy vermesi belli bir şekilde oy verme borcunu yerine getirme iradesinden değil, oy kullanma konusundaki serbest takdir hakkının kullanılmasından da ileri gelebilir. Anonim ortaklığın sermayeye dayalı karakteri ve tek borç ilkesi göz önüne alındığında, payı devralan kişinin, eski paysahibinin paysahipleri sözleşmesinden doğan borçlarını üstlenme niyetinin bulunmadığı asıl kabul edilmeli ve bunun aksinin kabulü konusunda temkinli davranılmalıdır. Bu nedenle, ancak paysahibinin sözleşmeden doğan ve kural olarak paysahibi sıfatıyla yerine getirmesi gerekmeyen bir edimi

14 Oğuzman/Öz, s. 59.

15 Eren, C. 1 s. □36vd; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s. 156vd; Bucher, BaslerKomm, Art. 1, N. 18.

yerine getirmesi, bu sözleşmeden doğan borçları üstlendiği şeklinde yorumlanabilir.

Susma da bazı hallerde bir irade beyanı olarak kabul edilebilir. Burada akla gelen soru, payın devri esnasında sözleşmenin varlığından haberdar olup bu konuda susmanın, zımni kabulün varlığına işaret edip etmeyeceğidir. Kural olarak susma, bir irade beyanı değildir¹⁶. Susmanın bir kabul beyanı olarak alınabilmesi için, olayın hal ve şartlarına göre susan kişinin dürüstlük kuralı gereğince aktif bir davranışta bulunması, yani kabul iradesi taşımıyorsa bunu karşı tarafa bildirmesi icap etmeli ve karşı taraf da susandan bir cevap beklemekte haklı görülebilmelidir¹⁷. Ayrıca susan tarafın da susmasına olumlu bir iradenin bağlanabileceğini bilebilecek durumda olması gerekir¹⁸. Yalnızca, cevap vermek zorunda olan ve bunu bilmesi gereken muhatabın susması kabul sayılır.

Payın devri sırasında devralanın sözleşmenin varlığından haberdar olması kendi başına sözleşmenin kabul edildiği konusunda bir irade beyanı olarak görülemez. Diğer bir deyişle, payı devralan kişinin, paysahipleri sözleşmesinin varlığını bilerek payı devralması sözleşmeyi de devraldığı anlamına gelmez¹⁹. Burada susmanın kabul olarak alınabilmesi için, devralan kişinin varlığından haberdar olduğu sözleşme konusunda susmasını irade beyanı niteliğine büründürecek ek bir takım koşulların varlığı gerekir. Örneğin, paysahibi, payı ancak karşı tarafın paysahipleri sözleşmesine taraf olması koşuluyla devre-deceğini açıkça karşı tarafa bildirmişse ve karşı taraf buna

16 Eren, C.I s. 237; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s. 159.

17 Eren, C.I s. 237; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s. 159vd. Larenz/Wolf, AT, §28, N. 51vd.

18 Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s. 161. Larenz/Wolf, AT, §28, N. 51vd.

19 Bari. GroE.komm, §54 N. 12; Baumbach/Hueck, AktG §54, N. 6; Röhrich, Gro!l.komm, §23, N. 273; Hefermehl/Bungeroth (Gell!.ler AktG), §54, N. 36; Winter, ZHR 154 (1990) s. 264; Moroğlu, s. 69.

rağinen payı devralmışsa, sözleşmeye taraf olma iradesinin varlığı kabul edilebilir. Aynı şekilde, esas sözleşmenin, yalnızca paysahipleri sözleşmesinden doğan borçları üstlenen kişilerin paysahibi olarak deftere kaydedileceği şartını içeren veya pay devralan kişilerin aynı zamanda paysahipleri sözleşmesinden doğan yül.iimlülükleri (veya esas sözleşme metninde yer alan sözleşme! nitelikteki borçları) da üstlenmiş sayılacağı kaydını içeren bağlam hükmünün karşı tarafa *bildirilmiş* olması ve karşı tarafın da bunu bilerek payı devralması olumlu bir taraf olma iradesinin varlığını gösterir. Kanaatimizce, böyle bir bağlam hükmün varlığında susmanın kabul sayılabilmesi için hükmün karşı tarafa açıkça bildirilmiş olması şarttır. Esas sözleşmenin tescil ve ilan edildiğinden yola çıkılarak, paysahibinin yukarıdaki türden bir bağlam hükmünü bilmediğini iddia edemeyeceği ve payı devraldıysa paysahipleri sözleşmesinden doğan borçları da üstlenmiş sayılması gerektiği söylenemez. Esas sözleşme hükmü, paysahibini, iradesine rağmen sermaye borcu dışında borçlar altına sokamaz. Tek borç ilkesi, bağlam hükmünün, payı devralan kişinin bir takım sözleşme! borçları da üstlendiğine dair bir karine olarak kullanılmasına ve böyle yorumlanmasına engeldir. Bağlam sisteminin amacı da bu tür bir yorumu desteklemez. Böyle bir hükme dayanılarak üçüncü kişinin ortaklığa karşı paysahibi olması engellenebilirse de üçüncü kişi borç altına sokulamaz.

Bir görüşe göre sözleşmeden doğan edimlerin ancak paysahibi tarafından yerine getirilebilecek edimler olması halinde, sözleşmenin varlığından haberdar olarak payın devralınması, sözleşmeden doğan borçları üstlenme iradesinin varlığına delalet eder^o. Şöyle ki, sözleşmeden doğan borçların ifası genellikle paysahibi olmayı gerektireceğinden, paysahipliğinin kaybı sözleşmenin ifasını engelleyecektir. Öyleyse, payı devralan kişinin bu hususu bilerek payı devralması,

^o Röhricht, GroE.komm, §3. N. 73; Lutter, KölnKom.m §54 N. 3o.

sözleşmeden doğan borçları üstlenme iradesinin varlığı olarak yorumlanmalıdır. Ancak kanaatimizce payın sözleşmeden ayrı olarak devri halinde sözleşmeden doğan borçların yerine getirilemeyeceği olgusu tek başına, sözleşme konusunda susulmasını borçların üstlenilmesi anlamında yorumlamaya yeterli olamaz. Zira sözleşmese! borçların yerine getirilememesi payı devralanın değil payı devreden sorundur. Payı devreden devirle birlikte sözleşmesel borçlarını yerine getiremeyecek durumda olduğu konusunda devralanın bilgi sahibi olması, devralanın bu borçları kendisinin üstlenmek istediği şeklinde yorumlanamaz.

Payın devredilip sözleşmenin devralınmaması halinde, payını devreden kişi sözleşmenin tarafı olarak kalır. Ancak sözleşmeden doğan borçlar pawnsahipliğine bağlı hakların kullanılmasıyla yerine getirilebilecek türden borçlar ise, payını devredip pawnsahipliği sıfatını yitiren kişinin bu borcu yerine getirmesi artık mümkün olmayacaktır. Bu nedenle bu kişi bakımından sübjektif²¹ ifa imkansızlığı söz konusudur²². Payın devri, pawnsahipleri sözleşmesi tarafının serbest iradesi ile gerçekleşmişse, bu kişi ifanın imkansızlaşmasından sorumlu olacaktır²³. Borçlunun sorumlu olduğu ifa imkansızlığı²⁴ kanunumuzda açıkça düzenlenmediğinden, borca aykırılığı düzenleyen BK 96 burada da uygulanır²⁵. Böylece payını devre-

21 Esasen sözleşmenin akdinden sonra gerçekleşen ifa imkansızlığının objektif mi yoksa sübjektif mi olduğu önemli değildir. Önemli olan borçlunun bu imkansızlığa kendi kusuru ile yol açıp açmadığıdır. Bkz. Oğuzman/Öz, s. 297; Tekinay, Borçlar, s. 904; Schwenger, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Stampfli, Bern 1998, 64.09.

22 Lutter, KölnKomm, §54, N. 28; Moroğlu, s. 69.

23 Röhrich, GroKomm, §23, N. 274.

24 Kavram için bkz. Oğuzman/Öz, s. 293; Tekinay, Borçlar, s. 904.

25 Oğuzman/Öz, s. 293; Tekinay Borçlar, s. 904; Wiegand, BaslerKomm, Art. 97, N. 8. Borçlunun kusuru ile doğan ifa imkansızlığının sözleşmeyi sona erdirip erdirmediği ve tazminatın nasıl hesaplanacağı konusundaki tartışma için bkz. Oğuzman/Öz, s. 298vd.

den sözleşme tarafı, pay sahipleri sözleşmesinin yerine getirilmesinden ötürü karşı tarafın uğradığı zararı tazmin etmekle yükümlü olur. Buna karşılık, payın devri pay sahibinin iradesi dışında, örneğin cebri icra yoluyla gerçekleşmişse, o takdirde sözleşme tarafını ifanın imkansızlaşmasından ötürü sorumlu tutmak mümkün olmaz. BK 117 I'e göre ifa imkansızlığından borçlunun sorumlu olmadığı hallerde borç sona erer ve borçlu sorumluluktan kurtulur.

□. Külli halefiyet

Sözleşmeye taraf olan gerçek kişi pay sahibinin ölümü halinde, paylar mirasçılara geçer (MK 599 I EMK 539 I). Pay sahipleri sözleşmesinden doğan hak ve borçlar bakımından ise bir ayırım yapılmalıdır: Pay sahipleri sözleşmesi eğer bir adi ortaklık oluşturuyor ise, adi ortaklığın mirasçılarla devam edeceğine dair evvelce yapılmış bir anlaşma yoksa, ortaklık sona erer (BK 535). Bu halde ortaklığın devam edebilmesi için tüm ortakların ve mirasçılarının oybirliği ile karar vermesi gerekir⁶. Eğer böyle bir anlaşma varsa, mirasçılar ölen pay sahibinin yerine adi ortaklık ortağı olurlar. Yani sözleşmeden doğan hak ve borçları devralırlar. Hatta sözleşmede mirasçılarla devam hükmünün bulunması halinde mirasçılarının ortaklığa devam etmeme konusunda karar serbestileri dahi yoktur⁷. Sözleşme adi ortaklık değil de isimsiz bir çift veya tek taraflı akit oluşturuyorsa, o takdirde mirasbırakana ait haklar ve borçlar hep birlikte ve şekil şartı aranmaksızın kendiliğinden mirasçılara geçtiğinden (MK 599 I EMK 539 I, MK 641, EMK 58□) pay sahipleri sözleşmesinden doğan hak ve borçlar da mirasçılara geçecektir.

Miras hukukumuzda göre, mirasbırakanın ölümü halinde mirasbırakanın malvarlığı mirasçılara geçer. Değeri para ile

□6 Domaniç, AdiO, s. 106.

□7 Domaniç, AdiO, s. 107. Karş. Poroy (Tekinalp/Çamoğlu) N. 107c. Kollektif ortaklıkta ise bu serbesti mirasçılara kanunla tanınmıştır (TK 195 il).

ölçülebilen tüm hak ve borçlar malvarlığına dahildir^{z8}. Ancak nirasbırakanın bazı özel hukuk ilişkileri mirasçılara geçmez. Bunlar genel olarak, mirasbırakanın şahsen ifa etmekle yükümlü olduğu borçlar ile (hizmet, istisna akdinden doğan borçlar gibi) şahsına sıkı sıkıya bağlı olan haklardır (manevi tazminat davası açmak gibi)^{z9}. Paysahipleri sözleşmesinden doğan hak ve borçlar, kural olarak ne kişiye sıkı sıkıya bağlı hak, ne de kişinin şahsen ifa etmekle yükümlü olduğu borç sınıfına girmezler• Paya sahip bulunan herkes bu borçları ifa edebilir. Bu nedenle bu borçlar da, yukarıda açıklanan şekilde mirasçılara geçecektir. Ancak varsa sözleşmeden doğan temsil, idare gibi hak ve yetkiler mirasçılara geçmez.

Yukarıdaki hallerde hem payların hem de sözleşmeden doğan hak ve borçların mirasçılara geçmesi, payın devri sebebiyle değil, miras hukuku sebebiyle gerçekleşir, yani sözleşmeden doğan hak ve borçların paya bağlı olmamaları ilkesi geçerliliğini korur. Nitekim paysahibi, ölüme bağlı tasarruf yolu ile payları bir başka kişiye miras bırakmışsa, o takdirde bu kişi payları devralmak konusunda külli haleflere karşı bir alacak ve dava hakkına sahip olur (MK 600 EMK 541). Böylece paysahipliği ve paysahipleri sözleşmesinin tarafı olma sıfatı yine birbirinden ayrılabilir³⁰.

3. Pay üzerinde intifa hakkı kurulması

Paysahipliği ile sözleşmeden doğan hakların birbirinden bağımsız olmaları nedeni ile, paysahibinin payı üzerinde üçüncü kişiye intifa hakkı tanınması halinde, intifa hakkı sahibinin, sözleşmeden doğan borçları yerine getirmesi talep edilemez³¹.

z8 Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, 3. hası İstanbul 1987, s. 31.

z9 Piotet, P. Erhrecht, Schweizerisches Privatrecht Bd. N/i, Basel 1978, s. 10. Mirasçılara geçebilecek ve geçemeyecek hak ve borçların bir listesi için bkz. İsmail Özmen, Tereke Hukuku Davaları, Ankara 1997, s. 389-393.

30 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 39 N. 158.

31 Moroğlu, s. 69.

Özellikle oy hakkının intifa hakkı sahibi tarafından kullanılması k,ıralı nedeniyle (TK 360 son) pay üzerinde intifa hakkı tanınması paysahipleri sözleşmesi taraflarınca arıu edilmez ve bu hususu engelleyen veya düzenleyen hükümJer sözleşmeye konulur. Buna rağmen intifa hakkı tanınması halinde, intifa hakkı sahibine karşı bir şey yapılamazsa da, sözleşmeye aykırı davranan paysahibinin sorumluluğuna gidilebilir.

C.Sözleşmeye ayları olarak üçüncü kişilerle yapılan işlemlerin geçerli olması

Sözleşmeden doğan hak ve borçların yalnızca taraflar arasında ileri süiilebilmesi nedeniyle üçüncü kişilerin bu haklara aykırı düşen davranışları, sözleşmenin ihlalini oluşturmaz. Sözleşmeden doğan haklara sadece sözleşme tarafları saygı göstermekle yükümlüdürler. Üçüncü kişiler sözleşmeden doğan hakların varlığından haberdar olsalar bile bu haklar onları bağlamaz³. Bu nedenle üçüncü kişilerin sözleşmeyi ihlal etmesi mümkün değildir³³. Dolayısıyla bir sözleşme tarafının sözleşmeden doğan borçlarını ihlal ederek üçüncü kişilerle yaptığı işlemler geçerlidir³⁴. Paysahipleri sözleşmesi bakımından bu durum özellikle payların devri konusunda kısıtlamalar içeren sözleşme hükümleri bakımından ortaya çıkar. Örneğin paysahipleri sözleşmesinde paylar üzerinde bir öncelik, önalım veya alım hakkı tanınmışsa, bu hakkın kullanılması ile paysahibi, payını anılan hak sahibine devretmek borcu altına girer. Ancak paysahibinin bu borcu ihlal ederek payını bir başkasına devretmesi halinde, üçüncü kişiye yapılan devir geçerlidir. Zira sözleşme ile pay üzerinde kurulmuş öncelik, alım veya önalım hakları nisbi haklardır ve üçüncü kişilere karşı

3□ Üçüncü kişinin sözleşme tarafına zarar kastlı ile hareket etmesi hali hariçtir.
Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s. □7 dpn.□4;Tekinay Borçlar, s. 15 dpn. 13.

33 Bucher, AT, §9 II 4, s. 89; Tekinay, Genel Esaslar, s. 145.

34 Oğuzman/Öz, s. 17.

dermeyan edilemezler. Üçüncü kişinin sözleşmesi! haktan haberdar olması da durumu değiştirmez³⁵. Eşya hukukunda var olan ve kanunda izin verilen şahsi hakların tapu kütüğüne tescil yoluyla güçlendirilmesi sistemi ticaret hukukunda öngörülmemiştir. Bu nedenle pay üzerindeki yenilik doğurucu hakların pay defterine veya ticaret siciline tescille veya senet arkasına kayıt düşülerek üçüncü kişiye karşı dermeyan edilebilir hale getirilmesi mümkün değildir.

D. Sözleşmeye aykırı şekilde kullanılan oyun geçerliliği

1. Kural

Paysahipleri sözleşmesinde veya oy konsorsiyumunda oyun belli bir yönde kullanılacağına kararlaştırılmış olması halinde oyun başka bir yönde kullanılması sözleşmeye aykırılık oluşturur. Acaba bu sözleşmeye aykırılık hali ortaklığa karşı ileri sürülebilir mi, özellikle bu oy veya oylara dayanılarak alınan karar iptal edilebilir mi? Hakim fikre³⁶ göre,

35 Bkz. yuk. §5 III B f (3).

36 *Türk hukukunda*: Çeker, Oy hakkı, s. 234; Moroğlu, s. 69; Tekil, s. 302; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), N. 1003; *Alman hukukunda*: Hachenburg - Hüffer §47, N. 79, 83; Janherg/Schlaus, Abstimmungsverträge nach neuem Aktienrecht unter Berücksichtigung des Rechts derverbundenen Unternehmen, AG 1967, 33, s. 35 36; Jousen, s. 14; Lübbert, s. 168; Raiser, §16 N. 75; Rowedder/Koppensteiner § 47 N. 25; Schmidt, Grofl.komm §243, N. 18; Zöllner - Baumbach/Hueck GmbHG §47, N. 79; Zöllner, KölnKomm §136 N. 110, 111. *İsviçre hukukunda*: Bürgi, Art. 692 N. 41; Glattfelder, s. 306a; Lörtscher, s. 193; Patry, s. 79a vd, 82a. Aksi fikir: Appenzeller, s. 62-63. Yazar, üç sebebe bağlı olarak oyların sözleşmede kararlaştırıldığı şekilde verilmiş sayılması, aksi halde kararın iptal edilmesi gerektiğini savunmaktadır : (i) Sözleşmeye aykırılığın yalnızca tazminata bağlanması etkili bir hukuk koruması sağlamaz ve hukuka duyulan güveni sarsar. (ii) Kararı iptali çabuk ve kesin bir çözüm sağlar, usul ekonomisine uygundur. (iii) İBK 691 III (TK 361 III) hükmüne göre oylamaya katılma hakkı olmayanların oy kullanması kararın iptal edilebilir kılar. Oylamaya katılma hakkı ise yalnızca anonim ortaklık hukukuna değil aynı zamanda maddi hukuka göre belirlenmelidir. Kanaatimizce yazarın gerekçelerine katılma imkanı yoktur. Özellikle son gerekçe hukuka uygun da değildir zira oy sözleşmesi bir borç sözleşmesidir ve tasarruf yetkisini ne ortadan kaldırır, ne sınırlandırır. Paysahihi maddi hukuka göre de oylamaya katılmaya ve sözleşmeye aykırı oy kullanmaya yetkilidir.

oy sözleşmesine aykırılık ortaklığa karşı ileri sürülemez.; verilen oylar, oy sözleşmesini ihlal etmelerine rağmen verildikleri şekilde geçerlidirler ve bu oylara dayanılarak alınan kararın iptali istenebilir.

□- *Tü.m paxsahiplerinin taraf olduğu sözleşmeye aykırı kullanılan OJra dayanılarak alınan genel kurul kararı iptal edilebilir mi?*

Türk ve İsviçre hukuklarında oybirliği ile benimsenen yukarıdaki görüş, Alman Federal Mahkemesinin aksi yönde verdiği iki karar³⁷ nedeniyle Alman hukukunda tartışmaya

37 BGH □o Ocak 1983 tarihli "Kerbnagel" kararı (NJW1983 1910 = WM 1983 334) ve BGH, □7 Ekim 1986 tarihli karar (NJW 1987 1890 = WM 1987, 71). 1983 tarihli karara konu olan olay bir limited şirket genel kurulunda çoğunluk oylarıyla alınan bir kararın, tüm limited şirket ortaklarının kendi aralarında anlaştıkları bir hususa aykırı olması nedeniyle iptali talebini ilgilendirmekteydi. Esas sözleşmeye göre limited şirketin konusu, makina parçaları ve özellikle belli bir tür çivi (karara adını veren "Kerbnagel" türü çivi) dağıtımı idi. Sonraki bir değişiklikte konu, üretimi de kapsayacak şekilde genişletildi. Buna karşılık ortakların kendi aralarında yaptıkları bir sözleşmede, şirketin üretimle değil yalnızca dağıtımla iştirak etmesi kararlaştırılmıştı. Esas sözleşmede limited şirketin, faaliyet konusunu gerçekleştirmek amacıyla aynı konuda çalışan başka şirketlere ortak olabilmesi de mümkün kılınmıştı. Bu duruma uygun olarak limited şirket, aynı konuda çalışan bir İngiliz şirketinin sermayesinin %50'sini almak konusunda oyçokluğuyla bir genel kurul kararı aldı. Karara muhalif kalan ve anılan mak:ina parçalarını üreten bir kollektif ortaklıkta da ortak olan bir limited şirket ortağı, bu parçaların üretiminin ve dolayısıyla bunları üreten bir başka şirkete ortak olmanın limited şirketin faaliyet konusuna aykırı olduğu iddiasıyla iptal davası açtı. Federal mahkeme önce, esas sözleşmede yazılı limited şirketin faaliyet konusunun mak:ina parçaları ve özellikle anılan türde çivi üretimini ve bu alanda çalışan başka şirketlere ortak olmayı kapsadığını ve bu açıdan genel kurul kararının esas sözleşmeye uygun olduğunu belirtti. Mahkeme devamla, tüm ortakların, şirketin esas sözleşmede yazılı faaliyet konusuna giren bazı işleri yapmayacağı konusundaki anlaşmalarını içeren bir borç sözleşmesi akdetmelerinin ve genel kuruldaki oylarını bu yönde kullanmak konusunda anlaşmalarının mümkün olduğunu ve bu tür bir anlaşmaya aykırı şekilde verilen oylarla alınmış kararın esasen iptal edilemeyeceğini ve ortakların sorunu kendi aralarında çözmeleri gerektiğini söyledi (s. 334,-335). Ancak Mahkeme, genel kurul kararının ortakların *tamamının* taraf oldukları bir anlaşmaya aykırı bulunması halinin farklı olduğuna işaret etti ve tüm ortakların bir konuyu kendi aralarında oybirliği ile düzenlemeleri halinde, bu düzenlemenin, ortaklık sadece bu ortaklara ait olduğu sürece, adeta ortaklığa ait bir düzenleme gibi muamele

açılmıştır. Mahkeme limited ortaklıklarla ilgili bu iki kararında, tfun ortakların taraf olduğu ortaklar sözleşmesine aykırılık nedeniyle kararın iptalini kabul etmiştir. Mahkeme bu kararlarda iki gerekçeye dayanmıştır. İlk olarak, her ne kadar ortakların kendi aralarında yaptıkları borç sözleşmeleri ortaklığı ilgilendirmese de, eğer ortaklığın *tüm* ortakları oybirliği ile bir anlaşmaya varmışlarsa, bu anlaşma esas sözleşmede yer almasa bile ortaklığa ait bir düzenleme gibi muamele görmelidir. İkinci olarak, böyle bir halde ortakları, anlaşmaya aykırı oy veren ortağa karşı dava açmak ve bu ortağı anlaşmada taahhüt ettiği şekilde oy kullanmaya zorlayarak aynı konuda yeni bir karar almak şeklindeki dolambaçlı yola sevk etmek³⁸ yerine, doğrudan doğruya kararın iptali yoluna gidilmesi kabul edilmelidir. Bu gerekçe, usul ekonomisine dayanmaktadır.

görmesi gerektiğine karar verdi (s. 335). Mahkeme bu halde karara karşı çıkan ortakları, anlaşmaya aykırı verilen oya dayanılarak alınan kararı etkisiz bırakacak yeni bir karar alınması için, sözleşmeye aykırı oy kullanan ortaklara karşı eda davası açmak şeklindeki dolambaçlı yola sevk etmeye gerek olmadığı, bunun yerine doğrudan doğruya kararın iptali için ortaklığa karşı dava açılacağı sonucuna vardı (s. 335).

Mahkemenin 1986 tarihli kararı da, 1983 tarihli karara atıfla, tüm ortakların oybirliği ile vardıkları bir anlaşmayı ihlal eden genel kurul kararına karşı iptal davası açılacağı teyid etti. Bu karara konu olan anlaşmada limited ortaklık ortakları, müdür sıfatını taşıyan ortağın, müdürlük görevinden azli için genel kurulda yapılacak oylamada oy kullanabileceğini ve onun olumlu oy.u olmadan azlin gerçekleşmeyeceğini kararlaştırmışlar, ancak azil oylaması sırasında müdür-ortağa oy kullandırmamışlardı. Mahkeme, müdür-ortağın onayı alınmadan alınan azil kararının ortakların tümünün taraf olduğu anlaşmaya aykırı düşüğüne hükmedip kararın iptali talebini kabul etti.

BGH'nın anılan iki kararı Avusturya hukukunda doğrudan yankı bulmuştur. Avusturya Yüksek Mahkemesi, anılan kararlara yaptığı doğrudan atıfla, Alman Federal Mahkemesinin görüşünü anonim ortaklıklar bakımından benimsemiştir (öOGH, 5.1□.1995 tarihli karar, AG1996, 3□9).

- 38 Alman hukukunda, oy sözleşmesine aykırılık halinde aynen ifa talebine izin verilmekte ve mahkemenin, borçlunun irade beyanı yerine geçecek bir hüküm vermesi yoluyla aynen ifa kararının icra edilebileceği kabul edilmektedir. Aynen ifa sorunu Alman, İsviçre ve Türk hukukları bakımından aşağıda detaylı olarak incelenmiştir. Bkz. § 7 il B.

Alınan doktrininde karar konusundaki görüşler bölünmüştür. Bir grup yazar³⁹ kararın dogmatik dayanağını zayıf bulmakla (ve aşağıda anılan karşı görüşün gerekçelerine yer yer katılmakla) beraber, bu tür bir iptal kararının kabulünün adaletli bir çözüm sağladığı gerekçesiyle, vardığı sonuç bakımından kararın kabulüne J... 'iştir. Bu açıdan, usul ekonomisi gerekçesi destek bulmalıdır. Ayrıca Alman hukukunda sadakat yükümünün varlığı da bu kararın sonucunun desteklenmesinde bir etmen oluşturmamalıdır. Şöyle ki, Alman hukukunda azınlıkta kalan pay sahibi bakımından dahi bazı şartlarda varlığı kabul edilebilen⁴⁰ sadakat yükümünün, pay sahibi için olumlu ve olumsuz olarak kullanılmasına borcu doğurduğu savunulmaktadır. Buna göre, oyun sadakat yükümüne aykırı şekilde kullanılması, objektif hukukun yazılmamış ilkelerine, dolayısıyla kanuna aykırılık olarak kabul edilir ve kararın iptaline yol açar⁴¹. Tüm pay sahiplerinin taraf olduğu pay sahipleri sözleşmesinin de pay sahipleri

39 Happ ZGR 1984, s. 175; Noack, s. 156vd; Scholz/Schmidt §45 N. 116, §47 N. 53; Schmidt, GroRiKomm, §243, N. 19; Westermann, Verhältnis, s. 49vd; Zöllner - Baumbach/Hueck GmbHG, §47 N. 79. Ancak *Westermann ve ZöUner*, limited ortaklıklar bakımından verilmiş bu kararlara olumlu yaklaşmakla birlikte, bu sonuçların anonim ortaklık bakımından geçerli olamayacağını savunmaktadırlar (Zöllner, KölnKomm §179 N. 49; Westermann, Verhältnis, s. 51 ve aynı sayfada dpn. 71). Bununla birlikte ileride açıklandığı gibi pay sahipleri sözleşmesine aykırılık halinde genel kurul kararının iptali ancak tüzel kişilik perdesinin kaldırılması şartlarının varolması halinde kabul edildiği takdirde, kanaatimizce anonim ortaklık ile limited ortaklık arasında bir fark gözetmek için sebep yoktur.

40 BGH 20.3.1995 tarihli "Girmes" kararı (BGHZ 129, 136=WM1995, 882=ZIP 1995, 819). Alman Federal Mahkemesi, kural olarak sadakat yükümü altında bulunmayan azlık pay sahibinin bizzat sahip olduğu veya azlıkta bulunan pay sahiplerinin yaptıkları bir oy sözleşmesi yoluyla ulaştıkları pay oranının, bazı hakların (özel denetçi atanması, genel kurulun toplantıya daveti gibi) kullanılmasını sağlayabilecek veya genel kurulda alınacak bir kararın alınmasını engelleyebilecek orana çıkması halinde, bu pay sahibinin veya pay sahipleri grubunun da pay sahipliği haklarını ve bu arada oy hakkını kullanırken sadakat yükümü altında bulunduğu karar vermiştir (s. 884, 885). Kararın incelemesi için bkz. Nomer, s. 114vd.

41 Raiser, §12, N. 35; §16, N. 126; Schmidt, GroRiKomm, §243 N.9.

h□ru,n d k H OkümünU somutlaştırdığı v • bu nedenle
nnSt'□rliliğine tki edebilmesi ger"l-..lirri savunulmaktadır⁴□.

Butu k: rşalık bir grup ynıar4:l knrın·n çekinceyle yllklaşmakta
vr-□· rı tUmden isabetsiz bulmnk1nd1r. Eleştiriler özellikle
k r nn a il ol r::ık usul ekonomisirn da andırılarak alındığı ve
bu nedt-nlc dogmatik temelden yoksun kaldığıH·, gen l kurul
rlanmn ipt li si temine aykırı olduğu⁴⁵ ve ortaklık tüzel
kıtılıgi il rrrnkl rın birbil'inden ayrılığı ilkesine
(Trrnım □□prirt.:ip)+f,,nkın düşt\gU· □7 noktalarında toplanmak-'
dtr. öyle ki, Alman hukuk-ı.ma gör• genel k"Urul kararları
ant k k nuna veya □sa· sözleşmeye aykırılık halinde iptal
edilrbllirler (ktC §:;ı43)'□⁸. Bu nedenle paysahipleri
noilt' mrsine aykırılık halinde genel l'.l.trul kararının iptalini
kt liul etme.k. bu söilc□me ri esas söyleşme statüsüilne çıkarmak
"nl mırı gelir. Oysn esas söilçşme ile pnysahipleri sözleşmesi,

+.: Iffoftu□nt1-8f-ckm□. ZGR 191H., &. 458-4591Sdnnl dt. Gro□Komm. §□1,3 N.191
la.Unc,f- &unıbadı/Huedı CmbHC §47 N. 79, Aktı! fikir, Hnchenburg. füüiner,
□ \ /+:-: K. ı+Jı Konig, ,ı. 7!\·741fluer, NJW 1987, s. 1852. Ulncr, eodnknt
□umunon anc.ık kınunA,nl{ui □otleşmi-rt: vıı ort:ıldığın am:icını duytrnılruk
lx-lırltnc-bıl□□nı. ortaklırın kendi arılıurındı ıptıkl:ırı sözleşmenin bu
k.uoud□t,3□□1. apılıım1lyara□ımı hrUrtmektecllr.

□ Ha.ch('nhul)t- fuı.&cr Anh8H N, 140, *ıL Hoffinn111dkcking. ZGR 1994.. 1,50,
lfoffrr □J. 47 Köhler. s. J7Vdı Konig. s. 70\d,ı Lıtır/Hommelhoff. AnM4-7. N.
18, t\o□ı:l"l"loppeııı lnrr8.,,- . 96nı Ulmer. NJW H 87. s. 18491WinterZHR ı
(ııJ)Ce?t, □9,'ti:Z41hH"r, Kvlñ□omm§179. 50.

H H lu-n.buflı • Holler S-47. . 8411Allner· B urnbııch/Hueck GmhHG §1,7 N, 79
iS Don. fl6l□□S-□ d6.8; Happ. ZENıt)84. s. 17¹3; Ktınlğ. k. 751 Ulmer NJW 1987, s.
18,ttı□

4r. 8b

,f tltthto\lını,t • &,ser Anh i47 N. 140, Hııpp. ZCF\ 1984. s. 17□1 Rowedder/
• ppt'lt□□hU□f §+7 i¹. 96a.

tJ Tut"lm:tyıt kt:ım ol n mAhl: nıe k1.nırhının limited ortaklıkla ilgili olmosııııı
□. Ahıı.lo buJrukwıda limited ortühklar ba.lom.ırđırn 01.el bir karar iptal
""□mi 0-nprubıı□den ınonim oru,ldıldara uygulımırn AktG h43 vd'da
-.,.,. 41Ao hıkwıııı Umiied on□klıklu b41mrundan d.o uygulanır. dolayısıyla
Ullı.n bnrlı.NA ,Uılcn bnbfııııııı genel L-urul kararlırının iptali sistemine
□ tmd n □ □lırken an.onlm ortaklıktaki iptnl sistemi gözönOndc
t\ılwmıııııı.

hul.-1.tki nitelik ve etkileri bakımından farklıdır'□9. Ortaklar ile ortaklık tüzel kişiliği arasındaki ayrım nedeniyle, ortaklar arasında geçerli olan bir sözleşmenin ortaklığın iç işlerini ilgilendiren bir konuda ve ortaklık sahasında etki doğurmasını kabul etmenin hen1 ortaklıklar hukukunun hem de borçlar hukul.-unun prensiplerine aykırı olacağı savunulmaktadır. Ayrıca pay sahipleri arasındaki bir borç sözleşmesinin esas sözleşme seviyesine çıkartılmasının ve esas sözleşmeyle bir tutulmasının beraberinde getireceği sonuçların yalnızca borç sözleşmesine aykırı genel kurul kararının iptali ile sınırlı kalamayacağı, borç sözleşmesi ile ku!11-1an düzenin esas sözleşmeye aykırılığın yaptırımlarından--faydalandırılması halinde aynı zamanda esas sözleşmenin tabi olduğu geçerlilik sınırlamasına da tabi kılınması gerektiğine işaret edilmektedir5°. Diğer bir deyişle, bir yandan borçlar hukukuna özgü sözleşme serbestisinden, diğer yandan da esas sözleşme! yaptırımlardan faydalanmanın: mümkün olmaması gerektiği vurgulanmaktadır. Son olarak, esas sözleşmenin ve esas sözleşme değişikliklerinin tabi olduğu tasdik, tescil ve kamuya açıklık kurallarının da, pay sahipleri arasındaki bir borç sözleşmesinin esas sözleşme seviyesine çıkarılmasına engel olduğu belirtilmektedir5¹.

Türk hukuku açısından olaya bakıldığında, öncelikle Mahkemenin öne sürdüğü usul ekonomisi gerekçesini kabul etmek güçtür. Zira anılan gerekçe, oy sözleşmesinin ihlali halinde aynen ifanın mümkün olduğunun kabulüne dayanır. Şöyle ki, ihlal halinde yeni bir genel kurul toplanması istenecek ve aynen ifa talebiyle dava açılarak alınan mahkeme kararının oy sözleşmesine uygun şekilde verilmiş bir oy yerine geçmesiyle aynı konuda yeniden karar alınması ve böylece oy sözleşmesi

49 Bu konudaki detaylı açıklamalar için bkz. §4 V.

50 Dürr, BB 1995. s. 1370; Winter, ZHR 154 (1990) s. 269.

51 Dürr, BB 1995, s. 1367; Hachenburg - Raiser Anh§47 N. 142; Winter, ZHR 154 (1990) s. 271-272.

ihlal edilerek alınmış kararın etkilerinin ortadan kaldırılması yoluna gidilecektir. İşte mahkeme bu dolambaçlı yolu kısaltmak amacıyla doğrudan kararın iptalini kabul etmiştir. Türk hukukunda bu türden bir aynen ifa imkanının mümkün olduğu savunulmakla beraber, bu görüş yerleşmemiştir⁵².

Öte yandan, yukarıdaki eleştirilerde de ileri sürüldüğü gibi, tüzel kişilik ile pay sahipleri arasındaki ayrılık, pay sahipleri arasındaki bir sözleşme ihlalinin tüzel kişiye karşı ileri sürülebilmesine kural olarak engeldir. Pay sahipleri sözleşmesinin esas sözleşme seviyesine yükseltilemeyeceği konusundaki argümanlar da yerindedir.

Bununla birlikte, kuralın uygulanmayacağı durumlar olabilir: Alman hukukunda, kural olarak pay sahipleri sözleşmesine aykırılığın kararın iptaline yol açmayacağını savunan yazarlar dahi, bu görüşlerine bir istisna getirerek, perdenin kaldırılması durumuna benzer hallerde, yani sözleşmenin bağlayıcılığından kurtulmak için ortaklık tüzel kişiliğine dayanmanın hakkın kötüye kullanılması anlamına geldiği hallerde tüm ortakların kendi aralarında akdettikleri sözleşmeye aykırılığın ortaklığa karşı ileri sürülebilmesinin kabul edilebilir olduğunu savunmakta ve anılan Federal Mahkeme kararlarının böyle anlamlandırılabilirliğini söylemektedirler⁵³. Böyle bir iptal davasında ortaya çıkan özellik, dava edilen tarafın, hakkını kötüye kullandığı iddia edilen sözleşme tarafı pay sahipleri değil, ortaklık olmasıdır⁵⁴. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına izin verilen hallerde tüzel kişilik perdesinin arkasına saklanan pay sahiplerine ulaşılması ve onların dava edilmesi mümkün kılınırken,

⁵² Bkz. a.ş. §7 II B.

⁵³ Hachenburg - Hüffer §47. N. 84; Hoffman-Becking. ZGR 1994. s. 458; Jousen, s. 148-149; Noack, s. 168; Scholz/Schmidt, §45. N. 116; Ulmer NJW1987, s. 1853 vd.; Westermann, Verh:iltnis, s. 50; Winter, ZHR 154 (1990) s. 277. Aksi fikir, König. s. 74.

⁵⁴ Ulmer, NJW1987s. 1854.

burada paysahipleri yerine tüzel kişinin dava edilmesine izin verilmektedir. diğ er bir deyiş le tersine iş leyen bir perdenin kaldırılması durumu söz konusudur⁵⁵.

Hakkın kötüye kullanılmasının engellenmesi amacıyla tüm ortakların taraf oldukları bir sözleşmenin ortaklığına atfedilebileceğini savunan yazarlar, böyle bir uygulamaya örnek olarak, Alman Federal Mahkemesinin verdiği eski bir kararı göstermektedirler⁵⁶. Bir yönetim kurulu üyesinin ibrasını konu alan olayda, paysahipleri, bir sulh anlaşması çerçevesinde, yönetim kurulu üyesinin ibrası konusunda bir anlaşma yapmış lar ve ortaklıktaki oy haklarını da ibra yönünde laillanmayı taahhüt etmiş ler, ancak daha sonra, bu konuda bir genel kurul kararı olınadığı ndan bahisle bu kez ortaklık adına üyeden tazminat talep etmiş lerd i. Federal Mahkeme ise, tüm paysahiplerinin yönetim kurulu üyesini ibra etmek, kendisine karşı her türlü tazminat taleplerinden feragat etmek ve ortaklık adına da anılanları gerçekleştirmek konusunda bağ layıcı bir taahhüt altına girmiş oldukları durumda, genel kurul kararının bulunmamasına dayanamayacaklarına hükmetmiş ti. Federal Mahkemenin dikkat çektiği nokta, ortaklığın doğrudan doğruya sulh anlaşmasına taraf olmamasına karş ın, sulh anlaşmasının ortaklığın malvarlığını ve ortaklığın yönetimini konu alması ve paysahiplerinin yönetim nedeniyle ortaklık malvarlığına gelmiş olabilecek zararlardan doğacak tazminat haklarından vazgeçmenin yanı sıra ayrıca ortaklık adına da bu ibrayı vermek için genel kurulda ibra yönünde oy kullanma taahhüdü altına girmiş olmalarıydı. Buna rağmen ibra kararı olmamasına dayanarak ortaklık adına dava açmak, yani kanunun şekil şartı olarak zorunlu kıldığı bir kararın yokluğ una ve anonim ortaklık tüzel kişiliğ i ile paysahipleri arasındaki ayrılığ a dayanmak, hakkın kötüye kullanılmasını

55 Happ, ZGR 1984. s. 173.

56 BGHZ 29, 385. 392vd.

oluşturmaktaydı. Üstelik paysahiplerinin ileri sürdüğü bu talep, sözleşme kanalıyla vermek zorunda oldukları bir meblağı, ortaklık kanalıyla istemeleri anlamına geliyordu.

Benzer bir örnek, Türk hukukunda yönetim kurulu üyelerinin ortaklıkla rekabet yasağı konusunda verilebilir. TK 335. maddede yer alan rekabet yasağına göre, yönetim kurulu üyesinin şirketin konusuna giren bir ticari muamele yapabilmesi için genel kuruldan izin alması gerekir. Şimdi, genel kurulda yer alan (yani sermayeyi temsil eden) tüm paysahiplerinin bir sözleşme ile yönetim kurulu üyesinin bu tür faaliyetlerde bulunabileceğini kabul etmeleri halinde, aynı paysahiplerinin daha sonra genel kuruldan izin alınmadığından bahisle, anılan sözleşmeye güvenerek faaliyetlere girişen yönetim kurulu üyesine karşı şirket adına sorumluluk davası açılmaları mümkün olacak mıdır? Kanaatimizce böyle bir dava kabul edilemez. Zira hem böyle bir şekil eksikliğine hem de şekil eksikliğinin ileri sürülebilmesine meydan veren tüzel kişilik ile paysahipleri arasındaki ayrılığa dayanmak hakkın kötüye kullanılmasını oluşturur ve özellikle çelişkili davranış yasağına aykırı düşer⁵⁷.

57 Şekil eksikliğinin ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılmasını oluşturması konusunda bkz. Akyol, Dürüstlük Kuralı, s. 68vd; Altaş, H. Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Ankara 1998, s. 154 vd; Eren C.I, s. z69; Giritlioğlu, N. Dürüstlük Kuralları, Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, Özellikle Şekil Eksikliğinden Dolayı Geçersizliğin Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı ile Sınırlandırılması, İstanbul 1989, s. 106vd; Oğuzman/Öz, s. 1z3; Tekinay Borçlar, s. 107; Serozan. Die Überwindung der Formnichtigkeit in: La Forme dans les actes juridiques, İstanbul 1976, s. 151, 163vd. Çelişkili davranış yasağı ile ilgili olarak ayrıca bkz. Akyol, Dürüstlük Kuralı, s. 5zvd., Giritlioğlu, a.g.e. s. 117.

Türk hukukunda benzer bir örnek. eşya hukuku ile ilgili bir olayda yaşanmıştır. Bir taşınmazın paydaşlarından olan bir gerçek kişi, kendi payını bir üçüncü kişi konumundaki bir ortaklığa satmış, daha sonra da aynı taşınmazın paydaşlarından olan ve kendisinin en büyük paysahibi veyönetim kurulu başkanı olduğu bir anonim şirket adına, kanuni şufa hakkına dayanarak, kendi sathğı taşınmaz payının kendisinin ortağı olduğu şirket tarafından alınması için dava açmıştır. Mahkemeye bilimsel mütalaasını sunan Prof. Dr. İsmet Sungurhey, olayda hakkın kötüye kullanılmasının iki özel ve somut durumu olan hakkın amacı dışında kullanılması ve çelişkili davranış yasağına aykırılık bulunduğu ve yaratılan

Bunun gibi, pay sahiplerinin tamamının kendi aralarında bağlayıcı bir sözleşme ile kararlaştırdıkları bir hususa aykırı bir genel kurul kararı alınması da hakkın kötüye kullanılmasını oluşturuyor, özellikle hakkın kötüye kullanılmasının somut bir durumu olan çelişkili davranış yasağına aykırı düşüyorsa, o takdirde kararın iptaline izin verilebilir. Zira pay sahipleri sözleşmelerinde yer alan düzenlemelerin hayata geçirilmesi çoğu kez ortaklık organları ve bu arada genel kurulda alınacak kararlar yoluyla olur. Sözleşme, pay sahiplerini, ortaklıktaki haklarını sözleşmenin amaçlarını yerine getirebilecek şekilde kullanma borcu altına sokar. Sözleşmede belli bir taahhütte bulunan pay sahibinin daha sonra bu taahhüde aykırı şekilde oy vermesi bu sözleşmeye aykırılık anlamına gelir. Ancak bu aykırılığın genel kurul kararına karşı açılacak bir iptal davası yoluyla ortaklığa karşı ileri sürülebilmesi için, ortaklık ile pay sahipleri arasındaki tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına imkan sağlayacak bir durum olmalıdır.

Tüm pay sahiplerinin toplu ve bağlayıcı iradelerinin ortaklığa izafe edilmesi, tüzel kişi ile üyelerinin özdeş kılınması sonucuna yönelik bir tüzel kişilik perdesini kaldırma halidir (*Zurechnungsdurchgriff*)⁵⁸. Tüzel kişilik perdesi kaldırılarak

hakkı güvene dayanan kişinin zararına hareket edildiğine işaret ederek, anonim ortaklık tüzel kişisi ile pay sahibi arasındaki tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ve tüzel kişi adına açılan davanın reddedilmesi gerektiği yolunda görüş belirtmiştir. (Sungurbey, Medeni Hukuk Sorunları Altıncı Cilt, İstanbul 1994.. s. 435-4,39. Bu görüşe atıf yapan: Yanlı, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 34.)

58 Brandel, GroE.komm, §1, N. 58vd; Kraft, KölnKomm §1 N. 41vd; Raiser, §9 N. 5 vd; Wiedemann, s. 17vd. *Türk hukukunda: Tekinalp/Tekinalp, Perdeyi Kaldırma Teorisi, Reha Poroy'a Armağan, İstanbul 1995, s. 387, s. 388; Yanlı, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 10vd. Özdeş kılma, tüzel kişilik perdesinin pay sahiplerinin veya tüzel kişinin üyelerinin sorumluluğuna gidebilmek amacıyla kaldırılmasından (*Haftungsdurchgriff*) farklıdır. İlkinde tüzel kişi ile pay sahipleri bir hukuk normunun uygulanması açısından tekve aynı kişi olarak kabul edilmektedir, uygulanan normun mutlaka sorumluluk gerektiren bir norm olması şart değildir. İkinci halde ise soruna malvarlığı ve sorumluluk açısından yaklaşmakta ve tüzel **kişilik** ile pay sahiplerinin malvarlıklarının birbirinden ayrılığı ilkesi kaldırılmakta, tüzel kişi veya pay sahibi açısından sözkonusu olan bir sorumluluk, diğerine teşmil edilmektedir.*

tüzel kişi ile tüzel kişinin ortaklarının özdeş kılınması, hakkın kötüye kullanıldığı haller ile, olayda uygulama alanı bulan hukuk normunun amacı dışında kullanıldığı hallerde kabul edilir⁵⁹. Anılan ilci hal arasındaki fark, hakkın kötüye kullanılmasında bir subjektif unsurun aranması, yani başkasının zararına hareket amacının var olması gereğidir. Normun amacına aykırılıkta ise, bir hukuk normunun objektif olarak amacına aykırı biçimde kullanılıyor olması veya normun amacına ulaşılmasının engellenmesi yeterlidir⁶⁰. Tüzel kişiliğin pay sahiplerinden ayrı bir hukuki varlık olmasına dayanılmasının, hakkın kötüye kullanılmasına veya hukuk normunun amacının yerine gelmemesine veya amacından saptırılmasına neden olduğu hallerde, pay sahiplerinin eylemleri, vasıfları veya sahip oldukları bilgiler (örneğin iyiniyet/kötüniyet halinin tespiti açısından) ilgili tüzel kişiye atfedilir⁶¹. Hatta pay sahiplerinin iradesinin tüzel kişiye atfedilmesi için tüm pay sahiplerinin ortak iradesinin varlığı dahi aranmaz, ilgili pay sahibi veya pay sahiplerinin tüzel kişiye egemen olması, tüzel kişinin iradesinde yönlendirici etkiye sahip olması yeterli görülür⁶².

Tüm pay sahiplerinin sözleşmeye taraf olmaları, genel kurulun ve pay sahiplerinin seçtiği yönetim kurulu üyelerinin, yani

59 Bkz. dñn. 58'de anılan yazarlar.

60 Flume, Juristische Person, §3 I. s. 65; Raiser, §29 N. 3, 18. Tekinalp/Tekinalp. Perdeyi Kaldırma Teorisi. s. 39ovd.

61 Brandel, GroJl,komm §58; Kraft, KölnKomm §1, N. 42; Yanlı. Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 21vd.

62 Kraft. KölnKomm §1 N. 43. Örneğin, TK329'a göre ortaklık kendi paylarını bazı istisnalar dışında iktisap edemez. Kanunda açık hüküm olmamasına karşın, çoğunluğu elde tutulan bir yavru ortaklığın da ana ortaklığın paylarını iktisabı, ana ortaklığın kendi payını iktisabı gibi görülerek yasak kapsamına alınır. Yavru ortaklık her ne kadar ana ortaklıktan ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olsa da, ana ortaklığın çoğunluk pay sahibi olarak yavru ortaklığı kontrol ediyor olması nedeniyle ana ortaklık bakımından geçerli olan yasak yavru ortaklığa da teşmil edilerek, yani iki ortaklık özdeş kılınarak TK 329 normunun dolanılması engellenir. (bu konuda ayrıca bkz. §5 III B 2 d)

temel ortaklık organlarının bu sözleşmeden haberdar olması anlamına gelir. Her ne kadar sözleşmenin varlığını bilmek bu sözleşmeden doğan borçları üstlenmek anlamına gelmese de, tüzel kişilik perdesi arkasına saklanarak ortaklığın sözleşmeye taraf olmadığı ve bu nedenle ortaklığa karşı iptal davası açılmayacağı ileri sürülmesi ortaklık tüzel kişiliğinin, amaca aykırı ve haksız bir kullanımını oluşturur. Paysahipleri bu yolla, sözleşmede karşılıklı mutabakat yoluyla vardıkları bir uzlaşmayı, ortaklık sahasında çoğunluk oyuyla aldıkları bir kararla etkisiz kılmaya çalışmakta ve bunun için bağımsız tüzel kişiliğin varlığına sığınmaktadırlar. Böyle bir tutum tüzel kişilik kurumunun kötüye kullanılması demektir. Tüzel kişiliğin amacı, paysahiplerinin, üstelik de o tüzel kişiyi ilgilendiren taahhütlerinden sıyrılabilmelerini sağlamak değildir.

Ayrıca bu halde tüzel kişilik perdesi kaldırılarak tüzel kişi ile paysahiplerinin özdeş kılınabilmesi, tüzel kişinin menfaat durumundan da bağımsızdır. Diğer bir deyişle perdenin kaldırılmasının tüzel kişinin menfaatine aykırı olup olmadığına bakılamaz, iptal davası açılması tüzel kişinin zararına olsa dahi bu, davanın açılmasına engel olmamalıdır, zira perdenin kaldırılması halinde çoğu kez perdenin arkasında saklanan paysahipleri veya tersine perdenin kaldırılması durumunda tüzel kişinin menfaati zarar görecektir. Zaten tüzel kişilik perdesi arkasına saklanan paysahiplerinin engellemeye çalıştığı da odur.

Hakkın kötüye kullanılmasını engellemek için kararın iptaline izin vermek, esasen Türk hukukundaki iptal sistemine, Alman hukukundakinden daha da uygun düşebilir. Zira TK 381 kanun ve esas sözleşmeye aykırılığın yanı sıra açıkça afaki iyiniyet kurallarına aykırılığı bir iptal sebebi olarak saymıştır. Paysahipleri sözleşmesinin ihlali ve bu ihlalin ileriye sürülmesinin engellenmesi de afaki iyiniyet kurallarına aykırılığın varlığını tespitinde bir dayanak noktası oluşturabilir.

Son olarak, genel kurul kararının iptalinin talep edildiği hallerde, yorum yöntemiyle soruna çözüm getirilebileceği düşüncesinden de burada bahsedilmelidir. Şöyle ki, soruna yol açan pay sahipleri sözleşmesi hükmü, esas sözleşmenin bir hükmü ile ilintilendirilip esas sözleşme hükmünün yorumunda yardımcı olarak kullanılabilirse, veya pay sahipleri sözleşmesinden, pay sahiplerinin esas sözleşmenin belli bir şekilde yorumlanması ve uygulanması yönündeki mutabakatları anlaşılabilirse, o takdirde doğrudan doğruya esas sözleşmenin ihlali nedeniyle iptal davası açılması da düşünülebilir⁶³. Esas sözleşmenin yorumunda kural olarak nesnel yorum metodunun uygulanması gerektiği, ancak şirketin kurucular arasında kalmış olması ve esas sözleşme metninin dışında yer alan, şirketin kuruluşu ile ilgili bazı olguların tüm pay sahipleri tarafından bilinebilmesinin söz konusu olduğu hallerde sözleşmesel yorum kurallarına gidilebileceği ve ortaklık dışı olguların ve bu arada pay sahipleri sözleşmesinin de esas sözleşmenin yorumunda kullanılabilirliği başlangıçta açıklanmıştır⁶⁴.

E. Geçersiz bir pay sahipleri sözleşmesine uygun olarak verilmiş oyun geçerliliği sorunu

Paysahipleri sözleşmesinin geçersizliğine hükmedildiği durumlarda, bu sözleşmeden doğan belli bir yönde oy verme taahhüdü de geçersiz kalır. Bu durumda cevaplanması gereken iki soru vardır: Geçersiz sözleşmeye konu olan oylar kullanılabilir mi? Eğer kullanılabilirse, oyun geçersiz sözleşmeye uygun verilmesi halinde bu oy da geçersiz mi sayılmalıdır? Bu sorun, özellikle oy kullanacak pay sahiplerinin, oy hakkı kısıtlanmış olan pay sahiplerinin talimatına göre oy kullanılmasını öngören sözleşmelerle ilgili olarak

63 Noack, s. 161; Westermann, Verhältnis, s. 49-50; Zöllner- Baumbach/Hueck, GmbHG §47 N. 79.

64 Bkz. yuk. §4 VI B

incelennu□tir. Bilindiği gibi. kanunen oy hakkı kısıtlanmı□ kişinin oy sözleşmesi yoluyla başka paysahiplerine talimat vererek oylamada bu şekilde etkili olmasını engellemek amacıyla, bu tür oy sözleşmelerinin kanunu dolanma nedeniyle batıl oldukları kabul edilmektedir⁶⁵. Sorun, batıl oy sözleşmesine uygun olarak verilmiş oyların ve bu oylara dayanılarak alınmış kararın geçerliliği noktasında toplanır.

Al,Inan anonim ortaklıklar hukukunda egemen olan görüş, kendisine talimat verilmek istenen paysahibinin batıl sözleşmeye konu oyunu kullanabileceği ve oy hakkı kısıtlanmış kişinin talimatına uygun olsa da, verdiği oyun geçersiz sayılamayacağı yönündedir⁶⁶. Örneğin, bir esas sözleşme} bağlam hükmünün varlığı halinde pay defterinde paysahibi gözükten eski malikin, payı devralmasına onay verilmeyen kişinin talimatına göre oy kullanması konusundaki bir oy sözleşmesi bağlam hükümlerini dolandığı için geçersiz sayılmakla beraber, paysahibinin kullandığı oyun, talimata uygun kullanılmış olsa da geçerli sayılması gerektiği savunulmaktadır⁶⁷. Başka bir örnek, yönetim kurulunun talimatına göre oy kullanma taahhüdü batıl olmasına rağmen, taahhüde uygun kullanılan oyun geçerli olmasıdır⁶⁸. Bu görüşün gerekçesi, kendisine talimat verilen paysahibinin esasen oy hakkına sahip olduğu ve oy hakkını istediği yönde kullanmakta serbest olduğu, ayrıca sözleşme batıl olduğuna göre talimatın da geçerliliğini yitirdiğidir. Buna ek olarak bazı hallerde, oy hakkı kısıtlanmış olan kişi genel kurula katılıp görüş bildirebilir. Örneğin oy hakkı olmasa da yönetici

65 Bkz. yuk. §5 III B 2 c.

66 Eckardt, (GeE.ler AktG) §136 N. 68; Fischer, GmbHR 1953, s. 67-68; Baumbach/Hueck AktG, §136, N. 8; Boesebeck. NJW 1960, s. 8; Hueck, FS. Nipperdey, s. 405; Janberg/Schlaus, AG 1967, s. 35; Lübbert, s. 170 vd; Otto, AG 1991, s. 379; Overrath, s. 23; Zöllner, Schranken, s. 283; Zöllner, Köln.Komm §136 N. 108.

67 Boesebeck, NJW 1960, s. 8;

68 Otto, AG 1991, s. 379.

ibra ile ilgili görüşmelere katılıp fikirlerini söylemek hakkına sahiptir⁶⁹. Öyleyse paysahibi serbest iradesi ile oydan yoksun kişinin tercih ettiği yönde oyunu kullanırsa, oyu geçerli olmalıdır. Oy sözleşmesinin bir tazminat, cezai şart gibi bir yaptırım içermesi de bu sonucu değiştirmez zira sözleşme batıl olduğuna göre, herhangi bir yaptırımın da uygulanması söz konusu olmayacaktır⁷⁰.

Bununla birlikte, azınlıkta kalan bir görüşe göre, talimatı alan kişinin, sözleşmenin butlanına rağmen serbest iradesi ile değil talimat uyarınca hareket ettiği ispatlanabilir ise, oyun geçersizliği iddia edilebilir⁷¹. Ancak bu hususu ispatlamanın güçlüğü açıktır⁷². Buna karşın, talimatı alan kişinin, talimatı verenin emrinde çalışması veya talimatı alanın karşı edimden yoksun kalacağını bilmesi gibi hallerin, sözleşmenin butlanına rağmen talimatı alanın serbest iradesine aykırı oy kullandığına işaret edeceği söylenmiştir⁷³. Oyun butlanını savunan bir diğer görüş, oyun hangi nedenle sözleşme doğrultusunda kullanıldığının ispatını aramadan, doğrudan doğruya iradenin serbest olmadığı faraziyesine dayanmak gerektiği yolundadır⁷⁴. Bir yaklaşım da, batıl sözleşmeye göre kullanılan oyun, paysahibinin Alman hukukunda kabul edilen sadakat yükümüne aykırı olduğu gerekçesiyle oyu batıl kabul etmektir⁷⁵.

Alman hukukunda egemen görüşün batıl sözleşmeye uygun kullanılmış oyu geçerli sayması, tarihsel bir gelişmeyle de ilgilidir.

69 Zöllner. KölnKomm, §136, 57; Hüffer. §118, N. 12. Aynı durum Türk hukukunda da mevcuttur, Arslanlı. AŞİ s. 250; İmregün, AO. 137; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu) N.953,988; TD.4.3.1965,E.3347. K.727.Batider, IV. 136.

70 Fischer. GmhHR 1953.s. 68; Lübbert. s. 154; Hueck. FS Nipperdey, s. 405.

71 Busse, A. Zur Problematik von Stimmbindungsverträgen bei Personengesellschaften, BB1961, 261, s. 263.

72 Hueck, FS. Nipperdey, s. 405 dpn. 17, Lübbert, s. 171; Overath, s. 39-40.

73 Overath, s. 40.

74 Flume. Juristische Person. §7VI, s. 244-245. Benzer, Noack. s. 153-154.

75 Lutter/Grünewald. AG1989, s. 114.

1965 tarihli Alınan Paylı Ortaklıklar Kanunu tasarısı, yönetim organlarının talimatına göre oy verme taahhüdünü içeren oy sözleşmelerine uygun olarak verilen oyların geçersiz sayılacağı konusunda bir hük-ünü içermel-teydi. Ancak tasarının kanunlaştırılınası sırasında bu hül"iim yerine, yalnızca, yönetimin talimatlarına veya önerilerine göre oy verme taahhüdü içeren oy sözleşmelerinin batıl olacağı hükmü kabul edildi (§136 III Al-tG). Hükmün tasarıdaki hali oy sözleşmesinin butlanına rağmen tarafların oy verirken sözleşmeyi dikkate aldıklarının ispatı konusundaki güçlüğü aşıyordu⁷⁶. Bu hükmün -herhangi bir açıklama verilmeksizin- tasarıdan çıkarılması, kanunkoyucunun batıl taahhüdün konusunu oluşturan oyların, butlandan etkilenmemesini arzu ettiği şeklinde yorumlanmıştır⁷⁷. Buna karşılık, Alman limited ortaklıklar hukukunda, oy hakkı kısıtlanan kişinin talimatına göre oy verme taahhüdü altına giren kişinin, aradaki oy sözleşmesinin geçerli olup olmadığına veya kişinin bu sözleşmeyi ifa iradesi ile hareket edilip edilmediğine bakılmaksızın oy hakkından yoksun olacağı fikri de savunulmaktadır⁷⁸.

İsviçre hukukunda, batıl oy sözleşmesine uygun şekilde kullanılan oyun geçerliliği konusunda görüşler bölünmüştür. Bir görüş, Alman yazarlara atfen oyun geçerli sayılması gerektiğini savunur⁷⁹. Karşı görüşe göre ise, hukuka aykırı oy sözleşmesinden doğan taahhüdü yerine getirmek üzere kullanılan oy geçersiz olmalıdır, aksi takdirde kanuni bir yasak etkisiz hale getirilmiş olur⁸⁰. İkinci görüş, hukuka aykırı oy sözleşmesinin batıl

76 Lübbert, s. 171.

77 Hueck, FS Nipperdey, s. 406 dpn. 17.

78 Scholz/Schmidt, § 47 N. 171. Rowedder/Koppensteiner § 47 N. 50.

79 Dohn. s. 109.

80 Böckli, Aktienstimmrecht, s. 58, Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 4. N. 94; Patry, s. 98a, 103a. İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında bağlam hükmünü dolanan ve bu nedenle batıl olması gereken oy sözleşmesine uyularak verilmiş oyları geçersiz saymıştır (BGE 81 il 534,540).

olduğu, herhangi bir borç doğurmadığı ve böylece oyun serbest kaldığı nol--tası üzerinde durmamakta, sözleşmenin yapılmış olmasını, kanuni yasağı etkisiz bırakmaya yönelik bir adım olarak görmektedir.

Türk hukukunda *Moroğlu*, sözleşmelerin nisbiliği ilkesine dayanarak, geçersiz oy sözleşmesine uyularak verilen oyun geçersizliğinin ileri sürülemeyeceğini savunmakta ve böylece Alman hukukundaki hakim görüşe katılmaktadır⁸¹.

Alman hukukundaki hakim görüş, oyun serbest irade ile verildiği düşüncesinden yola çıkarken, İsviçre hukukundaki hakim görüş tam tersine oyun serbest irade ile verilmediği varsayımını kabul etmektedir. Anılan varsayımların aksini ispat etmek çok güçtür. Kanaatimizce oy sözleşmesinin butlanına rağmen oyu geçerli kabul etmek, kanunda öngörülen oy kısıtlamasını etkisiz bırakmak anlamına gelir. Bu nedenle iradenin gerçekten serbestçe kullanıldığı ispatlanamadığı hallerde, sözleşmenin yapılmış olması gerçeğini, oyun kullanılmasında kanunu dolanma amacı bulunduğu göstergesi kabul etmek⁸² ve oyu geçersiz saymak, kanunun amacını yerine getirmek açısından daha etkili bir yol olacaktır.

Son olarak, oy kısıtlamalarının, oykonsorsiyumu kararları ve bu kararlar doğrultusunda genel kurulda kullanılan oylar üzerindeki etkisinden de bahsedilmelidir. Oy konsorsiyumu kararları, oy sözleşmesinin (veya genel olarak pay sahipleri sözleşmesinin) taraflar arasında oluşturduğu adi ortaklıkta alınan kararlardır. Sözleşme, oyun ne yönde kullanılacağını doğrudan doğruya belirtmek yerine, genel kuruldaki oylamadan önce tarafların biraraya gelip ne yönde oy kullanılacağını karara

81 Moroğlu, s. 70-71.

82 *Flume* sözleşmenin yapılmış olmasını yalnızca kanunu dolanma niyetinin bir göstergesi olarak saymakla kalmamakta, oyun sözleşme doğrultusunda kullanılmasında sözleşmenin yerine getirilmesi niyeti bulunduğunu aksi ispat edilemez bir faraziye olarak kabul etmektedir *Guristische Person*, §7 VI, s. 44).

bağlamalarını öngörmüş olabilir. Böylece önce sözleşme tarafları arasında bir oylama yapılacak, daha sonra bu oylamadan çıkan sonuca göre genel kurulda oylar kullanılacaktır. İşte genel kurulda oy kullanma hakkı bulunmayan bir pay sahibinin, konsorsiyumun alacağı kararda etkili olmasının (karar oy çokluğu ile alınıyorsa) yine kanunu dolanma oluşturacağı ve böyle bir konsorsiyum kararının geçersiz olması gerektiği savunulmaktadır⁸³. Bu halde de oydan mahrum kişinin oy hakkı sahibi olanlara talimat vermesindeki durum mevcuttur⁸⁴. Kişinin konsorsiyumdaki oyuna dayanılarak alınmış konsorsiyum kararı, kişinin bizzat verdiği talimattan farksız değildir. Bu nedenle oydan yoksun kişinin konsorsiyumda kullandığı oya dayanılarak alınan konsorsiyum kararı da geçersiz sayılmalıdır. Daha sonra genel kurulda bu - batıl- konsorsiyum kararına göre oy kullanılması halinde kullanılan oyun geçerliliği sorunu da batıl oy sözleşmesine uygun olarak kullanılan oyun geçerliliği sorunu ile aynıdır.

II. PAYSAHIPLERİ SÖZLEŞMESİNİN ORTAKLIK ÜZERİNDE DOLAYLI ETKİSİ

Yukarıda kural olarak pay sahipleri sözleşmesinin, sözleşme tarafları dışındaki kişiler, ve bu arada sözleşmeye taraf olmayan anonim ortaklık üzerinde hukuki sonuç doğurmadığı açıklandı. Ancak, pay sahipleri sözleşmesi dolaylı yollardan ortaklık üzerinde sonuç doğurabilir. Bu yollardan bazılarına aşağıda işaret edilmiştir.

A. Oy kullanılması yoluyla sözleşmenin ortaklık planında uygulanması

Paysahipleri sözleşmesi hükümlerinin bazıları doğrudan doğruya genel kurulda karara bağlanacak konuları ilgilendirir.

83 Boesebeck, NJW 1960, s. 8; Lühbert s. 160; Moroğlu, s. 54. Farklı görüş: Godin/Wilhelmi, §136 N.7.

84 Aynı görüş Lühbert, s. 159.

Genel kurulun yetki alanına giren, yönetim kurulu seçimi, kararın tesbiti gibi konuları veya kanunen yönetim kurulunun yetki alanına dahil olmakla beraber sözleşmeyle genel kurulun yetki alanına sokulan bazı önemli konuları düzenleyen pay sahipleri sözleşmesi hükümleri, pay sahiplerinin genel kuruldaki oy haklarını kullanırken sözleşmeye uygun oy vermeleri yoluyla ifa edilirler ve böylece ortaklık üzerinde dolaylı yoldan sonuç doğururlar.

Sözleşme taraflarının, ortaklık hakimiyetini elinde tutan pay sahipleri olması, pay sahipleri sözleşmesinin ister oy kullanma yoluyla, ister aşağıda açıklandığı üzere yönetim kurulunun sözleşmeyi uygulaması yoluyla ortaklık sahasına aktarılması kolaylaştırır⁸⁵.

B.Yönetim kurulunun görevini ifa ederken sözleşmeyi dikkate alması

Paysahipleri sözleşmesi hükümlerinin bir kısmı yönetim kurulunun yetki alanına giren konuları düzenler. Ortaklığın faaliyet alanı, ortaklığın yapacağı yatırımlar, üst yönetici seçimi, pay devrinin pay defterine kaydedilmesi gibi, kural olarak yönetim kurulunun yetki alanına giren bu gibi konularda sözleşmeden doğan edim ancak yönetim kurulu üyelerince yerine getirilebilir. Sözleşmeye taraf olan pay sahipleri aynı zamanda yönetim kurulu üyesi ise, bu pay sahipleri yönetim kurulundaki

85 Hatta pay sahipleri sözleşmeleri bazı yazarlarca iki ana grupta toplanmakta, pay sahipleri sözleşmesinin pay sahipleri arasındaki temel mutabakatı oluşturduğu ve tüzel kişi ortaklığın bu temel mutabakatı hayata geçirmekte kullanılan araç olduğu durumlar bir grupta, bazı pay sahiplerinin kendi aralarında akdettikleri ve tüzel kişi ortaklığın tümüne şamil olmayan, tüzel kişi ortaklık bakımından pay sahipleri sözleşmesinin dışında kalan ve onu ilgilendirmeyen bir alanın bulunduğu durumlar ikinci grupta toplanmakta ve birinci grup sözleşmelerin ortaklık üzerindeki etkisinin haliyle daha fazla olacağına işaret edilmektedir. (Westermann, Verhältnis, s. 30vd; Hoffmann BeckingZGR 1994, s. 443, 445.)

g•örevlerini ifa ederken sözleşmeyi de dikkate alırlar⁸⁶. Bu yolla. paysahiplerinin paysahipleri sözleşmesinde düzenledikleri ve kendi yetkilerini aşan konularda bile, sözleşmenin ifası münıl."ü.n olur. Sözleşme tarafı olan paysahiplerinin yönetim l.--unilunda üye olmaması halinde de, yönetim kuruluna üye seçinti sözleşmede düzenlenir ve böylece paysahiplerinin kendi seçtirdikleri üyeler, paysahipleri sözleşmesi hükümlerinin ortaklığın yönetini esnasında uygulanmasında aracı olur.

C. Üçüncü kişi lehine sözleşme

1. Genel olarak

Paysahiplerinin kendi aralarında yaptıkları paysahipleri sözleşmesi, ortaklığın yararına olan hükümler içerebilir. Örneğin ortaklığın bilanço zararlarını kapatma taahhüdü, ortaklığa kredi verme veya kefil olma taahhüdü gibi. Bu gibi hallerde paysahipleri sözleşmesinin üçüncü kişi lehine yapılmış bir sözleşme olarak kabul edilmesi ve ortaklığın taraf olmadığı bu sözleşme ile ilgili olarak doğrudan doğruya talep hakkına sahip olması mümkündür⁸⁷.

Üçüncü kişi lehine sözleşme, sözleşmelerin nisbiliği ilkesinin kanunen genel olarak öngörülmüş bir istisnasıdır⁸⁸. BK m. 111'e göre, sözleşme tarafları, ifanın üçüncü kişiye veya üçüncü kişi lehine yapılacağını kararlaştırabilirler. Örneğin A, üçüncü kişi Ü'ye olan borcunu ödemek için, B ile arasındaki sözleşmeye, B'nin sözleşmeden doğan para borcunu kendisine değil Ü'ye ödemesi konusunda bir hüküm koydurtabilir. Bu halde B,

86 Aynı zamanda yönetim kurulu üyesi olan paysahibinin sözleşmeye taraf olması veya yönetim kurulu üyesinin görevini ifa sırasında sözleşmeyi veya bir üçüncü kişinin talimatlarını dikkate alma taahhüdünde bulunması halinde yönetim kurulu üyesinin sözleşmesi! taahhütleri ile kanundan doğan sorumluluğunun çelişmesi sorunu için bkz. §5111A 3c (1).

87 Hüffer, §54, N. 7.

88 Oğuzman/Öz, s. 788, Tekinay Borçlar, s.□□o.

A ile arasındaki sözleşmeden olan borcunu A'ya değil. Ü'ye ifa edecektir.

Böyle bir sözleşme, ifade bulunacak olan borçlu ile ifayı kabul etme hakkına sahip olan üçüncü kişi arasında bir edim ilişkisi kurar⁸⁹. Ancak üçüncü kişi, edimi bizzat talep etme hakkına sahip olsa bile, ne sözleşmenin tarafı haline gelir, ne de sözleşme alacaklısının temsilcisi durumundadır⁹⁰. İşte bu nedenle üçüncü kişi lehine sözleşmenin, sözleşmelerin nisbiliği ilkesine istisna oluşturduğu söylenir.

Üçüncü kişinin edimi talep hakkına sahip olduğu sözleşmeler, tam üçüncü kişi lehine sözleşme, üçüncü kişiye talep hakkı tanımayan sözleşmeler ise eksik veya basit üçüncü kişi lehine sözleşme olarak adlandırılır⁹¹. Eksik üçüncü kişi lehine sözleşmede, sözleşme ediminin yerine getirilmesini yalnızca sözleşmenin tarafı olan alacaklı talep edebilir⁹². Üçüncü kişi sadece ifayı kabule yetkilidir⁹³. Tam üçüncü kişi lehine sözleşmede ise, hem alacaklı hem de edimin lehine ifası kararlaştırılan üçüncü kişi ifa talebinde bulunabilir⁹⁴. Böylece lehdar üçüncü kişi, taraf olmadığı sözleşmeden doğan bir alacak hakkı kazanır⁹⁵. Bu hakkın kazanılması için üçüncü kişinin ne rızası ne de bilgisi gerekmez⁹⁶.

89 Oğuzman/Öz, s. 790.

90 Staud.inger - Jagmann, Vorbem zu §328 ff, N. 3; Oğuzman/Öz, s. 791.

91 Akyol, Ş., Tam üçüncü şahıs yararına sözleşme, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1976, s. 16; Oğuzman/Öz, s. 790; Tekinay Borçlar, s. 219.

92 Gonzenbach, BaslerKomm, Art. 112, N.13; Oğuzman/Öz, s. 800; Tekinay Borçlar, s. 220.

93 Gonzenbach, BaslerKomm, Art. 112, N. 13; MünchKomm BGB, Gottwald, §328, N. 6.

94 Staudinger - Jagmann, Vorbem zu §328 ff, N. 31; Akyol, Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, s. 110; Oğuzman/Öz, s. 801; farklı görüş: Soergel - Hadding, §335, N. 11, MünchKomm BGB, Gottwald, §335, N. 1.

95 MünchKomm BGB, Gottwald, §328, N. 20; Staudinger - Jagmann, Vorbem zu §328 ff, N. 3; Gonzenbach, BaslerKomm, Art. 112, N. 15; Akyol, Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, s. 111; Oğuzman/Öz, s. 801.

96 Gonzenbach, BaslerKomm, Art. 112, N. 15; Akyol, Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, s. 100; Oğuzman/Öz, s. 801.

Üçüncü kişinin talep hakkına sahip olmaması asıldır⁹⁷. Bu durumun al.-si ya sözleşmede açıkça kararlaştırılabilir, ya da sözleşmenin yorumu yoluyla böyle bir hakkın zımnen kararlaştırıldığı sonucuna varılabilir⁹⁸. Sözleşmenin yorumunda aranacak olan, tarafların ortak niyetidir (BK 111 II). Sözleşmenin hangi hallerde tam üçüncü kişi lehine sözleşme olarak yorumlanabileceği konusunda kesin bir ilke benimsemek müiml.-ün gözükmemektedir. Yorum genel yorum kurallarına göre ve dürüstlük kuralı çerçevesinde⁹⁹ yapılacaktır. Alman Medeni Kanununda, yorumun sözleşmenin amacına ve hal ve şartlara göre yapılacağı konusunda hüküm sevk edilmiştir (BGB §308 II). İsviçre ve Türk Borçlar Kanunlarında bu yönde bir hüküm bulunmasa dahi, yorumda bu unsurların dikkate alınması gerektiği doktrinde kabul edilmektedir¹⁰⁰. Ayrıca taraflar arasındaki menfaat dengesi, tarafların sözleşmenin akdinden sonraki ve özellikle ilgili üçüncü kişiye karşı davranışları (örneğin üçüncü kişinin sözleşme ile ilgili olarak ileri sürdüğü bir talebe itiraz edilmemiş olması gibi) da, üçüncü kişiye talep hakkı tanınıp tanınmadığı hususunun belirlenmesinde dikkate alınır¹⁰¹.

Sözleşmenin yorumundan tarafların ortak niyetinin bu olduğu anlaşılamiyorsa, örf ve adete bakılır (BK 111 II). Bazı hallerde teamül gereği üçüncü kişiye doğrudan borçluya başvurma hakkı tanınabilir.

Üçüncü kişi lehine sözleşme, kendi başına bir sözleşme türü değildir¹⁰². Herhangi bir sözleşme üçüncü kişi lehine düzen-

97 Oğuzman/Öz, s. 791.

98 Akyol, a.g.e. s. 24. Oğuzman/Öz, s. 792.

99 YHGK. 7.11.1962, E. T-35, K. 41, İlmî ve Kazai İçtihatlar Dergisi, 1963, s. 2081-2082.

100 Akyol, a.g.e. s. 30; Gonzenhach, BaslerKomm, §112, N. 9,10.

101 Gonzenhach, BaslerKomm, §112, N.9; MünchKomm BGB, Gottwald, §328, N.27.

102 MünchKomm BGB, Gottwald, §328, N. 16; Soergel - Hadding, §328, N. 32; Oğuzman/Öz, s. 796.

lenebilir. Örneğin satım sözleşmesinde bedelin veya mal tesliminin üçüncü kişiye yapılması, hizmet sözleşmesinde işveren dışında bir kişinin hizmetinin görülmesi kararlaştırılabilir¹⁰³. Üçüncü kişi lehine sözleşme, yapma veya yapmama (üçüncü kişiyle rekabet etmeme yükümü gibi) borçları içerebileceği gibi, başkası lehine sözleşme yapma taahhüdünü de içerebilir¹⁰⁴. Örneğin, bir taraf üçüncü kişi ile kefalet sözleşmesi akdetme taahhüdü¹⁰⁵ altına girebilir¹⁰⁶.

2. Paysahipleri sözleşmesi bakımından

Paysahipleri sözleşmeleri de, ortaklık lehine sonuç doğuracak hükümler içerebilirler. Örneğin, taraflar ortaklıkla rekabet etmeme, TK 3□4'e giren hallerde bilanço açığını ek ödemeler yoluyla kapatma¹⁰⁷, ortaklığın belli bir yatırıma girişebilmesi

103 Oğuzman/Öz, s. 796.

104 MünchKomm BGB, Gottwald, §328, N. 17; Soergel - Hadding, §328, N. 32; Oğuzman/Öz, s. 797. Alman Federal Mahkemesi bir kararında, sermaye artırımında yeni pay alma taahhüdünde bulunan emisyon bankasının, sermaye artırımını elde edeceği paylan AktG § 186 V uyarınca eski paysahiplerine rüçhan hakları oranında teklif etme konusunda ortaklığa karşı giriştiği taahhüdü, eski paysahiplerine doğrudan talep hakkı veren üçüncü kişi lehine sözleşme kabul etmiştir. Böylece paysahipleri rüçhan hakları oranında paysatın almak için doğrudan doğruya emisyon bankasına başvurabilirler ve bankanın kendileriyle satım sözleşmesi akdetmesini talep edebilirler (BGH NJW 1992, s. 2222, 2225).

105 Bir kimsenin borcuna kefil olma, yani bu kimsenin borçlu olduğu kişi ile kefalet sözleşmesi akdetme taahhüdü, ancak kefalet sözleşmesinin tabi olduğu yazılı olarak yapılma ve kefilin tabi olacağı en yüksek bedelin sözleşmede yeralması konusundaki şekil şartlarını yerine getirdiği halde geçerlidir (BK 22 il. BK 484, Pestalozzi, BaslerKomm, Art. 493 N.21).

106 Soergel - Hadding, §328, N. 32.

107 Alman Federal Mahkemesi bir kararında limited ortaklık ortaklarının kendi aralarında yaptıkları bilanço açıklarının kapatılmasına dair sözleşmenin ortaklık lehine yapılmış bir sözleşme olarak yorumlanabileceğini söylemiştir (8.2.1993 tarihli karar, NJW-RR 1993, s. 607). Daha eski bir kararda Alman İmparatorluk Mahkemesi, limited ortaklık ortaklarının, ortaklığa yeni giren bir ortağın ortaklık borçlarından muaf tutulması ve ortaklığın bilanço zararlarının eski ortaklar tarafından şahsen kapatılması konusunda vardıkları bir kararı, ortaklar arasında ortaklık lehine yapılmış bir sözleşme saymış ve bu sözleşmeden ortaklık lehine bir şahsi alacak hakkı doğduğuna karar vermiştir (RGZ 83, 216, 220). Anılan kararlar hakkında ayrıca bkz. Staudinger - Jagmann, §328, N. 127.

için ortaklığa kredi verine veya ortaklığın belli bir borcuna kefil olma gibi konularda taahhüt altına girebilirler. Bu hallerden birincisinde taraflar bir yapmama borcu, ikincisinde belli bir yönde oy l."Ullanma veya yalnızca ödeme¹⁰⁸, üçüncüsünde ortaklıkla bir sözleşme akdetme, sonuncusunda da ortaklık dışında bir üçüncü kişi ile bir sözleşme akdetme taahhüdü altına girmektedirler. Tüm bu taahhütler ortaklıklarına yapılmaktadır.

Acaba bu tür pay sahipleri sözleşmelerinde ortaklığa doğrudan doğruya talep hakkı tanınabilir mi? Bu soru, borçlar hukuku veya üçüncü kişi lehine sözleşme teorileri açısından değil, ticaret hukuku açısından sorulmaktadır. Sorun, pay sahibinin ortaklığa karşı bu tür borçlar altına girip giremeyeceği noktasında toplanır. Zira ortaklığın yararına girilen taahhütlerden ötürü ortaklığa talep hakkının tanınması, ortaklığın pay sahibinden örneğin ek ödeme yükümlerinde bulunmasını talep edebilmesi anlamına gelir. İlk bakışta bu durum tek borç ilkesine aykırı gözükmemektedir. Zira ortaklığa böyle bir talep hakkının tanınması, pay sahibinin başlangıçta taahhüt ettiği sermayeden fazlasını ifaya zorlanamayacağını söyleyen TK 405 I hükmünün dolandırıldığı izlenimini uyandırmaktadır.

Ancak, ortaklığa tanınan böyle bir talep hakkı, ortaklıklar hukukuna değil, sözleşmeye dayanan bir haktır. Bu talep hakkının, pay sahibi ile ortaklık arasında yapılacak herhangi bir borçlar hukuku sözleşmesinden doğan talep hakkından farkı yoktur. Pay sahibi, sözleşmede taahhüt ettiği ek ödeme yükümünü yerine getirmediği için ortaklıktan ıskat edilemez.

108 TK 34 ve TK 388 I uyarınca bilanço açığının ek ödemeler yoluyla kapatılması için genel kurulun oybirliği ile karar alması gerekir. Ancak usulen böyle bir karar almadan da, pay sahipleri aralarındaki anlaşmaya binaen ortaklığa ödeme yapmakta serbesttirler. Zaten genel kurul kararı için oybirliği aranmasının sebebi de her pay sahibinin serbest iradesi ile bu borç altına girmesini sağlamaktır. Dolayısıyla bilanço açığının ek ödemelerle kapatılması yolunda bir anlaşma, doğrudan ortaklık lehine ödeme talebi doğurabilir.

Ayrıca paysahibinin sözleşmeye aykırılık halinde tazminat ödeme yükümü altında olduğu, bunun da paysahibini zorlayıcı ve taahhüdü tek borç ilkesine aykırı hale getirici bir durum olduğu da söylenemez, zira paysahiplerinin kendi aralarında yaptıkları sözleşmeye aykırılık da tazminat borcu doğurmasına rağmen bu tür sözleşmeler tek borç ilkesine aykırı kabul edilmemektedir. Sermaye borcunu aşan yükümler nasıl diğer paysahiplerine karşı taahhüt edilebiliyor ve bu durum tek borç ilkesine aykırı düşmüyorsa, bu taahhüdün ortaklığa karşı yapılmasında da sonuç aynı olacaktır. Paysahibinin serbest iradesi ile miktarı belirli sözleşme! borçlar altına girmesi tek borç ilkesine uygundur.

Dolayısıyla paysahiplerinin kendi aralarında ve ortaklık lehine yaptıkları sözleşmede ortaklığa doğrudan talep ve dava yetkisi tanımları geçerli kabul edilmelidir^{108a}. Ortaklığa doğrudan doğruya ifayı talep ve dava hakları tanınıp tanınmadığı açıkça kararlaştırılmamışsa, yukarıda açıklandığı şekilde sözleşmenin yorumu yoluna gitmek gerekecektir (BK 111 11).

D. Ortaklığın sözleşmeye taraf olması

Paysahipleri sözleşmelerine ortaklık da taraf olabilir¹⁰⁹. Ortaklığın taraf olması, paysahibinin ortaklığa karşı bir borç üstlenmesi amacını taşıyabilir (ortaklığa kredi sağlama, ortaklık lehine bir borca kefil olma vs gibi). Bu tür sözleşme hükümleri paysahibinin bir üçüncü kişi gibi ortaklık ile yapabileceği diğer herhangi bir sözleşmeden (satış, kira vs. gibi) farklı değildir¹¹⁰. Böyle bir sözleşme hiç bir zaman ortaklıksa!

^{108a} Hüffer, §54 N. 7.

¹⁰⁹ Hefermehl/Bungeroth (GeE.ler AktG) §54 N.26; Lutter, KölnKomm §54, N. 21; Stimmann, Die Vertragspartien des Aktionärsbindungsvertrages, ZBJV 2000, s.585.

¹¹⁰ Lutter, KölnKomm §54, N. 21.

bir borç doğuramaz ve ortaklıksa! yaptırımlara tabi değildir¹¹¹.
Bu nedenle tek borç ilkesine aykırılık da söz konusu olmaz.

Ortaklığın sözleşmeye taraf olması, pay sahiplerinin kendi aralarındaki bir anlaşmanın ortaklık tarafından tanınması ve bu anlaşmanın uygulanmasına ortaklığın da katılması amacına da yönelebilir. Özellikle tüm pay sahiplerinin taraf olduğu sözleşmelerde yer alan ortaklığın iç ve dış işleyişi ile ilgili hükümlerin yerine getirilmesi ortaklık organlarının yetki alanına girdiğinden (muhasabe sisteminin belirlenmesi, karın tespiti ve dağıtılması, faaliyet alanlarının belirlenmesi ile ilgili hükümler gibi), bunların yerine getirilmesini sağlamak amacıyla ortaklık da sözleşmeye taraf kılınmaktadır. Ayrıca, pay sahiplerinin kendi aralarındaki bazı anlaşmaların ihlali halinde yaptırım uygulayabilmekiçin de ortaklığın araya girmesi istenmektedir. Örneğin pay devir kısıtlamalarına aykırılık halinde devrin pay defterine kaydedilmesinin önlenmesini sağlamak için ortaklığın sözleşmeye taraf kılınması veya bir oy sözleşmesine aykırılık halinde verilen oyların sözleşmede kararlaştırıldığı şekilde verilmiş sayılmasının sağlanması gibi.

Ortaklığın iç işleyişini ilgilendiren konularda ortaklığın bu tür taahhütlere girebilip giremeyeceği tartışmalıdır. Özellikle İsviçre hukukunda, ortaklığın oy sözleşmesine taraf olamaya -cağı, böyle bir sözleşmenin hükümsüz olacağı fikri hakimdir¹¹¹. Bu görüş bir yandan ortaklığın, kendi pay sahiplerinin haklarını sınırlandıran bir sözleşmeye taraf olma yetkisine sahip _olmadığı düşüncesine dayandırılmaktadır¹¹³. Diğer yandan ortaklığın kendi karar alma mekanizması ile ilgili bir sözleşmeye katılması, bir çelişki olarak da görülmektedir¹¹⁴.

111 HefermehJ/Bungeroth (Gel&ler A.ktG) §54 N.□6; Lutter, KölnKomm §54, N.□1.

11□ Patry, 80a; Böckli, N. 144□. Böckli, ZBJV1993. s. 480; Glattfelder. s.□66a; Meyer, ZBJV□ooo, s. 4□1vd; Stirnemann, ZBJVZBJV□ooo s.585; Stuhler, s. 107. Bu fikre Türk hukukunda iştirak eden: Tekil, s. 3o□.

113 Patry, 80a-81a.

114 Stuhler, s. 105-106.

Ortaklığın karar alma organında oluşacak karar konusunda, ortaklık herhangi bir görüş beyan edemez, zira henüz o organda karar alınmamıştır! ¹¹⁵ Örneğin karın tespiti konusunda alınacak genel kurul kararı ile ilgili olarak önceden ortaklığı bağlayıcı bir sözleşme imzalanması mümkün değildir, zira bu konuda karar vermesi gereken bizzat genel kuruldur ve henüz genel kurulda karar verilmemiştir. Eğer ortaklık adına bu konuda bir taahhütte bulunulursa, bu, ortaklığı temsil eden yönetim organının bu konuda karar vermiş olması anlamına gelir¹¹⁶. Oysa yönetim organının genel kuruldaki karar alma prosedüründe belirleyici rol oynaması, TK 309/son kuralı nedeniyle kabul edilemez¹¹⁷. Paysahiplerinin yönetim kurulunun veya ortaklığın talimatına göre oy vermeleri taahhüdünü içeren oy sözleşmeleri Alman hukukunda açık hükümlerle (AktG §136 11), İsviçre ve Türk hukuklarında da doktrin tarafından batıl kabul edilmektedir¹¹⁸.

Sonuç olarak anonim ortaklığın genel kuruldaki karar alma usulünü ilgilendiren konularda, ne usulün kendisi ile ilgili olarak, ne de alınacak kararlarla ilgili olarak bir paysahipleri sözleşmesine taraf olması mümkün değildir. Ortaklığın paysahipleri sözleşmesine taraf olması, genel kurulda alınacak kararları ilgilendiren hükümler bakımından, hukuki etki doğurmaz.

Bununla birlikte, yönetim kurulunun yetki alanına giren konularda ortaklığın paysahipleri sözleşmesine taraf olması mümkündür. Örneğin, yönetim kurulu, esas sözleşmede yazılı konulardan yalnızca bazılarında faaliyete girileceğini veya ortaklığın paysahiplerinden biri ile rekabet edici işlemlerde bulunmayacağını (rekabet hukuku engelleri saklı kalmak

¹¹⁵ Stuber, s. 106.

¹¹⁶ Böckli, N. 1443; Glattfelder, s. 266a; Stuber, s. 106.

¹¹⁷ Böckli, N.1443; Glattfelder, s. 266a; Stuber, s. 106.

¹¹⁸ Bkz. § 5 III B 2 e.

kaydıyla) ortaklık adına geçerli olarak taahhüt edebilir. Bu hallerde. ortaklık pay sahiplerinin karşısına bir üçüncü kişi gibi çıkmak.'iadır ve yönetim kurulunun ortaklığı temsilen bu tür sözleşmeleri kabul etme yetkisi vardır. Bu tür sözleşmeler ortaklığı ancak bir borç ilişkisine sokar.

Ayrıca ortaklık, sözleşmedeki taahhütleri yerine getirirken TK ile de bağlıdır. Örneğin sözleşmedeki devir usullerine aykırı devirlerin deftere kaydedilmeyeceği yolunda bir hükme imza atan ortaklık, bu taahhüdü ancak esas sözleşmede bağlam hükmü bulunduğu takdirde yerine getirebilir.

E. Paysahipleri sözleşmesinden doğan borçların aynen ifası

Paysahipleri sözleşmelerinden doğan, özellikle oy kullanma şeklinde beliren borçların aynen ifasının sağlanabileceği kabul edilirse, aynen ifa da, tıpkı sözleşmenin serbest irade ile ifa edilmesi gibi, genel kurulda ki iradeyi etkiler. Aynen ifa sorunu için bkz. § 7.

III. PAYSAHIPLERİ SÖZLEŞMESİ İLE ESAS SÖZLEŞME VE GENEL KURUL KARARLARI ARASINDAKİ ETKİLEŞİM

A.Esas sözleşmede paysahipleri sözleşmesine atıf yapıp yapılamayacağı sorunu

Paysahipleri sözleşmesinden doğan borçların esas sözleşmeye yansıtılarak ortaklık planına taşınmasında kullanılan yöntem -lerden biri, esas sözleşmede paysahipleri sözleşmesine atıfta bulunulmasıdır. Paysahipleri sözleşmesinin kamuya açık bir sözleşme olmaması nedeniyle, tüm paysahiplerini bağlayan esas sözleşmede, tüm paysahiplerinin ulaşma imkanı olmayan bir sözleşmenin içeriğine atıfta bulunulması normal olmayan bir durumdur. Esas sözleşmede paysahipleri sözleşmesine yapılacak atıf, kamuya açıklık bakımından ve tüm paysahiplerinin aynı zamanda sözleşmeye taraf olup olmadığı noktasından

sorun yaratabileceği gibi, esas sözleşmeye konulmasına izin verilmeyen unsurların dolaylı olarak sözleşmeye dahil edilmesi sonucunu yaratma tehlikesi açısından da problemler doğurabilir.

Öncelikle, kanunen esas sözleşmeye konulmasına izin verilmeyen hususlarda paysahipleri sözleşmesine yapılacak bir atıf, atıf yapılan düzenlemenin esas sözleşme içeriği haline gelmesini ve tüm paysahipleri için bağlayıcı olmasını sağlamaz. Örneğin, kanunen kısıtlanamayacak azlık haklarının ancak paysahipleri sözleşmesinde düzenlendiği şekilde ortaklığa karşı dermeyeran edileceğine dair bir hüküm esas sözleşmede yer alamaz, alsa da bir hüküm ifade etmez.

İkinci olarak, kanunun esas sözleşme ile düzenlenmesini ve esas sözleşmenin tescili ve ilanı yoluyla kamuya açıklanmasını öngördüğü hususlar bakımından da paysahipleri sözleşmesine atıf yapılamaz. Bununla birlikte, uygulamada esas sözleşmenin tamamı tescil edilmekle beraber, kanunun esas sözleşmenin tamamının değil, üçüncü kişileri ilgilendiren bazı hususların tescilini öngördüğüne de işaret etmek gerekir (TK 300). Bu bakımdan, üçüncü kişileri değil ortaklığın iç işlerini ve paysahipleri ile ortaklık arasındaki ilişkileri ilgilendiren hususlarda, paysahipleri sözleşmesine atıf yapılması düşünülebilir. Ancak bunun için iki şartın birden gerçekleşmesi gereklidir. Birincisi, tüm paysahiplerinin sözleşmeye taraf olması ve ortaklıktan pay alacak kişilerin de sözleşmeye taraf olmasının sağlanması gerekir. Aksi takdirde kendisine atıf yapılan düzenleme, ancak bu düzenlemenin içerik olarak esas sözleşmede yer almasına kanunun izin verdiği ölçüde paysahiplerini bağlayabilir. İkinci şart da kendisine atıf yapılan düzenlemenin mevcut ve gelecek paysahiplerinin bilgisine sunulmasıdır.

Esas sözleşmede paysahipleri sözleşmesine atıfta bulunulmasına izin verilen hükümlerden biri, bağlam hükümleridir¹¹⁹.

119 Bkz. §5 III B 3 f (6).

Özellikle paysahipleri sözleşmesi ile kurulan düzenin devam etmesi, pay devralan kişilerin bu sözleşmeye katılımının sağlanmasına bağlıdır. Yukarıda da açıklandığı gibi payın devri ile sözleşmeden doğan borçların devri birbirinden bağımsız olduğu için, sözleşmeden doğan borçların üstlenilmesinin sağlanmasında kullanılabilir zorlayıcı yöntemlerden biri, payı devralan kişinin paysahipleri sözleşmesinden doğan borçları da devralmadığı sürece payın devrinin pay defterine kaydedilmeyeceği şeklinde bir bağlam öngörülmesidir. Şirketin pay devrini deftere kaydetmede konusundaki serbest takdir hakkına bağlı olarak bu tür bağlam hükümleri hem İsviçre hem Alman hukuklarında geçerli kabul edilmektedir¹⁰.

Aynı örneğin uzantısı olarak, payın devrinin bir takım sözleşme koşullara (alım, önalım vs. hakları gibi) bağlanması halinde de, paysahipleri sözleşmesinde yer alan bu koşullara uyulmadan yapılan devirlerin deftere kaydedilmeyeceği şeklindeki bir bağlam geçerli kabul edilmelidir¹¹.

İlgili bölümde de açıklandığı gibi, bu tür bağlamlar, kendisine atıf yapılan paysahipleri sözleşmesi hükmünü korporatif hale getirmez, buna uymayan devirlerin geçersiz olduğu veya pay devralan üçüncü kişinin kendiliğinden sözleşmeden doğan borcu devralmış sayılacağı sonucunu doğurmaz, yalnızca şirkete bu hükümlere uymadan yapılan pay devirlerini deftere kaydetmeme hakkını verir.

B.Paysahipleri sözleşmesi ile esas sözleşme arasında çelişki olması sonunu

Paysahipleri sözleşmesi ile esas sözleşme, aynı ortaklığı konu aldıklarından, düzenleme alanları çakışabilir ve bu iki sözleşmenin aynı konuyu farklı şekilde düzenlemeleri söz

¹⁰ Bkz. §5 dñn 428 ve 429 ve ilgili metin.

¹¹ Bkz. §5 dñn 4;18 ve 429 ve ilgili metin.

konusu olabilir. Aynı konunun paysahipleri sözleşmesi ile esas sözleşme arasında farklı şekilde düzenlenmiş olması ne anlama gelir? Acaba sonra akdedilmiş olan sözleşmenin öncekini değiştirdiği söylenebilir mi? Yoksa esas sözleşmenin kanunen ortaklık bakımından asıl olan sözleşme olduğu düşünülerek paysahipleri sözleşmesi esas sözleşmeye aykırı görülmeli ve bu nedenle geçersiz mi kabul edilmelidir? Ya da her iki sözleşmenin de kendi sahaları içinde geçerli olduğu ve bunlardan doğan borçların mümkün olduğunca birlikte ayakta tutulması gerektiği, bunun mümkün olmadığı yerde ise kaçınılmaz olarak sözleşmelerden ancak birinin ifa edilebileceği, diğeri bakımından da borca aykırılık sonucunun doğacağı mı savunulmalıdır?

Bu sorulara yeknesak bir cevap vermek mümkün değildir. İki sözleşme arasında farklı düzenlemeye tabi olan konuya ve aradaki farklılığın türüne göre değişik sonuçlara varılabilir.

1. Esas sözleşme hükümlerini dolanan sözleşmeler

Paysahipleri sözleşmesindeki hüküm, esas sözleşmenin yasakladığı bir sonucu ortadan kaldırmaya çalışıyor, adeta kanunu dolanır gibi esas sözleşme hükmünü dolanıyorsa, bu hüküm geçersiz kabul edilir. Örneğin bir bağlam hükmü nedeniyle payı devralmasına onay verilmeyen üçüncü kişi ile payı devretmek isteyen paysahibi arasında akdedilmiş olan, oyun anılan üçüncü kişinin arzusuna göre kullanılacağına dair sözleşme geçersizdir (Bkz. §5 II B □f).

□- *Esas sözleşmede düzenlenmiş bir hususu içerik olarak farklı düzenleyen sözleşmeler*

Aynı konuda içerik olarak birbirinden farklı düzenlemeler bulunması da mümkündür. Örneğin esas sözleşmede yer alan kar paylarının dağıtılma oranları, paysahipleri sözleşmesinde farklı düzenlenmiş olabilir. Paysahipleri sözleşmesinde yer alan farklı düzenleme geçici bir süre için öngörülmüş olabileceği gibi, kalıcı olarak da düşünülmüş olabilir.

Esas sözleşmede düzenlenmiş bir hususu pay sahipleri sözleşmesinde farklı düzenleyen hükmün, esas sözleşmeyi değiştirmiş olduğu, gerçekten böyle bir değişiklik amaçlanmış olsa bile, kabul edilemez¹²². Zira esas sözleşme değişikliği kanunla özel bir usule bağlanmıştır (TK 385vd). Bu usul yerine getirilmeden, esas sözleşme zımnen değiştirilmiş sayılamaz. Pay sahipleri sözleşmesine taraf olan pay sahibi sayısının ve bunların temsil ettiği sermayenin, esas sözleşmenin değiştirilmesi için yeterli nisabı aşılıyor olması da bu sonucu değiştirmez, zira kanunun öngördüğü usul emredicidir.

Diğer yönden bakıldığında, özellikle anonim şirketin pay sahipleri sözleşmesinin aktinden sonra kurulmuş olduğu ve tüm pay sahiplerinin sözleşmeye taraf olduğu çift ortaklık hallerinde, esas sözleşmedeki değişik hükmün, pay sahipleri sözleşmesini değiştirmiş olduğu sonucuna da derhal varılamaz¹²³. Bu gibi durumlarda kural olarak anonim şirket, pay sahipleri sözleşmesinin amaçlarını yerine getirmek için kurulmuş olan bir araçtır¹²⁴. Pay sahipleri sözleşmesinin hükümleri, bu sözleşmenin oluşturduğu adi ortaklığın ortakları bakımından esastır^{124a}. Pay sahipleri sözleşmesinin esas sözleşmeden daha kapsamlı düzenlemeler içermesi olağandır. Bu hükümler anonim ortaklığın yaşamı boyunca geçerli olacak ilkeleri tespit ederler ve bunların esas sözleşme ile değiştirildikleri söylenemez¹²⁵. Ayrıca pay sahipleri, gizlilik, esneklik, kanuni bazı koşulların yerine getirilmesi vs. gibi sebeplerden ötürü bir hususu esas sözleşmede farklı, pay sahipleri sözleşmesinde farklı düzenlemek yoluna gitmiş olabilirler. İki sözleşme aynı anda ve yan yana var olabildiği için bu

122 BHGZ 123. 15, 20.

123 Teoman, Yaşayan Ticaret Hukuku C.I/9, s. 78vd.

124 Teoman, a.e.; Westermann, Verhältnis, s. 42. Ayrıca bkz. §2.

124a Druey, s. 24.

125 Teoman, a.e.

mümlüdür. Sonradan akdedilen esas sözleşmenin önceki pay sahipleri sözleşmesini değiştirebilmesi için sözleşme tarafı 1..UIUcuların bu iradeyle hareket etmiş olduklarının ispatı gerekir.

Öte yandan, yukarıdaki esas sözleşme! normu dolanma istisnası bir yana bırakılırsa, bir sözleşme hükmünün esas sözleşmedekinden farklı bir içeriğe sahip olması bunu geçersiz hale de getirmez, zira anılan sözleşmeler farklı hukuki niteliklere ve işlemlere sahiptir¹²⁶.

Ortaya çıkan sonuç, her iki sözleşmenin, ait oldukları hukuki alanlar içerisinde geçerli olmasıdır. Pay sahiplerinin hak ve borçları her iki sözleşme tarafından bağlayıcı ve geçerli olarak düzenlenmektedir. Şu halde pay sahibi, sözleşmelerden ne biri ne öteki tahtında borca aykırı davranmamak için, her iki sözleşmeden doğan hukuki durum uyumlaştırılabilirdiği, telif edilebildiği ölçüde, bunlara uygun davranmalıdır. Örneğin şirketin faaliyet konusu esas sözleşmede geniş tutulduğu halde pay sahipleri sözleşmesinde şirketin yalnız belli sahalarda faaliyet göstereceği yazılı ise, her ne kadar ortaklık yasal olarak esas sözleşmede yazılı konularda faaliyet göstermekte hukuken serbest ise de, pay sahipleri, faaliyet konusunun uygulamaya sokulmasında pay sahipleri sözleşmesinin dışına çıkılmaması için ellerinden geleni yapmak zorunda olacaklardır. Pay sahipleri sözleşmesinde kararlaştırılan faaliyet alanının dışına çıkılması halinde, ortaklıklar hukukuna aykırılık doğmamasına rağmen, pay sahipleri sözleşmesinden doğan ortaklığın, taraflara yüklediği yükümlülüklerin devam etmesi nedeniyle, sözleşmeye aykırılık doğacaktır.

Bu durum, iki sözleşme arasında çelişki olduğu hallerde pay sahipleri sözleşmesi hükümlerinin öncelikle uygulanacağını öngören sözleşme hükümlerinin kabulü halinde de kural olarak değişmez. Esas sözleşme ortaklığın anayasası niteliğinde olduğundan, ortaklığın organlarını veya ortaklıkla üçüncü

126 Jousen, s. 99-100.

kişiler veya ortaklıkla paysahipleri arasındaki ilişkileri ilgilendiren konular bakımından esas sözleşme öncelikle uygulanacaktır. Paysahipleri sözleşmesi ancak paysahiplerinin kendi aralarındaki ilişkiler bakımından öncelik taşıyabilir. Bununla birlikte, paysahipleri sözleşmesinin, esas sözleşmenin yorumunda dikkate alınması mümkündür (bkz. §6 III D). Ayrıca esas sözleşmenin paysahipleri sözleşmesi ile çelişen hükmünün niteliği de göz önünde bulundurulmalıdır. Esas sözleşmenin ilgili hükmü gerçek anlamda bir esas sözleşme hükmü niteliğinde değil, bir borç sözleşmesi hükmü niteliğinde ise (bkz. §4 V B III), birbiriyle çelişen ilci borç sözleşmesi bulunacaktır. Her iki sözleşmenin taraflarının aynı olması (diğer bir deyişle anonim ortaklığın tüm paysahiplerinin aynı zamanda paysahipleri sözleşmesine taraf olması) halinde iki sözleşme arasındaki çelişki, tarafların gerçek iradelerinin ortaya çıkarılması yoluyla giderilebilecektir.

3. Kanunen esas sözleşmede düzenlenmesi gereken bir hususun paysahipleri sözleşmesinde düzenlenmesi

Kanunun yedek hükümlerle düzenlediği bazı hususların aksinin öngörülebilmesi veya o hususlarda farklı bir düzenleme getirilebilmesi için esas sözleşmeye hüküm konulması kanunen şart kılınmış olabilir. Örneğin imtiyaz hakları ancak esas sözleşmeye hüküm konulması yoluyla öngörülebilirler (TK 401). Kuruculara, yönetim kurulu üyelerine ve diğer kimselere şirket kazancından sağlanacak özel menfaatlerin de esas sözleşmede öngörülmesi gerekir (TK -:1.79 II 5, 300 II 6).

Bu gibi geçerliliği şeklen esas sözleşmede öngörülmesine bağlanmış düzenlemelerin esas sözleşmede değil de paysahipleri sözleşmesinde düzenlenmesi halinde durum ne olacaktır? Acaba şekil eksikliği nedeniyle düzenlemenin geçersiz olduğu mu söylenmelidir, yoksa yine her ilci sözleşmenin bir arada var olduğu ve paysahiplerinin sözleşmesel bir borç yüklenmiş olduğu mu kabul edilmelidir?

Her şeyden önce, ortaklık bakımından asıl olan esas sözleşmedeki düzenlemedir. Paysahipleri sözleşmesine taraf olmayan paysahipleri bakımından da durum aynıdır. Paysahipleri sözleşmesine taraf olan paysahipleri ise ancak sözleşmesel bir borç altına girmiş durumdadırlar. İşte paysahipleri sözleşmesinin ancak akdi bir borç yaratmasındandır ki, bu sözleşmede yer alan düzenlemenin şekil eksikliği nedeniyle geçersiz olduğu söylenemez. Eğer bu düzenleme ortaklık, organlar ve tüm paysahipleri bakımından geçerli olması arzu edilen korporatif bir düzenleme olarak öngörülmek istense idi, o takdirde şekil eksikliğine dayalı hükümsüzlükten bahsedilebilirdi. Ancak böyle bir şey amaçlanmamış ise, taraflar arasında akdi bir borç yaratılmış demektir ve paysahipleri, kanunun izin verdiği ölçüde bu borcu yerine getirmek zorunda olurlar. Örneğin, kuruculara ve yönetim kurulu üyelerine ortaklık kazancından özel menfaat sağlanması için bunun esas sözleşmede düzenlenmesi gerektiği halde böyle bir esas sözleşme hükmü olmaksızın paysahipleri sözleşmesine hüküm konulmuşsa, paysahipleri taahhüt edilen özel menfaatin kuruculara temini için, gerekiyorsa kendi kar paylarından feragat etmek zorunda kalacaklardır. Aynı şekilde, esas sözleşmede imtiyazlı pay senetleri yaratılmaksızın paysahipleri sözleşmesinde karda imtiyaz tanınmış ise, bu da sözleşme tarafı paysahiplerinin kendi kar paylarından, paysahipleri sözleşmesinde karda imtiyaz tanınanlara imtiyaz ölçüsünde kar aktarımı yapılmasını kabul etmeleri anlamına gelir.

Ortaklığın bu tür paysahipleri sözleşmesine taraf olması hali ise daha karmaşık bir durum yaratır : Ortaklık bakımından geçerli bir borç yaratılması için esas sözleşmeye hüküm konulması gerektiğinden, bu anlamda şekil eksikliğinden ve ortaklık bakımından geçerli bir borç doğmamasından bahsedilebilir. Diğer bir deyişle, paysahipleri sözleşmesi ile yaratılan menfaat veya kar imtiyazı, ortaklığın borcu olamaz. Ancak, ortaklığın sözleşmeye taraf olması, ortaklığın, paysahipleri arasındaki

anlaşmanın uygulanmasını sağlayacak bir aracı olarak ortaya çıkması anlamına gelebilir. Örneğin, eğer pay sahipleri, pay sahipleri sözleşmesinde kendi kar paylarından başkaları lehine feragat etmişlerse, kar paylarını ödeyecek olan ortaklığın sözleşmeye taraf olmasının, alacağın temlikinde, temlik alana ödemeyi yapacak olan borçlunun alacağın temlikinden haberdar olması anlamına geldiği söylenebilir.

C. Paysahipleri sözleşmesi ile genel kurul kararları arasında çelişki olması sonunu

Paysahipleri sözleşmesinin düzenlediği bir konuda sonradan bir genel kurul kararı alınması ve genel kurul kararının aynı konuda farklı bir düzenleme getirmesi mümkündür. Genel kurul kararlarının, bir başka kararla değiştirilinceye kadar ortaklığı, organları ve karara katılan-katılmayan tüm pay sahiplerini bağlayıcı etkisi nedeniyle, ortaklığın iç ilişkileri bakımından bu kararlar esastır. Sorun, pay sahipleri sözleşmesine tüm pay sahiplerinin taraf olduğu hallerde ortaya çıkar.

Bu durumda iki farklı sorunu ele almak gerekir: 1) sözleşme ile kurulan bir düzene aykırı kararların akıbeti ne olacaktır? □) sözleşme ile kurulan düzenin kararla değiştirilmesi mümkün olacak mıdır?

Birinci soru bakımından, yukarıda tüm pay sahiplerinin taraf olduğu bir sözleşmeye aykırı genel kurul kararının iptal edilebilirliği konusunda verilen açıklamalara gönderme yapılacaktır¹²⁷. Diğer bir deyişle tüzel kişilik perdesinin kaldırılması imkanının tanındığı hallerde böyle bir iptal yolu açılabilir.

İkinci soru bakımından ise, Türk hukukunda Yargıtay'ın vermiş olduğu bir kararın¹²⁸ incelenmesiyle konu aydınlatılmaya

127 Bkz. yuk. ID2.

128 Y. II. HD. 25.12.1987. E. 3565. K. 7565. Eriş. 2. bası. Md. 401, s. 1256-1258.

çalışılacal'ır. Karara konu olan olay, bir anonim ortaklığın esas sözleşmesinde düzenlenmiş olan yönetim kuruluna aday gösterme hakkı ile ilgilidir. Yargıtay'ın yerleşik içtihadına göre, pay gruplarına yönetim kuruluna aday gösterme hakkı şeklinde bir grup imtiyazı tanınabilir¹²⁹ Ancak olayda bu hak, pay gruplarına değil, ismen pay sahiplerine tanınmıřtır¹³⁰. Yargıtay isabetle, bu hakkın bir imtiyaz oluşturmadığını, esas sözleşmede yer almasına rağmen bunun bir akdi hak olduğunu saptamıştır. Diğer bir deyişle burada, gerçek olmayan bir esas sözleşme hükmü¹³¹, yani esas sözleşmenin içine konulmuş bir paysahipleri sözleşmesi hükmü söz konusudur. Yargıtay devamla, bu hükümle tanınan sözleşme! hakkın genel hükümler çerçevesinde değerlendirileceğine ve ancak akdin taraflarınca karşılıklı olarak anlaşmak suretiyle değiştirilebileceğine veya kaldırılabilirliğine işaret etmiřtir¹³². Olayda belirli paysahiplerine aday gösterme hakkı tanıyan hüküm bir genel kurul kararı ile değerştirilmiş ve paysahiplerinden birinin bu sözleşme! hakkı elinden alınmıştı. Yargıtay, esas sözleşmede yer almakla birlikte esas sözleşme! düzene tabi olmayan bu

129 TD. z5.1.197z. E. 4843, K. 356, Batider VI.s. 6z0;Y. 11. HD.16.10.1979, E.4z86, K. 4769. Eriş. z. bası, Md. 401, s. 1z53; Y.11. HD. 8.10.1993, E. 9z/66z6. K. 93/6317. Tekil. s. 411.

130 şirket anasözleşmesinde şirketin işlerinin dokuz kişiden oluşan bir yönetim kurulu tarafından yürütüleceği ve yönetim kurulunun üç üyesinin Ankara Belediyesi, iki üyesinin Ziraat Bankası, iki üyesinin Genel Hizmetler İşçi Sendikası, bir üyesinin Gıda ve İhtiyaç Maddeleri TAŞ, bir üyesinin Toprak Mahsulleri Ofisi Genel Müdürlüğü temsilcileri arasından seçileceği ve yönetim kurulu üye sayısı değerştirilmedikçe ortakların yönetim kuruluna verecekleri temsilci sayısının sabit olduğu yazılıdır. Davacı sendika, anılan hükme göre kendisinin iki üye seçirme hakkı bulunduğunu, diğer paysahipleri tarafından genel kurulda alınan bir esas sözleşme değerikliği kararı ile yönetim kurulu üye sayısının beşe indirilerek üyelerin tamamının diğer paysahiplerinin temsilcileri arasından seçilmesi ilkesinin kabul edildiğini ve bunun kendi haklarını zedelediğini, değerikliğin yasaya, anasözleşmeye ve objektif iyiniyet kurallarına aykırı olduğunu öne sürerek kararn iptalini talep etmiştir.

131 Kavram için bkz. yuk.ř4 V B 3.

132 Kararda bu hususa dayanak olarak Tekinalp (Poroy/Çamoğlu) Ortaklıklar Hukuku C. 1s. 4z3'e atıfta bulunulmuştur.

hükmün çoğunluk oyuyla alınan bir genel kurul kararı ile değiştirilemeyeceğine ve bu nedenle genel kurul kararının iptal edilmesi gerektiğine karar vermiştir¹³³. İptal kararının diğer bir gerekçesi de, pay sahibinin anılan sözleşmesel hakkının elinden alınmasının objektif iyiniyet kurallarına aykırı olmasıdır.

Bu karardan ilci sonuç çıkmaktadır. Birincisi, esas sözleşme hükümlerinin tamamı kanunun esas sözleşmeye atfettiği niteliklere sahip değildir. Pay sahipleri arasında özel bir sözleşme hükmü niteliğinde olan hükümler de mevcut olabilir ve bunlar esas sözleşmede yer alsalar dahi, esas sözleşme hükmü niteliğini kazanmaz ve kanunun esas sözleşme için öngördüğü düzene tabi olmazlar¹³⁴.

İkinci sonuç ise, sözleşme ile getirilen düzenin, çoğunluk kararı ile değiştirilemeyeceğidir. Bu, aynı zamanda, pay sahipleri sözleşmesinin ortaklık üzerinde doğurabileceği dolaylı etkiyi de göstermektedir. Şöyle ki, pay sahipleri sözleşmesi ile yaratılan hukuki düzenin genel kurul kararı ile değiştirilmesine izin verilmemiş, sözleşme nitelikteki hükmü borçlar hukuku kullanna aykırı olarak değiştirmeye kalkan genel kurul kararı iptal edilmiştir. Yargıtay, sözleşme ile ortaklık düzenini birbirinden bağımsız olarak ele alıp kararı kendi başına geçerli saymak yerine, bunları bir bütün olarak inceleyip kararla sözleşmenin değiştirilemeyeceği sonucuna haklı olarak varmıştır.

133 Buna karşılık Yargıtay daha eski bir kararında, (Y.11. HD. 6.5.198□. E. 1551, K. □136, Eriş, AŞ. Md.381, s. 459 veya Eriş 1. bası, Md. 385, s. 1136-1137) esas sözleşmede yer alan ve pay sahiplerine önalım hakkı tanıyan hükmün mütesep hak oluşturmadığına ve TK 388'de yer alan nisaplara uyularak değiştirilebileceğine karar vermiştir. Kanımızca, önalım haklarının tek borç ilkesine aykırı düştüğü gözönünde bulundurularak, böyle bir hükmün ya kanuna aykırılıktan ötürü batıl olduğuna karar verilmeli ya da bir borç sözleşmesi hükmü olarak ayakta tutularak, genel kurulun çoğunluk kararı ile değiştirilmesine izin verilmemeliydi. Bu bakımdan yukarıda açıklanan 1987 tarihli karar daha isabetli bir sonuca varmıştır.

134 Bkz. yuk. §4 V B 3.

Ancak bu sonuç, paysahipleri sözleşmesi hükümlerine uymayan genel l'11111 kararlarının iptal edilebileceği şeklinde genel bir çıkarım yapılması imkanım vermez, zira Yargıtayın incelediği kararda sözleşme! hükmün uygulanmasına aykırılık yoktur, ancak sözleşme! hükmün bizzat kendisinin ortadan kaldırılması durumu söz konusudur. Yönetim kurulu üye seçimi anılan sözleşme! hükme aykırı yapılsa ve Yargıtay buna aykırılık nedeniyle genel kurulun seçim kararını iptal etse idi, o takdirde sözleşme! hükmün doğrudan doğruya ortaklık sahasında etkili olduğu ve yukarıda anılan Alman kararlarında varılan sonuca götürdüğü söylenebilirdi. Ancak ihtilaf bu noktada çıkmadığından, Yargıtay'ın böyle bir durumda nasıl bir karar verebileceğini bilemiyoruz. Mamafih Yargıtay bu kararıyla paysahipleri arasındaki sözleşme! düzeni dikkate almış olmakta ve genel kurulun bu düzeni değiştirmesini engellemektedir. Üstelik sözleşme! düzenin genel kurul kararıyla değiştiriliş biçiminin, yani paysahibine sözleşmeyle tanınan hakların kararla elinden alınmasının, objektif iyiniyet kurallarına da aykırı olduğu gerekçesi, sözleşme! yolla azlık paysahiplerine tanınan haklarda yapılacak değişikliklerin TK 381 anlamında hakkaniyet ve objektif iyiniyet kriterleri çerçevesinde değerlendirilmesi ve bunların doğrudan doğruya ortaklık hukuk düzeninin bir parçası olarak ele alınması anlamına gelir.

Paysahipleri sözleşmesinin, genel kurulda oy birliği ile alınan bir kararla değiştirilip değiştirilemeyeceği sorusu ise ayrıca incelenmelidir. Paysahipleri sözleşmesinin tüm tarafları, ilgili genel kurul kararına onay vermişlerse, kararın içeriği ile sözleşme hükmünün örtüştüğü ölçüde ve paysahiplerinin iradesinin de bu yönde olması halinde sözleşmenin zımnen değiştirildiği sonucuna varılabilir. Eğer sözleşme taraflarca bir geçerlilik şekline bağlanmışsa, o takdirde genel kurul kararının bu şekli yerine getirip getirmediğine bakılmalıdır. Paysahipleri sözleşmelerinde, genellikle sözleşmenin tüm taraflarının yazılı

e inzalı onayı olmaksızın değiştirilemeyeceği konusunda hül-.iimler yer alır. Genel kurul kararları da yazılı olarak ve esasen toplantı tutanağının paysahiplerince imzalanması yoluyla alınır (TK '2.97, 378). Mamafih paysahibi sayısının çokluğu gibi pratik nedenlerle bunun mümkün olmaması halinde tutanağın toplantı divanınca imzalanması yoluna da gidilebilir¹³⁵. Kanaatimizce TK 2,97 ve 378 hükümleri karşısında kararın toplantı divanı tarafından imzalanması yalnızca paysahiplerinin divana bu yetkiyi vermesi ile mümkündür¹³⁶. Bu nedenle, genel kurul kararının yazılı olduğu tutanağın divan tarafından imzalanmış olmasının, paysahiplerince imzalanmış olma şartını gerçekleştirdiği kabul edilmelidir. Bununla birlikte sözleşmeyi değiştirme iradesinin varlığı ayrıca ispatlanmalıdır.

D. Esas sözleşmenin yorumunda paysahipleri sözleşmesinin dikkate alınıp alınamayacağı sorunu

Acaba paysahipleri sözleşmesinin yorumunda esas sözleşme dikkate alınabilir mi? Veya tam tersi yapılarak, esas sözleşmenin yorumu sırasında paysahipleri sözleşmesinden faydalanılabilir mi?

Paysahipleri sözleşmesinin yorumu, BK 18 uyarınca tarafların gerçek ve ortak amaçlarına uygun olarak yapılacağına göre¹³⁷, taraf iradelerinin ortaya çıkmasını sağlayabilecek olgular

135 Sermaye Şirketlerinin Genel Kurul Toplantıları ve Bu Toplantılarda Bulunacak Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Komiserleri Hakkında Yönetmelik m. 6 I.; Ayrıca, Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), N. 710.

136 Sermaye Şirketlerinin Genel Kurul Toplantıları ve Bu Toplantılarda Bulunacak Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Komiserleri Hakkında Yönetmelik'e ek olarak verilen Genel Kurul Toplantı Tutanağı örneği (Örnek 4). Y.11.HD. 10.3.1985, Eriş 1. bası, s. 850-851. Uygulama ve öğretinin bu yönde olduğu gerekçesiyle genel kurulca divana imza yetkisi verilmesine gerek olmadığına ilişkin Y.11. H.D. 17.5.1985 tarih ve E.330 K. 1315 (Eriş, 1. bası, s. 851) sayılı kararın TK 97 ve 378. maddeleri karşısında isabetsiz olduğu inancındayız.

137 Bkz. yuk. §4 VI A

yorumda dikkate alınabilir. Özellikle paysahipleri sözleşmesi ile esas sözleşme taraflarının aynı olması halinde veya paysahipleri sözleşmesi ile esas sözleşmenin birlikte kaleme alınmış olması halinde, bu sözleşmeler birbirlerini tamamlarlar. Bu gibi hallerde paysahipleri sözleşmesinin yorumu sırasında esas sözleşmeye gidilebilir¹³⁸.

Esas sözleşmenin yorumu sırasında paysahipleri sözleşmesinin dikkate alınması ise daha sınırlı şekilde gerçekleşebilir. Esas sözleşme tescille aleniyete kavuşan, tüm ortakları ve organları bağlayan ve üçüncü kişileri ilgilendiren bir belge olduğundan, hazırlanması safhasına katılan kişiler dışındaki kişiler bakımından objektif şekilde yorumlanmalıdır¹³⁹. Her ne kadar paysahipleri sözleşmesi ve esas sözleşme birbirini tamamlasada, paysahipleri sözleşmesine taraf olmayan veya içeriğinden haberdar olmayan kişilere karşı, bu sözleşme esas sözleşmenin yorumunda dikkate alınamaz. Ancak ortaklığın kurucular çevresinde kalmış olması ve üçüncü kişilerin menfaatlerinin zedelenecek olmaması halinde yorumun sözleşmese! yorum kurallarına göre yapılması istisnaen kabul edilebilir¹⁴⁰. Ortaklığın kurucular çevresinde kalmış olması kurucuların esas sözleşmenin akdedilmesine şahit olmaları, dolayısıyla da sözleşmenin akdedilmesine temel oluşturan olgulardan haberdar olmaları açısından önemlidir. Buna paralel bir durum, paysahiplerinin tümünün paysahipleri sözleşmesine taraf olması halinde mevcuttur. Bu halde de tüm paysahipleri esas sözleşme dışında yer alan sözleşmese! düzeni bilmekte ve kabul etmektedirler.

Esas sözleşmenin yorumunda sözleşmese! yorum kurallarına gidilebildiği veya ilgili tarafların paysahipleri sözleşmesi içeriği

138 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, §7, N. 31; Siegwart, Art. 6□6. N. 8; Schluemp. ZSR 1973 s. 476; Noack, s. 85; Zöllner, RWS Forum, s. 105-106.

139 Bkz. yuk. §4 VI B.

140 Bkz. yuk. §4 VI B.

konusunda bilgi sahibi olduğu bu gibi hallerde, esas sözleşmenin yorumunda paysahipleri sözleşmesinden faydalanılabilir¹⁴¹. Ayrıca, paysahipleri sözleşmesinde, esas sözleşmenin belli bir şekilde yorumlanacağı konusunda hüküm de yer alabilir¹⁴². Böyle bir hüküm de, ancak esas sözleşme tarafları ile paysahipleri sözleşmesi taraflarının aynı olduğu ve esas sözleşmenin sözleşme! yorum kurallarına tabi olabildiği istisnai hallerde bir anlam ifade eder.

E. Genel olarak ortaklıksal bir ihtilafın çözümünde paysahipleri sözleşmesinin dikkate alınıp alınamayacağı sonunu

Paysahipleri ile ortaklık arasında çıkan veya ortaklığın iç işlerini ilgilendiren işlemler ile ilgili ihtilafların çözümünde paysahipleri sözleşmesinin yeri tartışmalıdır. Bu tür ihtilaflar kural olarak kanun, esas sözleşme ve genel kurul kararları ışığında çözümlenir. Ancak paysahipleri sözleşmesi de ortaklık içi meselelerle ilgili düzenlemeler öngörebileceğinden ve ortaklığın işleyişinde bu düzenlemeler dolaylı da olsa uygulama alanı bulduğundan, paysahipleri sözleşmesinin ihtilafın çözümüne etki edecek bir unsur olup olamayacağı incelenmelidir.

Bu sorunun çözümü, kanun hükümlerinin yorumunda ve ihtilafa uygulanmasında ortaklık dışı bazı unsurların (paysahipleri

141 Forstmoser/M eier-Hayoz/Nobel, §7, N. 31. Yazarlar, paysahipleri sözleşmesinin hangi hallerde esas sözleşmenin yorumunda dikkate alınabileceği konusunda bir belirlemeye gitmeden, genel olarak bu iki sözleşmenin birbirlerinin yorumunda dikkate alınabileceğini belirtmişlerdir. Ayrıca sorunu çifte ortaklık çerçevesinde inceleyen *Schlupe* da, adi ortaklık ile anonim ortaklığın bir bütün oluşturduğunu ve adi ortaklığı oluşturan sözleşme ile anonim ortaklık esas sözleşmesinin birbirine bakılarak yorumlanması gerektiğini belirtmektedir (ZSR 1973, s. 475-476).

Alman hukukunda, Esas sözleşmenin paysahiplerinin kendi aralarındaki veya ortaklıkla paysahipleri arasındaki ilişkileri düzenleyen hükümlerin, üçüncü kişilerin menfaatleri etkilenmediği sürece sözleşmesel yorum kurallarına tabi olacağı düşüncesinde, Kraft, KölnKomm §23, N. 104; Würdinger, §10 I 2, s. 40. Benzer. Wiedemann I §3 il 2. s. 165vd.

142 Zöllner - Baumbach/Hueck GmbHG§47 N. 79; BGHWM 1987, 71, 73.

sözleşmesi gibi) veya ortaklığın somut yapısından doğan bazı özelliklerin (aile ortaklığı olma, kapalı ortaklık olma, bir ortağın sermayenin çoğuna sahip ve yönetime hakim olması, bağlı ortaklık veya çifte ortaklık durumunun bulunması vs. gibi) dikkate alınıp alınmayacağı konusundaki temel tartışmaya dayanır. Şöyle ki, kurulan her bir anonim ortaklık, paysahibi çevresi ve hunların aralarındaki özel hukuk ilişkileri nedeniyle kendine has bir yapıya sahiptir. Ancak kazuistik şekilde her somut ortaklığın yapısına özel hükümler getirilemeyeceğine göre, kanun belli bir anonim ortaklık modelini (kanuni anonim ortaklık modeli - kanuni tip)¹⁴³ esas alır şekilde düzenlenmiş ve bu ortaklık modelinin uygulanmasında esneklik sağlayacak bazı imkanlarla model çeşitlendirilmiştir¹⁴⁴.

Bu durumda ortaya çıkan soru, belli bir ortaklık modelini esas alan kanun hükümlerinin, bu modelden sapan, özel hukuk ilişkileri yumağıyla ortaklığın yapısını değiştiren, kişiselleştiren "atipik" ortaklıklara uygulanırken nasıl bir yorum ve uygulama yöntemi izleneceğidir. Acaba ortaklığın somut yapısı ve bu arada ortaklık dışı unsurlar yorum ve uygulamada dikkate alınacak mıdır?

Anonim ortaklığın somut yapısının kanunun yorumu ve uygulamasında ne dereceye kadar dikkate alınabileceği sorusunun cevabı iki ayrı açıdan değerlendirilmelidir. Bu, bir yandan anonim ortaklıklar hukukunda irade özgürlüğüne tanınan veya tanınmak istenen alanın belirlenmesini, yani hukuk politikası açısından bir tercih yapılmasını gerektirir. Diğer yandan da bu bir yöntem sorunudur, zira hukukun yorumu ve boşlukların

143 Mehaz İsviçre ortaklıklar hukukunda, kanuni anonim ortaklık tipinin, sermayenin kimliği belirsiz ve ortaklığı yönetme amacından çok kar elde etme amacıyla hareket eden çok sayıda paysahibine dağılmış büyük anonim ortaklık olduğu kabul edilir. Bkz. §31.

144 Bunlar, az sayıda paysahibi ile kurulabilme, bağlam hükümleri ile paysahibi çevresinin yabancılaşmasını önleme gibi imkanlardır. Bkz. § 3 I dptn. 6 ve ilgili metin.

doldurulması yöntemlerinin, önkilci ve büyük ölçüde emredici bir hukuk olan ortaklıklar hukukunda görebileceği işlevin belirlenmesi için S"rel--tirir.

Sorunun cevabı araştırılırken kanunun yorumu ve uygulaması ayrı ayrı ele alınmalıdır. Kanunun uygulanması için önce hükmünün anlamının belirlenmesi, yani yorumlanması gerekir. Yorumlanan hükmün olaya uygulanmasında ise hükmün olaya "uygunluğu" incelenir ve boşluk doldurma sorunları başlıca Österebilir. Yonun kanunun söylemi içinde kalırken, kanun hükümlerinin doldurulması kanunun söyleminin ötesine gidert'kr;_ Bu nedenle yorum ile uygulama ayrı ayrı incelenmelidir.

1. Kanunun yorumlanması

a) Kanuni tipe dayalı yorum

Anonim ortaklıklar hukukunda kanunun yorumu ve uygulanmasında kanuni tipin yeri sorunu, esnek bir ortaklıklar hukukuna sahip olan İsviçre'de yoğun şekilde tartışılmıştır. Kanunun yorumu konusunda öne sürülen görüşlerden biri, yorumun kanuni ortaklık modeline göre yapılması gerektiğidir ("tipe dayalı yorum metodu")¹⁴⁶. Bu görüşün temelinde yatan düşünce şudur: Kanunun yorumunda yapılması gereken, kanun normunun amacını belirlemektir. Bu amaç da ancak kanuni modele kıyasla belirlenebilir¹⁴⁷. Kanunun belli bir modeli göz önünde bulundurarak getirdiği kurallar, bu modele değil de somut olayın özelliğine göre yorumlanırsa, bu kuralların oluşturduğu hukukun 'Uki kurum yapısal bütünlüğünü kaybedecek'¹⁴⁸ ve her olaya göre kanunun içeriği değişecektir¹⁴⁹.

145 Serozan. Medeni Hukuk Giriş. §5, N.22. s. 98; Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff. Springer Verlag. Wien. 1980. s.467-468.

146 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel. § 2. N. 74; Jaggi, Ungelöste Fragen, s. 70, Koller, Typuslehre, s. 150-151; BGE 67 il 162, 164.

147 Jaggi, Ungelöste Fragen, s. 70. Koller, Typuslehre, s. 150-151.

148 Jaggi, Ungelöste Fragen, s. 70.

149 Koller, s. 155.

Ancak, anılan "kanuni tipe dayalı yorum" metodu bazı güçlükler arzeder. En önemli güçlük, bu yorum yönteminin belkemiğini oluşturan kanuni tipin ne olduğunun belirlenmesidir¹⁵⁰, zira kanuni modelin çok payshipli, büyük sermayeli anonim ortaklık olduğu kabul edilmesine rağmen, bizzat kanunun bazı hallerde az payshipli kapalı ortaklıkları da dikkate aldığı yadsınmamaktadır¹⁵¹. Bu nedenle bu görüş taraftarlarına göre yorumun atipik ortaklığa kıyasla yapılması, ancak kanunun bizzat kanuni modelden saptığı hallerde mümkündür¹⁵². Diğer bir deyişle, tipe dayalı yorum metodu, anonim ortaklığın kişiselleştirilmesini ancak kanunun buna açıkça izin verdiği ölçüde tanımakta ve bunun dışındaki değişikliklerin hukukun yorumuna etki etmesine izin vermemektedir. Bu yaklaşım, uygulamanın ortaya çıkardığı oluşumlara karşı katı bir tutum izler.

b) Ortaklığın gerçek yapısına uygun yorum

Yorum konusunda öne sürülen karşı fikre göre ise, yorum, kanuni modele değil, anonim ortaklığın gerçek yapısına uygun yapılmalıdır¹⁵³. Şöyle ki, ortaklığın kişiselleştirilmiş yapıya çekilmesine bizzat kanun izin vermiştir ve bunun yalnızca kanunda açıkça düzenlenen hallerde kabul edilebileceğini savunmak mümkün değildir, zira kanun uygulamanın ortaya çıkarabileceği her türlü olasılığı önceden düzenleyemez. Kanun genel olarak anonim ortaklığı küçük veya büyük işletmelere, az veya çok payshipli yapıya uyabilecek şekilde tasarlamıştır¹⁵⁴ve

150 Jaggi. Ungelöste Fragen, s. 71, Schluop, Schutz des Aktionars auf neuen Wegen? [SAG33, (1960/61), (I) 137-145, (II) 170-180, (III) 188-199]. s.197, v. Steiger, SPR VIII/1, §z4, III, s. 306, Weber. SPR II/ 4, §5III D, s. 86.

151 Kanunun atipik ortaklıklar için getirdiği kuralların bir listesi için bkz. Böckli. N. 15., Koller, Typuslehre, s. 150 dñn.1; ayrıca bazı örnekler için bkz. yuk. dñn.144.

152 Jaggi. Ungelöste Fragen, s. 70, Koller, Typuslehre, s. 150.

153 V. Greyerz, SPR VIIIh §z III z, s. 38; Schluop, SAG 33 (1960/61) s. 197.

154 Weiss, Einleitung, N. z6z.

buna göre, kanunun yorumunda ortaklığın gerçek yapısının dikkate alınması hukuken uygundur¹⁵⁵. Ancak bu şekilde olaya uygun ve hakkaniyetli bir çözüm bulunabilir¹⁵⁶. Yorum yoluyla belki kanuni tip belirlenebilir, ancak kanuni tip yeniden yorumda kriter olarak alınamaz¹⁵⁷.

c) Kişisel görüş

Kanunun yorumunda tipin yerini belirleyebilmek için önce yorum kriterlerini anımsamak gerekir. Kanunun yorumunda çeşitli kriterler kullanılır: Kanun hükmünün söylemi (lafzi yorum) kanunkoyucunun yasayı kabul ettiği zaman göz önünde bulundurduğu amaç (tarihi yorum), kanunun sistematikliğinden yani kanun hükümlerinin birbirleriyle olan ilişkisinden çıkan anlam (sistemik yorum) ve normun amacı (*ratio legis* - teleolojik yorum)¹⁵⁸. Yukarıda kısaca açıklanan tipe dayalı yorum metodu, kanun hükümlerini bir bütün olarak ele alıp, bu bütünden bir anlam çıkarmaya çalışır. Bu nedenle tipe dayalı yorum bir sistemik yorum yöntemi olarak görülebilir.

155 aynı yönde, V. Greyerz, SPR VIII/2, §2 III 2. s. 38; Schlupe, SAC 33 (1960/61) s. 197. BGE 105 il 114.

156 Bkz. dpn. 155'de anılan yazarlar.

157 Jolidon, Problemes de structure dans le droit des societes. Portee et limites de la theorie des types, ZSR 87, 1968 II , 427, s. 565, Schlupe, SAC 33 (1960/61) s. 178, v. Steiger, SPR VIII/1, §24 III, s. 306. Aynı şekilde Ott, tipe dayalı yorum metodunun bir kısır döngü olarak görülebileceğini söylemektedir. Şöyle ki, kanuni tipin ne olduğu kanunda açıkça yazılmadığına göre, kanuni tip ancak çeşitli kanun hükümlerinin birbirleriyle olan ilişkisinden, kanunun sistematikliğinden ve diğer çeşitli metodlar (lafzi, tarihi, teleolojik vs) kullanılarak yorum yoluyla belirlenmektedir. Bizzat kendisi yorum yoluyla belirlenen kanuni tipin, daha sonra aynı hükümlerin yorumlanmasında kullanılması bir kısır döngüyü çağrıştırmaktadır. Buna rağmen Ott, kanuni tipi, genel yorum kurallarından bir adım öteye giden, daha somut bir kriter getiren bir araç olarak görmektedir (s. 107-109).

158 Bydlinski, s. 437 vd; Forstmoser/Schlupe, Einführung in die Rechtswissenschaft Bd I. Einführung in das Recht, 2. Auf. Stampfli, Bern 1998, §19 N. 57Vd.; Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Auf. 1995 Springer Verlag Berlin, (4.2) s. 141vd; Serozan, Medeni Hukuka Giriş. Filiz, İstanbul 1997 §5, N.5 vd.

Ancuk yorum tek hfr kritere gorc ynpıarmı, yukıırıda *anılan* kriterlerin birlikte d;□crlendirıllmcsi gcrckir'fi'J. Anıları kriter-i rden normun umacı kriteri UıcdncJc özellikle durulmalıdır¹⁶⁰. ÖncmlJ olun, kanun normunun korumaya <alıştığı menfaatleri belirleyerek bunların korunm,unnu sağlamak ve normun amacJ dı□ında, öcılıkc haksı kullanıl-masını engellemektir. Yorum, normun koruduğu mcnfaatlcdn neler oldubrunu belirlemeye hizmet. etmelidir. Ayrıca men-faatler dengesinin hclirıcnmcsinde gUnUn gcrçekJerı¹⁶¹ ve somut olayın özellikleri de dikkate alınmalıdır¹⁶². Yorumda

159 ForstmoHer/Schlup, Elnftıhrung in d;ı13Hccht 1§19 N. 11□. BGE 114.V□20.

160 Scroznn, Medeni Hukukrı Cırl□, li5, N. 6. Tırk hukukunda *Atamer'in* normun koruma amacı kur:ımını hakıız fiiller bakımından incelediği yetkin çalııma.sı, bu konudu yol gösterici açıklamalar içerir. Yazar. "Hakıız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması" adlı tczincic (Beta, fııtanbul 1996), bir haksız fiilden öUr11 sorumluluk doğup doğmıyacağının, dogacakına hunun kapaamının belirlenmesinde. haksız fiili, zarar ve uygun nedenucllik bağının tespitinden öte, ihlal edilen norm ile korunmak istenen ki□ilcr ve hukuki değerler çevresinin ve önlenmek istenen tehlikenin, yani normun koruma amacının belirlenmesi gerektiğini açıklamaktadır (11. 7ovd). Böylece fiil ile zarar arasında uygun nedenucllik bağının varlığına rağmen, hakım fiil normun koruma amacını ihlal etmiyorsa sorumluluğun varolmadığı sonucuna ulaşılahilecektir (s. 109). Yazar, normun koruma amacı kuramının tarihsel gelişimini aktarıırken, Alman anonim ortaklıklar hukukundan bir örneğe de yer vermiştir: Alman Kraliyet Mahkemesinin bir kararına göre (RGZ 63,324), anonim ortaklık payını satın alarak zarar gören UçUncU kişiler, denetçilerin bilançoyu denetleme görevine dayanarak denetçilerden tazminat talep edemezler, zira denetleme görevinin amacı, anonim ortaklığın ve ortaklık alacaklılarının korunmasıdır, UçUneU kişilerin değil. Normun koruma amacı kuramı, yalnızca sorumluluk hukuku bakımından değil, kanuna uygunluk denetiminin yapıldığı her alanda kullanılabilir zira kuram, "gerek sözleşmese! yükümlerin, gerekse yasadan doğan davranış yükümlcrinin yalnızca belli menfaatleri korumak istediği düşüncesinden" yola çıkar (Atamer, s. 70). Kuram, anonim ortaklıklar hukukunda, tüzel kişilik perdesinin kaldmlması sorunu bakımından da teorik bir dayanak olarak kullanılmakta ve normun amacına hizmet ettiği hallerde, tt.ızcl kişilik perdesi kaldırılarak UçüncU kişilere karşı ortaklık borçlarından dogan sorumluluk paysahiplerine de yayılmakta veya tüzel kişi ile paysahibi özdeş kılınmaktadır (Bu konudaki açıklamalar için bkz. Yanlı. Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması. s. 59vd. Ayrıca yuk . dpn. 58 ve ilgili metin).

161 Forstmoser, Einfııhrung in das Rccht §19 N. 97.

162 *ScroI,an*, Medeni Hukuka Giriş, §5, N. 2.

"realist öge", diğler bir deyişle günün gelişmeleri ve değler yargıları gözardı edililmemelidir¹⁶³. Tüm bunlar dikkate alındığında, kanuni tipin ne olduğu belirlense bile yorumun sadece bu tipe göre yapılamayacağı ve somut olaydaki menfaatler dengesinin de dikkate alınması gerektiği sonucuna varılır.

Ancak hemen belirtmelidir ki, ihtilafın sadece somut olaydaki menfaatler dengesine göre çözülmesi ve kanunun bir kenara bırakılması da kabul edilemez¹⁶⁴. Burada yapılması gereken, anılan yorum yöntemleriyle ve bu arada kanuni tipe de bakılarak ortaya koyulan anlamın, somut olaydaki menfaat dengesi karşısında gözden geçirilmesidir. Eğer kanuni tipe göre ortaya koyulan anlam somut olayda kanunun amacına ters düşen veya kanunun gözettiği menfaat dengesini gözetmeyen veya hükmün amacına hizmet etmeyen sonuçlara götürüyorsa, o takdirde böyle bir anlam kabul edilemez. Kanımızca yorumda böyle birleştirici bir yöntem üstünlük tanınmalı ve somut olayın özellikleri dikkate alınmalıdır.

□- *Kanun kuralının olaya uygulanması*

Kanunun somut olaya uygulanmasında yorum kadar uygulama yöntemi de önemlidir. Kanunun uygulanması, somut ve özel uyuşmazlığın, soyut ve genel hukuk kuralının altına sokulmasını - "altlama" (subsumtion)¹⁶⁵ - ve bundan hukuki bir

163 Serozan, Medeni Hukuka Giriş §5, N. 6 (s. 81). İsviçre Federal Mahkemesinin BGE 110 il z93 sayılı kararına göre, yorumda menfaatler dengesi ve çözümün uygulanabilirliğinin dikkate alınması gerektiği gibi, beklenen kanun değişiklikleri de gözönünde bulundurulmalıdır (s. z95).

164 *Serozan*'ın deyimiyle, kanun hükmüne sıkı sıkıya, adeta biçimsel olarak bağlanan "kavram hukukçuluğu" ile yasa kurallarını rafa kaldırıp somut olay adaletine ilişkin değler yargılarına bağlanan "serbest hukukçuluk" arasındaki hassas "altın orta"yı yakalamak için yasanın söylemine ve yasa koyucunun iradesine bakıldığı kadar, somut olay adaletine ve yerindelğe de dikkat edilmelidir. (Serozan, Medeni Hukuka Giriş, §5, N. Z, s. 74).

165 Bkz. Forstmoser, Einführung in das Recht §zı N. 4; Larenz/Canaris, Methodenlehre, (z.5.b) s. 93vd; Serozan, Medeni Hukuka Giriş, §5, N. 1.

sonuç çıkarılmasını gerektirir. Atlama işlemi yapılırken hukuk kuralının, somut olaya uyup uymadığı, diğer bir deyişle hukuk l.-uralının dayandığı olguların somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediği saptanmalıdır¹⁶⁶. Bu saptama sırasında, sadece şeklen değerlendirme yapılmamalı, hukuk kuralının somut olaya uygulanması halinde ortaya çıkacak sonucun adaletli olup olmadığına da bakılmalıdır¹⁶⁷. Hukuk kuralı şeklen somut olayı kapsıyor gibi gözükse de kuralın olduğu gibi uygulanması adaletsiz sonuçlara yol açabilir. Diğer bir deyişle kanunda bir örtülü boşluk bulunabilir¹⁶⁸. Kanunda bir örtülü boşluk olması demek, bir hususun kanunda genel olarak düzenlenmiş olmasına, yani kanunda o hususla ilgili bir hüküm bulunmasına rağmen hükmün somut olay karşısında yetersiz, tutarsız kalması, adaletsiz bir sonuç doğurması, somut hukuki ilişkiye uygun bir çözüm getirmemesi ve hükmün belirlenen anlamı ile olaya uygulanmasının hakkın kötüye kullanılmasına götürmesi demektir¹⁶⁹. Kanundaki kural fazla geniş tutulmuş ve "ratio legis" in gerektirdiği istisnai düzenleme kanuna alınmamıştır¹⁷⁰. Bu halde, kuralın amaca uygun olarak sınırlandırılması, adeta "düzeltilmesi" gerekir. İsviçre-Türk

166 Larenz/Canaris, Methodenlehre, (□.5.b) s. 94. Bu saptama, hukuk kuralında tarif edilen olgunun tüm özelliklerinin ve olguyu oluşturan kavramların somut olayda mevcut olup olmadığına bakılarak yapılır (Larenz/Canaris, Methodenlehre, s. 94). Anonim ortaklıklar hukuku bakımından temel kavram olan □ anonim ortaklığın" olayda var olup olmadığını tesbit kolaydır. zira belli bir usulde kurulması gereken anonim ortaklığın kuruluş usulünün gerçekleşip gerçekleşmediği daima kolayca kontrol edilebilir. Sorun, incelemenin bu noktada durup durmaması gerektiğidir. Diğer bir deyişle, ttbir anonim ortaklık var, ama bu ortaklık maddede bahsedilen ortaklıkla aynı özellikleri taşıyor mu?" sorusu sorulacak mıdır?

167 Serozan, Medeni Hukuka Giriş, §5, N. 1. s. 7□. yorumda aynı ilke için: Forstmoser/Schluep, Einführung in das Recht, §19, N. 89.

168 Serozan, Medeni Hukuka Giriş, §5, N. 14 vd.

169 Forstmoser, Einführung in das Recht §15 N.58, 78vd; Ott, s. 135; Oğuzman/Barlas, s. 7□-73; Serozan, Medeni Hukuka Giriş §5, N. 9; Tekinay, Genel Esaslar, s. 64.

170 Bydlinski, s. 480; Serozan, Medeni Hukuka Giriş, §5, N. 14.

İnıl...uk.-unda örtülü boşluğun doldurulması MK 2 il kuralına dayandırılır¹⁷¹. Şöyle ki, kanunda yer alan kuralın uygulanması bir hakkın kötüye kullanılmasının sonucunu doğuruyorsa, bu kural uygulanmaz. Yani bir örtülü boşluğun varlığı ancak hakkın kötüye kullanılmasının sonucunun doğduğu halde kabul edilebilir¹⁷². Hakkın kötüye kullanılmasının sonucunun doğmaması için somut olaydaki hal¹⁷³ bu kural kapsamında çıkarılır. Bu nedenle de bu yönetime amaca uygun sınırlama¹⁷⁴ (teleolojik redüksiyon) adı verilir.

Ortaklıklar hukuku açısından bakıldığında, anonim ortaklıklar bakımından getirilmiş tüm hükümler biçimsel olarak tüm anonim ortaklıklara uygulanabilir hükümlerdir. Oysa yukarıda da belirtildiği gibi kanunun çoğu hükümleri belli bir kanuni tipe göre biçilmişken, bazı hükümler de atipik ortaklıklar için çözümler getirmişlerdir. Bu da göstermektedir ki, tipik ve atipik ortaklıklardaki menfaat dengesi ve dolayısıyla bunların gerektirdiği hukuki çözümler birbirinden farklıdır. Tipik ortaklıklar için öngörülmüş bazı hükümler, atipik ortaklıklar bakımından anlamsız kalabilir¹⁷⁵. Kanunun belli bir anonim ortaklık mo-

171 Forstmoser, Einführung in das Recht §15 N. 83; Oğuzman/Barlas, s. 7z-73; Serozan, Medeni Hukuka Giriş §5, N. 17, s. 94.

172 Ancak örtülü boşluğun doldurulması MK 1 I 1. cümleye de, yani hakimin kanun boşluklarını doldurması kuralına da dayandırılabilir. Zira kanun kuralının adaletli bir çözüm getirmemesi, o olaya uygulanacak bir kanun hükmünün bulunmadığı şeklinde de algılanabilir (Ataay, Medeni Hukukun Genel Teorisi, s. z39, Serozan, Medeni Hukuka Giriş, §5, N. z1. s. 91; Ortaklıklar bakımından bu görüşte, Schlupe SAG 33, 1960-61, s. 188). Ancak bu halde MK z II'nin getirdiği "hakkın kötüye kullanılması" sınırlaması ortadan kalkmış olacaktır. Ortaklıklar hukuku bakımından kanunun uygulamasında bu derece geniş bir esneklik tanınması, hukuk ve işlem güvenliğini ortadan kaldırır (Forstmoser/Meier-Hayoz/Nohele, §z N. 80a). Bu nedenle bu görüş kabul edilemez.

173 Somut olaydaki halden kasıt, olayı ayrıcalıklı kılan ve bu olaydan soyutlanarak tanımlanabilen haldir: Bydlinski, s. 480.

174 Serozan, Medeni Hukuka Giriş §5, N. 9. 14; Bydlinski, s. 480; Larenz/Canaris, Metbodenlehre, (5.z.c) s. z10.

175 Örneğin, TK 374'den doğan oy yasakları tam olarak uygulandığında, ibra kararını alacak pay sahipleri ile yönetim kurulu üyelerinin aynı ailenin

delini göz önünde bulundurarak getirdiği çözümler, ancak ortaklığın yapısının o kanuni modelin şemasına uyması halinde uygun çözümler olabilirler. Oysa somut olayda ortaklık bu şematik özellikleri taşııyorsa, menfaat dengesi de farklı olacak ve kanunun kabul ettiği çözüm somut olay bakımından uygun düşmeyebilecektir. Bu nedenle kanuni tipe göre şekillenmiş kuralların atipik ortaklıklara aynen uygulanması, adaletsiz sonuçlar doğurabilir¹⁷⁶. Öyleyse, anonim ortaklıkları düzenleyen hükümlerin tüm anonim ortaklıklara aynen ve doğrudan doğruya uygulanması gerektiği görüşü reddedilmelidir. Kanun uygulanırken, kanun hükmünün somut olayda adaletli bir sonuç verip vermeyeceği de incelenmelidir. Diğer bir deyişle, *kanunun uygulanmasında, somut olaya konu olan ortaklığın gerçek yapısı ve onu özel kılan olgular dikkate alınmalıdır*¹⁷⁷. Hakkın kötüye kullanılması yasağı ölçüt alınarak, gerekirse kuralın uygulanmasında istisnaya gidilmelidir¹⁷⁸.

Diğer taraftan ortaklığın atipik oluşu kanun hükmünün doğrudan doğruya isabetsiz bir sonuca götüreceği anlamına da gelmez. Her olayda menfaat dengesi gözden geçirilmelidir.

fertlerini oluşturmaları halinde genel kurulda ibra kararı almak mümkün olamaz, zira hiç bir pay sahibi yasağın kapsamından kaçamaz. Öyleyse bu hüküm, pay sahibi sayısının, yönetimde bulunan pay sahipleri ile bunlara aile bağlarıyla bağlı olan kişilerin toplam sayısından daha fazla olduğu durumlar için öngörölmüştür.

- 176 Nitekim yukarıda da belirtildiği gibi, tipe uygun yorum ve uygulama metodunu benimseyen Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel de bu uygulamanın hakkın kötüye kullanılması sonucunu doğurabileceğini kabul etmekte ve hakkın kötüye kullanılması halinde tipe uygun yorum metodundan vazgeçilmesi gerektiğini savunmaktadır (Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § z, N. 8z).
- 177 V. Greyerz, SPR VIIIh §z III z. s. 38, Koller, Typuslehre, s. 171, Schlupe, SAG 33 (1960/61) s. 188, v. Steiger, SPR VIII/1, §z4 VI, s. 310; BGE 105 II 114.
- 178 Örneğin Türk hukukunda, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması, hakkın kötüye kullanılması yasağına dayandırılmaktadır (bkz. Yanlı, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 7ovd). Böylece pay sahiplerinin anonim ortaklığın borçlarından sorumlu olmadığı yolundaki temel kural bir yana bırakılarak tüzel kişinin faaliyetlerinden pay sahiplerinin sorumlu tutulması mümkün olabilmektedir.

Acaba kanunun atipik ortaklıklara uygulanmasında somut olaya konu olan ortaklığın özelliklerinin dikkate alınması bakımından, emredici hükümlerle yedek hükümler arasında bir fark gözetilmeli midir?

Kanunun uygulanmasında örtülü boşlukların düzeltilmesi ve **MK** □ II çerçevesinde istisna yapılabilmesi imkanı emredici hükümler bakımından da mevcuttur¹⁷⁹. Bu, ortaklıklar hukukuna özel bir durum değil, medeni hukukun genel bir ilkesidir. Yukarıda, somut olaydaki atipik ortaklığın özelliklerinin dikkate alınmasını zaten ancak hakkın kötüye kullanılması yasağı çerçevesinde gerekçelendirilebildiği ölçüde kabul ettiğimize göre, kanaatimizce emredici hüküm/ yedek hüküm ayrımı yapmaya gerek kalmamaktadır.

3. Örnekseme yöntemi

Sorulması gereken diğer bir soru, kanunun atipik ortaklıklara uygulanmasında atipik ortaklığın özelliklerine yaklaştığı diğer bir ortaklığı düzenleyen kanun hükümlerinden örnekseme (analoji) yöntemi ile faydalanmanın mümkün olup olmadığıdır. İsviçre hukukunda bir grup yazar kanunun yedek hükümleri bakımından bu soruyu olumlu cevapları¹⁸⁰: Atipik ortaklık, atipik sözleşme gibidir¹⁸¹, atipik ortaklıklarda hakim, menfaat durumu ve kanunun amacı bakımından somut olaya uygun düşen ancak başka bir hukuki kurumu düzenleyen bir kuralı somut olaya analogik olarak uygulamalıdır.

179 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nohel, § z, N. 8z; Serozan, Medeni Hukuka Giriş, §5, N. 19, s. 95.

180 Bürge, Vor. Art. 698-731 N. 16; Koller, Typuslehre, s. 171; Schluep, SAG 33 (1960/61) s. 188, Siegwart, "Die Freiheit bei der Wahl der Verbandsform und bei der Einzelgestaltung ihres Inhaltes", Festgabe der Juristischen Fakultät Freiburg 1943, 173, 188. Niteliğini kesin olarak belirtmemekle beraber kanun boşluklarının varlığı halinde bu yöntemi benimseyen: Weber, SPR il/ 4, §5 III D, s. 87.

181 Schluep, SAG 33 (1960/61) s. 188.

Kanaatimizce, kanunun yedek hükümleri bakımından bu şekilde bir genellemenin kabul edilmesi mümkün değildir¹⁸². Madem ki taraflar yedek hükümlerin aksine düzenleme yapmak konusundaki özgürlüklerini kullanmamışlardır, o takdirde bu hükümlerin getirdiği düzene tabi olurlar¹⁸³. Anonim ortaklık tipini seçen ve buna bağlı avantajlardan faydalanmak isteyenler, bu seçimin beraberinde getirdiği sonuçlara da katlanmak zorundadırlar¹⁸⁴. Dar anlamda ortaklık tipleri¹⁸⁵ açısından geçerli olan numerus clausus ilkesi uyarınca, bir ticaret ortaklığı kurmak isteyenler, kanunun öngördüğü ortaklık biçimlerinden birini seçmek zorundadırlar. Belli bir ortaklık biçimi seçildikten sonra ise, bu ortaklık biçiminin "tanımsal unsurlarını" oluşturan asgari özelliklere, kanunun emredici hükümle belirlediği sınırlara sadık kalınmalıdır¹⁸⁶. Kurulan ortaklığın diğer ortaklık tiplerine yaklaştırılması mümkünse de kanunun böyle bir ortaklığa uygulanmasında, diğer ortaklık tiplerini düzenleyen hükümlerden örnekseme yoluyla faydalanılması doğru olmaz¹⁸⁷. Söz konusu olan bir yedek hüküm dahi olsa, hukuk yöntemi açısından, bir kanun hükmünün, kapsamına giren somut olaya uygulanmaması ancak bir örtülü boşluğun varlığının kabulü halinde mümkündür. Bu da İsviçre - Türk hukukunda MK □ II kriterine göre belirlenebilir. Oysa örnekseme yöntemi kural olarak açık boşlukların kullanılmasında kullanılan bir yöntemdir¹⁸⁸. Kanunda açık bir boşluk bulunduğu halde, yani bir hususun (ne tipik ne atipik ortaklıklar bakımından) kanunda hiç düzenlenmemiş olduğu

182 Aynı görüşte, Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, §z, N. Boa.

183 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, §z, N. 80.

184 BGE 91 II z98, 307.

185 Kollektif, komandit, limited, anonim gibi sınırlı sayıda belirlenmiş olan ortaklık tipleri.

186 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, §□. N. 70.

187 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, b. N. 80.

188 Larenz/Canaris, Methodenlehre, (5.□.b) s. □□□.

halde örneksemeye gidilmesi mümkündür. Ancak tipik ortaklıklar için öngörölmüş kanun hükümlerinin atipik ortaklıklara uygulanması sorunu açısından bu tür bir genelleme yapılamaz. Kanunun atipik ortaklıklara uygulanışında yukarıda da benimsendiği şekilde atipik ortaklığın özellikleri dikkate alınmalı, fakat sadece bir hakkın kötüye kullanılması durumunun varlığı halinde kanunun uygulanmasında bir istisnaya gidilmelidir¹⁸⁹.

4. Sonuç

Kanunun belli bir anonim ortaklık yapısını göz önünde bulundurarak kabul ettiği hükümler, bu yapıya uymayan atipik bir anonim ortaklığa uygulandıklarında adaletsiz sonuçlar doğurabilirler. Bu nedenle kanunun yorumunda ve uygulanmasında ortaklığın gerçek yapısı dikkate alınmalı ve özellikle kanunun lafzına bağlı kalınarak yapılacak bir uygulamanın hakkın kötüye kullanılmasına yol açtığı hallerde buna izin verilmemelidir. Bu söylenenlerin pay sahipleri sözleşmesi açısından getirdiği sonuç şudur: Pay sahipleri sözleşmeleri (özellikle bir ortaklığın tüm pay sahiplerinin taraf olduğu sözleşmeler) pay sahiplerinin iradelerinin en samimi biçimde ortaya çıktığı ve ortaklığın idaresinde ve işleyişinde önemli bir işlev gören, pay sahipleri arasındaki ilişkileri öncelikle belirleyen sözleşmelerdir. Bu sözleşmelerde yer alan düzenlemelerin "ortaklığın" hukukuna etki etmeyeceği yolunda bir yaklaşım mutlak ve istisnasız olarak kabul edilemez. Özellikle sözleşmeye taraf olan bazı pay sahiplerinin, bu sözleşmede kabul ettikleri düzenlemeleri ortaklıklar hukukuna dayanarak uygulamaya yanaşmamaları bir hakkın kötüye kullanılması durumu oluşturuyorsa, bu durum engellenmelidir. Hukukun yorumu ve uygulanmasında ortaklığın gerçek yapısına uygun yorum ve uygulama yöntemleri bu yaklaşımı mümkün kılar.

189 Hakkın kötüye kullanılması halinde istisna tanınması yönünde: Caflish, s. 174; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § □ N. 8 □. Ott, s. 136.

Pay\$ahipleri Sözleşmesinin İhlali ve Sona Ermesi

§7 PAYSАHİPLERİ SÖZLEŞMESİNİN İHIALİ

I. İHLALE UYGULANACAKYAPTIRIMIN NİTELİĞİ

Paysahipleri sözleşmesinin, alınan her türlü önleme¹ rağmen ihlali halinde, kural olarak ancak borçlar hukuku yaptırımları uygulanabilir, ortaklıklar hukukunun yaptırımları uygulanamaz. Bu durum iki temel sebebe dayanır: İlk olarak, çalışmanın başında da belirtildiği gibi, paysahipleri sözleşmesi, paysahiplerinin sözleşme özgürlüğü çerçevesinde akdettikleri ve Ticaret Kanununda öngörülmeven özel bir sözleşmedir ve bunun sonucu olarak öncelikle borçlar hukukuna tabidir. Ticaret Kanunundan doğan kurallar, bazı istisnai yasak hükümleri hariç paysahipleri sözleşmesi üzerinde ancak dolaylı olarak sonuç doğurur. İkinci olarak, Ticaret Kanununda öngörülen yaptırımlar, ancak kanunda gösterilen hallerde uygulanabilir. Yani paysahipleri sözleşmesinin ihlali taraflarca arzu edilse

¹ Sözleşmenin ihlalini önleme amaçlı yöntemler için bkz. §5 ili C.

z Winter. ZHR (1990) 154, s. z64-z65. ve aşağıda dpn. 3'te sayılan yazarlar.

dahi ortaklıklar hukul'1.1 yaptırımlarına tabi tutulamaz³, zira bu yaptırımların hangi hallerde uygulanabileceği kanunda gösterilmiş, yaptırımlar belli haller için öngörülmüştür. Örneğin, paysahipleri sözleşmesinde taraflar ortaklığın mali kaybını karşılamak üzere ortaklığa karşılıksız para vermeyi taahhüt etmiş olabilirler. Bu sözleşme! ek ödeme yükümünün yerine getirilmemesi halinde paysahibi ortaklıktan iskat edilemez, zira iskat, yalnızca esas sermayenin ödenmemesi haline mahsus bir yaptırımdır⁴. Aynı şekilde esas sözleşme! bir cezai şart da ancak sermayenin ödenmemesi hali için öngörülebilir (TK 407 III). Tarafların paysahipleri sözleşmesinde bunun aksini kararlaştırmaları da imkansızdır; böyle bir sözleşme hükmü kamu düzenine aykırılıktan ötürü batıl olur⁵.

II. İHIALE UYGUIANACAKYAPTIRIMIN TÜRÜ

A Genel olarak

Paysahipleri sözleşmesinin ihlali halinde uygulanacak borçlar hukukuna dayalı yaptırımlar aynen ifa, tazminat, karşılıklı sözleşmeler bakımından sözleşmeden dönme ve ortaklık sözleşmesi niteliğindeki sözleşmeler bakımından haklı sebeple sözleşmenin feshidir.

Yaptırımın türünü belirleyecek olan, borca aykırılığın türüdür. Borca aykırılık genel olarak üç grupta incelenebilir⁶: imkansızlık (borcun ifa edilmemiş olması ve ifasının imkansız

3 Barz, GroE.komm, §54 N. 7; Baumhach/Hueck, AktG §54, N. 6; Hefermehl/Bungeroth (GeE.ler AktG) §54 N. z6; Lutter, KölnKomm, §54 N. 17, z1; Winter, ZHR (1990) 154, s.z81.

4 Hüffer, §54, N. 8, Lutter, KölnKomm, §54, N. 1; TD. 16.1.1968, E. 4479, K. z43 Batider, C. N 1968 s. 7z6-7z7.

5 Anonim ortaklıklar hukukunun kamu düzeninden sayılan temel ilkelerine aykırılığın butlana yol açtığı konusunda bkz. yuk. §5 il A 3 ve D.

6 Eren, C. II, s. 1oz6vd; Tekinay Borçlar, s. 850; Bucher, AT §zo il, s. 334 (yazar yapmama borcuna aykırılığı dördüncü grup olarak ayırmaktadır); Schwenger, 60.oz. Esasen borca aykırılık hallerinin gruplandırılmasında izlenen yollar

hale gelmesi). borçlu temerrüdü (ifanın imkansızlaşmamasına rağmen borcun ifa edilmemesi) ve kötü ifa (ifanın gereken şartları erine getirmemesi - akdin müspet ihlali). Borcun ifasının mümkün. Ün olduğu hallerde, yani borçlu temerrüdü ve akdin müspet ihlali hallerinde aynen ifanın talep edilmesi mümkün ve asıldır?. İmkansızlık⁸ halinde ise, iki ayrı çözüm söz konusu olabilir. Eğer imkansızlık borçluya atfedilemeyen bir sebepten ileri geliyorsa, borç sona erer ve menfaat durumu sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre düzenlenir (BK 117). Buna karşılık imkansızlık borçluya atfedilebilen bir sebepten ileri gelmişse, o takdirde bu durum, genel olarak borca aykırılığı düzenleyen BK 96 hükmüne tahidir⁹. Diğer bir deyişle borçlu kusursuz olduğunu ispat etmediği sürece, karşı tarafın ifayı elde etmemesinden doğan zararını tazmine mecburdur.

Tazminat talebi bakımından, pawnsahipleri sözleşmesinin diğer borç sözleşmelerinden bir farkı yoktur. Sorun, aynen ifanın talep edilmesindedir. Pawnsahipleri sözleşmelerinde yeralan ilgili ortaklığın yönetimini ele geçirme veya elde tutma amacı gibi orta ve uzun vadeli sonuçlara yönelik taahhütlere aykırılık halinde nakdi giderim, sözleşme ile amaçlanan faydayı sağlamaz. Önemli olan, kararlaştırılan edimin ifasıdır. Aynen

çeşitlidir. Alman hukukunda kabul edilen ve Türk hukukunda da *Oğuzman* tarafından benimsenen diğer bir ayırım, borcun ifa edilip edilmemiş olmasından hareketle yapılmakta, imkansızlık ve borçlu temerrüdü borcun ifa edilmemesi üst başlığı altına sokulmaktadır (Medicus, Bürgerliches Recht, N. z36vd.; Oğuzman, s. z8ovd).

7 Eren, C. il, s. 1019; Serozan, İfa, §17 N. 5, s. 16z; Oğuzman/Öz, s. z81; Tc:kinay Borçlar, s. 61, 9z1; Tunçomağ, s. 779; Uygur, Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu, Ankara 1990, m 96, s. zz4; Yon Tuhr (Edege) §67 II, s. 55z; Bucher AT, §zo 1, s. 3z8; Schwenger. 61.01vd.

8 Burada bahsedilen imkansızlık, akit kurulduktan sonra meydana gelen imkansızlıktır. Kararlaştırılan edimin sözleşmenin kurulması anında imkansız olması, bir borca aykırılık değil, butlan halidir. Pawnsahipleri sözleşmesi bakımından borcun imkansızlığı konusunda bkz. yuk. §5 II B. 9 Oğuzman/Öz, s. z93; Tekinay Borçlar, s. 904; Tunçomağ, s. 801; Yon Tuhr (Edege) §681, s. 559-560; Bucher, AT §z3Y, s. 4z4; Schwenger, 64.19.

ifanın talep edilebilmesi ise, önce ifanın mümkün olmasına bağlıdır. Bir tarife göre ifa imkansızlığı, mevcut bir borcun ifasının cebri icra yolu ile elde edilemeyecek duruma girmesidir¹⁰. Paysahipleri sözleşmelerinde ifanın çoğunlukla tarafların dışında bir üçüncü kişinin yani ortaklığın hukuki sahasında gerçekleştirilmek zorunda olması, ifanın cebren sağlanabilip sağlanamayacağı noktasında tereddüt yaratır. Şöyle ki, paysahipleri sözleşmelerinde yer alan taahhütler paysahipliği haklarının kullanılması yolu ile ifa edilirler. Bu haklardan bazıları (payı devretme hakkı gibi) ortaklık sahası dışında, bazıları ise (oy hakkı gibi) ancak ortaklık sahası ve hatta ortaklık organları içinde kullanılabilirler. Bu nedenle borca aykırılık halinde aynen ifanın temini için ortaklık sahasına müdahale gerekebilir. Özellikle sözleşmelerin nisbiliği ilkesi karşısında, bu tür bir müdahaleye imkan olup olmadığı tartışmalıdır.

Aynen ifa sorunu, sözleşmeden beklenen faydanın temini açısından en can alıcı sorunlardan biri olduğundan, önemli borca aykırılık halleri bu açıdan aşağıda ayrı ayrı incelemeye tabi tutulmuştur.

B. Oy sözleşmesine aykırılık

Paysahipleri sözleşmelerinde yer alan taahhütlerin büyük çoğunluğunun yerine getirilmesi, oy kullanma yoluyla gerçekleştiğinden, oy sözleşmesine aykırılık aynen ifa sorunu açısından büyük önem taşır^{10a}. Oy sözleşmelerinin içerdiği taahhütler değişik çeşitlerde olabilir: oyun sözleşmede kararlaştırılan yönde kullanılması, oyun konsorsiyum üyeleri tarafından yapılacak ayrı bir toplantıda kararlaştırılacak yönde kullanılması, oyun belli bir yönde kullanılmaması, bir karar alınırken belli bir grubun veya paysahibinin onayının

¹⁰ Oğuzman/Öz, s. 93.

^{10a} Oy sözleşmesine aykırılıkta kararın iptali sorunu için hkz. yuk. §6 ID-

alınmasının şart olması gibi. Aşağıdaki açıklamalar esas olarak pay sahibinin oyunu sözleşmede veya konsorsiyumda kararlaştırılan şekilde kullanması, veya daha geniş bir ifade ile, oyun belli bir yönde kullanılması borcu ile ilgili olarak yapılmıştır¹¹. Oyun kullanılmasından imtina borcuna aykırılık sorunu da aynı ilkelere göre çözümlenir.

Hem Alman hem İsviçre hukuklarında evvelce çeşitli gerekçelerle reddedilmekte¹² olan oy sözleşmelerine aykırılıkta aynen ifa imkanı, Alman Federal Mahkemesinin bir kararından¹³ sonra Alman hukukunda yaygın olarak kabul edilmiştir¹⁴.

- 11 Buna karşılık kararın alınabilmesi için belli bir grubun onayının bulunması şartı. oy verme ile değil kararın oluşum şartları ile ilgilidir ve esas sözleşmede yer almadıkça ortaklığa karşı ileri sürülemez ve aynen ifa talebine konu olamaz. Zira o grubun onayı olmasa da, esas sözleşmeye göre nisaplar oluştuğu takdirde karar alınmış sayılır.
- 12 RGZ 112, 273. 279. RGZ 119, 386, 389, RGZ 133, 90. 95; RGZ 160. 257. 262. Brodmann, Zur Frage der Erfüllung von Abstimmungsverträgen, JW 1929. 615. 615; Janberg. Praktische Anwirkungen von Stimmrechtsbindungen, DB 1952. 96.
- 13 BGHZ 48, 163 = NJW 1967, 1963. Karara konu olan olayda, bir limited ortaklığın iki ortağı bulunuyordu. Ortaklardan biri payların yaklaşık %90'ına sahipti ve bu payların neredeyse tamamını karısının parası ile almış, alırken de payları istediği zaman karısına devretme taahhüdü altına girmişti. Ancak karısı devir talebinde bulunduğu anda, payın devri için gerekli olan onay kararının ortaklık genel kurulunda oylanması sırasında koca % 90 oyuyla çekimser kalarak kararın alınmasını engellemiş ve kalan %10 olumsuz oy ile onay maddesinin reddedilmesini sağlamıştı. Mahkeme, pay sahibinin. sözleşmede üstlendiği devir borcunun yerine gelmesini sağlayacak şekilde oy kullanmakla yükümlü olduğuna karar verdi ve yeniden genel kurul toplanmasını ve borçlunun bu yönde oy kullanmasını emrederek aynen ifayı kabul etti.
- 14 Dietz, Vertragliche Stimmrechtsbindung der Aktionäre, Münster 1963, s. 110vd, 123. Dürr. s. 83; Fischer GmbHR 1953. s. 69; Flume, Juristische Person, §7 VI s. 245vd. König, s. 89vd; Lutter/Hommelhof GmbHG §47. N. 5. Mertens, JR 1967, s. 46z: Noack, s. 68vd (yazar ayrıca, limited ortaklık için verilmiş anılan kararın anonim ortaklık bala.romdan da aynı sonucu doğuracağına işaret etmektedir); Peters, AcP 1957. s. 334vd; Rowedder - Koppensteiner §47 N. 30; Scholz/Schmidt §47. N. 55: Schmidt. GesR, §21 il 4 b, s. 620-621: Vogel, Gesellschafterbeschlüsse und Gesellschafterversammlung. Köln, 1986, s. 9zvd; Zöllner. ZHR (155) 1991 s. 185-186. Pay sahipleri sözleşmesini esas sözleşme seviyesine çıkarmanın. her iki sözleşmenin hukuki niteliğinin farklılığı nedeniyle uygun olmadığını savunan: Hachenburg - Hüffer, §47, N. 80. Kararsız: Hüffer, §133 N. 29.

İsviçre hul.-ukunda da Zürih Temyiz Mahkemesi oy sözleşmesine aykırılık-ta aynen ifayı kabul eden bir karar vermiştir¹⁵. İsviçre hukukunda da hakim görüş, aynen ifanın kabulünden yana hale gelmiştir¹⁶. Türk hukukunda konu tartıřmalıdır¹⁷.

Oyun belli bir yönde kullanılması taahhüdünün aynen ifası sorunu, aynen ifanın imkansızlığı, aynen ifanın paysahibinirı ve ortaklığın irade özgürlüğüne müdahale oluşturması, aynen ifa kararının icrası ve zamanlaması, ihtiyati tedbir alınıp alınamayacağı ve aynen ifa ile sözleşmelerin nisbiliği ilkesinin ilişkisi noktalarından tartışılmaktadır. Alman hukukunda aynen ifanın reddedildiği dönemlerde Kraliyet Mahkemesi ve doktrinde bazı yazarlar tarafından aynen ifaya karşı ileri s r len gerekçeler bugün Türk hukuk doktrininde ileri s r lmektedir. Bu nedenle Alman hukukunda aynen ifaya karşı ileri s r len görüşlerin ve bunların nasıl bir sonuca bağlandığının incelenmesi hukukumuzdaki tartışmaya ışık tutacaktır.

15 ZR 83 (1984) N.53. s. 139. (Kararın bir kısmı Nobel, P. Al'lienrechtliche Entscheide 2. Auf. Bern 1991 s.93'te de basılmıştır). Karara konu olan olayda bir anonim şirket paysahipleri kendi aralarında bir kurucular ve paysahipleri sözleşmesi yapmışlardır. Davacı, davalının, anılan sözleşme uyarınca, yapılacak genel k.-unıl toplantısında kendisini (davacıyı) yeniden yönetim kurulu  yesi olarak seçme borcu altında olduğunu ileri sürerek bu borcun ifasının emredilmesini ve bunun sağlanması için ihtiyati tedbire hükmedilmesini talep etmiştir. İlk derece mahkemesi talebi reddetmiş, buna karşılık üst derece mahkemesi davalıyı. davacıyı ihtiyati olarak (*einstweilen*) bir dönem daha yönetim k.-unulu  yesi seçmeye mahkum etmiştir. Davacının temyiz başvurusu üzerine temyiz mahkemesi konuyu incelemiş ve borçlar hukukundaki genel lmralın aynen ifanın talep edilmesi olduğunu ve oys zleşmelerinde de bu kuralın geçerli olup aynen ifanın m ml- n olduğunu, oyun verildiği anda ortaklığa karşı geçerli olması hususu ile aynen ifanın mümkün olup olmamasının farklı sorunlar olduğunu. henüz sözleşmeye aykırılık doğmuş olmasa bile, müstakbel toplantıda oyun sözleşmeye uygun kullanılması için talepte bulunulabileceğini, bunun bir tür muvakkat icra oluşturduğunu ve bunun kabul edilmesi gerektiğini karar altına almıştır. (Kararın incelemesi için bkz. Lörtscher, s. 192).

16 Bar. Al-tuelle Fragen. 1966 s. 500vd, Dohm, s. 160vd; Forstmoser/Meier Hayoz/Nobel, ř 39 N. 191vd; Glattfelder, s. 306a vd, 315a; Lörtscher. s. 193; Stauder, SAG 1968, s. 173-175; Stuber, s. 81vd; **Aksi fikir**, Patry, s. 118a.

17 Bkz. Tekinalp (Poroy/ amoglu) N. 1003a; Moroğlu, 94vd.

1. A_rnen ifanın imkansızlığı sorunu

Oy 1-ıllanmak hukuken bir irade beyanında bulunmak anlamına gelir¹⁸. Bu irade beyanı ancak ortaklık genel kurulunda ve belli usuli şartlar dairesinde ortaya koyulabilir. Paysahipleri sözleşmesinin hükümleri bahsinde dile getirildiği üzere, paysahipleri sözleşmesine aykırı şekilde kullanılan oy verildiği şekilde geçerlidir ve kararın iptali kural olarak talep edilemez. Acaba bu durum karşısında, yani oyun belli bir yönde kullanılması borcu ihlal edilerek geçerli bir karar alındıktan sonra, sözleşmeye uygun olarak oy verme borcunun yerine getirilmesi imkansız hale mi gelmiş sayılmalıdır¹⁹?

Bazı yazarlar, tek seferlik ve sürekli oy sözleşmesi ayrımı yaparak, bir tek genel kurul için belli yönde oy kullanma sözleşmesi yapılmış olması halinde bu borca aykırılığın kusurlu imkansızlık doğurduğunu savunurlar²⁰. İlgili genel kurul geçtiğine göre imkansızlık doğmuştur. Sürekli sözleşmelerde ise borca bir kez aykırılıkta bulunulması ileride de aykırılıkta bulunulacağı anlamına gelmediği için aynen ifa istenemeyecektir.

Oysa ne tek seferlik oy sözleşmeleri bakımından, ne de sürekli oy sözleşmeleri bakımından ilgili genel kurulda yanlış yönde oy kullanılması ifanın imkansızlaştığı anlamına gelmez. Oy sözleşmesi tabiri, borçlanılan edimin belli bir toplantıda belli bir şekilde oy vermektten ibaret olduğu konusunda yanlış bir

18 Teoman, Oydan Yoksunluk, s. 3; Dağ. Oy Hakkı, s. 5; Baumhach-Hueck, AktG §134. N. 7; Flume, Juristische Person, §7, VII, s. 49; Hachenburg - Hüffer. §47. N. 41; Soergel - Hadding. §3 N. 5; Wiedemann, I §3 III 1, s. 179; Winnefeld, Stimmrecht. Stimmabgabe und Beschluss, ihre Rechtsnatur und Behandlung. DB 197z, 1053; Zöllner, KölnKomm, § 133, N. z4; Bürgi, Art. 69z, N. 6; Patry, s. 116a.

19 BGHZ48, 163 kararında (bkz. yuk. dpn. 13), davacının iddialarının dayandığı ve Federal Mahkeme tarafından kabul edilmeyen gerekçelerden biri bu idi.

zo Peters, JZ 1968. s. z7; Stauder, SAC 1968, s. 173; Türk hukukunda: Tekinalp (Poroy/Çamoğlu) N. 1003a; aksi fikir, Moroğlu, s. 95.

fikir doğuruyor olabilir. Oysa borçlanılan edim, oyun belli yönde kullanılması yoluyla bir kararın oluşmasını sağlama edimidir. Sözleşmede ulaşılmak istenen bir amaç vardır ve önemli olan, yalnızca oyun belli bir tarihteki belli bir toplantıda belli bir şekilde verilmesi değil, oyun kararlaştırılan yönde verilmesi yoluyla ulaşılmak istenen sözleşme amacının gerçekleşmesidir. Oy kullanma, sözleşmenin amacı değil araçtır. Bu nedenle, oyun ilgili genel kurulda sözleşmede öngörüldüğü şekilde kullanılmaması ile taahhüt edilen ifanın imkansızlaştığını söylemek mümkün değildir. O toplantıda kararlaştırılan yönde oy verilmemiş olsa bile, sözleşmeye aykırı olarak kullanılan oya dayanılarak alınan kararı etkisiz bırakacak ve sözleşmede kararlaştırılan sonucun elde edilmesini sağlayacak başka bir kararın alınması mümkün olabilir. Bu ihtimal var oldukça, imkansızlık iddiası kabul edilemez^{Z1}. Aynı konuda yeni bir karar alınabilmesi yeni bir genel kurulun toplanmasını gerektirir. Biraz ileride görüleceği gibi, yeni bir toplantının çağrılması büyük usuli güçlüklerin aşılmasını gerektirir. Ancak bu güçlüklerin ağırlığı, aynen ifanın prensip olarak imkansız olduğunu kabule yetmez.

Nitekim pay sahipleri sözleşmelerinde, pay sahiplerinin, sözleşmede sayılanların yapılmasını ve sözleşme amaçlarının gerçekleşmesini sağlamak için oy kullanmak da dahil olmak üzere pay sahibi olarak kendi kudretlerinde bulunan her türlü tasarrufu yapma borcu altında olduklarına dair hükümler yer almaktadır. Bu tür bir hüküm bulunmasa bile, sözleşmenin yorumundan, oy kullanma konusunda girilen taahhüdün, oyun kullanılmasından ulaşılabilecek durumun elde edilmesi için bir araç olduğu sonucu çıkartılabiliyorsa, oy sözleşmesine aykırı şekilde karar alınması halinde sözleşmenin müspet ihlalinin varlığını kabul etmek ve bu ihlalin giderilmesinin yollarını aramak gerekecektir.

Z1 Glattfelder, s. 315a; Moroğlu, s. 95.

Yınen ifayı k'1.lral olarak reddeden Alman Kraliyet Mahkemesi dahi. yukarıda bahsettiğimiz imkanı kabul etmiştir. Mahkeme, ortağın. sözleşmenin ifasını kendi elinde bulunan bir yetkiyi J...7lilannıamak yoluyla engellediği hallerde. bu yetkiyi kullanmasını ve sözleşmeden doğan borcu yerine getirmesini emretmiştir²². Böylece, çoğunluk oluşturan ortakların borç sözleşmesi ile üstlendikleri taahhütleri, ortaklıklar hukukundan doğan haklarını kullanarak ihlal etmeleri engellenmiş, diğer bir deyişle borçlar hukuku / ortaklıklar hukuku ayırımından faydalanmalarının önüne geçilmiştir. Mahkeme bu kararlarda, doğrudan doğruya belli bir yönde oy kullanılmasını değil, sözleşme ile amaçlanan sonuca ulaşılması için paysahibinin kendi yetkisi dahilinde bulunan şeyleri yapmasını emretmiştir²³. Ayrıca paysahibinin elinde bulunan tüm imkan-

22 RGZ 88, 319, 323. Bu olayda bir limited ortaklığın tamamına sahip iki ortak, pay devralma sözleşmesinin tarafı olan üçüncü kişiye yapılacak pay devrinin hukuken geçerli olabilmesi için gereken her tasarrufta bulunmayı taahhüt etmişlerdi. Devir için hem genel kurulun hem de gözetim kurulunun onayı gerekiyordu. Ne şirket ne de gözetim kurulu sözleşme ile bağlı olmadığından, ilk bakışta gözükene, ortakların elinden genel kurulda kendi oylarını olumlu yönde kullanmak dışında bir şey gelmeyeceği idi. Oysa olaydaki iki davalının limited ortaklığın tamamına sahip olması, onlara gözetim kurulunun da onay vermesini sağlamak için ilave imkanlar veriyordu. Mahkeme, iki ortağın şirket esas sözleşmesini değiştirip gözetim kurulunun onayı şartını kaldırabileceklerini veya onay vermeyi reddeden gözetim kurulu üyelerini azledip yerine onay vermeye hazır üyeler atayabileceklerini belirterek, şirketin ve ilgili şirket organlarının onay vermesini sağlamak için ortakların yapabilecekleri bu gibi tasarrufları yapmalarını emretti. Aynı yönde diğer bir karar: RGZ 160, 257, 262. Bu kararda da bir tek kişi limited ortaklığının ortağı, bir borç sözleşmesi ile üstlendiği. şirketin merkezini belli bir şehirde tutma borcunu yerine getirmeyip ortaklığın merkezini başka şehre taşıyınca, mahkeme, tek ortağın tüm paylarını üzerinde toplaması sebebiyle ortaklık organı konumunda bulunduğunu ve bu nedenle merkezin geri getirilmesi için organ sıfatı ile ne yapması gerekiyorsa (yönetime talimat vermek gibi) yapmasını emretti.

Alman Federal Mahkemesinin aynen ifayı kabul eden ilk kararında da mahkeme. payı devir taahhüdünün, payın devri için gerekli olan ortaklık onayının sağlanması şeklindeki yan taahhüdü içerdiği kanaatine varmış ve ortaklar genel kurulunda oy çoğunluğuna sahip olan borçlu paysahibinin bu çoğunluğuna dayanarak payın devrine onay kararını çıkartmak borcu altında olduğuna hükmetmiştir (BGHZ 48 163, 174).

23 RGZ 88, 319, 323; RGZ 160, 257, 260, 263.

ları k-ullanması neticesinde istenilen sonuca yine de ulaşılama-
ması halinde, tazminat talebinde bulunulabileceğine de
işaret etmiştir²⁴.

Dolayısıyla *paysahipleri sözleşmesinde yer alan bir taahhüdün ifası için belli bir yönde oy kullanma borcuna aykırılık halinde aynen ifa talebi, sözleşmede amaçlanan sonuca ulaşılmasını sağlayacak tedbirlerin alınmasının sağlanmasından ibarettir.* Bu talep, ortaklığa karşı değil, sözleşmeye aykırı davranan paysahibine yöneltilmelidir.

Örneğin, alınacak tedbir, yeni bir genel kurulun toplanması ve yeniden karar alınması olabilir. Yeni bir genel kurul kararının alınması için öncelikle ilgili hususun gündeminde bulunduğu yeni bir genel kurulun toplanması gerekecektir. Sözleşmeye aykırı davranan paysahibi azlık ise, genel kurulu toplantıya çağırma imkanına sahiptir.

Alınacak tedbir, esas sözleşmenin değiştirilmesi de olabilir. Örneğin bağlı nama yazılı pay devrinde devir için onay sağlanamıyorsa, esas sözleşmenin değiştirilmesi için gereken nisabın sağlanması mümkün ise, paylar üzerindeki bağlamın kaldırılması için çalışılabilir.

Ancak her durumda sözleşmede amaçlanan sonuca ulaşacak bir tedbir alınması mümkün olmayabilir. Şöyle ki, genel kurul kararı bir kez alınmakla değiştirilemeyecek, geri çevrilemeyecek bir sonuç yaratmış ise, bu kararın sonuçlarını ortadan kaldırmanın tek yolu kararın iptalidir, aynı konuda yeni bir karar alınarak eski kararın sonuçları ortadan kaldırılamaz. Genel kurul kararları kural olarak yönetim kurulu tarafından icra edilerek hukuki sonuçlar doğururlar²⁵. İşte karar yönetim kurulunca icra edilmeyi gerektiren bir karar ise, o takdirde henüz icra edilmeden yeni bir karar alınması ve eskisinin etki-

24 RGZ 160. 257. 263.

25 Winnefeld. s. 1055.

lerinin ortadan kaldırılması mümkün olabilir. Ancak genel l.-urul kararı doğrudan doğruya bazı hukuki sonuçlar doğuran, özellikle üçüncü kişilerin hukuki durumlarına etki eden, hak kazanılmasına yol açan tipte bir karar ise, yeni bir genel kurul kararı alınması yoluyla eskisinin etkileri ortadan kaldırılamaz²⁶. Örneğin, sözleşmede veya konsorsiyumda kararlaştırılan aksine verilen bir oy ile yönetim kurulu üyeleri bir kez ibra edilirse, bu kararın geriye çevrilmesine (kararın iptali yolu dışında) olanak yoktur²⁷. Bu konuda yeni bir genel kurul kararı almak mümkün değildir. Kar dağıtım kararı da bu tür kararlara örnektir. Genel kurul bir kez kar dağıtım kararı aldı mı, dağıtılması kararlaştırılan kar, pay sahipleri bakımından bir alacak hakkı oluşturur²⁸. Şirket üçüncü kişilerin hakları üzerinde tasarruf edemeyeceği için, bu karar daha sonra alınacak bir kararla kaldırılamaz veya dağıtılması kararlaştırılmış karın oranı düşürülemez²⁹. Buna karşılık, esas sermayenin artırılması kararından, kararın tesciline kadar dönmenin veya bu kararı değiştirmenin mümkün olduğu savunulmaktadır³⁰. Bu görüş dahi, esas sermayenin artırılması kararının rüçhan haklarının doğumuna sebebiyet vermesi nedeniyle³¹ tartışılabilir. Fesih kararı ise geri alınabilir bir karardır³². Yönetim kurulu üyelerinin seçimi de, bu üyelerin

26 Janberg/Schlaus, AG 1968, s. 36; Vogel, Gesellschafterbeschlüsse, s. 93; Winnefeld, s. 1055; Dohrn, s. 16z; Glattfelder, s. 307a vd; Messerli, s. 167; Stauder, SAG 1968 s. 173.

27 Janberg/Schlaus, AG 1968, s. 36; Glattfelder, s. 308a, Messerli, s. 167.

28 Domaniç, AŞ, M. 455-456, s. 1535; Tekil, s. 386 ve dñn. 16'da anılan Yargıtay ve İsviçre Federal Mahkemesi Kararları; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu) N. 914 ve orada anılan Yargıtay kararları.

29 Tekinalp (Poroy/Çamoğlu) N. 914.

30 Tekinalp (Poroy/Çamoğlu) N. 1416a; Stauder, SAG 1968, s. 174.

31 Yargıtay'a göre, genel kurulun artırım kararı ile yeni pay alma hakkı ortaklığa karşı ileri sürülebilen somut bir hakka dönüşür. Y. 11. HD. (14.12.1982) E.82/4988 K. 82/5387, YKD Mart 1983, s. 378,380.

32 Arslanlı.AŞ IV-V, s. 155-156; Tekil, s. 497vd; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu) C. 11, s. 152vd; Y. 11. HD. 12.5.1994 E. 4577, K. 4210 : "Anonim ortaklığın tasfiyesine karar verilerek tasfiyeye başlanmış olsa bile, sonradan bu tasfiyeden rücu ile ortaklığın devamına karar verilebilir" Eriş, AŞ m.434-435, s. 705.

bir kararla azli daima mümkün olduğuna göre, yenilenebilir bir karardır³³.

Bu nedenle, genel kurul kararının iptali yoluna gidilmesine gerek olmadan sonuçlarını ortadan kaldırabilecek yeni bir karar alınıp alınamayacağı her durumda incelenmelidir.

□- *Paysahiplerinin ve ortaklığın iradesine müdahale sorunu*

Oy sözleşmesinin aynen ifasına karşı ileri sürülen gerekçelerden biri, anonim ortaklık hukukunun temel kavramlarından olan paysahibinin oy kullanma özgürlüğü ile ortaklığın irade özgürlüğünü ilgilendirir. Alman Kraliyet Mahkemesinin konuyla ilgili ilk kararlarında dile getirilen bir görüşe göre, aynen ifanın zorlanması, paysahiplerinin oy kullanma özgürlüğüne aykırı düşer. Paysahibinin iradesi genel kurulda oluşmalıdır; genel kurul, bir teklifin lehinde ve aleyhinde yer alan unsurların tartışılması imkanını sağlar ve bu amaç için kullanılmalıdır; paysahibi de genel kurulda yapılan bu müzakereler sonucunda karar vermekte bağımsız olmalıdır³⁴. Paysahibinin iradesine müdahale aynı zamanda ortaklığın iradesinin oluşumuna da dışarıdan müdahale oluşturur³⁵.

Alman Federal Mahkemesinin 1967 yılında verdiği ve Kraliyet mahkemesinin oy sözleşmelerinin aynen ifasının reddi konusundaki içtihadını kaldıran kararında³⁶ mahkeme, önce genel olarak³⁷ oy sözleşmelerinin aynen ifa ve cebren icrasına

33 Glattfelder, s. 308a, Messerli, s. 168; Stauder, SAG 1968, s. 174;.

34 RGJW19z7. z99z. z993.

35 RGZ 11z. z73, z79; RGZ 119,386,390; RGZ 160, z57. z6z; RGJW19z7. z99z. z993; RGZ 133, 90, 95.

36 BGHZ48. 163,170 (yuk. dñn. 13).

37 Karara konu olan olay oldukça özel koşullar içermekte ise de, kararın gerekçesinin bilinçli olarak genel tutulduğu ve mahkemece aynen ifa talebinin genel olarak kabul edilmesinin amaçlandığına işaret edilmektedir: Hachenburg - Hüffer§47, N. 80; Noack, s. 70; Zöllner - Baumbach/HueckGmbHG§47, N. 80.

yönelik talebin reddedilemeyeceğini belirttikten sonra, tek tek aynen ifanın karşısında olan gerekçeleri incelemiştir. Mahkenenin haklı olarak belirttiğine göre, aynen ifanın paysahibinin oy kullanma ve karar alma özgürlüğüne aykırı düştüğü doğru değildir, zira bir borç sözleşmesi yoluyla taahhüt altına giren her ortak, oy kullanma ve karar alma özgürlüğünü sınırlamış olmaktadır. Diğer bir deyişle Mahkeme burada, aynen ifaya imkan verilmese dahi, paysahibinin bizatihi oy sözleşmesi yapmak yoluyla da karar alma özgürlüğünü sınırladığına ve bunun hukuken kabul edildiğine dikkat çekmektedir. Gerçekten de yaptırımın aynen ifa yerine yüklü bir tazminat olması, paysahibinin iradesi üzerinde bir baskı unsurunun var olduğu gerçeğini değiştirmeyecektir³⁸. Aynı şekilde genel kurulun, paysahibinin hangi yönde oy kullanacağına dair fikrini oluşturmaya yarayan bir forum olduğu düşüncesi de ancak bir yere kadar doğrudur, zira zaten çoğu paysahibi genel kurula kendi kararını vermiş olarak gelir³⁹. Öyleyse paysahibinin oy kullanma özgürlüğü, paysahibinin iradesinin mutlak olarak bağımsız olması gerektiği şeklinde anlaşılmamaktadır ve anlaşılmamalıdır. Zira böyle bir düşünce çizgisi, bizatihi oy sözleşmesinin hukuka aykırı olduğu sonucuna götürürdü⁴⁰. Oysa oy sözleşmesi bugün oybirliğiyle geçerli kabul edilmektedir.

38 Fischer, GmbHR 1953, s. 68; Fischer, Zur Methode revisionsrichterlicher Rechtsprechung auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts dargestellt an Hand der Rechtsprechung zu den Stimmbindungsverträgen, FS Kunze, 1969, 95 s. 103; Mertens JR 1967, 462; Scholz/Schmidt (8. bası atfıyla 6. bası 1978/1983) §47, N. 53, Vogel, Gesellschafterbeschlüsse, s. 92; Dohm s. 164; Messerli, s. 161;

39 BGHZ 48, 163, 171. aynı fikirde, Zutt, Einstweiliger Rechtsschutz bei Stimmhindungen, ZHR (155) 1991, 190, s. 199.

40 Flume, Juristische Person, §7 VII s. 248; Peters, AcP 1957, s. 324; Rowedder Koppensteiner §47 N. 30. Glattfelder, s. 312a; Messerli, s. 161. Nitekim oy sözleşmesinin hukuki geçerliliğinin tartışmalı olduğu yıllarda, oy sözleşmesinin geçerliliğine bu nedenle karşı çıkmıştır (Müller-Erbach, Mitgliedschaft, s. 249vd).

Paysahibinin oy kullanma özgürlüğü, hem pay sahibinin oyunu kullanıp kullanmama özgürlüğünü içerir, hem de paysahibinin oyun hangi yönde kullanılacağına istediği şekilde ve istediği nedenlerle karar verebilmesi anlamına gelir⁴¹. Paysahibinin belli bir yönde oy kullanmaya karar verirken hangi gerekçelere dayandığı, hangi itici güçle hareket ettiği, ne diğer paysahipleri - ni ne de ortaklığı ilgilendirmez, paysahibi dayandığı gerekçeler bakımından sorgulanamaz veya oyunu belli bir yönde kullandığı için sorumlu tutulamaz⁴². Oy, gerekçesi ne olursa olsun, paysahibinin verdiği şekilde kabul edilmelidir.

Paysahibinin oy kullanma ve karar alma özgürlüğü, paysahibinin her türlü dış etkiden uzak olarak oy kullanacağı anlamına gelmez. Zaten irade özgürlüğünün böyle mutlak olarak alınması hayatın gerçeklerine de ters düşer. Paysahibinin oy kullanmadaki irade özgürlüğü, paysahibinin oyunu kullanırken hangi etmenleri dikkate alacağına, hangi olay veya olgulardan etkileneceğine hukuk sınırları içerisinde kendi kendisinin karar

41 Çeker, Oy Hakkı, s. 193-194; Dağ, Oy Hakkı, s. 29vd.; Moroğlu, s. 18vd; Teoman, Oydan Yoksunluk, s. 10vd. Aksi fikir, Helvacı, s. 65 dph. 222. Yazar, paysahibinin oy kullanma özgürlüğünün ortaklığın çıkarları ile sınırlandırılmı. paysahibinin, ancak kendi çıkarları ortaklığın çıkarları ile çatışmadığı alanlarda kendi istediği şekilde oy kullanabileceğini, aksine davranışın ortaklık kurma niyetiyle (*affectio societatis*) bağdaşmayacağını, paysahibinin verdiği oyun alacaklıların ve çalışanların durumunu da etkilediğini, bu nedenle paysahibinin önce işletmeyi düşünmesi gerektiğini savunmaktadır.

42 Lübbert, s. 132; Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), N. 960. Hatta Alman Paylı Ortaklıklar Kanununda bu husus açık hükme bağlanmıştır. AktG §117'ye göre, ortaklık üzerindeki etkisini kullanarak, ortaklık adına tasarrufta bulunmaya yetkili bir kişinin ortaklığa zarar verecek bir davranışta bulunmasına sebebiyet veren kişi, bundan doğan zararı tazmin etmek zorundadır. Ancak, zarar verici tasarrufa sebebiyet veren etmen genel kurulda oy kullanılması ise, böyle bir sorumluluk doğmaz. Diğer bir deyişle oy hakkının şu ya da bu şekilde kullanılması ortaklığa zarar verici bir sonuç doğursa bile, paysahibi oyunu o yönde kullandığı için sorumlu tutulamaz. (Bu hüküm ve eleştirisi için ayrıca bkz. §5 III B 2 g). Ancak oy verirken sırf ortaklığa zarar vermek kastıyla hareket edilmesi halinde BK 41 vd. uyarınca haksız fiil sorumluluğu doğabilir. Tekinalp (Poroy/Çamoğlu) N. 960; Moroğlu, Batider C. XVII S. 3. s. 52vd. ve aynı görüşün Alman ve İsviçre hukukunda da kabul edildiği ile ilgili olarak orada yapılan atıflar.

verebilmesi demektir⁴³. Oy sözleşmesi akdetmek de işte bu özgürlüğün teyidi ve kullanılması anlamına gelir⁴⁴. Paysahibi, oyunu ne yönde k.'Ullanacağına kendi başına karar verebileceği gibi. bu konuda kendisini bağlayacak sözleşmeler de akdedebilir⁴⁵. Paysahibine, oyunu kullanırken kendi çıkarlarının gerektirdiği şekilde diğer paysahipleri ile anlaşmak, menfaatlerini birleştirmek imkanı tanınmaması, oy kullanma özgürlüğünün korunmasını değil kısıtlanmasını oluştururdu⁴⁶.

Diğer taraftan paysahibinin oyunu kullanırken ortaklığa veya ortaklık amaçlarına yabancı tesirler altında kalması ortaklık tarafından da engellenebilecek bir durum değildir. Kanunun ortaklıktaki irade oluşumu konusunda getirdiği denetleme sistemi oyun nasıl kullanıldığının değil, sonuçta alınan kararın denetlenmesine yönelmiş bir sistemdir⁴⁷. Ayrıca paysahibinin oy hak.kını veya diğer ortaklık haklarını ortaklığın menfaatini göz önünde tutacak şekilde kullanmasını gerektirecek bir kanuni düzenleme de bulunmamaktadır⁴⁸. Öyleyse, paysahibinin oyunu kullanırken dış etkenler altında kalmasının veya sözleşmese! yolla bu tür sınırlamalarla kendisini bağlamasının karşısında bulunan herhangi bir hukuki engel yoktur.

43 Fischer, GmbHHR 1953, s. 65. Aynı görüşü benimseyen: Moroğlu, s. 19; Dağ, s. 31.

44 Fischer, GmbHHR 1953, s. 65; Löwenheim, JuS1969, s. 260.

45 Lörtscher, s. 193; Stauder, SAG 1968, s. 174-175.

46 Fischer, GmbHHR 1953. s. 65.

47 Lübbert, s. 141.

48 Çeker, Oy Hakkı, s. 193-194; Dağ, Oy Hakkı s. 22; Nomer, s. 105; Moroğlu, s. 20; Teoman, Oydan Yoksunluk, s. 12. *Nomer*, sadakat yükümünü oy kullanmada genel bir sınırlama olarak görmemekle birlikte, istisnai olarak paysahibinin kendisine külfet getirmeyen, şirketin geleceği açısından önem taşıyan ve paysahibinin de bu önemi bilebilecek durumda olduğu konular bakımından bir olumlu oy kullanma yükümünü kabul etmektedir. Türk ve İsviçre hukuklarında sadakat yükümünün varlığı ve oyun kullanılmasında bir sınır oluşturabileceği düşüncesi hakim görüşçe reddedilirken. Alman hukukunda bu yüküm tanınmakta ve sadakat yükümünün paysahibinin oy kullanma özgürlüğüne bir sınır teşkil ettiği kabul edilmektedir. Bkz. Nomer, s. 103 vd. ve yuk. §1 dpn. 42.

Paysahibinin oyunu ne şekilde kullanacağı konusundaki kanaatini oluştururken özgür hareket edebileceği kabul edildiğine göre, belli bir yönde bir kanaat oluştuktan sonra bunun uygulanması da serbest olmalıdır. Paysahibinin bunu kendisinin hayata geçirmesi, yani kararlaştırılan şekilde oy kullanması ile bunun cebren paysahibine dayatılması arasında acaba bir fark gözetilmeli midir? Paysahibinin sözleşmede kararlaştırıldığı şekilde oy kullanması hukuken geçerli kabul edilmektedir. Demek ki serbest uygulama ile cebri ifa arasındaki fark, oyun içeriğinden değil, paysahibine bir sonucun dayatılmasından kaynaklanmaktadır. Şu halde akla gelen soru, paysahibinin sonradan fikrini değiştirmesi halinde oyun kendisine dayatılmasının mümkün olup olmayacağıdır.

Paysahibinin irade özgürlüğünü kullanarak ne yönde oy kullanacağına karar vermesi ve bu yönde oy kullanacağına dair bir taahhüt altına girmesinin ardından bunu yerine getirmemesi için tek neden, daha evvelden kabul ettiği yolun artık kendisi veya ortaklık için tutulacak en iyi yol olmadığı düşüncesinin egemen hale gelmesi olabilir. Bu halde paysahibi oy kullanma özgürlüğü çerçevesinde herhangi bir sözleşme yaparak hareket serbestisini sınırlandırmamış olsa, evvelki fikrinden cayma özgürlüğünü de korumuş olurdu. Oysa bir sözleşme yapıldıktan sonra değişen koşullar nedeniyle sözleşmenin artık kendisi için istenmeyecek hükümler içerdiğini düşünen bir kişinin bu nedenle sözleşmeden dönme veya ifadan kaçınma imkanı (işlem temelinin çökmesi ve sözleşmenin uyarlanması gibi istisnai bazı haller dışında) mevcut bulunmamaktadır⁴⁹.

49 Bu nedenle bazı önemli kararlarda ortağın genel kurula kadar fikrini değiştirme imkânına sahip olması gerektiği, ancak bunun paysahipleri sözleşmesinin geçerliliğini kabul edip icrasını reddetmekteki tutarsızlık nedeniyle cebri icraya karşı çıkmakla değil, paysahipleri sözleşmesinin geçersiz sayılması yoluyla yapılabileceği fikri de savunulmuştur: Löwenheim, JuS 1969, s. 63-64; Sözleşmeyi geçerli addedip cebri icrayı reddetmenin çelişkili olduğu görüşüne katılan: Rowedder - Koppensteiner, §47, N. 30; Flume, Juristische Person, §7 VI, s. 48, Kummer, Die Klage auf Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung, ZSR (73) 1954, 163, s. 174.

Kişi. sözleşmede üstlendiği borcu, bunun aynen yerine getirilmesi için olduğu sürece yerine getirmekle yükümlüdür. Yol...--sa kişi !..'Ural olarak borcu yerine getirmek yerine tazminat ödeyerek taahhüdünden sıyrılmaz. Öyleyse paysahibi de kabul ettiği yönde oy vermenin kendisi veya ortaklık için en iyi sonucu doğurmayacağını sonradan anlamış olsa bile, bu taahhüdü yerine getirmek zorunda olmalıdır⁵⁰.

Oy sözleşmeleri bakımından bunun aksini savunmak için ancak şöyle bir gerekçe düşünülebilir: Anonim ortaklıklar, ekonomik hayatta önem arzeden kurumlar olduğu için, bunların menfaatleri bireylerin menfaatlerinden önde tutulmalı ve anonim ortaklığın devamını sağlamak için ortaklık bakımından en iyi olacak sonucun gerçekleşmesi sağlanmalıdır. Anonim ortaklıktaki irade oluşumu sırasında arzulanan, anonim ortaklık için en iyi sonucu doğuracak şekilde karara varılmasıdır. Bu nedenle bir paysahibi evvelce bir oy sözleşmesi akdetmiş olmakla beraber sonradan bu sözleşmede kabul ettiği şekilde oy kullanmasının anonim ortaklığın menfaatlerine aykırı olacağını farkedirse, paysahibine fikir değiştirme imkanı tanınmalıdır.

Acaba böyle bir gerekçe kabul edilebilir mi? Kanaatimizce yanıt olumsuzdur. Bir kere anonim ortaklığın menfaatlerinin diğer bireylerin menfaatlerinden daha üstün olduğunu kabul için bir gerekçe yoktur. Daha önemlisi, sözleşmeden doğan yükümlülüğün yerine getirilmesinin anonim ortaklığa zarar verecek olması halinde sorun sözleşmenin icrası ile değil doğrudan doğruya sözleşmede yer alan taahhüdün kendisi ile ilgilidir^{50a}. Sözleşme tarafının, sözleşmeden doğan bir talebi ileri sürmesinin hakkın kötüye kullanılmasını oluşturduğu hallerde bu talep korunmaz. Bir kişiyi, bir başka kişiye zarar verici davranışta bulunmaya zorlamak da ahlaka aykırı olur.

50 Ayru yönde, Messerli, s. 16□; Stauder, SAG 1968, s. 175.

50a Bkz. yuk. dpn. 49.

Sözleşmede yer alan taahhüt ahlaka aykırılık derecesinde ortaklığın zararına sonuç doğuruyorsa, sözleşme batıl olur⁵¹. Öte yandan Borçlar hukukumuzda kabul edilen genel prensip uyarınca, sözleşmenin akdinden sonra şartlarda meydana gelişen değişiklikler nedeniyle borcun ifasının talep edilmesinin dürüstlük kuralına aykırı düştüğü hallerde sözleşmenin yeni şartlara göre ayarlanması veya feshinin istenmesi de mümkündür⁵². Bu ilke pay sahipleri sözleşmesi bakımından da vardır. Ayrıca sözleşmenin bir adi ortaklık oluşturması halinde, haklı sebeple fesih talep edilebilir (BK 535 I 7). Bunun yanı sıra kanunda özel olarak fesih hakkı düzenlenmeyen sürekli borç ilişkilerinde de sözleşmenin devamının taraflardan biri için çekilmez hale gelmesi halinde sözleşmenin feshedilebileceği kabul edilmektedir⁵³. Son olarak, pay sahibi daha sözleşmeyi akdederken hileye uğratılmış veya sözleşmenin esaslı unsurlarında hataya düşmüş ise veya gabin mevcutsa, sözleşmeyi iptal etmek yoluna da gidebilir.

Paysahibinin hukuken tanınan bu gibi imkanlarla sözleşmeden kurtulması mümkün olmuyorsa, artık pay sahibi o sözleşme ile bağlı olmalıdır. Paysahibinin irade özgürlüğüne müdahale, paysahibinin sözleşmeyi yerine getirmekten kaçınabilmesi için bir gerekçe oluşturamaz. Öyleyse paysahibinin akdettiği oy sözleşmesine sonradan uymaması imkanını tanımak için paysahibinin oy kullanma özgürlüğü açısından herhangi bir gerekçe bulunmamaktadır. Sözleşmenin cebren icrası paysahibinin irade serbestisine herhangi bir müdahale oluşturmaz, zira pay sahibi irade serbestisinden faydalanarak kendi kanaatini evvelce oluşturmuş

51 Bkz. yuk. §5 III B z g

52 Oğuzman/Öz, s. 433; Serozan, İfa, §zo N. 1vd; Tekinay Borçlar, s. 1005. Y. 13. HD. 1z.z.1981, E. 147, K. 93z, (YKD. 198z/II, s. 1561).

53 Seliçi, Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkisinin Sona Ermesi, İstanbul 1977, s. zoovd.

ve bu yolla genel kurul esnasında serbest karar alma imkanını l.-ullanmal.-tan vazgeçmiştir⁵⁴.

Ortaklığın irade oluşumuna müdahale sorununa gelince, paysahibinin taahhüt ettiği şekilde oy kullanmaya zorlanmasının, oy kullanma özgürlüğüne aykırı olmadığı kabul edildiği takdirde, paysahiplerinin irade açıklamalarının toplamından oluşan ortaklık iradesine de dışarıdan müdahale edildiği söylenemez. Paysahibinin oyunun cebren sözleşmede kararlaştırıldığı şekilde kullandırılması, kararın yönünü değiştirebilir, ancak hemen aşağıda da belirtildiği gibi, bu yalnızca paysahibinin oy verme faaliyetinin doğal bir sonucudur, yoksa doğrudan doğruya ortaklık iradesine yapılmış bir müdahale söz konusu değildir. Paysahibinin serbest iradesi ile sözleşmede kararlaştırıldığı şekilde oy kullanması ortaklığın iradesine müdahale sayılmadığına göre, aynı sonuca aynen ifanın sağlanması yoluyla ulaşılması da müdahale oluşturamaz. Paysahibinin kendi iradesini hukuki sınırlar çerçevesinde bağlayabilmesi ne ortağın ne de ortaklığın irade özgürlüğünün zedelenmesi anlamına gelmez.

Oy sözleşmesi ile borç altına girmiş olan paysahibinin genel kurulda bu sözleşmeyi dikkate almadan oy kullanmasına, (başka şekilde sınırlandırılması mümkün bulunan) bir karar alma özgürlüğü adına imkan vererek, sözleşme alacaklısını yalnızca nakdi giderim ile haşhaşa bırakmak adalet anlayışına uymaz ve ancak sözleşmenin ihlalini teşvik edebilir⁵⁵.

3. Cebren ifanın sonuçlarının ortadan kaldırılabilmesi imkanı

Cebren ifaya karşı ileri sürülen diğer bir gerekçe, paysahiplerinin yeniden sözleşmeye aykırı hareket ederek aksi yönde

⁵⁴ Lüke/Walchshöfer Münchener Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Beck München 1992 (Heinze) §935, N. 140.

⁵⁵ Aynı yönde, Erman, Zwangsweise Durchsetzung von Ansprüchen aus einem Stimmbindungsvertrag im Aktienrecht, AG 1959, 267, s. 268; Peters, AcP 1957 s. 318; BGHZ 48, 163, 171.

karar alabilme imkanına sahip olduğu, böylece cebri icranın sonuçlarının ortadan kaldırılabilceği ve bu nedenle sözleşmenin cebren ifasının bir anlam ifade etmeyeceğidir⁵⁶.

Ancak böyle bir imkanın varlığı aynen ifanın reddi için bir gerekçe sayılamaz, zira cebri icranın sonuçlarının ortadan kaldırılması imkanı ortaklıklar hukuku dışındaki alanlarda da mevcuttu' ve bu aynen ifa ve cebren icra taleplerinin reddini gerektirmemektedir⁵⁷.

Ayrıca oysözleşmesine aykırılığın yalnızca tazminat yaptırımına bağı tutulması sözleşmeden beklenen faydayı sağlamayacak ve sözleşmenin ihlalini teşvik edecektir. Sözleşme alacaklısının bu nedenle de aynen ifayı talepte haklı bir menfaati vardır⁵⁸.

4. Aynen ifa kararnın icrası sorunu

(a) Oyun yeniden kullanılabilmesi için yapılması gereken tasarruflar

Oy sözleşmesine aykırılıkta aynen ifa talebi, genel kurulda bir kez kullanılmış oyun, oy sözleşmesine dayanılarak geçersiz kılınamaması nedeniyle, ancak bu oya dayanılarak alınmış kararı etkisiz bırakacak ve aynı konuyu yeniden düzenleyecek bir karar alınmasına yönelik tasarruflarda bulunulmasını kapsar. Bu tasarruflar, ilgili konunun gündeminde yer aldığı yeni bir genel kurul toplanması ve bu genel kurulda paysahibinin sözleşmeye uygun olarak oy kullanmasını içerir.

56 RGZ 112, z73, z79-z80.

57 BGHZ 48, 163, 171. Böyle bir gerekçe ile ifanın reddedilemeyeceği görüşünü paylaşan: Erman, AG 1959 s. z68; Fischer, GmbH 1953, s. 68; Peters, AcP 1957. s. 318; Peters, JZ 1968, s. z8; Zluhan, AcP 128, z96vd; Glattfelder, s. 313a vd; Messerli, s. 163. *Peters'in* dediği gibi, davalının, cebri icranın sonuçlarını ortadan kaldırabilme, eski hale iade imkanı olması cebri icranın reddi için geçerli bir sebep olsaydı, hukuk düzeni kötüniyetli kişilerin önünde eğilmek zorunda kalırdı QZ1968, s. z8).

58 BGHZ 48.163.170-171.

Aynı konuda yeni bir genel kurulun toplanması usuli açıdan büyük güçlükler arzeder. Aynen ifanın sağlanması için bu şartın yerine getirilmesi zorunluluğu, kanaatimizce ihtilafın çözümünde oyda aynen ifanın talep edilmesinin tercih edilmeyecek bir yol olarak kalması sonucunu doğuracaktır. Ancak oyda aynen ifa konusundaki tartışmaların tüm yönleriyle ele alınması için bu yolun da incelenmesi şarttır.

Genel Kurulun toplantıya çağrılmasında yetkili olanlar, yönetim kurulu (TK 365), yönetim kurulunun ihmali halinde veya zaruri ve müstacel sebepler çıkması halinde denetçiler (TK 365, 355, 353 I 8), azlık (TK 366), tasfiye memurları (TK 440 11) veya organ boşluğu halinde mahkemece atanmış kayımlardır (Komiser Yönetmeliği m.9g).

Paysahipleri sözleşmesinden doğan borçların ifa edilebilmesi için organlara talimat verilemez. Bu sözleşme, ortaklık organlarını bağlamaz. Ancak, paysahipleri, organlar içerisindeki hak ve yetkilerini kullanırken paysahipleri sözleşmesini dikkate alma taahhüdü altına girmiş durumdadırlar. Paysahipleri sözleşmesi akdedilirken, sözleşmede yer alan taahhütlerin bir çoğunun genel kurulun değil yönetim kurulunun yetki sahasına girdiğine yukarıda işaret edildi. Paysahibinin doğrudan paysahibi olarak yapamayacağı bazı tasarrufların yapılmasını sağlamak için yönetim kuruluna seçtiği üyelere talimat vermek veya bizzat yönetim kurulu üyesi ise paysahipleri sözleşmesini dikkate almak yoluyla sözleşmenin uygulanmasını sağladığı belirtildi. Öyleyse, paysahipleri sözleşmeyi imzalarken organ sıfatlarından faydalanmayı planlamaktadırlar. Bu nedenle sözleşmenin cebri icrası sırasında da organlarda üye olarak bulunan paysahiplerinin, bu sıfatla ellerinde bulunan imkanları kullanmaları veya organlarda temsilcileri varsa onlara uygun talimatları vermeleri gerekir. Paysahibine genel kurulun toplantıya çağrılması için yetkisi dahilinde bulunan tüm tasarrufları yerine getirmesi emri, bu hususu da kapsar. Aksi takdirde, paysahibinin sözleşmede

gerçekleştirme sözü verdiği bir sonucu, ortaklık organlarındaki yetkisine dayanarak yerine getirmemesi hakkın kötüye kullanılmasını oluştururdu⁵⁹.

Paysahibi azlık oluşturuyorsa, o takdirde paysahibinin elinde genel kurulun toplantıya çağırılması için çok önemli bir imkan var demektir. TK 366. madde uyarınca azlık, toplantı yapılmasını gerektiren sebepleri bildirerek yönetim kurulunun toplantıyı çağırması talebinde bulunabilir. Ancak daha evvel aynı konuda bir toplantı yapılmış ise (ki belli bir yönde oy verme borcunun ihlal edilmiş olması için bu şarttır), yeniden aynı konuda toplantı yapılması için ileri sürülen sebepler önem taşır.

Yönetim kurulunun, azlığın talebinde belirttiği sebeplerin gerektirici niteliğini incelemek yetkisini haiz olup olmadığı tartışmalıdır. Kanunda talebin gerektirici sebepleri içermesi gerektiği yazıldığından, yönetim kurulunun böyle bir yetkisi olduğu sonucu çıkarılabilir⁶⁰. Ancak bu sebeplerin yazılmasının gündemin hazırlanabilmesine yönelik olduğu, kanunun yönetim kurulunun çağırma yetkisini yapması konusunda kullandığı "mecburidir" ifadesinin açık ve kesin olduğu ve yönetim kurulunun sebeplerin gerektirici olup olmadığını incelemeyen çağırma yetkisi gerektirdiği görüşü de savunulmaktadır⁶¹. Ancak hangi görüş savunulursa savunulsun sonuç değişmemektedir. Şöyle ki, yönetim kurulu ister takdir hakkını kullanarak ister başka bir nedenden ötürü çağırma yetkisini yapmaz ise, azlığın denetçiye, denetçiden de bir sonuç alamaması halinde de mahkemeye başvurma yetkisi vardır⁶². Bu söylenenler, zaten bir genel kurul toplanacak ise, bu genel kurul gündemine madde eklettirilmesi hakkı bakımından da geçerlidir.

⁵⁹ Bkz. yuk. dkn. 111'deki kararlar.

⁶⁰ İmregün, AO, s. 313.

⁶¹ Poroy (Tekinalp/Çamoğlu). N. 757d.

⁶² İmregün, AO, s. 313; Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), N. 757d.

Mahkemenin çağrı yapılması veya gündeme madde ekletilmesi konusunda azlığın ileri sürdüğü gerek-tirici sebepleri inceleme yetkisi olup olmadığı da tartışmalıdır. Bir görüşe göre, mahkeme yalnızca usule uyulup uyulmadığını incelemeli, diğer bir deyişle gerektirici sebeplerin belirtilip belirtilmediğine, gerekli kademelerden geçilip geçilmediğine bakmalıdır⁶³. Başka bir görüşe göre malikenie usule uygunluğu incelemekten başka, işin esasına girmeden sebeplerin gerektirici olup olmadığını da incelemelidir⁶⁴. Ancak böyle bir incelemenin işin esasına girmeden yapılması güç olsa gerektir. Yargıtayın her iki yönde de kararı mevcuttur. Bir kararda kanunun yönetim kuruluna toplantının yapılması için bir mecburiyet yüklediği, bu nedenle yönetim kurulunun bunu yerine getirmemesi halinde "hakimin adeta yönetim kurulunun yerine geçerek toplanması mecburi olan genel kurulun sadece toplanmasına izin vereceği ve anılan maddenin koşulları mevcut olduğu takdirde esasen mahkemenin isteği reddetmesinin söz konusu olamayacağı" belirtilmiştir⁶⁵. Buna karşılık başka kararlarda, mahkemece "davacılara gündem için gerekli açıklama yaptırılması ve davalı tarafın bu husustaki savunmasının tesbitinden sonra hasıl olacak sonuç çerçevesinde genel kurul gündem maddeleri hakkında bir karar verilmesi icab ettiği"⁶⁶, mahkemenin "gündeme ilavesi istenen her hususu kabul etmek zorunluluğu olmadığı, TİK'nun hükümleri ile şirket anasözleşmesi hükümleri göz önünde tutularak, gündeme ilavesi mümkün ve doğru olan hususların kabulüne karar verilmesi, münasip olmayan isteklerin reddedilmesi gerektiği"⁶⁷ hükme bağlanmıştır.

63 Eriş, AŞ, Md. 367 s. 388.

64 Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), N. 670.

65 Yargıtay 11. HD. 13.10.1982, E. 3719 K.3869; Eriş, 2. bası, Md. 367, s. 1059-1060

66 Yargıtay 11. HD. 6.2.1989, E. 9035 K.569; Eriş, 2. bası, Md. 367, s. 1061-1062. Aynı yönde bir diğer karar: Y. 11 HD. 25.4.1994 E. 735 K. 3473, Eriş, AŞ Md. 367, s. 393.

67 Yargıtay 11. HD. 1.2.1993, E. 6659 K. 508; Eriş, AŞ Md. 367, s. 392. Benzer bir karar: Y. 11. HD: 16.5.1994, E. 289 K. 4279; Eriş, AŞ Md. 367, s. 393.

Böylece anılan kararlardan, yüksek mahkemenin, azlığın toplantı yapılması veya gündeme madde eklettirilmesi için ileri sürdüğü gerekçelerin gerektirici olup olmadığını inceleme eğilimi içinde olduğu anlaşılmaktadır. Bu takdirde, azlığın ileri süreceği sebep "paysahipleri sözleşmesinin ifası" olursa, mahkemenin bu sebebin gerektiriciliğine kani olması zordur. Zira adı üzerinde bu sözleşme ortaklığı değil paysahiplerinin iç ilişkilerini ilgilendirir. Mamafih, paysahiplerinin aralarındaki sorunların çözülmesi ortaklığın işleyişi bakımından da önemli olduğundan, sebep yeterli görülebilir. Ayrıca azlığın göstereceği başka bir sebep de mevcut olabilir.

Genel kurulun toplanması için gereken tasarrufların yapılması emri ancak İİK m. 30 uyarınca icra edilebilir. Bu hükme göre, ilam icra dairesine verilecek ve icra müdürü ilamda gösterilen süre içinde paysahibine genel kurulun toplanması için gereken tasarrufları yapmasını emredecektir. Borçlu bu emre uymazsa, davacının şikayeti üzerine tetkik mercii tarafından bir aydan üç aya kadar hafif hapis cezasına mahkum edilir.

Diğer taraftan davacının kendisi azlık oluşturuyorsa, davacı da genel kurulun toplanması için harekete geçebilir.

Genel kurulun toplanması sağlanabilirse, oyun kullanılması safhasına geçilecektir.

(b) Oy kullanma borcunun cebren icrası

Oy sözleşmesine aykırılıkta aynen ifa imkanı maddi hukuka göre kabul edilse bile, bu talebin icrasının nasıl yapılabileceği konusu açıklık kazanmamıştır.

Bu hususta en ileri giden hukuk *Alman hukukudur*. Alman Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (ZPO) 883 ila 898. maddelerinde çeşitli ilamların icrasına dair hükümler içermektedir. Bu bölümde diğer bazı özel hükümler arasında, menkul-lerin teslimi, yapma ve yapmama borçlarının ve irade

beyanında bulunma borçlarının ifası ayrı ayrı düzenlenmiştir. Eger oy sözleşmesi, oy kullanmama taahhüdü içeriyorsa, Alman hukul.7.ında bu taahhüt ZPO §890 hükmüne göre icra edilir⁶⁸. Bu hükmüne göre, yapmama borcuna aykırılık halinde, her aykırılık için bir para cezasının ödenmesi talep edilir ve para cezasının yerine getirilmemesi halinde de altı aya kadar hapis cezası verilir. Oy sözleşmesi belli bir yönde oy kullanma borcunu içermekte ise, o takdirde bir kaç imkan vardır. Bir üçüncü kişi tarafından yerine getirilebilecek edimlerin icrasını düzenleyen ZPO §887 hükmü, borçlunun şahsen yerine getirmesi gereken edimlerin icrasını düzenleyen ZPO §888 hükmü ve bir irade beyanında bulunma borcunun icrasını düzenleyen ZPO §894 hükmü. Oy sözleşmesinde yer alan taahhüt yalnızca oylamaya katılmaya, yani toplantıya gelip belli bir irade beyanında bulunmaya dair olup oyun ne yönde kullanılması gerektiği belirtilmemiş ve takdir hakkı paysahibine bırakılmışsa, o halde yalnızca borçlunun ifa edebileceği bir borç söz konusudur, zira sözleşmede kararlaştırılmamış ise, kimse borçlunun yerine oyunu ne yönde vermesi gerektiğini tayin edemez⁶⁹. Bu borca aykırılıkta icra ZPO'nun §888 hükmüne göre yapılır⁷⁰. Oyun, bir konsorsiyum kararı ile belirlenecek yönde kullanılması gerekip de henüz böyle bir kararın alınmadığı hallerde, yani oyun içeriğinin belli olmadığı hallerde de durum aynıdır⁷¹. Bu hükme göre borçlunun bizzat ifada bulunması para veya hapis cezası ile

68 Hachenburg - Hüffer, §47, N. 81; Scholz/Schmidt, §47 56; Rowedder - Koppensteiner §47 N. 31; Peters, AcP 1957, s.3z5-3z6; Stein/Jonas Kommentar zur ZivilprozeR.ordnung, Bd. 7/1 z1. Auf. 1996 (Brehm), §890 N. 4; Zurt, ZHR (155) 1991198.

69 Stein/Jonas - Brehm §894 N.1; Zurt, ZHR 155 (1991) s. 196.

70 Stein/Jonas - Brehm §894 N.1; §888, N.z. Mahkeme kararının irade beyanının içeriğini yeteri kadar açık ve net belirlememesi halinde icranın §888'e, kararın açık olması halinde ise §894'e göre yerine getirileceği konusunda: Wiczorek/Schütze ZivilprozeR.ordnung und Nebengesetze GroR.kommentar, Bd. IV/z 3. auf. Berlin 1999 (Storz) §888 N. 59, §887 N. 13, §888'in her türlü oy kullanma borcu için kullanılması gerektiğini savunan: Fischer, GmbHR 1953, 69vd.

71 Zurt, ZHR 155 (1991) s. 198.

zorlanır. §888 hüknü, yalnızca borçlu tarafından yerine getirilebilecek ve münhasıran borçlunun iradesine bağlı edimler hakkında uygulanır⁷². Oy kullanma paysahibinin iradesine bağlı bir husus olmasına rağmen, paysahibi bu konudaki irade serbestisini evvelce kullanarak bir karara varmış ve hatta bir sözleşmede bunu tesbit etmişse, o takdirde oy hakkı münhasıran borçlunun iradesine bağlı olmaktan çıkar⁷³. Bu nedenle, sözleşme tarafının oyu hangi yönde kullanacağı sözleşmede belirlenmişse, §887 veya §894'in uygulanması söz konusu olabilir. ZPO §887 hükmü, Borçlar Kanunumuzun 97. maddesinin 1. fıkrasında öngörülen imkanı düzenlemektedir. Bu hükme dayanılarak borçlunun bizzat yerine getirmek zorunda olmadığı borçların, masrafları borçluya ait olmak üzere alacaklı tarafından yerine getirilmesine izin verilmesi imkanının, ne yönde kullanılacağı belli olan ve normalde bir temsilci vasıtasıyla kullanılabilen oyun, alacaklı tarafından kullanılmasına izin verilmesi şeklinde uygulanması savunulmuştur⁷⁴. Ancak Alman Federal Mahkemesinin konuyla ilgili kararından⁷⁵ sonra hakim görüş⁷⁶, oy kullanma borcuna aykırılıkta aynen ifaya dair ilamın belli bir irade beyanında bulunulmasını emreden ilamların icrasına dair ZPO §894 hükmüne göre icra edilmesi gerektiği yoluna dönmüştür. Bu hükme göre, mah) <:emenin aynen ifaya dair hükmü kesinleştiği anda, irade beyanında bulunulmuş sayılır. Diğer bir deyişle,

72. Stein/Jonas - Brehm §888 N.1,2,.

73 Aynı yönde, MünchKomm ZPO - Heinze §935, N. 140.

74 Mertens, JR 1967, s. 463. Peters, AcP1957,337Vd, 341.

75 BGH 48,163, 173vd. Bkz. yuk. dpn. 13.

76 Baumbach/Lauterbach vd. ZivilprozeR.ordnung, Beck München 2,000 (Hartmann) §894 N. 4; Hachenburg - Hüffer, §47, N. 81; Hüffer, §133 N. 30; Löwenheim, JuS 1969, s. 2,64-2.65; Röhricht, GroR.komm §2,3 N. 2.77; Scholz/Schmidt, §47 56; Rowedder - Koppensteiner §47 N. 31; Stein/Jonas - Brehm ZPO, §894 N. 8; Thomas/Putzo ZivilprozeR.ordnung, 19. Auf. München 1995 §894 N. 5; Vogel. Gesellschafterbeschlüsse, s. 93; Wieczorek/Schütze - Storz ZPO §894 N: 15; Zöller ZivilprozeR.ordnung 2,0.auf. Köln 1997 (Stöber) §894 N. 2; Zutt, ZHR (155) 1991 s.196.

mahkeme ilamı borçlanılan irade beyanının yerine geçer. İrade beyanı kabul edilmesi gereken bir beyan ise. ilamın kabul muhatabına iletilmesi gerekir. Kabul muhatabı davacı ise sorun yol"tur. Kabul muhatabının bir üçüncü kişi olması ilamın icrasını müml.'Ün olmaktan çıkarmaz; bu halde sadece ilam üçüncü kişiye iletilmelidir⁷⁷.

Hu:l-uken bir irade beyanında bulunma olarak değerlendirilen oy l'Ullarunada, irade beyanının kabule ihtiyaç gösterip göstermediği, belli bir muhataba yöneltilip yöneltilmediği tartışmalıdır. Bir görüşe göre karar alma işleminde tarafların birbirlerinin karşısında yer almaması nedeniyle, sözleşmelerin akdinde geçerli olan icap- kabul sistemi karar alma bakımından uygulanamaz⁷⁸. Bu nedenle de karar alma işlemi sırasında verilen oyun, yani irade beyanının diğer pay sahiplerine karşı mı, ortaklığa karşı mı, yoksa toplantıyı yönetenlere karşı mı verildiği sorusu yerinde bir soru değildir⁷⁹. Karar almada irade beyanı belli bir kimseye yöneltilmemektedir⁸⁰. Bu nedenle ne tüzel kişi ne de diğer ortaklar karar alma sırasında açıklanan iradenin alıcısı veya kabul muhatabı sayılamazlar⁸¹. Aksi fikre göre ise kullanılan oy, tüzel kişiye yöneltilen ve sonuç doğurması için tüzel kişi tarafından kabulü gereken bir irade beyanıdır⁸².

Belli bir yönde oy kullanma borcunun cebren icrası açısından, tüzel kişinin organında açıklanması gereken irade beyanının yerini tutan ilamın, bu organa, diğer bir deyişle genel kurul toplantısında toplantı başkanına verilmesi gerektiği kabul edilir⁸³.

77 Stein/Jonas - Brehm ZPO, §894 N. 23.

78 benzer şekilde Wiedemann I, §3 III 1, s. 179.

79 Flume, Juristische Person, §7, VII, s. 249; Wiedemann, §3 III 1, s. 179.

80 Flume, Juristische Person, §7, VII, s. 249.

81 Flume, Juristische Person, §7, VII, s.-249.

82 Soergel - Hadding, §32, N. 17, 25; benzer yorum MünchKomm BGB - Reuter §32, N. 26.

83 BGH48, 163, 174; BGH WM 1989, 1021; MünchKomm ZPO - Schilken §894, N. 14; Rowedder/Koppensteiner §47, N. 31; Scholz/Schmidt §47, N. 56; Stein/Jonas- Brehm ZPO, §894, N. 23.

İsviçre hukukunda Federal Hukuk Usulü Kanunu (m. 78) ve bazı kantonal usul hukukları⁸⁴, Alman ZPO §894, benzeri, mahkeme kararının borçlunun irade beyanı yerine geçeceğine dair hükmeler içermelidirler. Hatta Federal Mahkeme, kantonal usul hukukunda bu yönde açık hüküm öngörülmemiş olsa bile, bu imkanın kabul edilmesi gerektiğini içtihat etmiştir^{84a}. Ancak oy sözleşmelerinin aynen ifasında bu tür mahkeme kararının irade beyanı yerine ikame olması usulünün mü yoksa, BK 97/İBK 98 yöntemi ile, borçlunun oyunun bir temsilci eliyle kullandırılmasına izin verilmesi usulünün mü tercih edilmesi gerektiği konusunda fikir birliği yoktur. Bazı yazarlar, mahkemenin vereceği kararın, paysahibinin genel kurulda bulunmasının ve toplantıya katılmasının yerini alamayacağını ileri sürerek cebri icra yöntemi olarak oyun mahkemenin tayin edeceği bir temsilci aracılığıyla kullandırılması yöntemini savunmuşlardır⁸⁵. Mamafih burada da ne oyu kullanacak olan ne de temsilciye talimatı veren paysahibidir, dolayısıyla mahkeme kararının borçlunun irade beyanı yerine ikame edilmesinden bir farkı yoktur. Ayrıca sonuncu yöntem de paysahibinin toplantıya katılmasını engellemez⁸⁶. Bu nedenle, doğrudan doğruya mahkeme kararının irade beyanını ikame etmesi yöntemi de savunulmaktadır⁸⁷.

Türk hukukunda belli bir yönde irade beyanında bulunma borcunun icrası hakkında Alman ZPO §894 benzeri, mahkeme kararının borçlunun irade beyanı yerine geçeceğini öngören

84 Zürih Hukuk Usulü Kanunu §308; Bern Hukuk Usulü Kanunu § 407.

84a BGE 97 II 48. 51.

85 Dohm, 175vd, 178; Glattfelder, s. 30a; Stauder, s. 175.

86 Paysahibinin toplantıya katılması halinde, paysahibinin mahkeme kararının ilgili bulunduğu gündem maddesi ile ilgili olarak ayrıca oy verme hakkı olmamalıdır. Paysahibi yeninden oy kullanmaya kalksa bile, mahkeme kararı geçerli oy olarak kabul edilmelidir (Dohm, s. 168-169; Messerli, s. 176, Aksi fikir: Kummer, ZSR 1954. s. 174-175.)

87 Jaggi. ZSR 78 (1959) II 734a-735a; Messerli, s. 169vd, 176. Ayrıca Gauch/Schluep II, N. 577.

açık bir hül.--ün yoktur. Buna rağmen, doktrinde belli bir irade b yanında bulunmaya zorlama davasının bir eda davası olduğu ve bu davada verilen hükmün, icra edilmesine gerek olmayan bir eda hüknü olduğu savunulmaktadır⁸⁸ Bu görüş özellikle MK 716'da (EMK 64□) yer alan ve bir sözleşmeye dayanarak gayrimenkul-.,tl inükiyetinin intikalini talep etme hakkına sahip kişiye tanınan, malikin inıtınası halinde mahkemeden tescili talep edebilme imkanından hareketle oluşturulmaktadır⁸⁹. Bu hük.'iim, borçlunun yapması gereken bir hukuki işlemin onun yerine mahkeme tarafından yapılabilmesine imkan verir. Mahkeme ilamı, borçlunun tapu memuru önünde açıklaması gereken irade beyanının yerine geçmektedir⁹⁰ .

Bu hükme ek olarak Medeni Kanununun 1013. (EMK 9□□) maddesi de tapu siciline yapılacak tescilin kural olarak malikin yazılı beyanına dayanılarak yapılacağını, ancak gayrimenkulü iktisap eden kimsenin kesin hükme dayanması halinde malikin beyanına ihtiyaç kalmayacağını öngörmektedir. BK m. 164 de alacağın temlikinde mahkeme kararının, alacağı temlik edenin rızasının yerine geçeceğini öngörmektedir⁹¹. Anılan hükümlerden hareketle mahkeme ilamının borçlunun irade beyanı ye-

88 Eren, C. II s. 10□□; Serozan, İfa, §17 N. 5, s. 163; Üstündağ, Medeni Yargılama Hukuku, 7. bası, İstanbul □ooo, s. 317; Üstündağ, İcra Hukukunun Esasları, İstanbul □ooo s. 446; Üstündağ, Tapu Kütüğünün Tashihi Davası, İstanbul 1959. s. 39 not40. Olgaç/Köymen İcra İflas Kanunu,□- bası İstanbul 1965, m. 3o.

89 Kocayusufpaşaoğlu Gayrimenkul Satış Vaadi s. 159vd; Oğuzman/Barlas, s. □14; Oğuzman/Öz s. 140, 3□o-3□1; Oğuzman/Seliçi s. 301; Üstündağ, Tapu Kütüğünün Tashihi Davası, s. 39 not 40.

90 Eren C.II, s. 10□□; Oğuzman/Seliçi s. 3o1; Von Tuhr (Edege) s. 556. Satış vaadi sözleşmesini yerine getirmeme halinde mahkemeye yöneltilecek talebin satış sözleşmesinin akdine mi yoksa mülkiyetin nakline mi dair olduğu konusundaki tartışma için bkz. Oğuzman/Seliçi Eşya Hukuku s. 3o1.

91 Bu hükme paralel bir hüküm de İcra ve İflas Kanununda bulunmaktadır. Hacizde paraya çevirme işlemleri sırasında tüm alacaklıların muvafakat etmesi halinde, borsada ve piyasada fiyatı olmayan alacaklar, alacaklılara devredilebilir (İİK. m. 1□o) Bu halde de mahkemenin alacağın devri konusundaki kararı, alacağın temliki beyanı yerine geçer (Olgaç/Köymen İcra İflas Kanunum. 3o).

rine geçebileceği yolunda genel bir ilkeye varmanın mümkün olup olmadığı konusunda tereddütler mevcut olsa da⁹², hakim görüş soruya olumlu cevap vermektedir⁹³. Ayrıca, *Von Tuhr'un* da işaret ettiği gibi, kanunda açıkça sayılan haller dışında da mahkeme ilamının borçlunun irade beyanının yerine geçebileceğini kabul, modern hukukun gereğidir⁹⁴.

Türk hukukunda aynen ifa talebini kabul etmekle birlikte mahkeme kararının irade beyanının yerine geçeceğini kabul etmeyen Moroglu, oy sözleşmesine aykırılıkta aynen ifanın icrası için, İİK m. 3o II yolunu önermektedir⁹⁵. Bu hükme göre, yapılacak olan iş diğer bir kimse tarafından yapılabilecek şeylerden ise alacaklı, masrafları borçluya ait olmak üzere işin bir başkasına yaptırılmasına karar verilmesini isteyebilir. Yazar, alacaklının, BK 97 I' deki imkandan yararlanarak borçluya ait oylan kendisinin kullanılmasına izin verilmesini mahkemeden talep edebileceğini, böylece bir çeşit kazai temsilci tayin edilmiş olacağını söylemektedir.

Oy kullanma, gerçekten de borçlu dışındaki kişiler tarafından yerine getirilebilecek bir edimdir⁹⁶. Ancak İİK m. 3o II hükmünün oyun kullanılması borcuna uygulanması kanaatimizce mümkün gözükmemektedir. Bunun nedeni oyun niteliği değil, İİK m. 3o II' de öngörülen imkanın kullanılabilmesi için yerine gelmesi gereken ön şartın oy kullanma usulü ile uyumsuz olmasıdır. İİK m. 3o I hükmüne göre, bir işin yapılmasına dair ilamın icrasına ilişkin emirde önce borçluya işi yapması için bir

92 Genellemenin mümkün olmadığı kanısında: Moroglu, s. 98 dpn. 299; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu) N. 1003a.

93 Eren C.II, s.1022; Olgaç/Köymen İcra İflas Kanunum. 3o; Serozan, İfa, §17N.5s. 163; Tandoğan, Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1961, s. 412; Üstündağ, Medeni Yargılama Hukuku, s. 317.

94 Von Tuhr (Edege) s.555.

95 s. 98vd.

96 Bu hususta bkz. yukş5 dpn.198 ve ilgili metin.

süre tanınır ve ancak borçlunun bu süre içinde edimi yerine getirmemesi halinde işin icraen yerine getirileceği borçluya ihtar edilir⁹⁷. Borçluya işi ifa etmesi için süre tanınarak imkan verilmesi demek, oy kullanma borcu bakımından, yeniden çağrılan genel kurulda borçluya oyunu bizzat kullanması imkanının verilmesi demektir. Borçlu bu genel kurulda da borcu yerine getirmez, yani sözleşmeye uygun oy kullanmazsa, alacaklı pay sahibinin borçlu yerine oyu kullanması için aynı konuda bir üçüncü genel kurul toplanması gerekecektir ki, bu da pratik olarak gerçekleştirilmesi adeta imkansız olan bir şarttır.

Anılan nedenle, İİK m. 30 II hükmü, oy kullanma borcunun aynen ifası için uygun bir icra yöntemi değildir. Bunun yerine mahkeme kararının borçlunun irade beyanı yerine geçmesi imkanı benimsenmelidir.

Belli bir yönde oy kullanma borcuna aykırılıkta mahkeme beyanının borçlunun irade beyanı yerine geçebileceği kabul edilse bile, bunun aynen ifanın yalnızca bir kısmını oluşturduğu yukarıda söylendi. Oyun verilebilmesi için bir genel kurulun toplanması şartı, mahkemenin bu yönde ayrıca karar vermesini, yani borçluya bu konuda kendi yetkisi dahilinde bulunan şeyleri yapmayı emretmesini gerektirir⁹⁸. Bu borcun ifası ise, yukarıda açıklandığı üzere ancak İİK m. 30'a göre, yani bir işin yapılmasına dair ilamların icrası hükümlerine göre sağlanabilir⁹⁹.

Aynı konuda karar alacak bir genel kurulun toplanması sağlandığı takdirde, mahkemenin oyun belli bir yönde kullanılmasına dair aynen ifa kararı, pay sahibinin irade

97 Kuru/Arslan/Yılmaz, İcra Hukuk..., 13. bası Yetkin Ankara 2000, s. 354. İcra emrinin örneği için bkz. aynı eser, ek no. 16, s. 707.

98 Peters, JZ 1968, s. 8. Aynı yönde, Scholz/Schmidt, §47 N. 56; Zutt, ZHR 155 (1991) s. 197.

99 Alman hukukunda da durum aynıdır: Zutt, ZHR 155 (1991) s. 197.

beyanının, yani oyunun yerine geçecektir. Toplantı divanı, ilgili oyu, kararda belirtilen yönde kullanılmış kabul etmelidir.

Belli bir yönde oy kullanma konusunda yapılacak irade beyanının yerine geçen mahkeme kararı, paysahibinin oy vermek dışında kalan genel kurula ve müzakerelere katılma, bilgi alma haklarını ortadan kaldırmaz¹⁰⁰.

5- *Cebri icranın zamanlaması ve gelecek toplantında kullanılacak oy için ifa davası açılması sorunu*

Oy sözleşmelerinin aynen ifası kararının maddi hukuka göre verilmesi mümkün olsa bile cebren ifası karşısındaki güçlükler yukarıda açıklanmıştır. Cebri icranın zamanlaması sorunu da bu güçlüklerden biridir. Bir görüşe göre cebri icra daima geç kalacaktır¹⁰¹, zira cebri icranın talep edilebilmesi için sözleşmeye aykırılığın gerçekleşmiş olması, yani oyun aksi yönde kullanılması gerekir; oy kullanıldığı anda ise geçerlidir ve geri çevrilemez. Oysa oyun kullanıldığı anda geçerli olmasının, aynen ifa veya cebri icra ile ilgisi yoktur¹⁰². Başta da belirtildiği gibi, alınan genel kurul kararının geçerli olmasına rağmen, bu kararın etkilerini ortadan kaldırıcı tedbirler alınması mümkün ise aynen ifa mümkündür. Oy sözleşmesinin ihlalinden sonra da dava açılabilir. Bu durum, cebri icranın geç kalması anlamına gelmez. Ancak cebri icranın ifade edeceği anlam ve sağlayacağı yararda azalma olur¹⁰³. Yukarıda uzunca anlatıldığı gibi kullanılan oyun geçerli sayılması nedeniyle aynen ifa kararının icrası yeni bir genel kurul toplantısını gerektirir. Yeni toplantı yapılması talebi ise ortaklığa yöneltilemeyeceğinden, davalının veya davacının toplantı çağırma

100 Peters. JZ 1968, s. 8. Ancak paysahibi toplantıya katılarak mahkeme kararı ile ilgili konuda oy hakkını artık kullanamaz. Bu konuda bkz. yuk. dpn. 86.

101 Brodmann, JW 1909. 615.

102 Bkz. Zürich Temyiz Mahkemesi Kararı (yuk. dpn. 15) s. 141.

103 Jousen, s. 17; Löwenheim, JuS 1969, s. 64; Moroğlu, s. 91.

muJ..."tedir olması gerekir. Ancak toplantı çağrıldıktan sonra cebri icranın diğer safhasına, yani oy verme safhasına srecilebilir. Bu safhada mahkeme kararının paysahibinin irade beyanının yerini alacağı görüşü kabul edilirse, o takdirde cebri icra tanımlanmış olur. İşte cebri icranın bu safhalardan geçinek zorunda kalması, cehri icradan sağlanacak faydanın azalmasına sebep olacaktır.

Bu nedenle sorulması gereken soru, yeni bir toplantı çağrılmasına ihtiyaç kalmaması için, oyun kullanılacağı gelecek toplantı bakımından bir ifa davasının açılmasının mümkün olup olmadığıdır. Acaba aynen ifa ve cehri icranın talep edilebilmesi için iddia edildiği gibi muhakkak sözleşmeye aykırılığın gerçekleşmiş alınması gerekir mi, yoksa henüz ifa vakti gelmeden, ifanın sözleşmeye uygun yapılması talep edilebilir mi?

Al.man hukukunda aynen ifa davası açılması için borçluya ifa imkanı tanınmış olması gerekmediği ve edimin zamanında ifa edilmeyeceğinden şüphe edilmesini haklı gösterecek durumların mevcudiyeti halinde müstakbel edimler hakkında da dava açılabileceği (ZPO § 59) söylenmiştir¹⁰⁴. İsviçre'nin böyle bir açık düzenlemeye sahip olmayan kantona! usul hukuklarında, açık düzenlemenin yokluğunun, hu tür bir hukuki korumanın sağlanamaması sonucunu doğurmasına izin verilemeyeceği, davacının korunmaya değer bir menfaati olduğu hallerde, müstakbel edimler hakkındaki davaların kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır¹⁰⁵. Bu nedenle de aynen ifa davasının kahlünün, sürekli borç sözleşmeleri açısından önem taşıdığına işaret edilmektedir.

İsviçre hukukunda, oy sözleşmelerinin aynen ifasının kabul edildiği bir olayda¹⁰⁶, müstakbel bir genel kurulda yapılacak

104 Fischer. GmbHR 1953, s.70; Janberg/Schlaus,AG 1967, s. 36; Peters, JZ1968, s. 2,7; Scholz/Schmidt §47 N. 57.

105 Dohm, s. 169vd; Messerli, s. 165-166.

106 Zürih Temyiz Mahkemesi karar bkz. yuk. dpn. 15.

oylamada borçlunun sözleşmeye uygun oy vermesi talep edilmiş, yani henüz muaccel olmamış bir borcun ifasına yönelik bir talep ileriye sürülmüştür. Mahkeme bu talebi kabul etmiş ve bunun bir tür muvakkaten icra oluşturduğu değerlendirilmesinde bulunmuştur¹⁰⁷.

Türk hukukunda ise ZPO § 59 benzeri bir düzenleme yoktur. Dava şartları arasında sayılan hukuki yararın varlığı şartının gerçekleşmiş sayılması için, diğer unsurların yanısıra, edimin muaccel olması unsuru da aranmaktadır¹⁰⁸. Müeccel alacaklar için eda davası açılmasında kural olarak hukuki yarar görülmemektedir¹⁰⁹. Eda davası açılabilmesi için ifa zamanı gelmiş olmalı veya en azından dava sırasında bu şart tamamlanmalıdır. Bu kural oy sözleşmesine uygulanırsa, henüz oylama vakti gelmeden müstakbel toplantıda verilecek oy için ifa davası

107 Muvakkaten icra (*vorläufige Vollstreckung*), henüz kesinleşmemiş bir mahkeme ilamının icrası anlamına gelir. Ancak muvakkat icra ile müeccel bir borcun ifasına yönelik talep birbirinden farklı hususlardır. Eğer muacceliyet dava şartı ise, henüz ifa zamanı gelmemiş, yani talep edilebilir hale gelmemiş bir borcun ifası için dava açılmaz. Dava açılmayacağına göre, kesinleşmemiş de olsa bir hükmün verilmesi sözkonusu olamaz. Bu nedenle Zürich Temyiz Mahkemesinin, müstakbel genel kurulda oy kullanılmasının karara konu oluşturmasını bir muvakkat icra hali olarak görmesi isabetli değildir.

Burada sadece müeccel bir alacağın ifasının talebi sözkonusudur. *Alman* hukukunda da muvakkaten icra konusunda görüş belirtilmiştir. Yukarıda da ifade edildiği gibi müstakbel bir toplantıdaki oylama için dava açmak mümkün görülse de, bu davada ZPO §894'e göre mahkeme kararının borçlunun irade beyanı yerini alması şeklinde bir cebri icra usulünün tercih edilmesi halinde muvakkaten icranın söz konusu olamayacağı, kararın kesinleşmesinin beklenmesi gerektiği savunulmaktadır (Scholz/Schmidt §47 N. 58). Burada muvakkaten icra ile müeccel edimin talebi arasındaki fark daha açık şekilde ortaya çıkmaktadır. Diğer bir deyişle, müeccel edimin talebine imkan tanınmakla henüz genel kurul yapılmadan dava açılması kabul edilmekte, ancak oyun belirli bir yönde kullanılması için alınan ilamın genel kurula ibraz edilebilmesi için mahkeme kararının kesinleşmesinin beklenmesi gerekmektedir. Karar kesinleştikten sonra, ilam genel kurul toplantısında ibraz edilecek ve oy kullanılmış olacaktır. Böylece müeccel edim dava edilebilirken, muvakkat icraya yer verilmemiş olmaktadır.

108 Kuru/Arslan/Yılmaz, *Medeni Usul Hukuku*, 1. bası, Yetkin, Ankara 000, s. 314.

109 Kuru/Arslan/Yılmaz, *Usul Hukuku* s. 314; Üstündağ, *Medeni Yargılama Hukuku*, s. 84.

açılmayacağı sonucuna varılır. Buna mukabil dava açılması sırasında alacak muaccel değilken alacağın sonradan muaccel hale gelmesi halinde dava şartı yerine gelmiş sayılmaktadır¹¹⁰. Ancak genel kurulda yapılacak oylama bakımından muacceliyet oylama sırasında gerçekleştiğinden borcun ifa edilebileceği zaman parçası o kadar küçüktür ki, dava sırasında muacceliyet şartı tamamlansa bile, kararın çıkartılıp o genel kurula yetiştirilmesi adeta imkansızdır. O anda oyun kullanılması ile borç ya ifa ya da ihlal edilir. Borç bir kez ihlal edildikten sonra da artık o genel kurul için aynen ifa kararı alınamaz. Bu nedenle muacceliyet şartına sıkı sıkıya bağlı kalınırsa, henüz oylama yapılmadan oyun sözleşmeye uygun kullanılması için bir karar alınması mümkün olmayacaktır.

Ancak usul hukukumuzda, tekerrür edecek edimlerin ifası bakımından muacceliyetten önce eda davası açılması kabul edilmektedir¹¹¹. Bu tür edimler için istisna getirilmesinin nedeni, bir kez ihlal edilen borcun yeniden ihlal edilebileceği endişesi ve borcun kesinliği olmalıdır. Diğer bir deyişle yukarıda anılan Alınan düzenlemesinin dayandığı gerekçe kısmen burada da söz konusudur. Sürekli oy sözleşmeleri bakımından bu istisna kabul edilebilir¹¹² ve konusu ve oyun kullanılma şekli tamamen aynı olan hususlarda uygulanabilir. Her yıl kar dağıtımında aynı oranların kabul edilerek oylanması buna örnek gösterilebilir. Yönetim kurulu üyelerinin seçiminde de karşı tarafın göstereceği adaya oy verme borcu, tekerrür eden bir borç sayılabilir. Zira aday değişse dahi, borcun çerçevesi değişmemektedir. Bu halde bir oylamada ihlalde bulunulmuş ise, gelecekteki oylamada ifa zamanından önce dava açılması düşünülebilir.

110 Y. 13. HD. 10.1.1985, E. 7195. K. 76.7. YKD. 1986/II s. 998-999. Üstündağ, Medeni Yargılama Hukuku, s. 84.

111 Kuru/Arslan/Yılmaz, Usul Hukuku s. 315. Gelecekte tekrar edecek edimlere verilen örneklerden biri, nafaka ödemeleri ile irat şeklinde ödenecek olan tazminat ödemeleri (BK43 II) dir.

112 Moroğlu, s.95. Aksi fikir: Tekinalp (Poroy/Çamoğlu) N. 1003a.

Sonuç olarak, davanın etkililiği bakımından arzu edilir olmakla birliktede, usul hukukumuzda halen geçerli bulunan ilkeler ışığında henüz muaccel olmamış bir borcun ifasına yönelik bir talebin kabul edilemeyeceği sonucuna varılmak gerekmektedir. Tekerrür eden bir borç içeren oy sözleşmeleri huna istisna oluşturmal"dadır. Bu açığı kapatmak için ihtiyati tedbir yoluna başvurulup başvurulamayacağı aşağıda incelenmiştir.

6. İhtiyati tedbir sorunu

İhtiyati tedbirler, dava konusu olan şeyin, dava sonuçlanana dek geçen zaman içinde, davanın sonunda alınacak olan hükmün icrasını imkansız hale getirecek şekilde bozulmasını, değişikliğe uğratılmasını engellemeye yönelik tedbirlerdir¹¹³. HUMK m. 103'e göre, gecikmesinde tehlike olan veya önemli zarar doğacağı anlaşılan hallerde tehlike veya zararın önlenmesi için ihtiyati tedbire karar verilebilir. Bu genel bir kuraldır, hangi hallerde ihtiyati tedbir kararı verilebileceği kanunda sınırlı sayıda gösterilmiş değildir¹¹⁴.

Bir yandan oy sözleşmesine aykırılık halinde aynen ifanın yeni bir toplantı çağrısını gerektirmesi ve bunun güçlüğü, diğer yandan da hukukumuzda müeccel edimlerin dava yoluyla talebinin reddedilmesi, özellikle müstakbel toplantılarla ilgili olarak ihtiyati tedbir alınıp alınamayacağı sorusunu önemli hale getirmektedir.

İhtiyati tedbir, davadan sonra veya önce talep edilebilir (HUMK m. 101). Borcun muacceliyet kesbetmesi bir dava şartı olduğundan, süreklilik arz eden oy sözleşmeleri hariç, müstakbel bir genel kurulda kullanılacak oy için dava açılmayacağı

113 Üstündağ, Medeni Yargılama Hukuku, s. 581; Üstündağ, İhtiyati Tedbirler, İstanbul 1981, s. 1;

114 Kuru/Arslan/Yılmaz, Usul Hukuku, s. 700-701; Üstündağ, Medeni Yargılama Hukuku, s.582; Özkan, İhtiyati Tedbir, Delil Tesbiti ve İhtiyati Haciz, 2. bası, Ankara 1997, s. 6.

yukarıda söylendi. Buna karşılık, ihtiyati tedbir talebinde bulunmak için dava şartlarının yerine getirilmesine, hatta asıl davanın açılmasına gerek olmadığından, müstakbel bir genel kurul için ihtiyati tedbir talep edilmesi kural olarak mümkündür. İşte bu imkan, oysözleşmelerininaynen ifasının sağlanmasında önemli bir araç olabilir. Hatta, davadan önce talep edilebildiğine göre, davaya esas olacak talep aynen ifa değil de tazminat bile olsa, ihtiyati tedbir talebinde bulunmak mümkün olacaktır. Ancak oy sözleşmeleri ile ilgili olarak ne tür ihtiyati tedbirler alınabileceği tartışmalıdır. Tartışma, oyun belli bir yönde kullandırılması veya kullandırılmaması sonucunu doğuran tedbirlerin alınıp alınamayacağı noktasında toplanır.

Alman hukukunda hakim fikrin, *oyun sözleşmede kararlaştırıldığı şekilde verilmesinin* ihtiyati tedbir yoluyla garanti altına alınamayacağı yönünde olduğu söylenebilir¹¹⁵. Bu görüşün dayandığı gerekçe şudur: Mahkemenin paysahibini kararlaştırılan yönde oy kullanmaya zorlayıcı karar alması ihtiyati tedbir değil ifa anlamına gelir ve bu tür bir yöntem tedbir amacını aşır ifa amacına yöneleceği için kabul edilemez¹¹⁶. Hakim fikir bu olmakla birlikte, ihtiyati tedbirin davanın esasını çözümlenecek veya asıl edimi sağlayacak nitelikte olmayacağı kuralının hem Alman hem de İsviçre hukukunda yavaş yavaş zayıflatılmakta olduğuna da işaret edilmelidir. Bu kuralın davalıdan yana olduğu, davalı-davacı arasındaki menfaat dengesini yeterince gözetmediği, bazı hallerde edim çok kısa zamanda yerine getirilmek gerektiğinden davanın esasına ilişkin karar almanın adeta imkansız olduğu gibi gerekçelerle ihtiyati tedbirin ifanın yerini alması yasağına karşı çıkılmakta

115 Hachenburg - Hüffer §47 N. 82; Hueck. FS Nipperdey. s. 407; Lübbert, s. 193; Scholz/Schmidt §47 N. 59; Zöllner - Baum.bach/Hueck Gm.bHG §47 N. 81; Zöllner, KölnKom.m §136 N. 117; Overath, s. 14ovd. Aksi fikir için bkz. aşağıda. 117.

116 Hachenburg - Hüffer §47 N. 82; Rowedder/Koppensteiner § 47 N. 32; Scholz/Schmidt §47 N. 59; Schmidt. GesR §21 II s. 621.

ve oy sözleşmelerinde somut olayın gerektirmesi halinde, özellikle sözleşmeye uygun oy kullanılmasının açıkça reddedildiği hallerde, ihtiyati tedbirin kabul edilmesi gerektiği veya en azından kabul edilmesinin düşünülebileceği savunulmaktadır¹¹⁷. Zürih Temyiz Mahkemesinin yukarıda anılan kararı da adeta ifaya yönelik bir ihtiyati tedbir oluşturmaktadır. Kararın bizzat kendisinde, ihtiyati tedbirin ifanın yerini alması yasağının artık mutlak şekilde anlaşılmadığına işaret edilmiştir¹¹⁸.

Alman Hukukunda yenilikçi görüşe göre ihtiyati tedbirler üç türdür¹¹⁹: teminat amaçlı olanlar (ki bunlar klasik anlamda ihtiyati tedbirler, yani gelecekteki edimin gerçekleştirilmesi için uygun ortamın sağlanmasından ibaret olanlardır); düzenleme amaçlı tedbirler (bunlar çekişmeli bir hak konusunda kesin karara varılana kadar geçen süre bakımından hak ve menfaat durumunu bir düzene bağlayan tedbirlerdir) ve ifa amaçlı olanlar (bunlar da çok özel koşulların haklı göstermesi halinde alacaklının geçici olarak tatmin edilmesine yönelik tedbirlerdir). İşte tartışma, ortaklıklar hukukunda ve özellikle oy sözleşmelerinde düzenleyici veya tatmin edici tedbirlerin alınıp alınamayacağı noktasındadır. Alman hukukunda yukarıdaki üçlü ayırım gittikçe daha fazla kabul görüyorsa da, bu ayrıma dayanan ifa amaçlı tedbirlerin ortaklıklar hukukunda veyaya oy sözleşmeleri bakımından genel kabul gördüğünü söylemek mümkün değildir.

117 Damm, *Einstweiliger Rechtsschutz im Gesellschaftsrecht*, ZHR 154, 1990, 413, s. 415vd.; Hüffer, §133 N: 31; Jousen, s. 217; Lutter/Hommelhof, §47 N.6; Stein/Jonas - Grunsky. ZPO §938 N.11; Zluhan AcP 128, s. 298-299; Zutt, ZHR 155 (1991) s. 200. Esasen ihtiyati tedbirin borçluyu tatmin etmeye yönelik tedbirleri içermeyeği kuralına karşı Alman hukukunda yükselen itirazlar yeni değildir. *Üstündağ*, "İhtiyati Tedbirler" adlı tezinde konuyu ayrıntılı olarak incelemiştir (bkz. s. 10vd.).

118 Yuk. dpn 15'de anılan karar, s. 140-141, 3 numaralı gerekçe.

119 *Üstündağ*, *İhtiyati Tedbirler*, s. 13vd.

Türk hukukunda da genel kural, davanın esasını çözecek veya böyle bir sonuç doğuracak nitelikte ihtiyati tedbir kararı verilemeyeceği yönündedir¹²⁰. Kabul gören klasik düşünceye göre, ihtiyati tedbirin amacı, kesin hükmün icrasını olanaklı kılmaktır, yoksa kesin hükmün sonuçlarını doğurmak değil. Bu düşünce benimsenirse, oyun sözleşmeye uygun şekilde kullanılmasını zorlayacak bir tedbir esasa yönelik bir sonuç yaratacağından, kabul edilemez.

Ancak Türk hukukunda *Üstündağ*, ihtiyati tedbirler konusundaki tezinde Alman hukukundaki üçlü ayrımı incelemiş ve bu ayrımın Türk hukukunda da benimsenebileceği ve HUMK 103. madde çerçevesinde hakimin hem teminat, hem düzenleme hem de eda amaçlı tedbirlere hükmedebileceği sonucuna varmıştır¹²¹. Yazar, Alman hukukuna dayanarak verdiği örneklerde, bir ortağın oy hakkının kullanılmasının ihtiyati tedbir yoluyla yasaklanabileceğini¹²² savunmuştur. Ancak bu örnekte, oy hakkının kullanılmasının yasaklanmasının, borcun konusunun oy kullanmayı ilgilendirdiği hallerde oylama sonucunda alınacak kararın yönünü değiştirecek nihai bir sonuç yaratacağı hususuna dikkat edilmelidir¹²³. Nitekim örnek, eda amaçlı değil, düzenleme amaçlı tedbirler için verilmiştir. Anılan eserde aynı konuda verilen diğer örnekler de düzenleyici tedbirler grubundan olup örneğin bir adi ortaklık ortağının ortaklıktan çıkarılması davasında tedbir olarak çıkarmaya değil ancak o ortağın temsil ve idare yetkilerinin kaldırılmasına karar

120 Kuru/Arslan/Yılmaz, Usul Hukuku, s. 706; *Üstündağ*, Medeni Yargılama Hukuku, s. 583; Özkan, s. 19.

121 *İhtiyati Tedbirler*, s. 18. Yazar, bu sonuca varırken, HUMK 101. maddede verilen ihtiyati tedbir örneklerini tek tek incelemiş ve bunların bazısının teminat, bazısının düzenleme, bazısının da eda amaçlı olduğunu ortaya koymuştur (s. 15vd.). Aynı konuda *Üstündağ*, Medeni Yargılama Hukuku, s. 583vd.

122 *İhtiyati Tedbirler*, s. 32.

123 Nitekim aşağıda açıklandığı üzere, Alman hukukunda da ihtiyati tedbir yoluyla oy kullanımının yasaklanmasının mümkün olduğunu ileri süren yazarlara getirilen itiraz budur.

verilebileceği yönündedir. Ayrıca yazar, eda amaçlı tedbirler bahsinde ihtiyati tedbir ile bir irade beyanında bulunmaya l'clarar verilebilip verilemeyeceği sorusunun cevabını araştırırken de, sorunun ancak çok istisnai koşullar altında olumlu yanıtlandırılabilceğini söylemektedir¹²⁴.

Diğer taraftan Türk hukukunda *Moroğlu* da Üstündağ'ı destekler görüştedir. Yazar, "nihai hükmün beklenmesinde tehlike bulunan veya önemli zarara yol açabilecek olan hallerde davalı pay sahibinin oy sözleşmesinde belirtilen yönde oy kullanması veya kullanmaması veya oy hakkını kullanmaktan men edilmesi yönünde alacaklı lehine ihtiyati tedbir kararı verilebilmesi gerektiği" fikrini savunmakta, ve mahkemenin bunun için bir yeddi adil görevlendirebileceğini belirtmektedir¹²⁵. Ancak henüz davanın esası görüşülmeden oyun belli bir yönde kullanılmasını veya kullanılmamasını sağlamaya yönelik bir tedbir, tedbir amacını aşabilir. Bunun yerine, Alman ve İsviçre hukuklarında olduğu gibi, muacceliyeti beklemenin davadan sağlanacak: yararı çok azaltacağı hallerde müccel edimlerin dava edilebilmesini kabul etmek daha sağlıklı bir yol olacaktır. Zira bu halde, genel kuruldan önce dava açılması imkanı tanınarak, davanın esasını incelemek mümkün olacak ve sorun esas yönünden incelenerek, ifa zamanı geldiğinde sorunu güvenilir şekilde açıklığa kavuşturmak: mümkün olacaktır. İhtiyati tedbir yoluyla nihai bir durum yaratılmasında, henüz işin esasına girilmeden verilecek bir kararın doğru çözümü içermeme tehlikesi vardır. Oysa müstakbel edimin davasında iş esastan halledileceği için bu tehlike ortadan kalkmaktadır. Tabii genel kurul tarihinden önce davanın sonuca ulaştırılmasının mümkün olmadığı haller de söz konusu olabilir.

124 s. 41. Yazarın verdiği örnek, alacaklının hayatını idame için paraya ihtiyacı bulunduğu takdirde, tevdi edilmiş olan bir paranın ona ödenmesi için borçlunun onayına gerek olan hallerde onayın ihtiyati tedbir yoluyla alınabileceği yönündedir.

125 Moroğlu, s. 100.

u halde ancak somut olayın haklı kıldığı çok istisnai hallerde. oy k..""Ullanma faaliyetinin sözleşmeye uygun gerçekleştirilmesi sonucuna yönelen bir ihtiyati tedbir kabul edilebilir. Özellikle alınacak kararın sonuçlarının geriye çevrilmesinin (örneğin iptal yoluyla), aynı konuda yeni bir karar alınmasından daha kolay olabileceği hallerde, böyle bir ihtiyati tedbir haklı görülebilir.

Diğer taraftan Alman hukukunda, *paysahibinin sözleşmeye aykırı oy kullanmasını engellemeye* yönelik bir takım tedbirler alınabileceği savunulmaktadır^{1z6}. Sözleşmeye uygun oy kullanılmasını zorlamaya yönelik tedbirler reddedilirken sözleşmeye aykırı oy kullanılmasını engellemeye yönelik tedbirlerin kabul edilmesindeki neden, ilk halde ihtiyati tedbirin amacını aşan şekilde nihai, geri çevrilemez bir sonuç doğduğu, ikinci halde ise bunun söz konusu olmadığı düşüncesidir. Oysa sözleşmeye aykırı oy verilmesini engellemeye yönelik tedbirler de, nihai, geri çevrilemez bir durum yaratabilirler^{1z7}. Örneğin paysahibinin oylamaya katılmasının engellenmesi, oylamanın sonucunu nihai olarak değiştirebilir. Bu nedenle, belirli yönde oy kullanılmasının zorlanmasına yönelik ihtiyati tedbir reddediliyorsa, oyun kullanılmasının engellenmesine yönelik tedbirler de reddedilmelidir^{1z8}.

Buna karşılık, *Moroğlu'nun* da belirttiği gibi^{1z9}, paysahibinin oy kullanma hakkını büsbütün ortadan kaldıracak, diğer bir deyişle dava konusunu teşkil eden oyu kullanma hakkının elden çıkması sonucunu doğuracak ve böylece kesin hükmün icrası imkanını ortadan kaldıracak fiillerin engellenmesi mümkündür. Örneğin, borçlu paysahibinin paylarını

1z6 Damın, ZHR 154 (1990) s. 435; Hachenburg - Hüffer §47 N. 8z; Erman, AG 1959, 303; Lübbert, s. 194; Stein/Jonas - Grunsky ZPO §938 N. 11.

1z7 Scholz/Schmidt, §47 N. 59.

1z8 Rowedder-Koppensteiner §47 N.3z; Scholz/Schmidt, §47 N. 59.

1z9 Moroğlu, s. 100.

devretmesi veya bunlar üzerinde, oy kullanma hakkını başka kişilere geçiren intifa hakkı (TK 360 IV) gibi hakların tesis edilmesi ihtiyati tedbir kararıyla engellenebilir¹³⁰.

Paysahipleri sözleşmesinin uygulanması ile ilgili ihtiyati tedbirler, sözleşmeye taraf olmayan ortaklığa yöneltilemezler. Örneğin genel kurul toplantısının ertelenmesi şeklinde bir tedbir kabul edilemez¹³¹.

7. Aynen ifanın paysahipleri sözleşmesinin etkisini ortaklığın hukuki alanına yayması sorunu

Aynen ifaya karşı ileri sürülen gerekçelerden biri, aynen ifanın, bir borç sözleşmesi niteliğindeki paysahipleri sözleşmesini, sözleşmenin tarafı olmayan diğer paysahipleri veya en azından ortaklık bakımından da etkili kılmasıdır¹³². Bu fikre göre, cebri icra her ne kadar yalnızca pay sahibine yöneltile de, aynı zamanda ortaklığa yöneltmiş gibi sonuç doğurur. Zira oylamanın sözleşmeye uygun gerçekleşmesi sonucunda oylamanın sonucu değişecek ve bu hem diğer paysahiplerinin hem ortaklığın hukuki durumunu etkileyecektir. Oysa ortaklık sözleşmesi bir borçlar hukuku sözleşmesi olduğundan, sözleşmelerin nisbiliği ilkesi gereği böyle bir sonuca izin verilemez.

Bu görüşe karşı şu haklı eleştiri getirilmiştir: Söz konusu olan paysahipleri sözleşmesinin etkisinin, ortaklığın hukuki alanına yayılması değildir. Ortak, oy hakkını kullanmakla zaten ortaklığın hukuki alanında etki doğuran bir faaliyette bulunur; yoksa bu paysahipleri sözleşmesinin icrasına has bir durum değildir¹³³. Gerçekten de paysahipleri sözleşmesinin icrası ile pay sahibinin oyunu belli bir yönde kullanması, kararın o yönde

130 Moroğlu. s. 100.

131 Moroğlu. s. 100.

132 RGZ119,386,389-390.

133 Fischer. Gm.bHR 1953, s. 69.

çıkmasına etki eder. Ancak bu, sözleşmenin ortaklık üzerinde hüki.in1 doğurduğu anlanuna gelmez. İki taraf arasındaki bir sözleşmenin icrası (veya icra edilmemesi), üçüncü kişilerin hul.7.iki durumuna etki edebilir¹³⁴. Mamafih bu dolaylı bir etkidir¹³⁵. Kaldı ki paysahibinin sözleşmeyi isteyerek ifa etmesi halinde hu durum ne oyun ne sözleşmenin geçerliliğine bir engel olarak görülmemektedir. Sonuç olarak oy sözleşmesinin icrasının ortaklık organında alınan kararı etkilemesi doğal ve hukuken geçerli bir sonuçtur.

Kanaatimizce, aynen ifanın paysahipleri sözleşmesinin etkisini ortaklığın hukuki alanına yayması sorunu, bir hukuk uygulaması sorunundan çok bir hukuk politikası sorunudur. Oyda aynen ifa şu gibi endişelere yol açabilir: Aynen ifanın kabul edilmesi ile ortaklıklar hukuku - borçlar hukuku ayrımı silikleşecektir; paysahipleri sözleşmesinin ortaklık planına etki etmesinin önündeki temel engel kaldırılmış olacaktır; sözleşme hükümlerinin ortaklık üzerinde uygulanmasının yolu açılacak ve anonim ortaklık bütünüyle paysahipleri sözleşmesinde ege-men olan tarafın emrine verilecektir. Halbuki oyda aynen ifa kabul edilmediği sürece sözleşmenin boyunduruğu altına girmiş de olsa istemeyen kişi, paysahipleri sözleşmenin ifasını

134 *Fischer*, üçüncü kişiye karşı irade beyanında bulunma borçlarını örnek göstererek, bu borçların ifasının daima üçüncü kişinin hukuki durumunu etkileyeceğine ancak bu durumun borcun ifasını engellemediğine işaret etmektedir (GmhHR 1953, s. 69). *Peters*, alacak haczini ve borçluya ait bir malın üçüncü kişinin elindeyken haczedilmesini de üçüncü kişinin hukuki durumunun etkilendiği hallere örnek olarak göstermektedir (AcP 1957 s. 335). Satın alınan bir malın üçüncü kişi tarafından zaptı da, üçüncü kişiye ait bir hakkın kullanılmasının, alıcı ile satıcı arasındaki ilişkiye etki etmesi sonucunu doğurur (BK 189-193). Hatta üçüncü kişinin sahasına doğrudan girilmediği halde, bir sözleşmenin ifası veya ifa edilmemesi başka bir sözleşmenin akıbetini etkileyebilir. Örneğin A'nın B'ye satıp teslim etme borcunu üstlendiği bir malı B de C'ye satıp devretmeyi taahhüt ederse, A'nın malı teslim etmemesi halinde B de C'ye karşı temerrüde düşer.

135 Paysahipleri sözleşmesinin ortaklık üzerinde dolaylı yoldan etki ettiği bu ve diğer haller §6 II'de incelenmiştir.

engelleyebilecektir. Bu endişelerin yanısıra paysahipleri sözleşmelerinin, joint venture şirketleri içinde kendi durumlarını sağlama almak isteyen yabancı ortaklar tarafından yerli ortaklara karşı kullanılacak bir hukuki yöntem oluşturması, soruna bir de yerli sanayiciyi koruma düşüncesini katmaktadır.

Kanaatimizce bu endişeler ancak bir yere kadar haklıdır. Paysahipleri sözleşmesine bakıldığında en önemli ve azlıktaki tarafı ezici nitelikteki düzenlemelerin yönetimin ele geçirilmesi ile ilgili hükümlerle pay devir kısıtlamaları olduğu görülür. Pay devir kısıtlamaları, yani pay üzerindeki alım, önalım gibi hakların oyda aynen ifa ile ilgisi olmadığı gibi, bunların bağlam yoluyla güçlendirilmesi zaten mümkündür. Yönetimin ele geçirilmesi ise hemen aşağıda açıklandığı üzere grup imtiyazları tesis edilerek bizzat esas sözleşme kanalıyla yapılabilecek bir iştir. Üstelik grup imtiyazına aykırı kararın iptali aynen ifanın sağlanmasından çok daha etkili bir yoldur. Öte yandan yönetimde genel kurul ve yönetim kurulu arasındaki görev ayrımının kanunda kesin hatlarla çizilmemiş olması nedeniyle paysahiplerinin oluşturduğu genel kurul paysahipleri sözleşmesine gerek kalmaksızın zaten işletmeye hakim olabilir, üstelik bunu bir borç sözleşmesinde varılması gereken oybirliğini aramadan çoğunluk kararı ile yapabilir. Paysahipleri sözleşmesinde bir takım ek edimler öngörülürse bunlar da paysahiplerinin üstlendikleri kişisel borçlar niteliğinde olduğundan bunların da yerine getirilmesi önünde kanuni bir engel olamaz ve bunların da oyda aynen ifa ile ilgisi yoktur. Öyleyse kanunun tanımış olduğu ortaklığın kişiselleştirilmesi imkanları çoğunluğu elinde tutanlara oyda aynen ifanın sağlayacağından daha kuvvetli yaptırımlar sunmaktadır. Ayrıca oyda aynen ifanın sağlanmasındaki usuli güçlükler de bir ihtilafın giderilmesinde bu yolun tutulmasını caydıracak niteliktedir. Kanaatimizce bu gerçekler karşısında oyda aynen ifanın reddini bir hukuk politikası olarak benimsemek için esaslı bir gerekçe bulunmamaktadır.

- *Pa:rsahipleri sözl.eşmesindet;anmmı yönetim kumluna.*
a.day gösterne hakkının imtiyaz hakla,11, a,çısında,n incelenmesi

Oy sözleşmelerinde belli bir yönde oy verme borcunun konusunu oluşturan en önemli hallerden biri, sözleşme ile yönetini kuruluna aday gösterme hakkı tanınan pay sahibi tarafından gösterilen adaya olumlu oy verme borcudur. Bu şekilde pay sahipleri (veya pay sahibi grupları) güçlerini birleştirirler, örneğin bir grup diğerinin gösterdiği aday için olumlu oy kullanma sözü vererek, karşılığında kendi adayının toplayacağı olumlu oyların sayısını ve seçilme şansını artırır. Böyle bir sözleşme sadece bazı pay sahipleri arasında yapılıyorsa, sözleşmesel bir taahhüt olarak kalmaya mecburdur. Bu taahhüde aykırılık halinde ise, yukarıda incelenen aynen ifa amaçlı çetrefilli yola girmek gerekir. Oysa sözleşme tüm pay sahipleri arasında yapılıyorsa, o takdirde bu hüküm esas sözleşmeye konularak, ifası kesin şekilde garanti altına alınabilir. Zira hukukumuzda kabul edilen grup imtiyazı sayesinde, pay gruplarına yönetim kuruluna aday gösterme hakkı tanınabilmektedir¹³⁶. Üstelik Yargıtay, bu hakkın kullanılması halinde genel kurulun o grubun gösterdiği adaylar arasından üye seçmeye mecbur olduğunu da içtihat etmiş¹³⁷ ve grup imtiyazına uyulmaması halinde, genel kurulun yönetim kurulu üyesi seçimi kararının esas sözleşmeye aykırılık

136 TD. 25.1.1972; E. 4843, K. 356, BatiderVI, s. 620; Y. II. HD.16.10.1979, E.4286, K. 4769, Eriş, 2. bası, Md. 401, s. 1253; Y. II. HD. 8.10.1993, E. 92/6626, K. 93/6317, Tekil, s. 411. Grup imtiyazı kavramını destekleyen yazarlara örnek olarak: Ansay, s. 253 dñn. 78b; İmregün, s. 337; Karahan, s. 22, 126; Tekil, s.410; Teoman, Yaşayan Ticaret Hukuku C I/5 Ankara 1995, s. 130; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu) N. 787 sayılabilir. Doktrinde *Kendigelen*, yönetim kuruluna aday gösterme hakkını imtiyaz hakkı olarak değil "özel bir grup hakkı" olarak nitelendirmekte ve bu hakkın imtiyaz haklarına sağlanan korumadan değil müktesep haklara sağlanan korumadan faydalandırılması gerektiği görüşünü savunmaktadır (Kendigelen, s. 24ovd.)

137 Y. II. HD. 16.10.1979, E.4286, K. 4769, Eriş, 2. bası, Md. 401, s. 1253=Eriş □ Md. 401, s. 611; Y. II. HD. 15.3.1982, E. 5246, K. 1061, Eriş, 1. bası, Md. 312, s. 894; Y. II. HD. 12.6.1984, E. 2542, K. 3435, Eriş, 2. bası, Md. 401, s. 1255

nedeniyle iptal edilmesine imkan tanımıştır¹³⁸. Böylece, kural olarak pay sahipleri sözleşmesi hükümlerine aykırılığın sağlama - mayacağı l-1.ıvvette bir doğrudan yaptırım imkanı sağlanmaktadır. Bu nedenle, tüm pay sahiplerinin taraf olduğu bir pay sahipleri sözleşmesi söz konusu ise, yönetim kuruluna aday gösterme gibi hakların veya TK 401 anlamında "vesair hususlarda imtiyaz hakkı" kavramı içine girebilecek diğer hakların, hükmün amacına ulaşmasının garanti altına alınması bakımından esas sözleşmeye konulması tercih edilmelidir.

9. Oy sözleşmesine aykırılık halinde genel kurul kararının iptal edilip edilemeyeceği

Bkz. §6 I D.

C. Genel kurulda karar alınma usulü ile ilgili hükümlere aykırılık

Oy sözleşmeleri yalnızca oyun belli bir yönde kullanılması konusunda taahhüt içermezler. Bazı hallerde de, taraflarca önemli görülen bazı konularda¹³⁹ karar alınması belirli grup payların veya bireysel olarak bazı pay sahiplerinin onayına bağlanmaktadır. Bu durum özellikle tüm pay sahiplerinin taraf olduğu pay sahipleri sözleşmelerinde ortaya çıkmaktadır. Bu halde, pay sahipleri sözleşmesine göre aranması gereken onay

138 Y. 11. HD. 15.3.1982, E. 5246, K. 1061, Eriş, 1. bası, Md. 312, s. 894. Y. 11. HD. 12.6.1984, E. 2542, K. 3435, Eriş, 2. bası, Md. 401, s. 1255,1256. Anılan kararlarda, esas sözleşmede yer alan seçim usulüne ve bu arada aday gösterme konusunda tanınan imtiyaz hakkına uyulmadığı için seçim kararlarının iptaline hükmedilmiştir. Buna karşılık aday gösterme konusunda imtiyaz hakkının tanındığı esas sözleşme hükümlerinin değiştirilmesi konusunda çıkan uyuşmazlıklar, doğal olarak, TK 389'da yeralan esas sözleşme değişikliklerinde imtiyazların korunması usulüne uygun olarak iptal değil imtiyazlı pay sahipleri grubunun onay kararı gelmedikçe icra edilemeye yaptırımına tabidirler: Y. 11. HD. 16.10.1979. E.4286, K. 4769, Eriş, 2. bası, Md. 401, s. 1253=Eriş AŞ Md. 401. s. 611; Y. 11. HD. 7.7.1998 E. 3462, K. 5229, Batider, C. XIX S. 4 s. 295.

139 Örneğin şirketin veya şirkete ait yavru ortaklıkların devri, feshi, bunların iflası için başvuruda bulunulması, sermaye artırımı, menkul kıymet ihracı veya halka arzı, belli tutarın üzerinde kredi alınması veya yatırım yapılması, genel müdür veya üst düzey personelin atanması veya görevden alınması gibi.

olmaksızın, esas sözleşlede öngörülen nisaba ulaşılması yoluyla genel 1.71rulda karar alınması mümkündür. Öyleyse pay sahipleri kendi taahhütlerine aykırı oy kullanmasalar da sözleşmede öngörülen sonuç gerçekleşmediği için sözleşmeye aykırılık durumu ortaya çıkabilir.

Böyle bir durumda, aynen ifanın sağlanması mümkün değildir. Zira amaç, bir kararın çıkmasını engellemektir. Bu, pay sahiplerinin belli bir yönde oy vermesini sağlayarak elde edilemez. Pay sahiplerinin oy kullanmasının engellenmesi belki kararın alınmaması sonucunu doğurabilir, ancak pay sahipleri sözleşmede böyle bir yüküm altına girmemiş olduklarından böyle bir engellemeye gidilemez. Sözleşmenin geniş yorumlanması ile dahi, belli bir grubun onayı olmadan bir kararın alınamayacağı hükmünden, o grup onay verene kadar diğerlerinin oy kullanma hakkının engellenebileceği sonucu çıkarılamaz. Esasen belli bir grubun onayının bulunması şartı, oy verme ile değil kararın oluşum şartları ile ilgilidir. Bu nedenle de ancak esas sözleşmede yer aldığı takdirde ortaklığa karşı ileri sürülerek anlam kazanabilir. Aksi takdirde o grubun onayı olmasa da, esas sözleşmeye göre nisaplar oluştuğu takdirde karar alınmış sayılır. Yukarıda açıklanan belli bir yönde oy verme borcunda söz konusu olduğu gibi aynı konuda yeniden oylama yapılması da fayda etmeyecektir, zira arzu edilen sonuç bir karar alınması değil, bir karar önerisinin reddedilmesidir.

Bazı önemli kararların alınması için belli nisapların öngörülmesi de aynı kapsamda incelenebilir. Burada da kararın oluşum şartları ile ilgili bir düzenleme öngörülmüştür ve bu da ancak esas sözleşmeye konulması halinde bir anlam ifade edecektir.

Kanaatimizce, kararın oluşum şartları ile ilgili hükümlere riayet edilmemesi halinde, aynen ifanın sağlanması mümkün olmadığı gibi, tazminat talebinde bulunulabileceği dahi şüphelidir. Böyle bir durumda tazminat hangi gerekçe ile, kimden talep edilecektir? Kararı alacak olan genel kuruldur. Genel

kurul, kanunda ve esas sözleşmede yazılı karar alma usulüne uygun olarak kararı çıkartır. Genel kurulun özel sözleşmede öngörölmüş olan şartlara uyma, yani onay arama zorunluluğu yoktur. Bunun dışında bireysel olarak paysahiplerinin de belli yönde oy kullanma veya kullanmama borçları olmadığından, onlar da herhangi bir borcu ihlal etmiş sayılmazlar ve tazminat talebine muhatap olmamaları gerekir.

Bu nedenle, kararın oluşum şartları ile ilgili paysahipleri sözleşmesi hükümlerinin boşa dönmemesi için, bunların esas sözleşmeye eklenmesi şarttır. Ancak bu şekilde ifa garanti altına alınmış olur. Üstelik kararın oluşum şartlarının esas sözleşmede düzenlenmesi için herhangi bir engel de bulunmamaktadır. Toplantı nisapları bakımından TK 37¹⁴⁰, esas mukavele ile genel toplantı nisabının değiştirilebileceğini öngörmüş, ancak bu değişikliğin ne yönde olabileceğini belirtmemiştir. Hakim fikir, genel toplantı nisabının ancak kanunda öngörölene kıyasla ağırlaştırılabileceği yönündedir¹⁴¹. Paysahipleri sözleşmesinde de yapılan, taraflardan birine kararın alınmasında belirleyici rol kazandırmak olduğuna göre, nisapların zaten ancak ağırlaştırılması söz konusu olacaktır. Öte yandan TK 388'de öngörölen özel, ağırlaştırılmış toplantı nisaplarını daha fazla ağırlaştırmanın mümkün olup olmadığı da tartışmalıdır. Bir görüşe göre bunlar azlığı koruyan alt sınırlar olup daha ağırlaştırılabilirler¹⁴². Diğer bir görüşe göre ise, bunların ağırlaştırılması şirketin işleyişini engelleyip güç boşluğuna yol açabileceğinden bunlar emredicidir¹⁴³. Yargıtay bu nisapların ağırlaştırılabileceğini belirtmiştir¹⁴³. Karar nisapları bakımından ise konuya açıklık getiren hiç bir hüküm yoktur.

140 Ansay, s. 186; İmregün, s. 133; Tekil, s. 71. Nisaplann aynı zamanda hafifletilebileceği görüşünde: Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), N. 689.

141 Ansay, s. 186; İmregün, AO s. 133; Tekil, s. 7,79.

142 Karahan, s. 7,8; Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), N. 690.

143 Y. II. HD. 7,4,9.1993, E. 97,5419, K. 93/587,6, YKD.1994/I s. 73,75.

Bu hususta da. toplantı nisapları bakımından olduğu gibi, nisapların ancak ağırlaştırılabileceği savunulmaktadır¹⁴⁴ ve bu da pay sahipleri sözleşmesinin amacına hizmet etmeye yetecektir.

Kararın alınabilmesi için belli bir grup pay sahibinin olumlu oyunun şart koşulu olması da esas sözleşmeye geçerli olarak koyulabilir¹⁴⁵. Bu, bir tür grup imtiyazıdır. Bu halde onayı aranan pay sahipleri karara olumlu oy vermez ise, karar nisabı oluşmamış sayılır¹⁴⁶.

D. Pay devir kısıtlamalarına aykırılık

Borcun ifasının mümkün olduğu hallerde, yani borçlu temerrüdü ve akdin müsbet ihlali hallerinde aynen ifanın talep edilmesinin mümkün ve asıl olduğu başlangıçta söylendi. Pay sahipleri sözleşmelerinin, pay devretme hakkı üzerinde sözleşmenin diğer tarafları lehine kısıtlamalar getiren alım, satım, önalım gibi haklar tesis eden hükümlerinin ihlal edilmesi halinde de pay devri için aynen ifa talep etmek (üçüncü kişiye devir gerçekleşmedikçe) kural olarak mümkündür¹⁴⁷. Bunun için öncelikle alım, önalım gibi yenilik doğurucu bir hakkın kullanılması veya bir icabın kabulü yoluyla pay devri konusundaki borç sözleşmesinin kurulmuş olması gerekir. Aynen ifa burada tek borç ilkesine aykırı kabul edilemez, zira burada sözleşmenin diğer tarafına karşı borçlar hukuku yoluyla

144 İmregün, AO, s. 149 ve orada anılan 11. HD. 13.10.1982 gün E. 3702 K. 3867 sayılı kararı.

145 Y. 11. HD. 3.10.1991, E. 7397 K. 4985, Eriş 2. bası. Md. 389 s. 1195.

146 Yargıtay, 3.10.1991 tarihli anılan kararında, olumlu oyu aranan imtiyazlı pay sahiplerinin tamamının oylarının normal nisaba ilave edilmesi genel...tiğine karar vermiştir. Böylece bu pay sahipleri olumlu oy vermedikçe nisap oluşmamış sayılacaktır. Ancak karara eklenen bir karşı oy yazısında, olayda oylanan gündem maddesinin esas sözleşme değişikliğini konu alması nedeniyle TK 387 uyarınca esas sözleşme değişikliklerinde oy imtiyazının geçersiz olması kuralının uygulanması gerektiği ve esas sözleşme değişikliği bakımından imtiyazlı pay sahiplerinin oyları ile nisabın yükseltilemeyeceği belirtilmiştir (Eriş, 2. bası, s.1195 dpn. 11)

147 Karş. Tekinalp (Poroy/Çamoğlu) N. 848d.

yüklenilmiş bir borç söz konusudur, yoksa ortaklıkta! bir borç mevcut değildir. Nasıl herhangi bir borcun ödenmesi için ekonomik değeri olan payın haczi mümkünse, borcun konusunun bizzat payın devri olduğu halde de payın karşı tarafa devrinin sağlanması mümkündür. Borcun ifası veya cebren icrası da doğrudan doğruya taraflar arasında cereyan edecektir (İİK m. 4). Yani ortaklık sahasına müdahale kural olarak söz konusu olmaz. Yalnız payın devrinde ortaklığa onay hakkı veren bağlı nama yazılı paylar ile henüz bedelleri tam olarak ödenmemiş çıplak veya nama yazılı payların devrinde ortaklık da devirle ilgili hale gelir. Bunun dışında payın taraflar arasında cebren de olsa devrine bir engel yoktur.

Yenilik doğurucu bir hakkın kullanılması ile kurulan veya hüküm ifade etmeye başlayan bir satım sözleşmesine dayanarak payın devrinin sağlanamadığı en önemli hal, payın sözleşmeye aykırı ve muvazaadan ari olarak bir üçüncü kişiye devredilmiş olması halidir. Pay muvazaadan ari olarak bir üçüncü kişiye devredilmiş ise, sözleşmelerin nisbiliği ilkesi gereğince paysahipleri sözleşmesinden doğan hakka dayanılarak bir satış sözleşmesinin kurulmuş olduğu bu üçüncü kişiye karşı ileri sürülemeyeceği için, payın devrinin üçüncü kişiden talep edilmesi imkansızdır¹⁴⁸. Bu durumda sözleşmeye aykırı olarak payını üçüncü kişiye devreden paysahibi tazminat borcu altına girer.

Böyle bir durumda önemli olan üçüncü kişinin payı devralmış olmasıdır, yoksa bir borçlandırıcı sözleşme ile payı devralma hakkını elde etmiş olması değil. Zira paysahibi, aynı payı devir borcunu içeren ve bu nedenle birbiriyle çelişen iki sözleşme yapabilir. Bu halde paysahibi sözleşmelerden ancak birini yerine getirmeye muktedirdir, diğer sözleşme bakımından temerrüde düşeceği kesindir¹⁴⁹. Dolayısıyla paysahibi, paysahipleri

¹⁴⁸ Bkz. §5, dpn. 337.

sözleşmesi hükümlerine aykırı olarak payı bir üçüncü kişiye devretme borcu altına girerse. bu devir gerçekleşmediği sürece pay sahipleri sözleşmesinden doğan devralma hakkının cebren ifası mümkün olur.

Payı devralmış olan üçüncü kişinin önalım hakkının varlığından haberdar olması da, önalım hakkını kendisine karşı dermeyan edilir hale getirmez¹⁵⁰. Anılan hakların esas sözleşmeye konularak, esas sözleşmeyle birlikte tescil ettirilerek veya pay senetlerinin arkasına dercedilerek üçüncü kişilere dermeyan edilebilir hale getirilemeyeceği anılan haklar incelenirken belirtilmiştir.

Bununla birlikte, üçüncü kişinin payın devri üzerindeki sözleşme! hakkı bilerek ve hak sahibine zarar vermek amacıyla payları devralması, kendisini BK 41 II anlamında tazminat sorumluluğuna tabi kılar^{150a}. Anılan hükme göre, ahlaka aykırı bir fiil ile başka bir kimsenin zarara uğramasına bilerek sebebiyet veren şahıs, o zararı tazmine mecburdur. Üçüncü kişinin payı devralması ahlaka aykırı olarak nitelendirilebiliyorsa, örneğin üçüncü kişi sözleşme! hak sahibine zarar vermek amacıyla hareket etmişse veya ahlaka aykırı bir yolla sözleşmenin ihlalini teşvik etmişse, BK 41/II uygulanır. Haksız fiil sorumluluğundan doğan tazminatın türü ise BK 43 I hükmü uyarınca hakim tarafından tayin edilir. Hakim, nakden tazminata karar verebileceği gibi aynen tazminata da karar verebilir. Aynen tazmin, zarar verici olay meydana gelmese idi, zarar görenin malvarlığı hangi durumda bulunacak idiyse, o durumun

149 Özellikle önalım hakkı bakımından bu sakıncanın giderilmesi için, payın satıldığı üçüncü kişiye önalım hakkının varlığı haber verilip önalım hakkının kullanılması halinde devrin gerçekleştirilemeyeceği önceden bildirilerek tazminat yükümlülüğünün doğması engellenebilir (Larenz/Wolf AT§ 3 N. 104, Palandt/Putzo, §505 N. 7).

150 Bkz. §5 III B 3 f 5.

150a Tekinalp (Poroy/Çamoğlu) N. 858; Y. 11. HD. E. 1994/7138, K. 1995/15 □ □ s. kararı (Oğuzman Armağanı, s. 5 □ 8).

aynen, fiilen, doğrudan doğruya yeniden kurulması, malvarlığının eski haline getirilmesidir^{150b}. Bu bağlamda hakim, ahlaka aykırı fiiliyle sözleşmeye aykırılığı teşvik ederek payı devralan üçüncü kişiyi, devraldığı payları sözleşmese! hak sahibine temlik etmeye mahkum edebilir^{150c}. Böylece, payın devri konusunda bir tarafa hak sağlayan sözleşme üçüncü kişiye karşı dermeyan edilemese de, üçüncü kişinin ahlaka aykırı fiilinin yol açtığı zararın giderilmesinde başvuru olan aynen tazmin yolu ile, sözleşmese! hak sahibi kişinin paylara kavuşmasını sağlamak mümkün olmaktadır^{150d}.

Bağlı nama yazılı payların söz konusu olduğu hallerde, sözleşmeden doğan devralma hakkının tam olarak yerine getirilememesi, şirketin devre onay vermemesi nedeniyle de söz konusu olabilir. Şirketin onayının alınmaması, devralanın paysahibi sıfatını kazanamaması anlamına geldiğinden, bu halin doğurduğu sakıncaları önlemek için zaman zaman paysahipleri sözleşmelerinde, devre onayın sağlanamaması halinde paydan doğan mali hakların alıcıya devredileceği, oy haklarının da alıcının talimatına göre kullanılacağı kararlaştırılmaktadır. Böylece, şirketin onay vermemesinin sonuçlarının ortadan kaldırılması amaçlanmakta, adeta onay verilmiş gibi, paydan doğan hakların kullanımı alıcıya bırakılmaktadır. Ne var ki, paysahipleri sözleşmesinde yer alan oy hakkının şirketin payı devralmasına onay vermediği kişinin

150b Eren, C. 1, s. 767; Oğuzman/Öz, s. 553; Tekinay Borçlar, s. 581.

150c Eren, C.I, s. 769 dpn. 197; Karahasan, Sorumluluk Hukuku, Sözleşme Dışı Sorumluluk, Beta, İstanbul 1995, s. 152vd; Kocayusufpaşaoğlu, Fasikül, §2 N. 20; Nomer, H. Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi, Beta, İstanbul 1996, s. 44; Tekinay Borçlar, s. 555 dpn. 344.

150d Bu anlamda, Yargıtayın 23.2.1995 tarihli kararında (Oğuzman Armağanı, s. 528) yer alan "haksız fiil hükümleri çerçevesinde böyle bir satışın iptal ettirilebilmesi"nin mümkün olduğu ibaresi tam olarak doğru olmamaktadır, zira üçüncü kişi ile satıcı arasındaki satış iptal edilmemekte, tam tersine, üçüncü kişiye geçmiş olan mülkiyetin haksız fiil tazminatı çerçevesinde sözleşmesel hak sahibine devredilmesine karar verilmektedir.

t:ilimatına göre l.-ullanılacağı şartını içeren bu tür hUk-Umlcr batıldır'⁵¹. Zira bu tür hül-...ılınler, kanunun verdiği yetkiye dayanarak esas sözleşmeye konulmuş bulunan bağlam hükmünü dolanılmakta, bağlanı hükmünün amacına ulaşmasını engellemel-tedir. Şirketin onay vermemesi, o kişinin paysahibi olarak şirkete dahil olmasını, şirket işlerine katılmasını engelleme amacı güder. Oysa oyun o kişinin talimatına göre kullanılması demek, bilakis bu kişinin şirketin irade mekanizmasında etkili olması demektir. Esas sözleşme hükmünün bu şekilde dolanılması sonucunu doğuran taahhütler içeren paysahipleri sözleşmesi hükümleri batıldır.

Paysahipleri sözleşmesinde bağlı nama yazılı bir payla ilgili olarak kendisine bir devralma hakkı tanınan ve bu hakkı kullanarak payı devralan kişi, ortaklığın devre onay vermemesi halinde bu onayın verilmesini sağlamak için hakkı tanımış olan paysahihini zorlayabilir mi? Kanaatimizce bu mümkün değildir. Nitekim paysahipleri sözleşmelerinde çoğu kez, bağlı nama yazılı bir payın devrinin söz konusu olması halinde, devreden, şirketin devre onay vermesi için en iyi çabayı göstereceği (yoksa onayın verileceğini garanti ettiği değil) taahhüdü yer alır. Zira onay verilip verilmemesi konusunda takdir hakkı tamamen şirkete aittir. Öyle ki esas sözleşmede bağlam sebebi yazılı değilse, şirket sebep göstermeksizin dahi onay vermeyi reddedebilir. Bu nedenle, payı devir borcu altında olan kişinin, şirketin devre onay vermemesi halinde yapabileceği bir şey yoktur. Ancak, payı devir borcu altında olan sözleşme tarafı aynı zamanda yerine göre genel kurulda veya yönetim kurulunda oy çoğunluğunu kontrol ediyorsa, o takdirde bu kişinin kendisinin devir borcunda altında olduğu payların devrine yine kendisinin oy çoğunluğunu kontrol ettiği organda onay vermemesi, hakkın

151 Schmidt, GesR §21 il 4, s. 619; Bürgi, Art. 692, N. 32; Glattfelder, 267a vd; Lanzlinger, BaslerKomm, Art. 692, N. 12; Forstmoser, FS Schlupe, s. 377 vd.; BGE 109 il 43, 81 il 534.

kötüye kullanılmasını oluşturur. Bu takdirde mahkeme, o kişiye devre onay vermesini emredebilir¹⁵².

Paysahipleri sözleşmesi şirkete karşı dermeyeran edilemeyeceğine göre, şirketin bu sözleşmede yer alan hakları gözeterek devre onay vermek borcu da olamaz. Ancak paysahipleri sözleşmesi şirkette çoğunluğa sahip olan veya şirket sermayesinin tümünü elinde tutan paysahipleri arasında akdedilmiş ise, durum anılanın tam tersi olabilir. Diğer bir deyişle, şirket yönetiminde egemen olan sözleşme tarafları, sözleşmedeki devir koşullarına uyulmadan yapılmış devirleri tanımamak, esas sözleşmede hüküm olmak kaydıyla bunları pay defterine kaydetmemek yoluna gidebilirler. Bağlamın sözleşmesine! devir kısıtlamalarını güçlendirmek amacıyla kullanıldığında daha önce işaret edilmiştir¹⁵³.

E.Ancak organlar tarafından yerine getirilebilecek edim borçlarına aykırılık

Paysahipleri sözleşmesinin içeriği incelenirken, sözleşme hükümlerinden yalnızca bazılarının paysahiplerinin kendi hakları üzerinde bireysel tasarrufları yoluyla yerine getirebilecekleri edimleri içerdiği, bir çok hükmün ise, esasında yalnızca ortaklık organları tarafından yerine getirilebilecek edimleri konu aldığı görüldü. Örneğin, şirketin yönetimi ile ilgili bulunan, üst düzey personelin seçimi, ortaklığın faaliyet alanının sınırlandırılması ve ortaklığın buna uygun davranmasının sağlanması, işletme politikasının belirlenmesi vs. gibi düzenlemeler, yönetim organının faaliyetlerini hedef almakta, paysahiplerine dağıtılacak kar, ortaklığın tahvil çıkarmasının veya halka açılmasının koşulları gibi bazı düzenlemeler de genel kurulun çıkaracağı kararları hedef alır. Diğer bir deyişle paysahipleri bu tür edimleri bizzat kendileri yerine getirme

152 Bu tür örnekler için bkz. yuk. dnp. ve 13.

153 Bkz.§5111 B3 f 6.

ilâtidanndan yol-sundurlar. O halde ancak organlar tarafından Yerine getirilebilecek edimleri düzenleyen hükümler bakımından pay-sahiplerinin durumu nedir? Bu soruyu cevaplandırınak için hu tür hül-ümlerle paysahiplerine nasıl bir edim borcu iiklenmiş olduğu hususu araştırılmalıdır.

Şöyle ki, paysahipleri kendi yetki alanlarında bulunmayan bu konuları amaçsız olarak sözleşmede düzenlememişlerdir. Bunların sözleşmeye konulmasındaki amaç, paysahiplerinin ortaklık organları üzerindeki etkilerini kullanmaları veya ortaklık organlarında yer almakta iseler bizzat kendilerinin sözleşmeye uygun davranmaları yoluyla, öngörülen düzenlemelerin hayata geçirilmesinin sağlanmasıdır. Öyleyse anılan düzenlemeler paysahiplerini, ortaklığın o düzenlemelerde öngörülen şekilde çalışmasını sağlamak amacıyla ortaklık organlarındaki güç ve yetkilerini kullanma borcu altına sokar. Böylece bu düzenlemelerin yerine gelmemesi halinde, paysahipleri bunların yerine gelmesini sağlayacak şekilde davranmaya zorlanabilir. Eğer sözleşmenin öngördüğü sonuçlar doğmazsa paysahibi ancak gereken çabayı göstermediği ölçüde kusurlu sayılabilir ve tazminat borcuna tabi olur. Paysahibinin yükümlülüğünün bu şekilde belirlenmesi, paysahibinin kusurunun da belirlenmesine yardımcı olacaktır. Zira borçlu sözleşmenin yerine gelmemesinden ancak kusuru oranında sorumludur (BK m. 96). Paysahibi, sözleşmeye konu ortaklık orgamnda bizzat yer alıyorsa, sözleşmeye de bizzat uymalıdır. Paysahibi değil de paysahibinin emrinde bulunan biri ilgili organda yer alıyorsa, o takdirde paysahibi bu kişinin de sözleşmeye uygun davranmasını sağlamak zorundadır ve bu kişinin fiillerinden de yardımcı şahıstan sorumluluk (BK 100) kuralları çerçevesinde sorumludur. Bununla birlikte, yönetim kurulu üyelerinin paysahipleri sözleşmesine uyma borcu ve bundan doğan sorumlulukları ile ilgili olarak bkz. §5 III Ac (1).

§8 P YSAHİPLERİ SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

1. GENEL OLARAK

Pa)□alıpleri sözleşmesi de bir borç sözleşmesi olduğundan, borç sözleşmelerinin sona ermesine uygulanan kurallara tahidir¹. Sözleşmenin sona erme biçimi, sözleşmenin türü ile ilgilidir. Adi ortaklık oluşturan sözleşmelerin sona ermesi **BK** m. 535-536.da düzenlenmiştir. Diğer sözleşmeler bakımından ise. sona erme. çeşitli ihtimallere göre incelenmelidir.

1. İfa. borcu sona erdirir. Borç ilişkisinden doğan tüm borçların ifası ile birlikte sözleşme ortadan kalkar². Bu tür sona erme hali, daha çok ani edim borcu içeren sözleşmeler bakımından söz konusu olur³. Örneğin paysahiplerinin ortaklığın sermayesini belli bir miktara artırma taahhütlerini içeren bir sözleşme, sermayenin taahhüt edilen tutara artırılması ile sona erer.

2. Borcun borçlunun kusuru olmadan imkansızlaşması borcu sona erdirir (BK 117). Örneğin anonim ortaklığın, sözleşme taraflarının kusuru olmadan sona ermesi halinde, paysahipleri sözleşmesinden doğan ve bu ortaklığı ilgilendiren borçların yerine gelmesi imkansızlaşacağından paysahipleri sözleşmesinden doğan borçlar da sona erer⁴.

3. Kural olarak sözleşme taraflarından birinin ölümü sözleşmeyi sona erdirmez, mirasçılar sözleşme tarafının yerini alır, ancak ölen kişinin borcu şahsa bağlı bir edimi içeriyorsa şahsa bağlı edimler mirasçıya geçemeyeceğinden, borç sona erer⁵. Örneğin vekalet akdinde vekilin ölümü sözleşmeyi sona erdirir (BK 397).

1 Glatffelder, s. 335a. Sözleşmelerin sona ermesi ile ilgili genel açıklamalar için bkz. Eren, C. II. s. 1Z45vd, Oğuzman/Öz, s. 410vd; Tekinay Borçlar, s. 984vd.

2 Tunçomağ, s. 1156.

3 Glatffelder, s. 337a.

4 Glatffelder, s. 34,3a.

5 Eren, C. II. s. 1Z46; Oğuzman/Öz, s. 410-411, dpn. ı; Tunçomağ, s. 1162.

Paysahipleri sözleşmesinden doğan edimler kural olarak şahsa bağlı nitelik taşımazlar. Oy da şahsen kullanılması gereken bir hak değildir⁶. Sözleşme tarafının ölümü halinde mirasçılar küli halefiyet yoluyla hem payı hem de sözleşmeden doğan hak ve borçları devralırlar. (Adi ortaklık niteliğindeki sözleşmeler için aşağıya bkz.)

4. Tarafların iflası da kural olarak sözleşmeyi sona erdirmez. Kanun yalnızca bazı sözleşmeler bakımından iflası veya borçlunun borç ödeyemez duruma düşmesini sona erme sebebi olarak sayılmıştır. Örneğin hasılat kirasında kiracının iflası (BK 490) vekalet sözleşmesinde vekilin veya müvekkilin iflası (BK 397), adi ortaklıkta ortaklardan birinin iflası (BK 533 I 3) sözleşmeyi sona erdirir. Bunun dışında karşılıklı borç içeren akitlerde iflas ve borç ödeyemez duruma düşme, karşı tarafa sözleşmeden dönme hakkı veren bir durum olarak nitelendirilmiştir (BK 84). Paysahipleri sözleşmesi bakımından da sözleşme karşılıklı borç yükleyen bir sözleşme ise, bir tarafın iflası veya borç ödeyemez duruma düşmesi, borcun ifasını engelleyecek nitelikte ise, diğer taraf BK 84 uyarınca sözleşmeden dönebilir.

5. Sözleşme, tarafların anlaşması ile de sona erdirilebilir. Eski adıyla "ikale", yeni adıyla "bozma" veya "sona erdirme" sözleşmesi, borçların henüz ifa edilmemiş olduğu safhada, sözleşmeyi geriye etkili olarak ortadan kaldırmak için yapılır⁷. Diğer bir deyişle taraflar sözleşmeden doğan alacak ve borçtan karşılıklı olarak vazgeçerek hukuki ilişkiyi ortadan kaldırıp, alacaklı ve borçlu sıfatlarına son verirler⁸. Borçlardan bazılarının ifa edilmiş olması, ifayı kabul eden tarafın bunu iade etmeyi kabul ettiği şeklinde anlaşılır⁹. Ancak tarafların men-

6 Bkz. §5, dpn. 198 ve ilgili metin.

7 Eren, C. II, s. 1□47; Oğuzman/Öz, s.410 dpn. 1, Tunçomağ, s. 1156vd.

8 Eren, C.11, s. 1□46, Seliçi, Sona Erme, s. 105.

9 Tunçomağ, s. 1156.

faatler durumunu düzenleyerek sözleşmeyi geleceğe etkili olarak sona erdirmelerine de bir engel yoktur. Özellikle sürekli borç ilişkilerinde ifaya başlanmış olması halinde sözleşmenin ileriye etkili olarak sona erdiğini kabul etmek gerekir¹⁰. Taraflar arasındaki hukuki ilişkide bir uyuşmazlık söz konusu ise, bu uyuşmazlık da bir sulh sözleşmesi ile halledilir¹¹.

6. Süreye bağlı sözleşmeler, edimin niteliği ister ani ister sürekli olsun, sürenin bitiminde sona erer¹². Bozucu şarta bağlı sözleşmeler de şartın gerçekleşmesi ile sona erer¹³. Örneğin kurulması planlanan bir şirkete dair olarak akdedilen paysahipleri sözleşmesi, şirketin kurulamaması bozucu şartına bağlı olarak yapılmışsa, bu şartın gerçekleşmesi paysahipleri sözleşmesini sona erdirir.

7. Süreye bağlı olmayan ve sürekli edim borcu içeren bazı sözleşmelerde, tarafların belli bir ihbar süresine uyarak, sözleşmeyi tek taraflı beyanla ileriye etkili olarak sona erdirme hakları vardır¹⁴. Feshi ihbar¹⁵ veya olağan fesih hakkı¹⁶ olarak adlandırılan bu hak, süresi belli olmayan bir sözleşme ile son - suza kadar bağlı kalınmasını önleme düşüncesine dayandır¹⁷. Örneğin kira sözleşmesinde (BK 685), hizmet akdinde (BK 340) ve adi ortaklık sözleşmesinde kanunen feshi ihbar hakkı tanınmıştır.

10 Eren, C.II, s. 1z47, Seliçi, Sona Erme, s. 107.

11 Eren, C.II, s. 1z47.

12 Eren, C. II. s. 1z46; Moroğlu. s. 10z; Oğuzman/Öz, s. 410-411, dpn. 1; Forstmoser, FSSchlupe, s. 371.

13 Eren, C. II, s. 1z46; Oğuzman/Öz, s. 410-411, dpn. 1.

14 Eren, C.II, s. 1z48; Oğuzman/Öz, s. 40z, 411 dpn. 1; Tunçomağ, s. 1158.

15 Oğuzman/Öz, s. 411, dpn. 1.

16 Eren, C.II, s. 1z48; Seliçi, Sona Erme, s. 13z; Tunçomağ, s. 1158.

17 Oğuzman, Hizmet Akdinin Feshi, s. 33; Seliçi, Sona Erme, s. 13z.

Olağan fesih hakkı, kanuna veya sözleşmeye dayanabilir¹⁰. Kanunda düzenlenmeyen haller bakımından, sürekli borç doğuran süresiz sözleşmelerde belli bir ihbar süresine uyarak fesih hakkının tanınıp tanınmayacağı tartışmalıdır¹⁹. Çok uzun bir süre için akdedilmiş sözleşmeler de aynı tartışmaya konu teşkil etmektedir. Özellikle anonim ortaklığın süresi için akdedildiği belirtilen pay sahipleri sözleşmelerinin geçerli olup olmayacağı, geçerli ise ihbar süresine uyularak feshedilip edilemeyeceği tartışmalıdır. İsviçre hukukunda hakim fikir, süresiz sözleşmelerin ve çok uzun süreler için akdedilmiş sözleşmelerin olağan fesih hakkı doğurması gerektiği, yani bir ihbar süresine uyularak tek taraflı olarak sona erdirilebilmesi gerektiği yönündedir. Aksi durumun, dürüstlük kuralına ve kişilik haklarına aykırı olacağı savunulmaktadır⁰.

Kanaatimizce, pay sahipleri sözleşmeleri, kira veya hizmet akitlerine nazaran özellik arzeder. Kira sözleşmesinde veya hizmet sözleşmesinde çoğunlukla sözleşme konusunun veya tarafının alternatifi vardır. Kiracı mesken ihtiyacını başka bir konutta giderebilir, işçi geçim ihtiyacını başka bir işveren için çalışarak karşılayabilir. Ne işin niteliği ne de kira konusu, tarafları sıkı sıkıya birbirine bağlamaz. Buna rağmen kira ve hizmet sözleşmelerinde, kiracının ve işçinin sözleşmenin devamındaki menfaati daha yüksek görülerek kiraya verenin ve işverenin olağan fesih hakkı sınırlandırılmıştır⁴¹. Pay sahipleri sözleş-

18 Eren, C.II, s. 1448; Seliçi, Sona Erme, s. 133; Tunçomağ, s. 1158. Bucher, AT, §41 III, s. 391.

19 Bu im.kan İsviçre hukukunda kabul edilmel...-tedir. Von Tuhr (Edege) s. 640, dpn. 51; Bucher, AT §41 N, s. 394; BGE 93 il 490, 300; 97 II 390, 399; 106 il 449. Pay sahipleri sözleşmeleri bakımından Bürgi, Art. 694, N. 3o; Glattfelder, s. 347a; Böckli, N. 1440. Türk hukukunda ihbar süresine uyarak fesih hakkının ancak sözleşmeye veya kanuna dayanacağı şeklindeki ifadelerden, kanunda öngörülmemeyen hallerde bu imkanın genel kabul görmediği anlaşılmaktadır. (bkz. dpn. 18).

40 BGE 93 II 490. 300; 97 II 390, 399; 106 II 449; Bucher, AT §41 iVs. 394; Kramer, Art. 19-40 N. 440; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 39 N. 173vd.

41 Seliçi, Sona Erme, s. 147.

nelerinde ise taraflar, belli bir ortaklığın paysahibi olmak sıfatıyla birbirlerine karşı durumlarını özel kılan bir konumdadırlar. Sözleşmenin kendilerine sağladığı menfaati başka yerlerden temin etmeleri mümkün değildir. Bu nedenle kanaatimizce paysahipleri sözleşmesinden tek taraflı bir beyanla sıyrılmak, bir ihbar süresine uyararak sözleşmeyi feshetmek mümkün olmamalıdır. Fesih için en azından haklı sebep aranmalıdırzz.

8. Sürekli edim borcu içeren bazı sözleşmelerde, sözleşme ister süreye bağlı olsun ister olmasın, bir haklı sebebin varlığı halinde sözleşmenin tek taraflı beyanla ileriye etkili olarak sona erdirilmesi mümkündür. Kanun kira (BK □64), hizmet (BK 344), adi ortaklık (BK535 II) gibi sözleşmelerde bu hakkı açıkça tanımıştır. Ancak böyle bir hakkın kanunda açıkça düzenlenmediği hallerde dahi, haklı sebebe dayalı fesih hakkının tanınması gerektiği savunulmaktadır³. Aksi takdirde, taraflar kendileri için çekilmez hale gelen, üstelik belki kanunda düzenlenmemiş olduğu için olağan fesih hakkının da bulunmatlığı bir sözleşmeyi devam ettirmek zorunda kalacaklardır. Paysahipleri sözleşmelerinde de, sözleşmenin sürekli edim borcu içermesi halinde, haklı sebeple fesih imkanını tanımak yerinde olurZ4. Oy sözleşmeleri bakımından da bu imkan tanınmaktadırZS.

9. Karşılıklı borç içeren paysahipleri sözleşmelerine, borçlu temerrüdüne dair kurallar da uygulanırz⁶. Bir tarafın borcunu yerine getirmemesi halinde, diğer taraf BK 106vd. hükümlerine göre sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir. Örneğin paysahiplerinden birinin sermayeyi artırma taahhüdüne

zz Dohm, s. 125. Ayrıca bkz. aşağıda d. 33.

z3 Seliçi, Sona Erme, s. 200. Oğuzman/Öz, s. 404, d. 684.

z4 Glattfelder, s. 347a; Patıy, s. 131a-131za.

z5 Moroğlu, s. 104; Dohm, s. 125.

z6 Glattfelder, s. 343a.

karşılık değerinin onunla ve şirketle rekabet etmeme borcu altına girdiği bir sözleşme bakımından, rekabet etmeme borcu altına giren taraf sermayenin artırılmaması nedeniyle sözleşmeden dönme hakkını l'U.İlanabilir. Karşılıklı oy verme taahhüdü bakımından da bu sonuç kabul edilir□7.

10. Taraflar sözleşmede sona erme ile ilgili bir düzen de öngörmüş olabilirler. Örneğin, sözleşmenin haklı sebebe binaen feshi bakımından hangi hallerin haklı sebep oluşturduğu tanımlanmış olabilir. Bu tür bir hüküm, haklı sebebin varlığı halinde diğer tarafın paylarını satın alma veya kendi paylarını satma zorunluluğu ile birleştirilmiş olabilir. Bu gibi özel sona erme hallerinin öngörülmesi halinde, aksine bir düzenleme yoksa genel bir haklı sebebe binaen fesih halinin bertaraf edilmiş olduğu kabul edilmelidirz⁸. Aksi takdirde, sözleşmede öngörülen sona erme halleri anlamsızlaşır. Sözleşmede belli bir sona, erme düzeni öngörülmüş olmasına karşın süresiz ve sürekli borç doğuran sözleşmelerde haklı sebebe dayanarak fesih imkanı, ancak sözleşmede öngörülen sona erme düzeninin ahlaka aykırılığa varacak derecede kısıtlayıcı olması halinde düşünülebilir.

II. ADİ ORTAKLIK OLUŞTURAN SÖZLEŞMELER BAKIMINDAN

Paysahipleri sözleşmesinin bir adi ortaklık oluşturması halinde, bu sözleşme BK535 ve 536'da sayılı sebeplerle sona erer.

1.Ortaklığın amacının elde edilmesi veya elde edilmesinin imkansız hale gelmesi ortaklığı sona erdirir (BK 535 I 1). Örneğin önemli ölçüde paya sahip olan bir sözleşme tarafının, paylarını sözleşmeye aykırı şekilde bir üçüncü kişiye devretmesi halinde sözleşme ile öngörülen amaca ulaşılması imkansız hale gelebilir.

z7 Moroğlu, s. 104.

z8 Karş. Forstmoser, FS Schluelp. s. 371.

□- Mirasçılar ile ortaklığın devamına dair yapılmış bir sözleşme olmadığı halde ortaklardan birinin ölmesi halinde ortaklık sona erer (BK 535 I □). Paysahipleri sözleşmeleri çoğu kez mirasçılarla devama dair hükümler içerirler²⁹. Bu halde miras ortaklığı sözleşmenin tarafı haline gelir³⁰. Ancak sözleşme, mirasçılar olmadan ortaklığın devam edeceğine dair hüküm de içerebilir. Bu halde, ölen ortağın sahip olduğu anonim ortaklık paylarını mirasçılardan satın almak konusunda alım hakkı da tanınarak sözleşmenin devamı sağlanır³¹.

3. Ortaklardan birinin adi ortaklık payı hakkında cebri icranın gerçekleşmesi veya ortaklardan birinin iflas etmesi veya hacir alına alınması, ortaklığı sona erdirir (BK 535 I 3). Adi ortaklık payının cebri icraya konu olması, paysahipleri sözleşmesinin bir iç ortaklık oluşturduğu, dışarıya karşı bir ortaklığın varlığının gözükmediği hallerde değil, ancak paysahipleri sözleşmesinin bir iş ortaklığının parçası olması gibi dışa dönük bir ortaklığın varlığı halinde söz konusu olabilir.

4. Tüm ortakların oybirliği ile alacakları bir kararla ortaklık sona erdirilebilir (BK 535 I 4).

5. Ortaklık belirli bir süre için akdedilmiş ise bu sürenin bitiminde ortaklık sona erer (BK 535 I 5). Sürenin bitimine rağmen faaliyet devam ediyorsa ortaklık süresiz hale gelmiş sayılır (BK 536 son).

6. Ortaklık sözleşmesinde taraflardan birine feshi ihbar hakkı tanınabilir. Bu durum paysahipleri sözleşmeleri bakımından mutata değildir, zira paysahipleri sözleşmesi çoğu kez paysahipleri arasında ilgili anonim ortaklığın paysahipliği sıfatı devam ettiği müddetçe geçerli olması arzu edilen bir ilişki kurar.

29 Glattfelder, s.344a.

30 Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), N. 107c.

31 Moroğlu, s. 105; Glattfelder, s. 3.1-4a.

Paysahipleri sözleşmesinin belirsiz süre için akdedilmiş olması halinde, bu sözleşmeden doğan adi ortaklığın her ortağı (yani sözleşmeye taraf olan her paysahibi) altı ay evvelden ihbarda bulurunak kaydıyla feshi talep edebilir (BK 536 I 6). Aynı şekilde, ortaklardan birinin hayatı süresince geçerli olacağı kararlaştırılmış sözleşme de feshin ihbarı yoluyla sona erdirilebilir. Diğer bir deyişle, bir ortağın hayatı süresince akdedilmiş sözleşmeler de, belirsiz süreli sözleşme gibi göiünlüştür. Paysahipleri sözleşmelerinde sık görülen bir başka hüküm de sözleşmenin ilgili anonim ortaklığın varlığı süresince veya tarafların paysahibi sıfatını taşıdıkları sürece geçerli olacağına kararlaştırılmış olmasıdır. Bir gerçek kişinin hayatının sona ereceği, bir tüzel kişinin hayatının sona ermesinden daha kesin bir gerçeklik olduğuna göre, bu hallerin de BK 535 I 6 hükmüne tabi kabul edilmesi, yani sözleşme adeta süresiz olarak akdedilmişçesine olağan fesih hakkının varlığının kabul edilmesi gerekir³².

Bununla birlikte, özellikle çift ortaklık durumlarında paysahipleri sözleşmesi anonim ortaklığın yaşamına egemen olacak temel sözleşme olarak akdedildiğinden, anonim ortaklık varlığını sürdürdükçe, bu sözleşmenin de devam etmesi arzulanır ve feshi ihbarla sözleşmeden sıyrılabilme imkanı hoş karşılanmaz³³. Bu nedenle bu tür fesih imkanını ortadan kaldırmak için sözleşmelere süre kaydı konulmaktadır³⁴.

İsviçre Federal Mahkemesi, bir kararında, adi ortaklıkta olağan fesih hakkını düzenleyen kanun hükmünün emredici

32 Böckli, N. 1441; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, §39 N. 188. Diğer sözleşmelerin sona ermesi bakımından verilen açıklamalara da bkz. (yuk. N. 7).

33 Moroğlu, s. 107; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, §39, N. 175. İsviçre hukukunda 1992 değişikliklerinde kabul edilmeyen 695a maddesi önerisi bu sorunu çözmeyi amaçlıyordu ve sözleşmenin feshinde ihbar süresine uyularak fesih imkanını kaldırıp yalnızca haklı sebebe binaen fesih imkanını koruyordu. Bkz. §3 il A.

34 Moroğlu, s. 107; Stuber, s. 97.

olmadığına ve bu hakkın sözleşme ile kaldırılabileceğine hükmetmiştir³⁵. Süresiz olarak veya uzun bir süre için akdedilmiş olan sözleşmelerde sözleşmenin sona ermesi konusunda taraflarca getirilen düzenleme kişilik haklarına tecavüz edecek ve ahlaka aykırılık oluşturacak nitelikte olmadıkça, bu görüş kabul edilmelidir³⁶. Zira bazı hallerde sözleşmenin nesilleri aşacak kadar uzun bir süre için dahi bağlayıcı olmasına ihtiyaç duyulabilir. Sözgelimi anonim ortaklık paylarının aile içinde kalmasını sağlayan hükümler böyledir³⁷.

Türk hukukunda da olağan fesih hakkının emredici olmadığı savunulmaktadır³⁸. Bir görüşe göre ise, fesih hakkı emredici olmakla birlikte, fesih süreleri emredici değildir³⁹.

Fesih için özel bir hüküm öngörülmüş ise, örneğin sözleşmenin hangi hallerde ve ne şekilde sona erdirileceği kararlaştırılmış ise, altı aylık süreye binaen olağan fesih hakkının kaldırıldığı kabul edilmelidir.

7. Sona ermeyi haklı gösterecek bir sebebin bulunması halinde, süresiz sözleşmelerde feshi ihbar süresi ile bağlı olmadan,

35 BGE 106 II 226. Mahkeme bu kararıyla, feshi ihbar hakkının emredici nitelikte olduğu konusundaki BGE 90 II 333, 341 (5a) kararından döndüğünü beyan etmiştir (s. 2z9). Karara konu olan olayda, bir adi ortaklığın, ortaklardan birinin yaşamı boyunca feshedilemeyeceği konusunda bir sözleşme hükmü sevk edilmişti. Davacılar bu hüküm nedeniyle sözleşmenin, İBK m. 546 I 6 (BK 535 I 6) anlamında bir ortağın yaşamı müddetince akdedilmiş sözleşme olduğunu ve sözleşmenin feshi ihbarla sona erdirilebileceğini, anılan kanun hükmünün de emredici olduğunu iddia etmişlerdi. Davalılar ise, sözleşmenin anılan hükmünün, sözleşmenin bir ortağın yaşamı boyunca akdedildiği değil, sözleşmenin *en az* ilgili ortağın yaşamı boyunca akdedildiği ve o süre boyunca feshedilemeyeceği anlamına geldiğini savundular. Mahkeme, davalıların iddiasını kabul ederek, İBK 546 I 6 hükmünün emredici olmadığını, bu hakkın sözleşme ile kaldırılabileceğini karara bağladı.

36 Nitekim mahkeme de anılan kararında, olağanüstü fesih haklarının saklı olduğunu belirtmiştir (BGE 106 II 226. 229). Ayrıca Forstmoser/Meier Hayoz/Nobel, §39, N. 183. Farklı görüş, Böckli, N. 1441, dpn. 726.

37 Forstmoser, FS Schluep, s. 369.

38 Moroğlu, s. 107; Seliçi, Sona Erme, s. 144-145.

39 Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), N. 110b.

sürelî sözleşmelerde de sürenin sona ermesini beklemek gerekmeden sözleşmenin feshini talep etmek mümkündür (olağanüstü fesih) (BK 535 I7 ve II). Haklı sebebin ne olduğu konusunda Türk ve İsviçre Borçlar Kanunlarında bir açıklık bulunmamaktadır. Alman Medeni Kanununda, haklı sebep tanımlanmamakla beraber, adi ortaklığın sona ermesinde haklı sebep hallerine örnek verilmiştir (BGB §7□3 I). Buna göre haklı sebep, özellikle, ortaklardan birinin, ortaklık sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden birini kasten veya ağır ihmal nedeniyle ihlal etmesi veya böyle bir yükümlülüğün imkansız hale gelmesidir⁴⁰. Haklı sebeplerin neler olduğu sözleşmede de kararlaştırılmış olabilir. Böyle bir durum yoksa haklı sebebin varlığını ve önemini mahkeme takdir eder⁴¹.

40 Örneğin şirketin amacının gerçekleştirilebilmesi için elzem olan bir kredinin sağlanması taahhüdünün yerine getirilememesi, haklı sebep kabul edilebilir. Bkz. Teoman, Yaşayan Ticaret Hul"lk"ll, C.I/9, s. 8□.

41 Domaniç. AdiO. s. 113; Moroğlu. s. 108; Poroy (Tekinalp/Çamoğlu). N. 111.

{ iv. BÖLÜM}

Paysahipleri Sözleşmesinin Diğer Alanlardaki Hukuki Yansımaları

§9 PAYSAHİPLERİ SÖZLEŞMESİNİN SERMAYE PİYASASI HUKUKU, REKABET HUKUKU VE BAĞLI İŞLETMELER HUKUKU AÇISINDAN DOĞURDUĞU SONUÇLAR

1. SERMAYE PİYASASI HUKUKU

Sermaye piyasası hukukunda yatırımcıyı korumak üzere getirilen tedbirlerden bazıları dolaylı olarak paysahipleri sözleşmesini ilgilendirmektedir. Paysahipleri sözleşmeleri paysahiplerinin ortaklıktaki güçlerini birleştirmeleri imkanını sağladığı için, sermaye piyasası kanunları, böyle bir sözleşme etrafında toplanan paysahiplerini bireysel olarak değil, ekonomik bir bütünlük olarak algılamaya ve buna göre tedbirler almaya başlamıştır. Sermaye piyasası düzenlemelerinin ana amacı, paysahipleri sözleşmesi yoluyla şirketin hakimiyetini ele geçiren paysahipleri grubu karşısında sermaye piyasasına yatırım yapan sermayedarın ve şirkette azlık durumuna düşen paysahiplerinin korunmasıdır. Bu amaçla, örneğin çoğunluğun belli bir oranın üzerinde güç elde etmesinin engellenmesine, sermaye veya oy oranlarının açıklanmasına ve hatta azlık paysahiplerinin paylarını çoğunluğa satıp şirketten

ayrılabilmelerine yönelik tedbirler öngörülmektedir. Diğer taraftan, çoğunluğu oluşturan paysahiplerinin menfaatini gözeten özel düzenlemeler de mevcuttur.

A. Nama yazılı pay sahipliğinin sınırlandırılması

Türk hukukunda nama yazılı pay senetlerinin devrinin pay defterine kaydedilmesinde ortaklığa red yetkisi tanınması hususunda tam bir serbesti söz konusudur. Ortaklık, gerekçe göstermeksizin dahi kaydı reddedeceği konusunda bir bağlamı esas sözleşmeye koyabilir (TK 418 II). Ancak bu hükmün mehzarını teşkil eden eski İBK m. 686, 199□ yılında değiştirilmiş ve özellikle borsaya kote edilmiş nama yazılı hisse senetleri hakkında bağlam öngörme imkanı kısıtlanmıştır. Paysahipleri sözleşmesini ilgilendirdiği ölçüde bu sistemin açıklanmasında yarar görüyoruz.

İsviçre Borçlar Kanununa 199□ yılında eklenen 685d maddesi borsaya kayıtlı nama yazılı hisse senetleri bakımından bağlamın hangi hallerde kabul edilebileceğini düzenlemiştir. Bunlardan biri, paysahiplerinin edinebileceği pay oranına üst sınır getirilmesi halidir. Eğer esas sözleşmede bir paysahibinin borsaya kayıtlı nama yazılı paylardan en fazla belli bir oranda sahip olabileceği yazılı ise, yönetim kurulu bu oranın üstünde pay alan paysahibini pay defterine kaydetmeyi reddedebilir (İBK 685d I).

İşte esas sözleşmede uygun hüküm olması kaydıyla, bir paysahibinin iktisap ettiği payların bu sınıra ulaşım ulaşmadığının tesbitinde, yalnızca paysahibinin doğrudan doğruya kendi mülkiyetinde bulunan paylar değil, paysahibinin ortak yönetim altında bulunduğu (bir şirketler grubuna dahil ortaklıklar gibi) veya oy haklarının uyumlu kullanılmasını öngören bir anlaşmayla bağlı bulunduğu diğer paysahiplerinin elindeki paylar da hesaba katılabilir¹. Paysahiplerini bağlayan

¹ Böckli, N 585; du Pasquier/Oertle, BaslerKomm, Art 685d, N. 7; Hofstetter, Gruppentatbestande im Börsengesellschaftsrecht, SZW1998, s. □87.

anlaşmanın yoğunluğu bu hesaplamada önem kazanır. Önemli olan paysahiplerinin bir ekonomik bütün arzetmeleri veya en azından yönetimde güçlerini birleştirmiş olmalarıdır. Zira hükümün amacı, şirkette belli bir grubun kararlaştırılan sınırın üzerinde güç sahihi olmasını engellemek ve paysahiplerinin dağılımını kontrol altında tutmaktır. Bu nedenle ancak şirket yönetiminde birlikte hareketi öngören paysahipleri sözleşmeleri etrafında toplanan paysahihi grupları, tek bir paysahihi gibi değerlendirilebilirler.

Ancak bu değerlendirme yalnızca payların alımı sırasında yapılabilir. Diğer bir deyişle grup halinde pay alımı yapan kişilerin aldıkları paylar bir arada hesaplanabilir; yoksa mevcut paysahiplerinin sonradan bir araya gelerek paysahipleri sözleşmesi akdetmelerinin engellenmesi mümkün değildir □.

Buna karşılık, İsviçre anonim ortaklıklar hukukunda kabul edilen oyda üst sınır kuralının (İBK 69 □ II) paysahipleri sözleşmeleri bakımından uygulanıp uygulanamayacağı tartışmalıdır. Şöyle ki, şirket esas sözleşmesinde her bir paysahihinin sahip olabileceği en yüksek oy oranı belirlenebilir. Bu yolla büyük paysahiplerinin gücünün sınırlandırılması ve halka açık devralmalarda şirket zararına olacak devralmaların engellenebilmesi amaçlanmaktadır³. Esas sözleşmede sahip olunabilecek en yüksek oy oranı belirlenirken bir oy sözleşmesi yoluyla oylarını birlikte kullanmayı taahhüt etmiş paysahiplerinin, tek bir paysahibi gibi değerlendirileceği hususundaki esas sözleşme hükümlerinin geçerliliği ise, paysahiplerinin örgütlenme özgürlüğü karşısında tartışmalıdır⁴.

□ Klay, s. □33; du Pasquier/Oertle. BaslerKomm, Art 685d. N. 7.

3 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel. § □4. N. 64.

4 Bu tür hükümlerin geçersiz olduğu görüşünde, Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § □4. N. 63; Hofstetter. SZW 1998. s. □88. Kesin bir pozisyon almamakla beraber geçerliliğin kabul edilebileceği yönünde: Böckli, N. 1411d.

B. Sermaye veya oy oranını açıklama yükümü

1. Avrupa Hukuku

Avrupa Birliği hukukunda, yatırımcının korunmasını, sermaye piyasasına güvenin artmasını ve böylece sermaye piyasalarının daha düzgün işlemlerini sağlamak amacıyla, borsaya kayıtlı şirketlerin paylarının önemli kısmının edinilmesi veya elden çıkarılması halinde kamuya duyuruda bulunulması yükümü öngörülmektedir⁵. Yönergenin sistemine göre, borsaya kayıtlı bir şirkette belli oranlar üzerinde katılıma sahip olan veya sahip olduğu katılım belli sınırların altına düşen pay sahipleri, bu konuda şirkete ve yetkili makamlara bildirimde bulunacaklardır. Böylece yatırımcılar, şirket yönetiminde etkili olan pay sahiplerini öğrenebilecek ve yatırımlarını bu bilgi ışığında yapacaklardır⁶. Ayrıca katılım oranlarının açıklanması, şirketi ele geçirme niyetinde olan kişilerin bu işi gizlice yapmasına engel olacaktır⁷.

Açıklama yükümlülüğü altında olan kişiler, şirkette sahip oldukları pay oranına göre değil, sahip oldukları oy oranına göre belirlenir. Herhangi bir gerçek veya tüzel kişi, doğrudan veya dolaylı olarak veya aracılar yoluyla, borsaya kayıtlı bir şirketteki oyların belli bir yüzdesine sahip olur veya oy oranı bu yüzdenin

5 Bu konuda ilk olarak 12 Aralık 1988 tarihli, 88/627/AET sayılı, kayıtlı bir şirkette önemli ölçüde hisse edinilmesi veya elden çıkarılması halinde yayınlanacak bilgi hakkında Konsey Yönergesi kabul edilmiştir (*Council Directive 88/627/EEC on the information to be published when a major holding in a listed company is acquired or disposed of*) [ATRG (1988) L.348/62]. Şeffaflık yönergesi olarak da anılan bu yönerge daha sonra yürürlükten kaldırılarak, 28 Mayıs 2001 tarihinde kabul edilen 2001/34/AT sayılı menkul kıymetlerin borsa kotasyonuna kabul edilmesi ve haklarında bilgi verilmesini düzenleyen yönergenin içine alınmıştır (*Directive 2001/34/EC of the European Parliament and of the Council of 28 May 2001 on the admission of securities to official stock exchange listing and on information to be published on those securities*) [ATRG (2001) L184/1].

6 Edwards. *EC Company Law*, Clarendon Press, Oxford 1999, s. 291.

7 Edwards, s. 292.

altına düşerse, açıklama yükümü doğar⁸. İşte kişinin sahip olduğu oy oranının hesaplanmasında, oy sözleşmeleri dikkate alınır. Önemli olan yalnızca kişinin bizzat sahip olduğu paylardan doğan oy hakları değil, kişinin hukuken veya fiilen, kullanılmasında söz sahihi olduğu oy haklarıdır⁹. Yönergenin 9□. maddesinin 1. paragrafının (c) bendine göre, birden fazla pay sahibinin, *bir şirketin yönetimi ile ilgili olarak kalıcı bir ortak politika gütmek amacıyla* oylarını birbirleriyle uyumlu şekilde kullanma taahhüdünü içeren yazılı bir sözleşme akdetmeleri, bu pay sahiplerinin toplamda sahip oldukları oy oranının her bir pay sahibinin oy hanesine ayrı ayrı yazılması sonucunu doğurur. Böylece sözleşmenin tarafı olan her kişi, sözleşmenin konusunu oluşturan toplam oy hakkının yönergede belirlenen sınırları aşması veya bunların altına düşmesi halinde, bireysel olarak açıklama yükümü altına girer¹⁰.

Ayrıca yönergenin 9□. maddesinin 1. paragrafının (g) şıkkı, pay sahibinin *bir sözleşmeye dayanarak tek taraflı irade beyanı ile iktisap etme imkanına sahip olduğu oy haklarının* da o pay sahibinin hükmettiği oylar hanesine yazılmasını öngörür. Aynı hükme göre pay sahibinin açıklama yükümü, kendisine tek taraflı irade beyanı ile oy (veya pay) iktisap etme hakkı veren sözleşmenin yapıldığı tarihte doğar. Diğer bir deyişle iktisap konusunda irade beyanında bulunulmuş olmasına gerek olmadığı gibi, bu hakkın icra edilebilir olup olmaması da önem taşımaz. Kanaatimizce hükmün amacı payların ilk talepte geriye verilecek şekilde başkalarına inançlı devri yoluyla oy oranlarının küçültülmesini ve açıklama yükümünün bertaraf edilmesini engellemektir. Bu açıdan hüküm, pay sahiplerinin birbirlerine tanıdıkları ve doğumu herhangi bir koşula (şirket

8 □001/34 sayılı yönerge. m. 89. Anılan oy oranları, % 10, %20. 1/3, %50 ve 2/3'tür.

9 Burgard, Die Berechnung des Stimmrechtsanteils nach §§□1-23 Wertpapierhandelsgesetz, BB 1995.□069. s. □071-□072.

10 Edwards, s. □99.

yönetiminin kilitlemesi gibi) bağlanmamış olan alım ve geri alım haklarını kapsar. Öncelik hakkı doğrudan satış sözleşmesini kurma imkanı vermediği için bu hükme girmez. önalım hakkı da, hakkı tanıyan kişinin paylarını satması veya satışını önermesi olgusuna bağlı olduğu için bu hükme girmemelidir.

Sonuç olarak sürekli bir oy sözleşmesi yapmış olan veya diğer pay sahiplerinin payları üzerinde doğumu herhangi bir koşula bağlı olmayan alım veya geri alım hakkı iktisap etmiş olan pay sahibinin, sözleşmeye konu olan tüm oylara hükmedebileceği veya hükmedebileceği kabul edilmektedir. Bu şekilde hesaplanan oy oranı, yönergede belirlenen oy oranı sınırlarını aşar veya böyle bir sınırın altına düşerse, ilgili pay sahibi borsaya kayıtlı şirkete ve ilgili makamlara açıklamada bulunmak zorunda kalacaktır.

Açıklama yükümü altında bulunan kişi, kendi kimliğini ve yönergede gösterilen şekilde hesap edilen oy oranının ne olduğunu açıklamak zorundadır [m. 89 (1)] . Bu açıklamanın yapılmaması halinde ne tür yaptırımların uygulanacağı yönergede gösterilmemiş, ancak her üye ülkenin uygun bir yaptırım benimsemesi yükümü getirilmiştir (m. 97). Yaptırım, hapis veya para cezası şeklinde olabileceği gibi, ilgili oy hakkının kısıtlanması veya ilgili payların devrine kısıtlama getirilmesi şeklinde olabilir¹¹.

□ -Alman Hukuku

Avrupa Birliğinin anılan yönergesi Alman hukukuna Menkul Kıymet Ticareti Kanunu'nun (WpHG)¹² z 1 ila 30. paragrafları ile geçirilmiştir. Anılan kanunun 22. paragrafı, yönergenin 9. maddesine karşılık gelmektedir. Maddeye göre, borsaya kayıtlı şirketlerde, iktisap, devir veya diğer herhangi bir yolla belirli oy

¹¹ Örnek verilen yöntemler İngiliz hukukunda uygulanmaktadır. (Edwards, s. 305.)

¹² Wertpapierhandelsgesetz (WpHG) vom 26 Juli 1994 (BGBl I. S. 1749). Neugefasst durch Bek. v. 9.9.1998 I z708; zuletzt geändert durch Art. 4 Gv. 23. 7.2002 I z778.

oranlarını aşan veya bunların altına düşen her paysahibi. sahip olduğu oy oranını açıklamak zorundadır. Alman hukukunda da, her bir paysahibinin oy oranının hesaplanmasında, paysahibinin sadece kendisine ait olan değil üzerinde etki edebileceği tüm oyların, ve bu arada paysahibinin taraf olduğu oy sözleşmesine konu olan tüm oyların hesaba katılacağı kabul edilmektedir¹³. Aynı kanunun § 22 II hükmüne göre paysahibi ile bir üçüncü kişi veya kişiler, şirket konusundaki tutumlarını uyumlu hale getirmek üzere bir anlaşmaya varırlarsa, o takdirde sözleşmenin diğer tarafı veya taraflarının sahip olduğu oy hakları da ilgili paysahibinin hanesine yazılır. Yönergeden farklı olarak Alman hukukunda yazılı anlaşma aranmamaktadır. Sözleşmenin hukuken bağlayıcı olup olmaması veya icra edilebilir olup olmaması da maddenin uygulanması bakımından önem taşımaz¹⁴. Ancak tek seferlik oy sözleşmeleri bu hükmün dışında tutulmuştur. (§ 22 II) ¹⁵. WpHG § 22 I 5

13 Assmann/Schneider, WpHG §22. N. 73, 83, 88; Nottmeier/Schafer, "Praktische Fragen im Zusammenhang mit §§21, 22 WpHG", AG 1997, 87, s. 94; Schneider, "Anwendungsprobleme bei den Kapitalmarktrechtlichen Vorschriften zur Offenlegung von wesentlichen Beteiligungen an börsennotierten Aktiengesellschaften (§§ 21ff. WpHG)", AG 1997, 81, s. 85; Witt, "Vorschlag für eine Zusammenfügeung er §21 ff. WpHG und des §20 AktG zu einem einzigen Regelungskomplex", AG 1998, 171, s. 176.

14 Assmann/Schneider, WpHG §22, N. 73; Schneider, AG 1997. s. 83. Özellikle bu madde nedeniyle var olan paysahipleri sözleşmelerinin sona erdirilip yerine centilmenlik anlaşmaları yapılması yoluyla maddenin dolanılmasına izin vermemek için bu geniş yoruma gidilmektedir. Bkz. Burgard, BB 1995, s. 2075.

15 Hükmün önceki hali, paysahipleri veya oy hakkı sahipleri arasındaki sözleşmenin, *taraflann uzun süreli olarak şirketin yönetimi ile ilgili ortak bir amacı takip edebilmeleri amacıyla* oylarını uyumlu şekilde kullanmaları hususunu kapsamamasını öngörmekte ve en az iki genel kurul toplantısını ilgilendiren anlaşmaların uzun süreli olduğu kabul edilmek.'ieydi (Assmann/Schneider, WpHG §22. N. 78; Burgard, BB 1995, s. 2075). Sözleşmenin başına koyulan "sözleşmenin uzun vadeli ortak amaçların gerçekleştirilmesini amaçlamadığı" şeklindeki kayıtların açıklama yükümünü kaldırmayacağına işaret edilmekteydi (Nottmeier/Schlifer, AG 1997. s. 94). Yeni hükümle sözleşmenin uzun süreli olması şartı kaldırılarak yalnızca arzi sözleşmeler hükmün kapsamı dışına çıkarılmış, böylece geniş bir yoruma imkan verilmiştir.

hükmü ise, paysahihinin tek taraflı irade beyanı ile iktisap edebileceği oyların, devralma hakkına sahip paysahibinin hanesine yazılacağını öngörmektedir. Burada kastedilen bir alım veya gerialım hakkıdır¹⁶. Maddenin amacı, açıklama yükümünden lrurtulmak için payların, istenildiği zaman geri alınabilecek şekilde üçüncü kişilere devrinin önlenmesidir¹⁷.

Alman kanununa göre, sözleşme yoluyla başka kişilerin sahip olduğu oylar üzerinde etkili olduğu tesbit edilen paysahipleri, hem anılan oyların, hem de kendi oylarının, toplam oranını açıklamak zorundadır (WpHG § 11¹⁸). Üstelik bu bilgi, hangi oyların hangi sebeple kendi hanesine yazıldığı konusunda bir açıklamayı da içermelidir (WpHG § 14 IV).

Açıklama yükümünün yerine getirilmemesi bir yandan para cezasına yol açarken, diğer yandan ve daha önemlisi, açıklama yükümüne tabi oylar donmaktadır. Kanunun 8. paragrafına göre, açıklama yükümünün yerine getirilmediği süre boyunca, ilgili oylar kullanılamaz. Ancak kullanılamayacak oylar, paysahibinin hanesine yazılmış olan tüm oylar değildir. Paysahibinin bizzat kendisine veya kendi kontrolü altındaki şirketlere ait oylar kullanılamazken, oy sözleşmesi veya pay devir sözleşmesi nedeniyle pay sahibinin hanesine yazılmış olan üçüncü kişilere ait oylar kullanılabilir¹⁹. Bu yasağın en

16 Assmann/Schneider, WpHG, § 11. N. 104; Witt, AG 1998, s. 176.

17 Falkenhagen, Aktuelle Fragen zu den neuen Mitteilungs- und Veröffentlichungspflichten nach Abschnitt 4 und 7 des Wertpapierhandelsgesetzes, WM 1995. 1005. s. 1007.

18 Özellikle borsaya kayıtlı aile şirketlerinde, oy konsorsiyumuna dahil aile üyelerinin çokluğunun ve bunların birbirlerinin oy oranlarından haberdar olmayışının, üstelik bazılarının oy oranının çok küçük olduğunun, açıklama yükümünü uygulanır olmaktan çıkardığı ve çok külfetli kıldığı eleştirisi yapılmakta ve grup olarak açıklama yükümü getirilmesi önerilmektedir. Bkz. Falkenhagen, WM 1995, s. 1008; Schneider, AG 1997, s. 85; karşı. Nottmeier/Schafer, AG 1997, s. 94. Aşağıda açıklandığı üzere bu yöntem İsviçre hukukunda benimsenmiştir. Mamafih, orada da kişisel katılımlar açıklanmadığı için sistem yeterince şeffaf olmamakla eleştirilmektedir!

19 Assmann/Schneider, § 11 N. 10.

önemli sonucu, yasağa rağmen kullanılan oylara dayanılarak alınan genel kurul kararının AktG § 43 I uyarınca iptal edilebilir hale gelmesidir^{zo}. Açıklamanın sonradan yapılması da iptal edilebilirliği ortadan kaldırmaz^{z1}. Mamafih, iptal davası açma süresinin kısalığı ve paysahibinin hukuki ilişkilerinin gizliliği nedeniyle iptal edilebilirlik sebebinin zamanında öğrenilmesinin güç olacağı ve bu yaptırımın arzu edilen etkiyi doğurmayacağı belirtilmektedir^{zz}.

3. İsviçre Hukuku

İsviçre hukukunda da paysahipleri sözleşmesine taraf olan paysahiplerinin kimliklerinin ve sahip oldukları (veya kullanılmasında söz hakkı sahihi oldukları) oy haklarının veya pay oranlarının açıklanması konusunda düzenleme mevcuttur. İsviçre Borçlar Kanununa 1990 yılında getirilen değişikliklerle eklenen 663c maddesine göre, hisseleri borsaya kayıtlı olan anonim ortaklıklar, bilançolarının eklerinde esaslı paysahiplerini ve bunların katılım oranlarını belirtmek zorundadırlar. Aynı maddenin 1- fıkrasına göre, "esaslı paysahibi", oy hakkı şirketteki toplam oy hakkının %5'ini aşan paysahibi veya "oy hakları bağlanmış paysahibi grupları"dır. Açıklamanın bilançoda yapılmasından ve bilançonun sürekliliği ilkesinden hareketle, burada süreklilik arzeden oy sözleşmelerinin kastedildiği savunulmaktadır^{z3}.

Esaslı paysahiplerini açıklama yükümü, İsviçre Sermaye Piyasası ve Menkul Kıymet Ticareti Kanununun ("İsviçre Sermaye Piyasası Kanunu" veya "BEHG" olarak anılacaktır)^{z4},

zo Assmann/Schneider, §z8 N. 16.

z1 Assmann/Schneider. §z8 N. 17.

zz Assmann/Schneider, §z8 N. 16.

z3 Cereghetti, L. Die Offenlegung von Unternehmensbeteiligungen im schweizerischen Recht, Diss. Zürich 1995. s. z14; Röthlisberger, P. A., Offenlegung der Beteiligungsverhältnisse bei Publikumsgesellschaften, Diss. Bern 1998, s.81.

z4 Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel (BEHG) / Loi Federale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (z4 Mart 1995).

20. maddesi ve Federal Banka Komisyonunun bu kanuna dayanarak çıkardığı Sermaye Piyasaları ve Menkul Kıymet Ticareti hakkındaki Tüzüğün 13 ve 15. maddeleri ile daha da genişletilmiştir. Anılan kanunun 20. maddesine göre, bir kimse hisseleri İsviçre'de kayıtlı bulunan bir şirketin paylarını doğrudan, dolaylı olarak veya üçüncü kişilerle *uyumlu şekilde hareket* yoluyla iktisap ederek veya elden çıkararak o şirketteki oy haklarının belli bir yüzdesine sahip olur veya belli bir yüzdenin altına düşerse, bu durumu ilgili şirkete ve payların kayıtlı olduğu borsaya bildirmek zorundadır. Bu maddenin uygulamasını sağlamak amacıyla kabul edilen tüzüğün 15. maddesi, uyumlu hareket kavramının açıklanmasında paysahipleri sözleşmesi olgusundan yararlanmaktadır. Anılan maddenin ikinci fıkrasına göre, ortaklık paylarının alımı veya satımı veya oy haklarının kullanımı amacına yönelik anlaşmalar akdedilmesi, anlaşma taraflarının uyumlu hareket içinde bulunduğu anlamına gelir. Ayrıca aynı tüzüğün 13. maddesine göre pay üzerinde alım veya satım haklarının kazanılması, bildirim yükümünü doğurur.

Dolayısıyla pay devirleri konusunda alımveya önahm hakkı tanıyan paysahipleri sözleşmeleri ile oysözleşmeleri paysahibinin bildirim yükümüne tabi olup olmadığının belirlenmesinde dikkate alınırS. Ayrıca tüzüğe konu olan oysözleşmeleri, İBK 663c'den farklı olarak yalnızca sürekli sözleşmeler değil, oyun kullanımını paysahibinin bağımsız iradesi dışına çıkararak, oyun bir başka paysahibi ile uyumlu şekilde kullanılması konusunda anlaşma içeren her türlü sözleşmelerdir²⁶. Bu sözleşmelere taraf olan her paysahihi, bireysel oy oranı ne olursa olsun, toplam oy oranının belirlenen sınırları aşması veya bu sınırların altına düşmesi halinde açıklama yükümünün sorumluluğunu taşıyacaktır?.

25 Von der Crone, Meldepflicht und Übemahmeregulung im neuen Börsengesetz, A.ktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz 3/1994, Verlag Stämpfli Bem 1995, 63, s. 68; Hofstetter, SZW 1998, s. 292.

26 Böckli, N. 98of: Vogt/Watter - Weber, Art. 20 BEHG N. 67, 72.

2,7 Druey, J. N. Die Meldepflicht, SZW Sondernummer 1997, s. 36, 42; Vogt/Watter

Ancak yapılacak olan açıklama, Avrupa Topluluğu yönergelerinden farklı olarak, grubu oluşturan pay sahiplerinin her birinin bireysel oy oranlarının açıklanması şeklinde değil, grubun toplam oy oranının açıklanması şeklinde gerçekleştirilir²⁸. İsviçre Sermaye Piyasası Kanununun 10. maddesinin III. fıkrasına göre, sözleşme! olarak veya bir başka şekilde organize olmuş gruplar, toplam katılım oranını, grubun her bir üyesinin kimliğini, aralarındaki anlaşmanın türünü ve temsil kurallarını açıklamak zorundadır. Böylece grup içindeki toplam katılım oranı değişmedikçe, grup içi pay devirlerinin açıklanmasına gerek yoktur²⁹. 10. maddeye göre açıklama yükümü uyumlu hareket yoluyla pay iktisabı veya devri sonucunda belirlenen oy oranlarının geçilmesi halinde doğar. Ancak herhangi bir pay devri gerçekleşmeden bir grup oluşturulması, yani mevcut pay sahiplerinin bir sözleşme ile ortaklaşa hareket etmeye başlaması halinde de açıklama yükümü ortaya çıkar; zira grup içindeki pay sahiplerinin bağımsız olarak değil, ekonomik bir bütün olarak etkili olması, hakimiyet oranlarının değişmesi anlamına gelir³⁰. Açıklama yükümünün yerine getirilmemesinin yaptırımı, bildirilmeyen sermaye payının değerinin iki misline kadar para cezasıdır (m. 41). İsviçre hukukunda, oy hakkının kısıtlanması yaptırımı, payın devredilebilirliğini azaltacağı ve bu oylara dayanılarak alınan kararların iptal edilme tehlikesi ile karşı karşıya olmasının hukuk güvenliğini sarsacağı gerekçesiyle reddedilmiştir³¹.

Kommentar zum schweizerischen Kapitalmarktrecht, Helbing & Lichtenhahn, Basel 1999 - Weber, Art. 20 BEHG N. 95.

28 Vogt/Watter - Weber, Art. 20 BEHGN. 95.

29 Cereghetti, s. 293; Hofstetter, SZW 1998, s. 297; Köppli, Die Angebotspflicht im schweizerischen Kapitalmarktrecht, Diss. Zürich 2000, s. 167; Vogt/Watter - Weber, Art. 20 BEHGN. 97.

30 Cereghetti, s. 292.

31 Von Büren/Bahler, Eingriffe des neuen Börsengesetzes ins Aktienrecht, AJP 1996, 391, s. 397; Von der Crone, Meldepflicht, s. 66.

4. Türk Hukuku

Türk hukukunda da pay sahipleri sözleşmesi, sermaye piyasası hukuku bakımından bazı açıklama yükümlülükleri doğurur. Sermaye Piyasası Kurulunun Seri VIII No. 39 sayılı "Özel Durumların Kamuya Açıklanmasına İlişkin Esaslar Tebliği"³², kamunun aydınlatılması ve yatırım kararlarının sağlıklı bilgiye dayanılarak yapılabilmesini sağlamak için, *şirketin sermaye yapısı ve yönetimin kontrolüne ilişkin değişikliklerin açıklanmasını* öngörmüştür.

Anılan tebliğin 5. maddesinin (a) bendine göre,

- 1) Sermaye yapısında, hisselerin sahip olduğu oy haklarında veya ana sözleşme ile tanınan diğer haklarda meydana gelen değişiklik veya sermaye piyasası mevzuatı uyarınca vekalet toplanması veya *bir sözleşme nedeniyle* veya sair yollarla *yönetim kontrolünün doğrudan veya dolaylı el değiştirmiş olması*,
- 2) "bir gerçek veya tüzel kişinin veya hu gerçek veya tüzel kişi ile *birlikte hareket eden diğer gerçek veya tüzel kişilerin*, ortaklıkta toplam oy hakkının veya sermayenin en az %5, %10, %15, %20, %25, 1/3, %50, 2/3 ve %75'ine veya daha fazlasına sahip olması veya ortaklıktaki toplam oy hakkının veya sermaye payının söz konusu oranların altına düşmesi",
- 3) *Oy sözleşmelerinin varlığının ortaklıkça öğrenilmesi*

kamuya açıklanması gereken özel hal sayılır.

Hükümde *birinci alt bentte* sayılan haller arasında, yönetim kontrolünün bir sözleşme nedeniyle doğrudan veya dolaylı el değiştirmesi yer almaktadır. Pay sahipleri sözleşmeleri, yönetimdeki kontrolün elde edilmesini veya paylaşılmasını sağlayan sözleşmeler olarak, bu hüküm kapsamına girebilirler.

³² RG. 20.07.2003. 25174.

Hükümün *ikinci alt bendinde* sayılan durum, oy veya sermaye paylarındaki değişimleri konu almaktadır. Buna göre, bir kişinin veya o kişi ile birlikte hareket eden diğer kişilerin sahip olduğu toplam sermayenin veya oy haklarının hükümde anılan sınırların altına inmesi veya üstüne çıkması bildirim yükümü doğurur. Sahip olunan sermaye ve oy haklarının belirlenmesi için yapılacak hesaplamada yalnızca beher paysahibinin sermaye payı veya oy hakkı değil, "birlikte hareket eden" paysahiplerinin toplam sermaye payları ve oy hakları dikkate alınacaktır. Avrupa hukukuna ve hükmün amacına paralel olarak, "birlikte hareket" kavramı paysahipleri arasındaki gelip geçici ilişkileri değil, sürekliliğin amaçlandığı ilişkileri kapsamalıdır. Süreklilik arz eden paysahipleri sözleşmeleri birlikte hareket oluşturur. Bu tür bir hesaplama sonucunda sözleşme taraflarının toplam sermaye veya oy oranları belirtilen oranları geçerse, o takdirde sözleşme taraflarının kimliğinin ve sahip oldukları toplam sermaye oranının açıklanması gerekir. Tebliğin 10. maddesinin birinci fıkrası uyarınca özel durumun doğru bir şekilde değerlendirilebilmesi için zorunluysa, özel durumun ilgili olduğu karşı taraf belirtilmelidir. Burada yönetim kontrolünün elde tutulması söz konusu olduğuna göre, sözleşme kanalıyla yönetimin kimlerin elinde bulunduğu halka açıklanması gereken bir bilgidir. Tebliğ birlikte hareket eden her bir paysahibine ait oy veya pay oranlarının ayrı ayrı açıklanması gerekip gerekmediği hususunda bir hüküm içermemektedir. Yalnızca 10. madde, yapılan açıklamaların, açıklamadan yararlanacak kişilerin karar vermelerine yardımcı olacak ölçüde, kısa, tam, dolaysız, açık, anlaşılır ve yeterli olması gerektiği konusunda genel bir kural getirmektedir. İncelediğimiz özel hal bakımından önemli olan husus, yönetimin kimin veya kimlerin kontrolü altında olduğunun belirlenmesi olduğuna ve birlikte hareket eden paysahiplerinin pay veya oy oranları ancak toplu halde bir anlam ifade ettiğine göre, bunların bir grup olarak sahip oldukları pay veya oy oranının açıklanması yeterli görülmelidir.

Hükmün *üçüncü alt bendinde*, oy sözleşmelerinin varlığının ortaklıkça öğrenilmesi, kamuya açıklanacak bir özel hal olarak değerlendirilmiştir. Hükümde oy sözleşmelerinin içeriği konusunda özel bir nitelendirmeye gidilmemiştir. Ancak (a) bendinin kenar başlığı "Ortaklığın sermaye yapısına ve yönetimin kontrolüne ilişkin değişiklikler" olduğuna göre, burada söz konusu edilen oy sözleşmelerinin de yönetimin kontrolüne dair sözleşmeler olduğu sonucuna varılmalıdır.

Açıklamanın kim tarafından yapılacağı tebliğde tam olarak düzenlenmemiştir. Yalnızca ikinci altbent ile ilgili olarak hisse senetlerinde işlemde bulunanlar tarafından açıklama yapılması öngörülmüştür (Seri VIII No. 39 sayılı tebliğ, m. 14 I). Buna karşılık üçüncü alt bentte yer alan ve tebliğe □oo3 düzenlemesi ile eklenen özel hal, oy sözleşmelerinin varlığını değil, *ortaklıkça öğrenilmesini* açıklanacak bir husus olarak öngörmektedir. Bu düzenleme şekli, açıklamanın ortaklıkça yapılmasının düşünüldüğü sonucunu beraberinde getirmektedir. Ortaklığın oy sözleşmesinin varlığından haberdar olması, ancak yönetim kurulu üyelerinin veya denetçilerin böyle bir sözleşmenin varlığından haberdar olması ile mümkündür. Oy sözleşmesi ortaklığın hakimiyetini elinde tutan paysahipleri arasında yapılmakta ve yönetim kurulu üyeleri de bu paysahipleri tarafından atanmakta ise, yönetim kurulu üyelerinin sözleşmenin varlığından haberdar olmaları beklenir.

Böylece paysahiplerinin kendi aralarında imzaladıkları paysahipleri sözleşmelerinin gizliliği, halka açık şirketler bakımından bir ölçüde ortadan kalkmaktadır. Sözleşmenin içeriği ortaya dökülme bile, sözleşmeye taraf olarak şirket yönetiminde güç elde eden kimselerin kimliği açığa çıkmaktadır. Azlık paysahiplerinin ve yatırımcının korunması açısından bu gereklidir. Özellikle halka açık şirketlerde halka açık olmayan payları elinde tutan paysahiplerinin, paysahipleri sözleşmesi yoluyla güçlerini organize ederek halktan toplanan

sermayeye hükmedebilmeleri imkanı, koruma ihtiyacını artırır. Ancak koruma, açıklama yükümlülüğünün yerine getirildiği ölçüde sağlanacaktır. Bu da yaptırımların etkililiğine bağlıdır. Açıklama yhl.'imünün paysahibine yüklenip şirkete bu konuda herhangi bir araştırma yükümü getirilmemesi, İsviçre hukukunda bir eksiklik olarak görülmektedir³³. Ayrıca açıklama yükümü, hamiline yazılı paylar bakımından da işlemeyecektir³⁴.

Halka açık şirketler bakımından paysahipleri sözleşmelerinin dikkate alınması ve sonuçları bakımından hukuki düzenlemeye tabi tutulması, bu sözleşmelerin şirket yaşamındaki önemini de bir kez daha ortaya koyar. İsviçreli yazarlardan Nobel, "oy hakları bağlanmış paysahipleri grupları" teriminin kanuni düzenlemeye girmesini, paysahiplerinin kendi aralarında yaptıkları sözleşmelerin ortaklığı ilgilendirmediği ve bu sözleşmelerin borçlar hukuku ve ortaklıklar hukuku bakımından ayrı ayrı ele alınması gerektiği yolundaki dogmanın terkedildiği şeklinde yorumlamaktadır³⁵.

C. Aleni pay alım tekliflerinde kalan payların alımı için icapta bulunma zorunluluğu

1. Avrupa Hukuku

Halka açık şirketlerde paysahipleri sözleşmesinin, önemli hukuki sonuçlar doğurduğu diğer bir konu, aleni pay alım teklifleridir ("takeover bids"). Avrupa hukukunda bu konu henüz öneri aşamasındadır. Bu konuyu ele alan 13. ortaklıklar hukuku yönergesi taslağı³⁶, özellikle Avrupa Parlamentosunun

33 Von Büren/Bahler, AJP 1996; s. 395.

34 Von Büren/Bahler, AJP 1996; s. 395.

35 Nohel. Schweizerisches Finanzmarktrecht, Stampfli. Bern 1997, §1, N. 185; Nohel, Koordiniertes Aktionarsverhalten im Börsenrecht, in: Druet/Böckli/Nohel, Rechtsfragen um die Aktionarhindugsverträge, Schultess, Zürich, 1998, 75. s. 85.

36 Komisyon tarafından 7 Şubat 1996 tarihinde sunulan teklif. [COM (95) 655 final].

değişildik önerileri ışığında yeniden düzenlenmiştir³⁷. Taslakta aleni pay alım teklifine konu olan şirketlerde azınlıkta kalan pay sahiplerinin haklarını korumak için öneriler getirmektedir. Getirilen önerilerden biri, şirketin paylarının önemli oranını ele geçiren pay sahiplerinin, azınlıkta kalan pay sahiplerinin paylarını satın almak için öneride bulunma zorunluluğu altına sokulmalarıdır (m.5). Bu düzenlemenin amacı, şirketin el değiştirmesi üzerine, azlıkta kalan grupların yeni yönetimden memnun olmamaları veya yeni yönetimle ihtilafa düşmeleri halinde şirketten çıkabilmelerini sağlamaktır³⁸. Diğer bir deyişle, şimdiye kadar anonim ortaklık hukukunda var olmayan bir nevi ortaklıktan çıkış hakkı yaratılmış olmaktadır³⁹. Şirketi ele geçiren gruba karşı azınlıkta kalan pay sahipleri arzu ederlerse paylarının bu grup tarafından satın alınmasını talep edebilirler. Çoğunluğu elde tutan pay sahipleri bu payları satın almak için icapta bulunmaya zorunludur. Anonim ortaklıklarda pay sahiplerine sermaye borcu dışında herhangi bir borç yüklenememesi kuralına, satın alma önerisinde bulunma zorunluluğu ile bir istisna getirilmiş olmaktadır⁴⁰.

□- Alman Hukuku

Avrupa Birliği hukukunda henüz yürürlüğe girmemiş olan bu yöntem, Alman, İsviçre ve Türk hukuklarında uygulanmaya başlanmıştır. Almanya'da □001 yılı sonunda Kıymetli Evrak İktisabı ve Devralma Kanunu (WpÜG)⁴¹ kabul edilerek aleni pay alım tekliflerinin yapılma şekli, teklifte bulunacakların uyması

37 Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on take-over bids. COM/2002/0534 final - COD 2002/0240, ATRG (2003) C 045E/1 17.

38 Manavgat, Aleni Pay Alım Teklifi, Sermaye Piyasası Kurulu Yayını, Ankara 1997, s. 121.

39 Von Büren/Bahler. AJP 1996, s. 401.

40 Von Büren/Bahler, AJP 1996, s. 401; von der Crone, Angebotspflicht, *S'W* Sondernummer 1997, 44, s. 46.

41 Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz vom □o Dezember □001 (BGBl. I. s. 3822).

gereken koşullar, pay devralmasının sonuçları gibi hususlar düzenlenmiştir. Bu kanuna göre, herhangi bir şekilde hedef şirketin kontrolünü eline geçirenlere, kalan payların iktisabı konusunda zorunlu pay alım teklifinde bulunma yükümlülüğü getirilmiştir (§35-39, *Pflichtangebote*). Bu yükümlülüğün doğmasında rol oynayan kavram, kontrol kavramıdır. Kontrol, ortaklıkta varolan oyların asgari %30'unun elde edilmesi olarak tanımlanmıştır (§ 29, §35). Bu oy oranına ulaşıp ulaşılmadığı belirlenirken, aleni pay alım teklifinde bulunan kişinin doğrudan sahip olduğu oyların yanısıra, dolaylı olarak hükmettiği⁴ paylardan doğan oy hakları da hesaba katılmaktadır. Ayrıca aleni pay alım teklifinde bulunan kişi, bir üçüncü kişi ile, bir sözleşmeye dayanarak veya diğer bir yolla şirket konusunda uyumlu davranış içine girerse, o takdirde sözleşmenin diğer tarafı veya taraflarının sahip olduğu oy hakları da hesaba katılır (§ 30 II). Bu hüküm, şirket yönetimini ilgilendiren paysahipleri sözleşmelerini ilgilendirmektedir. Arızı oy sözleşmeleri hükmün kapsamı dışında bırakılmıştır (§ 30 II). Diğer bir deyişle, bir paysahipleri sözleşmesi çerçevesinde birleşen ve şirketi ilgilendiren konularda birbirleriyle uyumlu davranmayı taahhüt eden kişilerin sahip oldukları oylar topluca hesaplanarak kontrolün elde edilip edilmediği belirlenir. Bu hesaplama sonunda kontrol elde edilmiş ise, zorunlu pay alım teklifinde bulunma yükümlülüğü doğar. Bu yükümlülük yerine getirilmediği sürece, pay alım teklifinde bulunan kişi ile oyları hesaba katılan kişilerin sahip olduğu paylardan doğan haklar kullanılamaz (§59).

3. İsviçre Hukuku

İsviçre Sermaye Piyasası Kanunu'nun 22 vd. maddeleri, aleni pay alım tekliflerini düzenlemektedir. Aynı kanunla oluşturulan

4□ Örnek olarak pay üzerinde intifa hakkına sahip olmak, payın yavru ortaklığın elinde bulunması, payın başkası tarafından paysahibi hesabına elde bulundurulması, pay üzerinde alım hakkı tanınması gibi yollarla.

devralma komisyonu, aleni pay alım tekliflerini denetlemekle görevlendirilmiştir. Kanun, borsaya kayıtlı bir şirketin paylarını ele geçirmek yoluyla şirketi devralmak isteyen kişilerin izlemeleri gereken yolu belirlemekte ve devralmanın hedef şirket ve paysahipleri açısından en az zarar verici şekilde gerçekleşmesini amaçlamaktadır. Bu arada azlık haklarını koruyucu hükümler de kabul edilmiştir. Yukarıda bahsedilen kalan payları satın alma önerisinde bulunma zorunluluğu, azlığı koruyucu tedbirlerden biridir.

Kanunun 31. maddesine göre, hedef şirketin toplam oylarının %33 1/3 'ünü veya fazlasını ele geçirecek şekilde doğrudan, dolaylı olarak veya üçüncü kişilerle uyumlu harekette bulunarak o şirketin hisselerini edinen kişiler, o şirketin kalan tüm borsaya kayıtlı paylarını satın almak konusunda teklifte bulunmak zorundadır⁴³. İşte bu hükümde anılan "uyumlu harekette bulunarak hisse edinme" kavramı, bir paysahipleri sözleşmesi etrafında organize olmuş paysahiplerini içine alır. Anılan kanuna dayanılarak Federal Banka Komisyonunca çıkartılan Sermaye Piyasası ve Menkul Kıymet Ticareti Tüzüğü'nün 17. maddesine göre, şirketi ele geçirmek için ortak anlaşma yoluyla veya organize grup şeklinde hareket edenler hakkında, yukarıda açıklama yükümü bakımından incelediğimiz, aynı tüzüğün 15. maddesi uygulanır. Bunun anlamı şudur: Hedef şirketten pay alan kişiler, kendi aralarında pay alımı veya satımı⁴⁴ veya oy haklarının kullanımını amacıyla anlaşma yapmışlar, yani bir paysahipleri sözleşmesi etrafında toplanmışlarsa, bu kişiler uyumlu hareket içinde kabul edilir⁴⁵. Yalnızca pay alımında

43 Almandada bu zorunluluk kısaca "*Angebotspflicht*" olarak anılmaktadır. Şirketler arzu ederlerse esas sözleşmelerine bir hüküm koyarak bu zorunluluğun kendilerine uygulanmayacağını ("*opting-out*" klozu) öngörebilirler (İsviçre Sermaye Piyasası Kanunum. 1998 il).

44 Sadece ortak pay alımı konusundaki anlaşmaların madde kapsamına girdiğini savunan: Köpfler, s. 166, ayrıca bkz. s. 168 dnp. 1178.

45 Vogt/Watter - Hofstetter, Art. 31 BEHG, N. 15.

uyumlu hareket etmek de, oy haklarının uyumlu şekilde kullanılmasında herhangi bir anlaşma aranmaksızın maddenin kapsamına girer; zira bir şirketin paylarının alımında ortak hareket edilmiş olmasından, ileriye dönük başka ortak planların da (ortaklıkta yönetimi ele geçirmek gibi) var olması gerek..tiği çıkarımı yapılmaktadır⁴⁶. Oy hakkının birlikte kullanılmasında ise, oy hakkı sahiplerinin güçlerini birleştirdiğinin açık bir kanıtıdır. Böylece zorunlu satın alma teklifinde bulunacak kişilerin tesbitinde, bir pay sahipleri sözleşmesine taraf olan pay sahiplerinin sahip oldukları oylar ayrı ayrı değil topluca hesaplanır. Bu şekilde bulunan toplam oy hakkı hedef şirketteki tüm oy haklarının %33 1/3 'ünü aşarsa, bu pay sahipleri grup olarak, kalan tüm payları satın almak konusunda teklifte bulunmak yükümü altına girerler⁴⁷.

İsviçre hukukunda (açıklama yükümüne aykırılıktan farklı olarak), satın alma teklifinde bulunma zorunluluğuna aykırılıkta, para cezasının yanında, oy hakkının kısıtlanması imkanı da öngörülmüştür (İsviçre Sermaye Piyasası Kanunu m. 3 □ VII). Üstelik kamın bu yola başvurulması hakkını denetim makamı ve hedef şirketin dışında, ilgili pay sahiplerine de tanımıştır. Böylece payını satmak isteyen pay sahibi, satın alma teklifinde bulunması gereken pay sahiplerini, payını satın almaya zorlama imkanını elde etmektedir. Ancak pay sahibi tek taraflı irade beyanı ile satış sözleşmesinin kurulmasını sağlayamamaktadır. Diğer bir deyişle hedef şirketin pay sahiplerine yenilik doğurucu bir "satma hakkı" tanınmamıştır. Hedef şirket pay sahiplerinin, kanunla yüklenen satın alma *teklifinde* bulunma, yani satın alma için icapta bulunma borcunun yerine getirilmesi için aynen ifa talebinde bulunup bulunamayacakları, diğer bir deyişle icapta bulunması gereken kişilerin bu yönde irade beyanında bulunmalarını dava etme haklarının olup olmadığı tartışmalıdır⁴⁸. Hakim böyle bir davayı kabul ederse, karşı tarafa satın alma

46 Köpfl. s. 166.

47 Vogt/Watter - Hofstetter, Art. 3 □ BEHG, N. 19.

48 Hakkın varlığını kabul edenler: Von der Crone, Angebotspflicht, s. 46-47; Köpfl. s. 65. Hakkın varlığını reddeden: Böckli, BJM 1998, □ □ 5. □ 60. Yazar., azlık

konusunda icapta bulunmasını emredecektir. Bu hükmün yerine getirilmesi için para cezası ile zorlanan icra emri verilebilir⁴⁹. Ayrıca talep edilen irade beyanının yeterli kesinlikte olması halinde mahkeme kararının irade beyanı yerine geçeceği de savunulmalıdır⁵⁰. Nitekinin kanunda satışın hangi şartlarla ve hangi fiyattan yapılacağı belirtildiğine göre, yapılacak olan icabın içeriğinin yeterince belirli olduğuna işaret edilmektedir⁵¹. Bu son görüş tereddütle karşılanmalıdır, zira borsa fiyatında meydana gelebilecek esaslı değişikliklerin adil bir satış fiyatının belirlenmesinde dikkate alınması uygun olur⁵².

4. Türk Hukuku

Türk hukukunda da, Sermaye Piyasası Kurulunun Seri N No. 8 sayılı "Halka Açık Anonim Ortaklıklar Genel Kurullarında Vekaleten Oy Kullanılmasına ve Çağrı Yoluyla Vekalet ve Hisse Senedi Toplanmasına İlişkin Esaslar Tebliği"⁵³, aleni pay alım tekliflerini düzenler. Anılan tebliğin 17. maddesine göre, "çağrı yoluyla hisse senedi toplanması, blok veya münferit alımlar ya da diğer herhangi bir yöntemle, *tek başına veya birlikte hareket ettikleri kişilerle beraber*, doğrudan veya dolaylı olarak bir ortaklığın sermayesinin ve oy haklarının % 5'ine veya daha fazlasına ya da bu orana bağlı olmaksızın yönetim kontrolünü sağlayan paylarına sahip olanlar, diğer ortaklara ait hisse senetlerini de satın almak üzere çağrıda bulunmak zorundadır."

Böylece zorunlu alım teklifi yapma yükümlülüğünün doğup doğmadığının hesaplanmasında, aleni pay alım teklifinde bulunan kişilerin münferiden elde ettiği paylar değil, birlikte hareket eden kişiler varsa, bunların toplam payları dikkate alınacaktır. Yukarıda da açıklandığı gibi, birlikte hareket

paysahibinin ancak çağrı yükümünün yerine getirilmesi halinde bir talep hakkına sahip olabileceğini savunmaktadır.

49 Von der Crone, *Angebotspflicht*, s. 46-47.

50 Von der Crone, *Angebotspflicht*, s. 46-47.

51 Köpfler, s. 65.

52 Report of the High Level Group of Company Law Experts On Issues Related to Takeover Bids, 10.01.2002, s. 54-55. (<http://europa.eu.int/cornni/intern/1mrkct/co/company/company/neww/hlgoi-2002.pdf>)

53 RG. 9.3.1994, z187. Değişik: RG. 19.12.1996, zz85z.

kavramı. yönetimde söz sahibi olma veya yönetimi etkileme amacına yönelik olarak sermaye paylarını veya oy haklarını elde etmek veya bunları uyum içinde kullanmak konusunda işbirliği içinde olmayı ifade eder. İşte böyle bir amaca hizmet eden bir paysahipleri sözleşmesi etrafında toplanan kimselerin çağrı yoluyla, blok veya münferit alım yöntemiyle veya diğer herhangi bir yöntemle doğrudan veya dolaylı olarak ortaklık sermayesinin veya oy haklarının en az %5'ine veya yönetimde kontrolü sağlıyorsa daha düşük bir oranına sahip olmaları halinde, bu kişiler, diğer paysahiplerinin paylarını satın almak üzere çağrıda bulunmak yükümlülüğü altına girerler.

Diğer yandan payların yönetim kontrolünü sağlaması da, pay oranına bağlı olmaksızın anlaşma yoluyla mümkün olabilir. Paysahipleri sözleşmeleri bu anlamda yönetim kontrolünün ele geçirilmesine hizmet edebilir⁵⁴.

Ayrıca tebliğin 17. maddesinin 1. cümlesi, hangi yöntemle olursa olsun, "tek başına veya birlikte hareket ettiği kişilerle beraber bir ortaklığın sermayesine ve oy haklarına %5 ile %50 arasında bir oranda" sahip olanların da, herhangi bir on iki aylık süre içerisinde bu oranı %10 ya da daha fazla arttırmaları halinde yine diğer paysahiplerine alım teklifinde bulunma yükümlülüğü altına gireceklerini belirtir.

Tebliğde alım teklifinde bulunma yükümünün ihlalinin yaptırımını öngörülmemiştir. Paylarını satmak isteyen paysahiplerinin, kendilerine icapta bulunulmasının zorlanması için, mahkemeye başvurularının mümkün olup olmadığı belirsizdir.

Zorunlu alım teklifinden muaf tutulmak da mümkündür. Muafiyet halleri için bkz. Tebliğin 17. maddesi.

⁵⁴ Paysahipleri sözleşmesi yoluyla yönetim kontrolünün ele geçirilmesi/ paylaşılması konusunda aşağıda §9 II'de Rekabet Hukuku açısından verilen örneklerle bakınız.

D. Aleni pay alımı tekliflerinde kalan paysahiplerini ortaklıktan uzaklaştırma halda

Paysahipleri sözleşmesinin paysahiplerinin haklarına etki ettiği diğer bir husus, aleni pay alım teklifinde bulunup payların ezici çoğunluğunu elde eden paysahiplerine tanınan, kalan payların sahiplerini ortaklıktan uzaklaştırma hakkıdır. Bu hak, *İsviçre hukukunda* İsviçre Sermaye Piyasası Kanununun 33. maddesiyle, aleni pay alım teklifi yoluyla payların %98'ini elde eden paysahiplerine tanınmıştır. Bu sistem, İsviçre hukukunda şimdiye kadar var olmayan bir kurumun kabulü anlamına gelmektedir⁵⁵. Öyle ki, kural olarak paysahibinin ortaklıktan çıkarılması yalnızca sermaye borcunun yerine getirilmemesi halinde ve iskat usulünün yerine getirilmesi yoluyla gerçekleşebilirken, halka açık şirketlerde, 0/0□'nin altına düşmüş paysahiplerinin anılan usule başvurulmadan ortaklıktan çıkarılması mümkün olmaktadır⁵⁶. Çoğunluk paysahibinin payların tamamına sahip olmaktan elde edeceği menfaatin, şirkette hiçbir etkisi kalmayan azlığın hisselerle malik olmaya devam etmesinden elde edeceği menfaatten daha fazla olduğu düşüncesi, bu yöntemin kabulüne götürmüştür⁵⁷.

Kurulan sisteme göre, oyların% 98'inden fazlasına sahip olan paysahibi, şirkete karşı açacağı bir dava ile kalan payların hükümsüz bırakılmasını talep edebilir. Bu talep kabul edilirse, şirket eski payların yerine yeni paylar ihraç eder ve bunları aleni pay alım teklifinde geçerli olan pay bedeli karşılığında çoğunluk paysahibine verir. Ödenen pay bedeli, hükümsüz bırakılan payların sahiplerine verilir.

İşte şirketin tamamını ele geçirme hakkına sahip olmak için gereken %98'i aşan oranda oyun varlığının tesbitinde,

55 Böckli, N. 1661s; von Büren/Blihler, AJP1996 s. 401; Vogt/Watter - Schiltknecht, BEHG m. 33, N. 1.

56 von Büren/Blihler, AJP1996 s. 401.

57 Böckli, N.1661s; Vogt/Watter - Schiltknecht; Art. 33BEHG. N.□; Manavgat, s. 1□7.

paysahipleri sözleşmesine taraf olan paysahiplerinin sahip oldukları oylar hep birlik.1'e hesaplanmaktadır. İsviçre Sermaye Piyasası Kanununun 55. maddesine göre, %98 oranında oya sahip olunup olunmadığı belirlenirken, talepte bulunan paysahibinin doğrudan doğruya sahip olduğu oyların yanısıra, üçüncü kişilerin kendisiyle uyumlu olarak kullandığı oylar da hesaba katılır.

Bu sistem, Türk hukukunda mevcut değildir. Avrupa hukukunda ise aleni pay alım teklifleri konusundaki yeni yönerge önerisinde⁵⁸ yer almıştır. Önerinin 14. maddesine göre, aleni pay alım teklifinde bulunarak pay elde eden paysahibi hedef şirketin paylarının en az %90'ını elinde bulunduruyorsa, azlık paysahiplerinin paylarının kendisine satılmasını sağlayabilir. Bu oran üye ülkeler tarafından en fazla %95'e artırılabilir.

E. Oy sözleşmesi yapılması için çağrıda bulunma

Oy sözleşmesi yapılması veya oyda vekalet toplanması için yapılan çağrıda menfaat teklif edilemeyeceği konusunda bkz: §5 III B h (□).

II. REKABET HUKUKU

Paysahipleri sözleşmesi, hem tarafları arasında, hem de taraf paysahipleri ile ilgili anonim ortaklık arasında hukuki bir ilişki kurabilir. Kurulan ilişkinin yoğunluğu, tarafların aynı faaliyet sahasında çalışıyor olmaları halinde, rekabeti sınırlayıcı bir etki doğurabilir. Bu nedenle paysahipleri sözleşmesinin rekabet hukuku açısından da incelenmesi gerekir. Ancak paysahiplerinin kendi aralarında yaptıkları her türlü sözleşme değil, yalnızca taraflar arasında özel bir bağlılık kuran sözleşmeler rekabet hukuku açısından önem taşır.

58 Bkz.yuk. dpn. 37.

A.Avnıpa Hukuku

1. Genel olarak

İşletmeler arası serbest rekabetin korunmasını amaçlayan rekabet hukuku kuralları, üç ana ilke üzerine kurulmuştur: Rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararların yasaklanması; hakim durumun kötüye kullanılmasının engellenmesi ve hakim durum yaratmaya yönelik birleşme ve devralmaların denetlenmesi.

Avrupa Topluluğu Antlaşması (ATA), anılan üç ilkedен sadece ikisini düzenlemektedir. Antlaşmanın 81. maddesi birbirinden bağımsız işletmeler arasındaki rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaları (fiyat belirleme anlaşmaları, pazar paylaşma anlaşmaları gibi) yasaklarken, 8z. madde piyasada hakim durumda bulunan işletmelerin sahip oldukları hakim durumu (alış veya satış fiyatlarının veya diğer şartların zorla kabul ettirilmesi, tüketicinin zararına olacak şekilde üretimin, pazarlamanın veya teknik gelişmenin kısıtlanması gibi yöntemlerle) kötüye kullanmalarını engellemeyi amaçlar. Her iki madde de esas olarak işletme politikaları ile ilgilidir ve işletmelerin yapıları ve işletmeler arası birleşmeler veya yoğunlaşmalar ile ilgili düzenlemeler içermezler. Oysa piyasada hakim durumun elde edilmesini sağlayan ve pazar yapısının değişmesine yol açan işletmeler arası yönetim veya işbirliği anlaşmalarının da denetlenmesi gerekir. İşte bu eksikliği gidermek için, işletmeler arası yoğunlaşmaların kontrolü hakkında 139/zoo4 sayılı Konsey Tüzüğü kabul edilmiştir⁵⁷. Türk hukukunda 4054 sayılı

⁵⁷ ATRG (□004) L □4/1. Anılan tüzük, 4064/89 sayılı tüzüğün yerini almıştır ve 1 Mayıs □004 tarihinde yürürlüğe girecektir. Yürürlük tarihinden önceki birleşme ve devirlere 4064/89 s. Tüzük uygulanacaktır. Yeni tüzüğün kitap basıya verildiği sırada çıkması nedeniyle ancak Komisyonun eski tüzüğe ilişkin açıklamalarına yer verilebilmiştir. Ancak yeni tüzük, bu kitap bakımından önemli olan kontrol kavramına değişiklik getirmemiştir. Tarihçe için bkz: Bos/Stuyck/Wytinck, Concentration Control in the European Economic Community, Kluwer 199□. 1001 vd.; Goyder, EC Competition Law. Clarendon Press, Oxford 1998. s. 379; Cook/Kerse, E.C. Merger Control, London,

Rekabetin Korunması Hakkında Kanununun 4 ve 6. maddeleri, ATA'nın 81 ve 82. maddelerini karşılarken, birleşme ve devralmalar hakkındaki 7. madde, anılan 139/2004 sayılı Konsey Tüzüğünü karşılar.

2. *Birleşme ve devralmalar (İşletmeler arası yoğunlaşmalar)*

139/2004 sayılı Tüzüğe göre, Avrupa Topluluğunu ilgilendiren işletmeler arası yoğunlaşmaların, Avrupa Topluluğu Komisyonuna bildirilmesi gerekir (m. 4). Komisyonun onayı alınana kadar işletmeler arasındaki anlaşma yürürlüğe sokulamaz (m. 7/1) Komisyon, kendisine bildirilen birleşme veya diğer anlaşmaların ortak pazarla uyumlu olup olmadığını inceler. Yapılan inceleme, ilgili piyasanın yapısı, bu piyasadaki rekabet koşulları, ilgili şirketlerin piyasadaki durumu ile ekonomik ve mali gücü, mal temin edenlerin ve tüketenlerin mallara ulaşma kabiliyeti, pazara giriş koşulları, ilgili malın arz ve talep şartları vd. faktörleri dikkate alarak, işletmeler arasındaki anlaşmanın, özellikle bir hakim durumun yaratılması veya güçlendirilmesi yoluyla ortak pazardaki rekabeti önemli ölçüde bozucu etki yaratıp yaratmadığı sorusuna cevap arar (m. 2). Eğer Komisyon işletmeler arasında yoğunlaşmaya yönelik anlaşmanın rekabeti bozucu bir sonuç doğuracağına karar verirse, bu anlaşma icra edilemez. Hatta Komisyonun cevabı beklenmeden anlaşma icra edilmiş ise, Komisyonun durumun eski hale iadesini talep hakkı vardır (m. 8/4). 139/2004 sayılı Tüzük böylece Topluluk çapındaki işletmeler arası yoğunlaşmalarda, işletmeler arasındaki anlaşmanın icrasını durdurabilecek derecede önemli sonuçlara yol açabilir.

Ayrıca, Tüzüğün uygulama alanı bölgesel olarak Avrupa Topluluğu ile sınırlandırılmamıştır. İşletmeler arası yoğun-

Sweet&Maxwell, 2000, s. 1vd; Huggenberger, s. 33vd; Krimphove s. 207, 213vd; Miersch. Kommentar zur EG Verordnung Nr. 4064/89 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, Luchterhand, Frankfurt 1991, s. 1vd.

!aşmanın Avrupa Topluluğunu ilgilendirir nitelik taşıması için ilgili şirketlerin Avrupa Topluluğunda kurulmuş olması veya işletme merkezlerinin orada olması aranmaz⁵⁸. Önemli olan Topluluk pazarında faaliyette bulunulması ve Topluluk pazarı üzerinde rekabeti kısıtlayıcı etkinin gerçekleşmesidir⁵⁹. Tüzüğün uygulanması için, nerede kurulmuş olursa olsun, ilgili işletmelerin faaliyetinin Topluluk boyutu olması gerekir. Tüzüğün 1. maddesinin 1- ve 3. paragrafına göre Topluluk boyutu, ilgili işletmelerin dünya çapındaki ve Topluluk içindeki cirolarının belli miktarları (dünya çapındaki toplam yıllık cirolarının en az 5 milyar Euro, ilgili her bir üye ülkedeki toplam cirolarının en az 500 milyon Euro olması gibi) aşması halinde mevcut sayılır. Ayrıca ilgili işletmelerin en az üç üye ülkede faaliyette bulunmaları şarttır. Yoğunlaşma Avrupa Topluluğunu ilgilendirir nitelikte değilse, sorun Komisyonun yetki alanına değil üye ülkelerin yetki alanına girer⁶⁰. Tüzüğün üçüncü ülke işletmeleri bakımından da uygulanabilmesi, Avrupa Topluluğu pazarında faaliyet gösteren Türk işletmelerini de uygulama kapsamına sokar.

İşte paysahipleri sözleşmesi, sözleşme tarafını oluşturan kişiler arasındaki bağılılığı belli bir seviyeye çıkarmak koşuluyla, 139/2004 sayılı Tüzük anlamında işletmeler arası yoğunlaşma kapsamında değerlendirilip rekabeti bozucu etkilerinin olup olmadığının tesbiti için komisyonun incelemesine tabi olabilir. Ne tür paysahipleri sözleşmelerinin işletmeler arası yoğunlaşmaya götürebileceğini belirlemek için, tüzükte yapılan

58 Goyder. s. 385vd; Groeben/Thiesing/Ehlermann - Bruhn Fusionskontrollverordnung Art. 1 N. 83 (Kommentar zum EU-/EG Vertrag Bd. 1/11. 5. Auf. Nomos Baden Baden 1997); Huggenherger, s. 106; Hawk/Huser. European Community Merger Control, Kluwer The Hague 1996, s. 117; Wiedemann G., Handbuch des Kartellrechts, Beck München 1999 - Wagemann/Wiedemann §15 N.17.

59 139/2004 sayılı Tüzük, giriş para. 10.

60 139/2004 sayılı Tüzük, giriş 18. paragraf.

tarifin ve Komisyonun Tüzüğü'nün uygulaması ile ilgili olarak yaptığı açıklamaların incelenmesi gerekir. "İşletmeler arası yoğunlaşma" Tüzüğü'nün 3. maddesinde tarif edilmiştir. Bu maddeye göre⁶¹:

"1. Aşağıdakilerden birinin kalıcı bir kontrol değişikliğine yol açtığı hallerde yoğunlaşmanın varolduğu kabul edilir:

a) Evvelce bağımsız olan ilci veya daha fazla işletmenin birleşmesi, veya

b) en az bir işletmeyi halihazırda kontrol etmekte olan bir veya daha fazla kişinin, veya bir veya daha fazla işletmenin, gerek pay veya malvarlığı iktisabı yoluyla gerek *sözleşme yoluyla* gerek diğer yollarla bir veya birden fazla diğer işletmenin tamamı veya bir kısmı üzerinde doğrudan veya dolaylı olarak *kontrol* elde etmesi.

□- *Kontrol*, somut olgular ve ilgili hukuka ait değerlendirmeler göz önünde bulundurulduğunda, ayrı ayrı ya da birlikte, bir işletme üzerinde *belirleyici etki uygulama olanağını sağlayan haklar, sözleşmeler* veya diğer araçlarla elde edilir. Kontrol özellikle;

a) bir işletmenin malvarlığının tamamının veya bir kısmının mülkiyetinin veya kullanma hakkının elde edilmesi;

b) *bir işletmenin organlarının yapısı, bu organlarda yapılan oylama veya alınan kararlar üzerinde belirleyici etki sağlayan haklar veya sözleşmeler,*

yoluyla elde edilir.

3. Kontrolü elinde tutan kişi veya işletmeler,

a) ilgili sözleşmelerden doğan hakları elinde tutan veya bunlara hak kazanmış olanlar, veya

b) anılan hakları elinde tutmamak veya bunlara hak kazanmış olmamakla beraber, ilgili sözleşmelerde doğan hakları kullanma yetkisine sahip olanlardır. "

61 yazarın serbest çevirisidir. *vurgu.la.r* eklenmiştir.

tarifin ve Komisyonun Tüzüğün uygulaması ile ilgili olarak yaptığı açıklamaların incelenmesi gerekir. "İşletmeler arası yoğunlaşma" Tüzüğün 3. maddesinde tarif edilmiştir. Bu maddeye göre⁶¹:

"1. Aşağıdakilerden birinin kalıcı bir kontrol değişikliğine yol açtığı hallerde yoğunlaşmanın varolduğu kabul edilir:

a) Evvelce bağımsız olan iki veya daha fazla işletmenin birleşmesi.veya

b) en az bir işletmeyi halihazırda kontrol etmekte olan bir veya daha fazla kişinin, veya bir veya daha fazla işletmenin, gerek pay veya malvarlığı iktisabı yoluyla gerek *sözleşme yoluyla* gerek diğer yollarla bir veya birden fazla diğer işletmenin tamamı veya bir kısmı üzerinde doğrudan veya dolaylı olarak *kontrol* elde etmesi.

□- *Kontrol*, somut olgular ve ilgili hukuka ait değerlendirmeler göz önünde bulundurulduğunda, ayrı ayrı ya da birlikte, bir işletme üzerinde *belirleyici etki uygulama olanağını sağlayan haklar, sözleşmeler* veya diğer araçlarla elde edilir. Kontrol özellikle;

a) bir işletmenin malvarlığının tamamının veya bir kısmının mülkiyetinin veya kullanma hakkının elde edilmesi;

b) *bir işletmenin organlarının yapısı, bu organlarda yapılan oylama veya alınan kararlar üzerinde belirleyici etki sağlayan haklar veya sözleşmeler,*

yoluyla elde edilir.

3. Kontrolü elinde tutan kişi veya işletmeler,

a) ilgili sözleşmelerden doğan hakları elinde tutan veya bunlara hak kazanmış olanlar, veya

b) anılan hakları elinde tutmamak veya bunlara hak kazanmış olmamakla beraber, ilgili sözleşmelerde doğan hakları kullanma yetkisine sahip olanlardır. "

61 yazarın serbest çevirisidir, *vurgular* eklenmiştir.

Böylece. iki veya daha fazla işletmenin aralarında yaptıkları, bir diğer işletmenin *kontrolünü* ellerine geçirmelerini sağlayan anlaşmalar, bir *devralma* olarak kabul edilip bu Tüzüğün kapsamına girerler. İlgili işletmenin organlarının yapısı, organlardaki oylama veya organların kararı üzerinde belirleyici etki sahibi olunması *kontrol* anlamına gelir. İşte pay sahipleri sözleşmeleri, özellikle de oy sözleşmeleri, taraflarına ilgili şirketin organlarının yapısını belirlemek veya organlardaki oylama üzerinde veya organların kararları üzerinde belirleyici etki etmek imkanını sağladıkları ölçüde, 139/□004 sayılı Tüzük anlamında işletmeler arası yoğunlaşmaya yol açan sözleşme sayılırlar⁶².

Komisyon, yoğunlaşma kavramı hakkında bir açıklamada⁶³ bulunmuş ve yoğunlaşmaya yol açan kontrolün hangi hallerde mevcut olacağına dair ilkeler ortaya koymuştur. Bu açıklama, pay sahipleri sözleşmelerinde yer alan birçok düzenlemeyi rekabet hukuku açısından değerlendirmektedir. Aşağıda, Komisyonun açıklamasında kullanılan kenar numaraları da verilerek, pay sahipleri sözleşmelerinin ilgili şirketin kontrolünü sağladığı haller aktarılmıştır.

62 Sanlı, Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, Rekabet Kurumu, Ankara 2000, s.331, sonnotu 143; Bos/Stuyck/Wytinck, 4-040; Cook/Kerse, 2.4.3.6; Groeben/Thiesing/Ehlermann - Bruhn, Fusionskontrollverordnung Art. 3 N. 51; Hawk/Huser, s. 8; Huggenberger, Die marktbeherrschende Stellung in der Fusionkontrolle der EG, Peter Lang. Bern 2000, s. 64; Krimphove. Europäische Fusionskontrolle, Car} Heymans Köln 1992. s. 256; Miersch, s. 81; Wiedemann, Kartellrecht, §15, N. 49, 53.

63 İşletmeler arası yoğunlaşmaların denetlenmesi hakkında 4064/89 sayılı Konsey Tüzüğü anlamında yoğunlaşma kavramı hakkında Komisyon açıklaması [ATRG C1998) C66/2]. N. 3. 139/2004 sayılı tüzük yoğunlaşma kavramını değiştirmedikten, anılan açıklama önemini sürdürmektedir.

a) Kontrolün tek başına elde tutulması. kural olarak oy çoğunluğuna sahip ortak bakımından söz konusu olur. Ancak, azlık pay sahibinin şirketin işletme stratejisini belirleme hakkına sahip olduğu hallerde, azlık pay sahibi bakımından da tek başına kontrol var olabilir. Örneğin, azlık pay sahibine bir anlaşma ile yönetim kurulunun yarısından fazlasını atama hakkı tanınmış ise, azlık pay sahibi kontrolü hukuken tek başına kullanıyor demektir (N. 14).

b) Sözleşmede pay sahiplerine pay alım opsiyonu tanınmış olması, kontrolün devri anlamına gelmez⁶⁴. Ancak hukuken bağlayıcı bir anlaşmaya dayanan pay alım hakkının yakın bir gelecekte kullanılacak olması, kontrolün varlığının belirlenmesinde yardımcı bir etmen olarak dikkate alınabilir⁶⁵ (N. 14).

c) Kontrol tek başına elde edilebileceği gibi ortaklaşa da elde edilebilir. Kontrol altında bulunan bir ortaklığın (örneğin bir işbirliği ortaklığı sözleşmesi çerçevesinde kurulmuş olan bir anonim ortaklığın) pay sahipleri, aralarındaki anlaşma nedeniyle⁶⁶ veya fiilen, ortaklığın idaresini ilgilendiren esaslı

64 Örneğin *Elf Atochem/Rütgers* olayında [IV/M. 44z s. olay, ATRG (1994) C z35/5] Elf Atochem'e tanınmış olan pay satım opsiyonu (*put option*) ve Rütgers'e tanınmış olan pay alım opsiyonu (*call option*) ancak ortak şirketin kurulmasından 5 yıl sonra kullanılabilir hale geldiği için, kontrol devreden veya kontrol durumunu değiştiren bir hak olarak görülmemiştir. Aynı şekilde *MANI Ingersoll-Rand* olayında [IV /M. 479 s. olay, ATRG (1994) C z31/5] Ingersoll Rand'a MAN'ın paylarını alma opsiyonu (*call option*) tanınmıştı. Komisyon bunu da işbirliği ortaklığını sona erdirmeye yarayan bir araç olarak kabul etti. *Albacorn* olayında [IV iM. 604 s. olay, (1995) ATRG (1995) C z78/8] da taraflara tanınan pay alım ve satım opsiyonlarının yalnızca sözleşmede tanımlanan sınırlı hallerde kullanılabilmesi nedeniyle bu haklar, çoğunluk pay sahibini, şirketi azlığın görüşleri doğrultusunda yönetmeye zorlayacak bir etken olarak kabul edilmeyerek, anılan hakların ortak kontrol yaratmadığı sonucuna varılmıştır.

65 Örneğin, karar alma mekanizmasının işlemez hale gelmesi halinde taraflardan birinin pay alım veya satım opsiyonunu kullanma imkanı tarafları daima oybirliği ile hareket etmeye zorluyorsa, burada ortak kontrolün varlığından söz edilebilir: *Cook/Kerse*, z-4-3.6.

66 Örneğin *Telia/TeLenor/Schibsted* olayında [IV/JV.1 sayılı olay, (1999) 4. CMLR □16, veya (çevrimiçi) www.europa.eu.int/com.m/competition/mergers/cases/] anılan İsveç ve Norveç telekomünikasyon ve medya şirketleri, ortaklaşa bir şirket

kararları alırken oybirliği ile hareket etmek zorunda iseler, ortak kontrol söz konusudur (N. 18). Sermayenin, oy hakkının veya yönetim organı üyelerinin %50-%50 dağıldığı hallerde kilitlenmenin önlenmesi için oybirliği ile hareket gerekliliğinden, kural olarak fiilen ortak kontrol bulunur⁶⁷.

d) Bir veya birden fazla pay sahibine, işletme politikasını belirleme hakkı doğrudan doğruya bahşedilmemiş olmakla beraber, temel kararlarda veto hakkı tanınmış ise, bu da ortak kontrolün varlığı anlamına gelir (N. 19, □ıvd). Bazı kararların alınmasında yüksek nisapların öngörölmüş olması⁶⁸ veya pay sahiplerinden bir veya birkaçının onayı olmadan o kararın alınamaması, ilgili pay sahiplerine veto hakkı tanınmış olması demektir⁶⁹ (N.□1. 39).

kurmayı planlamaktaydılar. Sermayeye, Telia ve Schibsted'ten her biri %40, Telenor %20 oranında katılacak, ancak taraflar arasındaki pay sahipleri sözleşmesine göre işletme planında yapılacak esaslı değişikliklerin ve yıllık bütçenin onaylanması gibi bazı önemli kararlarda tarafların oybirliği aranacaktı. Bu hüküm nedeniyle Komisyon, tarafların yeni şirkette ortak kontrole sahip olacağına karar vermiştir.

67 Örneğin *ABB/Daimler Benz* olayında, ABB ile Daimler Benz firmaları demiryolu taşımacılığı ile ilgili faaliyetlerini, ortaklaşa kuracakları bir şirkete devredeceklerdi. Kurulacak şirkette ABB ve Daimler'in payları %50-%50 olacaktı. Komisyon, tarafların kurulacak şirketi ortak kontrol altında bulunduracaklarına karar verdi (97h,5/AT s. 18 Ekim 1995 tarihli Komisyon kararı - N/M.580 sayılı olay, ATRG 1997, L011/1). Buna karşılık, *SBG/Rentenanstalt* olayında, payların ve oy haklarının %50-%50 dağılmış olmasına rağmen, yönetim kurulunun 5 üyesinden üçünün Rentenanstalt şirketince belirlenmesi ve stratejik işletme kararlarının yönetim kurulunda oy çokluğu ile alınması nedeniyle Rentenanstalt belirleyici oy hakkına sahip görölmüş ve tek başına kontrole sahip olduğuna karar verilmiştir (N/M.650 sayılı olay, ATRG 1996 Co23/5).

68 Örneğin *Elf/BCICEPSA* olayında [N/M.98 s. olay, ATRG 1991 C 172] Elf ile BC'den her biri, CEPSA şirketindeki oyların yaklaşık %34'ünü ellerinde tutuyorlardı ve esaslı işletme kararlarının alınması için %75 nisap öngörölmüşü. Komisyon bu nedenle tarafların, karar alma sisteminin kilitlenmemesi için birlikte hareket etmek zorunda olduklarına ve ortak kontrol sahibi olduklarına karar verdi.

69 Örneğin *Apollinaris/Schwepes* olayında [N iM. 0093 s. olay, (1992) 4 CMLR M78, ATRG (1991) C 203 veya (çevrimiçi) www.europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases]. payların %28'ini elinde tutan pay sahibi, payların %72'sini elinde tutan diğer pay sahibi ile ortak kontrole sahip kabul edilmişti, zira müdürlerin atanmasını onaylama, yönetim kuruluna diğer pay sahibi ile eşit oranda aday gösterme ve uzun vadeli yatırım kararlarında, bütçenin kabulünde ve kredi alımında veto hakkına sahipti.

Ancak anılan veto haklarının şirket üzerinde kontrol imkanı sağlar nitelikte sayılabilmesi için, veto hakkının azlık pay sahiplerinin mali çıkarlarını korumaya yönelik sermaye artırımı veya azaltım kararları, şirketin sona ermesi, malların satılması gibi konularda değil, şirketin işletme politikasını ilgilendiren stratejik konularda tanınmış olması gerekir (N. □□). Bunlar örneğin bütçenin veya işletme planının kabulü, temel yatırımlar veya üst yönetimin atanması gibi konulardır⁷⁰ (N. □3). Ayrıca ortak kontrolün varlığı için veto haklarının kullanılması aranmaz, sadece tanınmış olması yeterlidir (N.□3). Öte yandan örneklenen konulardan hepsinde birden veto hakkı tanınmış olması da gerekmez, bunlar tek başlarına da, ortak kontrolü sağla□aya yeterli olabilirler (N. □4vd.)

e) Pay sahiplerinin oylarını aynı yönde kullanmayı taahhüt ettikleri oy sözleşmeleri de, azlık pay sahiplerine güçlerini birleştirip ilgili şirketi kontrol altına alma imkanını verebilirler⁷¹ (N. 3o).

70 Örneğin *Thomas Cook/LTU/West LB* olayında [IV/M.229 s. olay, ATRG (1992) C. 199 veya (çevrimiçi) www.europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/] Thomas Cook şirketinin %90 payı LTU'ya ve %10 payı West LB'ye aitti. Taraflar arasındaki pay sahipleri sözleşmesinde, yıllık ve beş yıllık işletme planının kabulünün de dahil olduğu bazı stratejik kararların alınmasında her iki tarafın da onayının aranacağı öngörülmüştü. Komisyon, bu iki pay sahibinin kontrolü ortaklaşa ellerinde tuttuğuna karar verdi. *Gencor/Lonrho* olayında [IV/M.619 s. olay, (1999) 4 CMLR 1076], Gencor ve Lonrho şirketleri, platin madeni üretimi ve işlenmesi ile uğraşan bir şirkette her biri yaklaşık %32 oranında pay almayı planlamaktaydılar. Taraflar arasındaki anlaşmaya göre, her biri yönetim kuruluna eşit sayıda aday gönderecek ve belli bir parasal tutarı aşan önemli yatırımlarda, bütçenin onaylanmasında ve kar dağıtımında oylarını aynı yönde kullanacaklardı. Komisyon, tarafların şirket üzerinde ortak kontrol elde ettiklerine karar vermiştir.

71 Örneğin *Kirch/Richemont/Telepiu* olayında [IV /M. 410 s. olay, ATRG (1994) C225/3], Telepiu şirketinin sermayesi %34.5 Kirch'e, % 25 Richemont'a ve 0/023.39 ile %10 oranında da diğer iki pay sahibine aitti. Kirch ile Richemont aralarında yaptıkları bir pay sahipleri sözleşmesi ile genel kurulda ve yönetim kurulunda özellikle yönetim kurulu başkanının seçiminde ve diğer bazı önemli kararlarda oylarını aynı yönde kullanmayı kararlaştırarak kontrolü elde ettiler.

f) Ancak paysahipleri sözleşmesinin, sürekli kontrolsağlar nitelikte olması gerekir (N. 35). Yoksa paysahipleri salt çoğunlukla veya veto hakkı tanımayan bir nisapla karar almak konusunda uzlaşmışlarsa ve bu nedenle her defasında kararın alınmasında etkili olan paysahibi değişebiliyorsa, herhangi bir paysahibinin bu sözleşme nedeniyle kontrolü elinde tuttuğu söylenemez⁷². Yönetim kurulunun seçiminde paysahiplerinin atama hakkına sahip oldukları üye sayısı ilgili paysahiplerine yönetim kurulunda hakimiyeti sağlamıyorsa, gene kontrol devri mevcut değildir. (Yukarıda açıklandığı üzere paysahiplerinin oybirliği ile hareket etmek zorunda kaldığı haller hariçtir.) Öte yandan, paysahihine sağlanan karar alma veya veto hakkı geçici süre ile verilmişse, bu da kontrolün o paysahibine verildiği anlamına gelmez⁷³.

4064/89 sayılı Tüzüğün 3. maddesinin 3. fıkrasına göre, yukarıda sayılan türden kontrol imkanı veren hakların kullanılmış olması gerekmez, bu hakların tanınmış olması veya bunları kullanma yetkisinin verilmiş olması, Tüzüğün uygulan-

72, Örneğin *Ericsson/Nokia/Psion/Motorola (Symbian II)* olayında (IV/JV.12, s. olay, bkz. Cook/Kerse, s. 46 veya (çevrimiçi) www.europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases] Ericsson, Nokia ve Psion şirketlerinin birlikte kurduğu ve Motorola şirketinin sonradan ortak olduğu cep telefonu işletme sistemi geliştirme ve pazarlama şirketi Symbian'da, Ericsson, Nokia ve Motorola'dan herbiri payların %2,3.08'ine, Psion da payların %30.77'sine sahipti. Yöneticilerin atanması, işletme planı ve bütçenin onaylanması gibi önemli kararlarda oy oranı paysahipleri sözleşmesinde %67 olarak belirlenmişti. Böylece hiçbir şirket tek başına veto hakkına sahip olamıyordu ve dört ortaktan değişken olarak ikisi veya üçü birlikte karar alabiliyorlardı.

73 Örneğin *Albacom* olayında [IV /M. 604 s. olay, (1995) ATRG (1995) C 2,78/8] British Telecommunications PLS ("BT") ve Banca Nazionale del Lavoro SpA ("BNL") İtalya'da telekomünikasyon sektöründe çalışmak üzere Albacom adında bir şirket kurmayı planlamışlardı. BT payların %50.5'ine ve BNL %49.5'ine sahipti. Azlığı kontrole ortak ettiği düşünülen yönetim kadrolarının belirlenmesi ve bütçenin onaylanması gibi kararlardan sonucunda BNL'nin onay hakkı yoktu, genel müdürün atanması konusundaki onay hakkı ise sadece ilk üç yıl için geçerli idi. Olayda yatırımın uzun süreli niteliği göz önünde bulundurularak veto hakkının üç yıl için tanınmış olmasının kontrol imkanı sağlamadığına karar verilmiştir.

ması için yeterlidir. Ayrıca hem hakların tanındığı kişiler, hem de haklar kendisine tanınmış olmamakla beraber bunları kullanma gücüne sahip olanlar, yani dolaylı hak sahipleri, kontrolü edinmiş sayılırlar.

Sonu.ç olarak, paysahipleri sözleşmeleri, taraflarına paysahibi buldukları şirketi kontrol imkanını sağlayabilirler. Bu halde, bir yandan kontrolü elinde tutan işletmeler arasında, diğer yandan bunlarla kontrol altında bulunan işletme arasında⁷⁴ yoğunlaşma söz konusudur. Bu durumun, Avrupa Topluluğu Komisyonuna bildirilmesi ve komisyonun yoğunlaşmanın rekabete aykırı bir sonucu olup olmadığını incelemesi gerekir. Eğer komisyon, paysahipleri sözleşmesinin taraflara sağladığı kontrol imkanı nedeniyle ortaya çıkan yoğunlaşmanın bir hakim durum yarattığı veya mevcut hakim durumu güçlendirdiği kanısına varırsa, bu sözleşme uygulanamaz.

3. Yoğunlaşmanın özel bir türü: ortak girişimler

Avrupa hukukunda 4064/89 sayılı Tüzüğe getirilen 1997 değişikliği öncesinde ortak girişimler konusunda yoğunlaşmaya (konsantrasyona) ve işbirliğine (kooperasyona) dayalı ortak girişim ayırımı yapılmakta idi (eski m. 3/□). Yoğunlaşmaya yönelik ortak girişimler birleşme ve devralmalar çerçevesi içinde hakim duruma yol açıp açılmadığı konusunda incelenmekte, işbirliğine yönelik ortak girişimler ise rekabeti kısıtlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar bakımından incelenmekteydi. Yoğunlaşmaya yönelik ortak girişimler, ana ortaklıkların, belli bir faaliyet alanındaki güçlerini ortaklaşa kurulan yavru ortaklığa devrederek, o alandan çekilmeleri

⁷⁴ Kural olarak kontrolü ele geçiren bir veya birden fazla işletme ile kontrol altına alınan işletme arasında yoğunlaşma gerçekleşir. Çeşitli durumlarda bu işletmelerin hangileri olacağı Komisyonun bir açıklamasında örneklendirilmiştir. Bkz. İşletmeler arası yoğunlaşmaların denetlenmesi hakkında 4064/89 sayılı Konsey Tüzüğü anlamında ilgili işletme kavramı hakkında Komisyonun açıklaması [ATRG (1998) C66/o3], N. 3.

halinde söz konusu olur⁷⁵. Ana ortaklıkların aynı alanda veya komşu alanlarda faaliyet göstermeye devam etmeleri halinde, bunlar arasındaki rekabetin ortak girişim kanalıyla değişikliğe uğraması, yani rekabetin koordinasyonu veya düzenlenmesi ihtimali doğabilir. Bu tür bir sonuç doğuran ortak girişimler işbirliğine yönelik sayılır⁷⁶.

1997 değişikliği ile birlikte, tüm ortak girişimler 4064/89 sayılı Tüzük kapsamına dahil edilmiş, ancak ortak girişimin, taraflar arasındaki rekabeti düzenlemesi (işbirliğine-kooperasyona yönelik olması) halinde, yine rekabeti kısıtlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararların varlığı açısından inceleneceği hüküm altına alınmıştır (4064/89 sayılı Tüzük, m. 1/1/4) • Bu düzenleme 139/2,004 sayılı Tüzükte de devam etmiştir. Bu anlamda işbirliğine/yoğunlaşmaya yönelik ortak girişim ayrımı varlığını korumaktadır. 139/2,004 s. Tüzüğün 1/1. maddesinin 5. fıkrasına göre, bir ortak girişimin rekabeti düzenleyici etkisinin olmaması için temel şart, ana ortaklıkların, ortak girişimin faaliyet sahasından çekilmeleri ve kendi faaliyetlerini ortak girişime devretmeleridir. Eğer ana ortaklıklar aynı veya komşu faaliyet sahasında veya alt veya üst piyasalarda çalışmaya devam ediyorsa, o takdirde bunlar arasındaki rekabetin ortadan kaldırılması riski doğar ve ana ortaklıklarla ortak girişim arasındaki ilişkinin, rekabeti ortadan kaldırııcı etkisi olup olmadığına bakılır.

Değişiklikle birlikte, ortak girişimler bakımından önemli hale gelen unsur, tam işlev görme ("full-function") unsurudur. Tüzüğün 3. maddesinde belirtildiği gibi, bir işbirliği ortaklığının yoğunlaşma olarak kabul edilmesi için, bağımsız bir ekonomik birimin tüm işlevlerini kalıcı bir şekilde yerine getirmesi gerekir. İşbirliği ortaklığının tam işlevli olup olmadığının tesbitinde işletmenin yapısı ve faaliyetleri,

⁷⁵ 4064/89 sayılı Tüzük tahtında yoğunlaşmaya ve işbirliğine yönelik operasyonlar hakkında Komisyon açıklaması [ATRG (1990) C□o3/10], il B□-

⁷⁶ bkz. dñn. 75.

özellikle kurucu ortaklıklarla olan ilişkileri incelenir. İşbirliği ortaklığı bir yandan, aynı pazarda faaliyet gösteren diğer teşebbüslerin normal olarak yürüttüğü faaliyetleri yürütmeli, kendine ait bir yönetime, faaliyetini yürütmesine yeterli olacak finansmana, elemana ve varlıklara sahip bulunmalıdır⁷⁷. Diğer yandan ise işbirliği ortaklığı faaliyetlerinde kurucu ortaklıklara bağımlı. yalnızca onların satış acentası gibi çalışan, veya faaliyetlerinin büyük bölümü kuruculardan yaptığı alımlara veya onlara yaptığı satımlara dayanan bir ortaklık: olmamalı, kuruluş aşamasında böyle bir dönem geçirmiş olsa bile ortaklık: daha sonra kendi faaliyetlerini ana ortaklıklara bağımlı olmadan yürütebilmeli, ve ana ortaklıkların yanısıra rakip ortaklıklarla da alım satım ilişkisi içinde olmalıdır⁷⁸. Aksi takdirde işbirliği ortaklığı bağımsız bir ekonomik birim kabul edilmez ve bir birleşme/ devralma olarak değil, rekabeti kısıtlayıcı anlaşma olarak değerlendirilir.

Bağımsız bir ekonomik birim olarak ortaya çıkan ortak girişimler, yukarıda çevirisi verilen 3. maddenin 1. fıkrasının (b) bendi uyarınca devralma kabul edilir (139/□004 s. Tüzük m. 3/ 4). Dolayısıyla, "kontrol" kavramı açısından yukarıda verilen açıklamalar, ve pay sahipleri sözleşmesinin rolü, ortak girişimler bakımından da geçerlidir.

4. İşletmeler arası yoğunlaşmalarda yan kısıtlamalar - rekabet etmeme klostlan

İşletmeler arası yoğunlaşmalar piyasada hakim durum oluşturup oluşturmamaları açısından incelenir. Bununla birlikte, işletmeler arası yoğunlaşmaya götüren anlaşmalar, özellikle kurucu ortaklıklar bakımından rekabet yasakları da getire-

⁷⁷ İşletmeler arası yoğunlaşmaların denetlenmesi hakkında 4064/89 sayılı Konsey Tüzüğü anlamında tam işlev gören işbirliği ortaklığı kavramı hakkında Komisyon açıklaması (ATRG (1998) C66/01], N. 1□.

⁷⁸ Tam işlev gören işbirliği ortaklığı kavramı hakkında Komisyon açıklaması (bkı. yuk. dpn. 77) N. 13-14.

bilirler. Örneğin paysahipleri sözleşmeleri çoğu kez, tarafların birbirleriyle veya kurulan/ortak olunan ortaklıkla rekabet etmemeleri yönünde hükümler içerirler.

Bu tür rekabet etmeme klozları, bir ortak girişimin işbirliğine yönelik olduğu veya bir yoğunlaşma yerine rekabete aykırı anlaşmanın söz konusu olduğu anlamına gelmez. Bunlar, işletmelerin güçlerini birleştirebilmesi için gerekli olan bazı yan, yardımcı kısıtlamalardır⁷⁹ ve bağımsız olarak değil, yoğunlaşma çerçevesinde incelemeye tabi tutulurlar⁸⁰.

Komisyon, ne tür kısıtlamaların yoğunlaşma çerçevesinde ele alınacak yardımcı kısıtlamalar olduğuna dair bir açıklama yayınlamıştır⁸¹. Komisyonun görüşüne göre, üçüncü kişilerin değil tarafların faaliyetlerine yönelik, yoğunlaşmanın dayanağı veya temelini teşkil etmeyip onun bir sonucu niteliğindeki, tali önemi haiz, yoğunlaşma ile doğrudan ilgili olan ve yoğunlaşmanın uygulanabilmesi için ekonomik açıdan zaruri kısıtlamalar, yardımcı kısıtlamalar olarak kabul edilebilir. Ayrıca yardımcı kısıtlamalar, yalnız nitelik bakımından değil, uygulanacakları süre, konu ve coğrafi alan bakımından da, yoğunlaşmanın geçirdiği ölçüyü aşmamalıdır⁸².

Anılan komisyon açıklamasında, ayrıca uygulamada sık rastlanan yardımcı kısıtlama türlerinden de örnekler verilmiştir. Bunlar işletmeler arası yoğunlaşmanın gerçekleştirildiği usule göre değişiklik gösterir. Örneğin bir ticari işletme, good will veya know how ile birlikte devrediliyorsa, anılanların değerinin düşürülmemesi ve devralanın bunlardan tam olarak

⁷⁹ "Ancillary restrictions".

⁸⁰ Tam işlev gören işbirliği ortaklığı kavramı hakkında Komisyon açıklaması (bkz. yuk. dpn. 77) N. 16.

⁸¹ Yoğunlaşmalara yardımcı kısıtlamalar hakkında Komisyon açıklaması [ATRG (1990) C03/5].

⁸² Yoğunlaşmalara yardımcı kısıtlamalar hakkında Komisyon açıklaması (hkz. yuk. dpn. 81), I, 1-6.

faydalanabilmesi için, devreden eski işletmesiyle rekabet edici davranışlardan kaçınma taahhüdünde bulunması uygun karşılanır⁸³. Ortak girişimlerde ise, yoğunlaşmaya yönelik ortak girişim, ana ortaklıkların, güçlerini yavru ortaklık bünyesinde birleştirerek yavru ortaklığın faaliyet sahasından çekilmelerini gerektirir. Bu çekilmenin devamlılığını sağlamak için, ana ortaklıklara, yavru ortaklık ile rekabet etmeme yükümü getirilebilir⁸⁴.

Bu tür yan kısıtlamalar, işletmeler arasındaki asıl birleşme/devralmanın, amacına uygun şekilde hayata geçirilebilmesi için gerekli olduğu ölçüde haklı görülür ve işletmeler arası yoğunlaşmanın reddine sebep oluşturmaz.

B. Alınan Hukuku

Avrupa hukukunda 139/□004 sayılı yönergenin 3. maddesinde düzenlenen işletmeler arası yoğunlaşma olgusu, Alman rekabet hukukunda 1998 yılında yapılan esaslı bir değişiklikle Alman hukukuna yansıtılmıştır⁸⁵. Alman Rekabet Kanununun 37.

83 Yoğunlaşmalara yardımcı kısıtlamalar hakkında Komisyon açıklaması (bkz. yuk. dñn. 81), III A 1. Ancak rekabet etmeme klozunun geçerlilik süresi, uygulanacağı coğrafi alan ve kapsadığı ürünler de, yalnızca işletme devrinin gerektirdiği ölçüde olmalıdır (aynı açıklama, III A 2vd).

84 Yoğunlaşmalara yardımcı kısıtlamalar hakkında Komisyon açıklaması (bkz. yuk. dñn. 81). V. A. Ana ortaklıkların sahip oldukları fikri mülkiyet haklarının lisansını münhasır ve süresiz olarak yavru ortaklığa vermeleri serbesttir. Ayrıca ana ortaklığın evvelce tek bir ekonomik birim olan bünyesinin bölünerek bazı tesislerinin veya faaliyet sahasının yavru ortaklığa bırakılması, evvelce ana ortaklık içinde dahili olarak gerçekleştirilen üretim-tedarik kanallarının kopmasına sebebiyet verebilir. Bunun ana ortaklığı sarsmaması için belli bir süre, ana-yavru ortaklık arasında münhasır satış anlaşmaları yapılabilir. (bkz. aynı açıklama, V. B. C.)

85 Alman Rekabet Kanunu [*"Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen., (G\VB)*] 1958 yılında kabul edilışinden bu yana 6 kez değişikliğe uğramıştır. Yapılan değişiklikleri kanunun sistematüğini zayıflatması ve kanunu anlaşılması güç hale sokması sebebiyle son yapılan değişiklikle birlikte kanunun sistematüğü baştan sona değiştirilmiş ve yeni haliyle kanun 26.8.1998 tarihinde BGBI IS. 2546'de yayımlanmıştır.

maddesinin 1. ve 2- fıkraları, 139/004 sayılı yönergenin yukarıda açıklanan 3. maddesinin 1 ve 3. fıkralarını karşılamaktadır. Alman hukukunda da, yoğunlaşma ("*Zusammenschluß*") bir işletmenin malvarlığının tamamının veya önemli bir kısmının iktisabı veya bir veya birden fazla işletmenin diğer bir işletme üzerinde doğrudan doğruya veya dolaylı olarak kontrol elde etmesi şeklinde tanımlanmıştır (GWB §37 I 1 ve 2). Kontrol kavramının tanımı da yönergedeki tanımla aynıdır. Diğer bir deyişle, bir işletmenin faaliyeti üzerinde belirleyici etki etme imkanına sahip olmak o işletme üzerinde kontrol sahibi olmak anlamına gelir (GWB §37 I 2- cümle). Kontrol özellikle, işletmenin organlarının yapısı, toplantıları ve kararları üzerinde belirleyici etki sağlayan haklar veya sözleşmeler yoluyla iktisap edilir (GWB §37 I 2- cümle, b şıkkı).

Alman rekabet hukuku ile Avrupa hukuku arasındaki bu yakınlıktan ötürü, Komisyonun yukarıda aktarılan açıklamaları, Alman hukuku bakımından da anlam taşımakta ve dikkate alınmaktadır⁸⁶. Alman hukukunda da, yeni GWB §37 I 2 (ve birden fazla işletmenin diğer bir işletme üzerinde ortaklaşa etki edebileceğini öngören §36 II) uyarınca oy sözleşmelerinin taraflara şirket üzerinde kontrol imkanı verdiği kabul edilmektedir⁸⁷. Anılan hükmün kabulünden önce, her türlü oy sözleşmeleri değil, yalnızca oyun ne yönde kullanılacağına karar verme hakkını tek bir pay sahibine tanıyan oy sözleşmelerinin o pay sahibine şirket üzerinde hakimiyet sağladığı kabul ediliyor ve bu pay sahibi ile şirket arasındaki ilişki rekabet hukuku açısından inceleniyordu⁸⁸. Bu imkan, bir işletmenin diğer bir işletmenin pay veya oy haklarının en az 10/100'ini iktisap⁸⁹ etmesi

86 Bechtold, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Beck München 1999. §37, N. 8.46; Wiedemann Kartellrecht - Richter, §19, N. 75; Wirtz, s. 119vd.

87 Bechtold, §37, N. 11; Wiedemann Kartellrecht - Richter, §19, N. 34; Wirtz, s. 119.

88 Wirtz, s. 116.

89 Yukarıda anılan şekilde oyun yönüne karar verme hakkını tamamen tanıyan bir oy sözleşmesi, oyun iktisabı ile eşdeğer tutulmaktadır. (Bechtold, §37 N. 18; Wiedemann Kartellrecht - Richter, §19, N. 95; Wirtz, s. 115.)

halinde yoğunlaşmanın varlığını kabul eden §37 I 3 hükmü uyarınca halen inürnkün olmakla birlikte, kontrol kavramını daha genişleten □- fıkra karşısında önemini yitirmiştir⁹⁰.

C. İsviçre Hukuku

1995 yılında kabul edilen Kartel ve Diğer Rekabet Kısıtlamaları Hakkında Kanun⁹¹ ("İsviçre Rekabet Kanunu" - "İRK") da Avrupa Topluğu rekabet hukuku sistemini izlemekte⁹² ve rekabete aykırı anlaşma ve uyumlu eylemlerin yasaklanması, hakim durumun kötüye kullanılmasının yasaklanması ve işletmeler arası yoğunlaşmaların denetlenmesi sütunları üzerine oturmaktadır. İşletmeler arası yoğunlaşmalar, İsviçre Rekabet Kanununun 4. ve 9-11. maddelerinde ve bu Kanuna dayanılarak çıkartılan İşletmeler Arası Yoğunlaşmaların Denetlenmesine dair 17 Haziran 1996 sayılı Tüzükte⁹³ düzenlenmiştir. Anılan düzenleme, Avrupa Topluluğunun, yukarıda açıklanan 4064/89 sayılı yeni 139/□004 Konsey Tüzüğüne dayanmaktadır⁹⁴. Aynen Avrupa hukukunda olduğu gibi, İsviçre hukukunda da işletmeler arası yoğunlaşmalar, (a) birleşme ve (b) bir veya birden fazla işletmenin, pay alımı veya sözleşme yoluyla başka bir işletmenin tamamı veya bir kısmı üzerinde doğrudan veya dolaylı kontrol elde etmeleri olarak tanımlanmıştır (İsviçre Rekabet Kanununun. 4 III a, b). Kontrol kavramının tanımı da Avrupa

90 Wirtz, s. 120.

91 *Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen*, SR 251; BBl 1995 I 638.

92 *Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen* v. 23 November 1994 (İsviçre Rekabet Kanununun Gerekçesi) (BBl 1995 I 468) s. 531, N. 17.

93 *Verordnung über die Kontrolle von Untemehmenszusammenschlüssen* v. 17. Juni 1996. SR 251.4

94 Hamburger, *Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz*, Schulthess, Zürich 1997 - Ducrey/Drolshammer Vorb. Art 9-11, N. 31; Marbach, *Die Fusionkontrolle im schweizerischen und europäiischen Wettbewerbsrecht*, in: v. Büren/Cottier (Her.) *Die neue schweizerische Wettbewerbsordnung im internationalen Umfeld*, Stampfli Bern 1997, s. 116.

Topluluğu Tüzüğündeki tanımla birebir örtüşmektedir. Kontrol. bir işletmenin organlarının oluşumu, toplantıları veya kararları üzerinde belirleyici etki sahibi olma imkanı veren haklar veya sözleşmeler yoluyla edinilir (İsviçre İşletmeler Arası Yoğunlaşmaların Denetlenmesi Tüzüğü m. 1).

Bu tür sözleşmelerin İsviçre Rekabet Komisyonuna bildirilmesi gerekir⁹⁵. Komisyon, yapılan bildirimden itibaren bir ay içinde, esaslı bir incelemeye gerek olup olmadığını bildirir. Eğer ille incelemede sözleşmenin rekabete aykırı sonuçlar doğura -bileceğine kanaat getirilirse, esas incelemeye geçilir (İRK m. 3□). Komisyona yapılan bildirim, medeni hukuk açısından da sonuç doğurur. Komisyonun cevabı beklenirken, sözleşme ifa edilemez (İRK m. 3□ II). Bir ay içinde cevap alınamazsa, taraflar sözleşmeyi ifa edebilirler (İRK m. 3□ I son cümle). Komisyon esaslı inceleme yapmayı uygun görürse, sözleşmenin ifası konusunda da, ifanın ertelenmesine veya geçici olarak gerçekleştirilmesine karar verebilir (İRK m. 33 II). Eğer komisyon 4 ay içinde esaslı incelemenin sonucunu açıklamazsa, ifaya geçilebilir (İRK m. 34). Kanunun gerekçesine göre, taraflar arasındaki borçlandırııcı sözleşmelerin geçerliliği rekabet komisyonunun incelemesinden etkilenmez. Ancak tasarruf işlemleri, komisyon incelemesini bitirip rekabete aykırı bir

95 İsviçre Rekabet Kanunu da ülkesel uygulama ile sınırlandırılmamıştır (m.2). Uygulama kapsamı, 139/2004 sayılı Avrupa Topluluğu tüzüğünde olduğu gibi ciro tutarları ile belirlenmiştir (İsviçre Rekabet Kanununun 9. maddesine göre ilgili şirketlerin toplam cirosu en az 2 milyar İsviçre Frangı, İsviçre'deki toplam ciroları en az 500 milyon İsviçre Frangı ve her birinin İsviçre'deki cirosu en az 100 milyon İsviçre Frangı olmalıdır). Bu koşulları yerine getirmek.-te olan şirketlerin, İsviçre toprakları dışında kurulmuş olsalar bile akdettikleri sözleşmeleri İsviçre Rekabet Komisyonuna bildirmeleri gerekir. Örneğin İsveç'in Göteborg kentinde kurulmuş olan Volvo anonim şirketi, yine İsveç'te kurulmuş olan Scania anonim şirketinin paylarını almayı planladığında, İsviçre'deki ciro tutarlarını doldurduğundan, İsviçre'deki rekabet komisyonuna bildirimde bulunmuştur. Komisyon, bu pay alımının İsviçre pazarı açısından hakim durum yaratma veya mevcut hakim durumu güçlendirme sonucu yaratmayacağına karar vermiştir. (RPW 2000/1, s. 51-52).

dunim bulunmadığına karar verene kadar, askıda hükümsüzdür⁹⁶. Eğer komisyon rekabete aykırılık bulunduğuna **karar** verirse askıda hükümsüzlük kesin hükümsüzlüğe dönüşür⁹⁷. Diğer bir deyişle, Komisyonun incelemesini gerektiren işletmeler arası anlaşmalar, geciktirici şarta bağlı yapılmış sayılır⁹⁸.

İsviçre hukuku ile Avrupa hukuku arasındaki ayniyet, işletmeler arası yoğunlaşmaya yol açan kontrol kavramı ve kontrolün edinilmesi yöntemi olarak paysahipleri sözleşmesi hakkında Avrupa hukuku kısmında söylenenleri İsviçre hukuku bakımından da geçerli kılar⁹⁹. Dolayısıyla, bir şirketin yönetimi, özellikle işletme politikası üzerinde etki etme imkanını sağlayan paysahipleri sözleşmelerinin rekabet komisyonunun incelemesine tabi olduğu kabul edilir¹⁰⁰. Paysahipleri sözleşmesi, taraflara şirketin yönetiminde belirleyici etki etme imkanı sağlamaksızın yalnızca tarafların mali çıkarlarını koru-

96 Botschaft (bkz. yuk. dñn. 92) s. 609, N. 255.3; Ducrey, Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen, Art. 32-38 KG, in: Roger Zacob (Hrsg.) Das neue schweizerische Kartellgesetz, Schulthess, Zürich 1996, 137, s. 153; Marbach, Fusionkontrolle, s. 134.

97 Botschaft (bkz. yuk. dñn. 92) s. 609, N. 255.3.

98 Botschaft (bkz. yuk. dñn. 92) s. 610, N. 255.3.

99 Hamburger., KartellKomm - Ducrey/Drolshammer, Art. 4 N. 82; Marbach, Fusionkontrolle, s. 116.

100 Botschaft (bkz. dñn. 92) s. 550-551N. 224.3; Borer, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Orell Füssli Verlag Zürich 1998, Art. 4 N. 36, Hamburger, KarteUKomm - Ducrey/Drolshammer, Art. 4 N. 103; Marbach, Fusionkontrolle, s. 120; Zach, Schweizerisches Kartellrecht, Stllmpfli, Bern 1998, N. 412. Örneğın, *Satu (Schweiz) /Ringier AG* olayında, İsviçre'de kurulu bir medya şirketi olan Ringier AG, Alman Sat 1 limited ortaklığının İsviçre'de k-urmuş olduğu Sat 1 (Schweiz) anonim ortaklığının %50'sini devralmayı planlamaktaydı. Alman Sat 1 limited ortaklığı ile Ringier AG arasındaki paysahipleri sözleşmesinde, tarafların oylarını uyumlu şekilde kullanacakları, yönetim kurulunun her iki tarafın temsilcilerinden oluşacağı ve yönetim kurulu başkanının taraflarca ortaklaşa seçileceğı kararlaştırılmıştı. Rekabet komisyonu, bu paysahipleri sözleşmesi üzerinde yaptığı inceleme sonucunda tarafların bir işbirliği ortaklığı kurmuş olduğuna karar verdi. İlgili şirketler arasındaki bu yoğunlaşma rekabete aykırı görülmediğinden payların devralınmasına izin verildi. (RPW 2000/1, s. 46-48.)

maya yönelik hükümler getiriyorsa (sermaye artımının onaylanması, malvarlığının elden çıkarılmasının onaylanması gibi) rekabet kanunu anlamında bir yoğunlaşma söz konusu olmaz¹⁰¹. Kontrol, tek başına veya ortaklaşa kullanılabilir. Örneğin pay sahipleri sözleşmesinde azlık pay sahibine bazı önemli kararları onaylama hakkı verilmiş veya bazı kararların oybirliği ile alınması kararlaştırılmışsa, yani veto hakları tanınmışsa, ya da pay sahipleri sözleşmesinde oyların uyumlu şekilde kullanılacağı öngörülmüşse kontrol ortaklaşa kullanılıyor demektir¹⁰.

D. Türk Hukuku

Türk rekabet hukuku da Avrupa rekabet hukuku modeli üzerine oturmaktadır. Şirketler arası yoğunlaşmalar bakımından konu, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un ("RKK") 7. maddesi ve "1997/1 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ"¹⁰³ ile düzenlenmiştir.

RKKm. 7,

"bir veya birden fazla teşebbüsün hakim durum yaratmaya veya hakim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmeleri veya herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin, diğer bir teşebbüsün malvarlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da *kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları*, miras yoluyla iktisap durumu hariç olmak üzere, devralmasını"

yasaklamıştır. Rekabet Kurulu, hukuki geçerlilik kazanmak için Kurula bildirilerek izin alınması gereken birleşme ve devralmaları belirler.

101 Homhurger, KartellKomm - Ducrey/Drolshammer, Art. 4 N. 103.

10 Borer, Art. 4. N. 36; Homhurger, KartellKomm - Ducrey/Drolshammer, Art. 4 N.111.

103 RG 1.8.1997, 3078; Değişik: RG. 6.03, 1998, RG. 18.11.1998, 357.

Birleşine ve Devralmalar Hakkında Tebliğ, 2. maddesinde, izne tabi birleşme ve devralmaları, 139/2004 sayılı Tüzüğün yukarıda alıntılanan 3. maddesine paralel şekilde tarif ederek,

"herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin, diğer bir teşebbüsün malvarlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da *kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları* devralması veya *kontrol etmesi*"

halini¹⁰⁴ de izne tabi birleşmeler arasında saymıştır. Ayrıca Tebliğin 4. maddesinin 4- fıkrası, yine aynı Tüzüğe paralel olarak, kontrolün,

"ayrı ayrı ya da birlikte, fiilen ya da hukuken, bir teşebbüs üzerinde *belirleyici etki uygulama olanağını sağlayan haklar, sözleşmeler* veya başka araçlarla, ve özellikle (...) bir teşebbüsün *organlarının oluşumunda veya kararları üzerinde belirleyici etki sağlayan haklar veya sözleşmelerle*"

elde edilebileceğini öngörmüştür.

İşte paysahipleri sözleşmesi, bir teşebbüs üzerinde, özellikle organların oluşumunda veya organlarda alınacak kararlarda belirleyici etki uygulama olanağını sağlayan haklar kazandırdığı, yani kontrol imkanı verdiği ölçüde, teşebbüsler arası birleşme ve devralma olarak mütalaa edilir ve bu kapsamda incelenir.

Paysahipleri sözleşmesinin, ilgili ortaklık üzerinde kontrol imkanı verip vermediğinin tesbitinde, Avrupa hukuku bakımından yukarıda açıklanan örnek hallerden yararlanılmalıdır. Kısaca hatırlatmak gerekirse, süreklilik arzedecek şekilde, oy hakkının uyumlu kullanılmasının öngörüldüğü veya stratejik önemi haiz kararlar bakımından kararların oybirliği ile alınacağını kararlaştırıldığı¹⁰⁵, sermaye dağılımı nedeniyle fiilen oyların uyumlu kullanılmasının gerektiği veya bazı

104 Karş. 139/2004 sayılı Tüzük, m. 3/1.

105 Örneğin Rekabet Kurulunun çimento üreticisi dört firmanın kuracağı bir ortak girişimi incelediği bir olayda, paysahipleri sözleşmesinin bir maddesi ile,

paysahiplerine işletme politikasını ilgilendiren stratejik kararlarda onay verme veya veto hakkının tanındığı¹⁰⁶ veya yönetim organının üyelerinin atanması hakkının tanındığı sözleşmeler, kontrol imkanı sağlayan sözleşmelerdir. Kontrol tek başına veya ortaklaşa edinilebilir¹⁰⁷. Bu nedenle yalnızca pay veya oy oranının yarısından fazlasına sahip olmak veya yönetim organı üyelerinin yarısından fazlasını belirleyebilmek değil, yönetimde ortaklaşa söz sahibi olmak da kontrolün elde edilmesi bakımından yeterlidir¹⁰⁸.

Tebliğin son fıkrasına göre, kontrolün varlığı için anılan hakların tanınmış veya kullanma yetkisinin verilmiş olması veya fiilen kullanma gücünün var olması yeterlidir, yoksa hakların kullanılmış veya kullanılmakta olması aranmaz¹⁰⁹. Bu durum

anasözleşmenin değiştirilmesi, faaliyet konusunun değiştirilmesi, belli miktarı aşan yatırım kararları, iştirak kararları gibi stratejik önemi haiz kararların yönetim k.'l.rulunda oybirliğiyle alınacağı öngörülmüştü. Yönetim k.-urulu dört üyeden oluşmak.'iydi ve ortak girişimin dört ortağından her biri bir üye atıyordu. Kurul, paysahipleri sözleşmesinin anılan hükmünün "ortak kontrol" yarattığı sonucuna vardı (16.05.2000 tarihli, 00-19/188-100 sayılı karar, RG. 11.10.2000, s. 24266 veya çevrim.ici: www.rekabet.gov.tr).

106 Örneğin *OPET Petrolcülük A.Ş.* hisselerinin bir kısmının *Enron Corporation* tarafından devralınması olayında, taraflar arasındaki "Taahhüt ve Hissedarlar Anlaşması", devralacağı %7.75 payla azlık durumunda bulunan Enron şirketine, 1 adet imtiyazlı A grubu hisse verilmesi ve sermaye artırımını, esas sözleşmenin değiştirilmesi, kar payı dağıtımı, şirketin tasfiyesi, imtiyazlı hisse yaratılması gibi konularda, bu hissenin olumlu oyunun aranması yoluyla veto hakkı tanımıştır. Rekabet Kurulu, stratejik kararlarda veto hakkının verilmiş olmasının, şirketin ortak kontrol altına sokulması anlamına geldiğine karar vermiştir (30.05.2000 tarihli 00-20/201-110 sayılı karar, RG.06.02.2001, s. 24310). Aynı yönde bir başka karar, *Alliance UniChem Plc'nin, Hedef Holding A.Ş.'nin %25 payını devralması ve azlık olmasına rağmen, "Hissedarlık Anlaşması"nda kendisine tanınan stratejik kararlarda onay verme hakkı nedeniyle Hedef Holding A.Ş.'nin ortak kontrolünü elde etmiş olduğu* yolundaki karardır (30.01.2001 tarihli karar, RG. 16.05.2001, s. 24404).

107 Sanlı, s. 328 ve son notu 116, s. 330vd.

108 Buna karşılık, teşebbüslerin pazar paylarının ve cirolarının hesaplanmasında, teşebbüsler arasındaki hakimiyet ilişkisinin belirlenmesi bakımından sermaye veya oy oranının yarısından fazla olması aran.'ın.ıştır. Bkz. aşı. dpn. 111.

109 Avrupa hukukunda da durum aynıdır. Bkz.139/2004 sayılı Tüzük, m. 3/3.

ayrıca dolaylı olarak hakları illanahilen kimseleri de Tebliğin uygulama alanına sokar¹¹⁰.

Avrupa hukukunda olduğu gibi, birleşmenin (dolayısıyla paysahipleri sözleşmesinin) izne tabi olması için ayrıca teşebbüslerin belli bir ekonomik çapı aşmaları gerekir¹¹¹. Özetle söylemek gerekirse, sözleşme tarafları ile, sözleşme tarafları merkez olarak alındığında onların hakimiyeti altında bulunan veya üç dereceye kadar üzerinde olup onları hakimiyeti altında tutan tüm teşebbüslerin pazar payları ve ciroları, toplu olarak hesaba katılır.

Birleşme ve devralma kapsamında izne tabi paysahipleri sözleşmeleri, Rekabet Kuruluna bildirilmelidir. Rekabet Kurulu, sözleşmenin taraflar arasında hakim durum yaratıp yaratmadığı açısından inceleme yapar. Birleşme ve devralmalar hakkında tebliğin 6. maddesinin son fıkrasına göre,

"Bir hakim durum yaratan veya mevcut bir hakim durumu güçlendiren ve bunun sonucu olarak ülkede veya bir bölümünde etkin rekabeti önemli ölçüde engelleyen birleşme veya devralmaların kanuna aykırı olduğu kabul edilir ve bunlara izin verilmez".

110 Sanlı, s. 330.

111 Tebliğin değişik 4. maddesine göre, birleşme veya devralmayı gerçekleştiren teşebbüslerin ilgili ürün piyasasındaki toplam pazar paylarının %5'i veya toplam cirolarının ₺ trilyon Türk lirasını aşması gerekir. Bu sınırlara ulaşıp ulaşılmadığı hesaplanırken aşağıdaki teşebbüslerden her birinin sahip olduğu pazar payı ve ciroları toplanır: (a) birleşme veya devralmayı gerçekleştiren yani paysahipleri sözleşmesinin tarafını oluşturan teşebbüsler, (b) bunların doğrudan veya dolaylı olarak sermayesinin veya oy haklarının yarısından fazlasına veya yönetim veya denetim organlarının üyelerinin yandan fazlasını atama yetkisine ya da işlerini idare etme hakkına sahip oldukları teşebbüsler, yani bu arada paysahipleri sözleşmesinin ilgili bulunduğu anonim ortaklık, (c) (a)'da sayılanlar üzerinde (b)'de sayılan hakları haiz olan teşebbüsler, (d) (c)'de sayılanlar üzerinde (b)'de sayılan hakları haiz olan teşebbüsler ve (e) anılanlardan her biri üzerinde (b•) de sayılan hakları birlikte haiz olan teşebbüsler.

İzin verilene kadar, sözleşme askıda hükümsüzdür¹¹¹. Zira kanun, iznin, birleşme ve devralmanın "hukuki geçerlilik kazanabilmesi için" istendiğini belirtmektedir (**RKK m. 7/son**)• İzin verilmemesi halinde hükümsüzlük kesinleşir¹¹³.

Paysahipleri sözleşmesi, yalnızca taraflarının hakim durum yaratacak şekilde bir başka işletme üzerinde kontrolü sağlaması açısından değil, ayrıca taraflar arasındaki rekabeti kısıtlama açısından da önem taşıyabilir. Sözleşme, tarafların birbirleriyle veya ilgili anonim ortaklıkla aralarındaki rekabeti kısıtlayıcı hükümler içeriyorsa, bu açıdan incelenir. Özellikle ortak girişimler bakımından, Türk hukuku Avrupa hukukundaki (eski) işbirliğine/ yoğunlaşmaya yönelik ortak girişim ayrımını benimsemektedir. Birleşme ve Devralma Tebliğinin 11- maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde, "amaçlarını gerçekleştirmek üzere işgücü ve malvarlığına sahip olacak şekilde bağımsız bir iktisadi varlık olarak ortaya çıkan ve *taraflar arasındaki veya taraflarla ortak girişim arasındaki rekabeti sınırlayıcı amacı veya etkisi olmayan ortak girişimler*"in Tebliğ kapsamına girdiği belirtilmektedir. Anılan ortak girişimler, yoğunlaşmaya yönelik ortak girişimlerdir ve birleşme/ devralma incelemesine tabi olup hakim durum açısından değerlendirilirler. Bu tanımın dışında kalan, yani taraflar arasındaki rekabeti sınırlayıcı veya ortadan kaldıran ortak girişimler ise, işbirliğine yönelik ortak girişimlerdir ve bunlar birleşme ve devralma incelemesine tabi olmayıp, Rekabet Kanununun 4. maddesi çerçevesinde ele alınırlar. Bu nedenle paysahipleri sözleşmesi, taraflar arasındaki rekabeti sınırlayıcı veya ortadan kaldıran sonuçlar doğuracak sonuçlar

111 Sanlı. s. 444.

113 Sanlı, s. 445. Karş.: Aslan, izin almadan veya izin verilmemesine rağmen yapılan bir birleşme veya devrin yapılmamış sayılacağını, yok hükmünde olduğunu belirtir (Rekabet Hukuku İstanbul 11001, s. 386),

içeriyorsa, o takdirde birleşme ve devralma izni verilmez, ortak girişim RKK n1. 4 çerçevesinde incelenir¹¹⁴.

Bununla birlikte, birleşme veya devralma olarak kabul edilen durumlarda, taraflar arasında bir takım rekabet etmeme anlaşmaları veya rekabeti kısıtlayıcı sonuç doğurabilecek münhasır satış anlaşmaları gibi klozlar kabul edildiği görülmektedir. Yukarıda Avrupa hukukunu ele alırken işletmeler arası yoğunlaşmalarda yan kısıtlamalar başlığında verdiğimiz açıklamalar, Türk hukuku bakımından da aynen geçerlidir. Bir birleşme/ devralma kapsamında, örneğin bir ortak girişim anlaşmasında veya paysahipleri sözleşmesinde, taraflar arasındaki birleşme/devralma ilişkisinin temel dayanağı veya ana sebebi niteliğinde olmayıp, birleşme/devralmanın amacına ulaşabilmesi için ekonomik açıdan zaruri olan bir takım yardımcı kısıtlamalar, rekabete aykırı anlaşma olarak nitelendirilmez. Bağımsız olarak ele alındığında rekabete aykırı anlaşma kabul edilebilecek olsa bile, bir birleşme/devralma çerçevesinde yapıldığında ancak asıl işlemin amacına ulaşmasını sağlayacak bir tali önlem niteliğinde olan kısıtlamalar, birleşme/devralma işlemi çerçevesinde değerlendirilir ve amacın gerçekleştirilmesi için gerekli olan ölçüyü aşmamak şartıyla mazur görülür. Rekabet Kurulu da kararlarında bu yaklaşımı benimsemekte ve Tebliğin □- maddesindeki kriterlere göre birleşme/devralma sayılan hallerde, birleşme/

114 Aslan, s. 30□. Örneğin dört çimento firmasının kurmayı planladığı ortak girişimle ilgili olarak yapılan incelemede, paysahipleri sözleşmesinin, ortaklığın amaçları ve faaliyet konusu ile ilgili hükümlerinden, ortaklığın kurucular arasında yoğunlaşmaya değil, bunlar arasındaki rekabeti koordine etmeye yönelik olduğu sonucuna varılmıştır. Ayrıca paysahipleri sözleşmesindeki aynı hükümlerden, yavru ortaklık ile kurucu ortaklıklar arasındaki ilişkinin, ortak girişimin bağımsız bir varlık olarak ortaya çıkmasına izin vermeyeceği anlaşılmıştır. Bu nedenlerle, ortak girişim birleşme ve devralma kapsamında değil, RKK m. 4 çerçevesinde incelenmiş ve rekabeti sınırlayıcı etki doğacağı gerekçesiyle menfi tesbit belgesi de verilmemiştir (bkz. yuk. dpn. 107'de anılan karar).

güncel hale gelmiştir. Kararlara konu olan olaylardan birinde¹¹⁸. bir anonim ortaklığın sermayesinin %70'ine sahip olan pay sahiplerinin kendi aralarında yaptıkları bir pay sahipleri sözleşmesi ile oluşturulan konsorsiyumun, ilgili anonim ortaklığa hakim olup olmadığı, anonim ortaklığın bu konsorsiyumun bağlı ortaklığı sayılıp sayılamayacağı sorusu ortaya çıkmıştır. Azlık pay sahipleri, konsorsiyumun AktG §17 I hükmü uyarınca hakim işletme sayılması gerektiğini, hakim işletme sıfatı nedeniyle AktG §10 I hükmü uyarınca açıklama yükümü altında bulunduğunu ve AktG §11 IV hükmü nedeniyle, açıklama yükümü yerine getirilmediği sürece ilgili paylardan doğan hakkın kullanılamayacağını ve bu paylara bağlı oy haklarına dayanılarak alınmış gözetim kurulu ve yönetim kurulu ibra kararlarının iptal edilmesi gerektiğini iddia etmişlerdir. Yerel mahkeme ise, pay sahipleri sözleşmesinin bir adi ortaklık oluşturduğu, bu ortaklığın amacının pay sahiplerinin oy haklarını koordine etmek olduğu ve bunun dışında herhangi bir işle iştirak etmeyip kendisine ait bir işletme işletmediği gerekçeleriyle, %70 pay sahiplerinin oluşturduğu adi ortaklığın, AktG §17 anlamında bir hakim işletme sayılamayacağına ve bu nedenle herhangi bir açıklama yükümü altında bulunmadığına ve ilgili paylardan doğan oy haklarının kullanılmasına herhangi bir engel olmadığına karar vermiştir. Ancak kararda belirtildiği gibi pay sahipleri arasında kurulmuş bulunan adi ortaklık hakim işletme durumunda bulunmasa da, bu adi ortaklığı oluşturan pay sahipleri, yani pay sahipleri sözleşmesinin tarafları hakim durumda bulunabilir¹¹⁹.

118 LG Heidelberg, 4.9.1997 tarihli karar, AG 1998, 47.

119 Jousen, Gesellschafterkonsortien im Konzernrecht, AG 1998, 309. s. 330-331. Yazar, adi ortaklığın hakim işletme sayılamayacağını. ancak bunun adi ortaklığa ait bir işletmenin olmamasından değil. adi ortaklığın bir iç ortaklık şeklinde organize edilmiş olmasından kaynaklandığını savunmaktadır. Yazara göre pay sahipleri sadece iç ilişkilerini düzenlemeyi amaçlamışlardır. Dış dünya ile adi ortaklık arasında herhangi bir ilişki kurulması planlanmamıştır, bunu yapacak bir organizasyon veya sermaye yoktur. Dolayısıyla adi ortaklıkla

İkinci karar¹²⁰ da, yine bir paysahipleri sözleşmesi nedeniyle hakimiyet durumunun ortaya çıktığı, hakim durumda bulunanların Ak.-tG §31 uyarınca gereken, işletmeler arasındaki bağıllık durumunu ortaya koyan raporu genel kurula sunmadıkları, dolayısıyla yönetim kurulunun ibrası kararı verilirken paysahiplerinin yeterli bilgiye sahip olmadıkları ve bu nedenle kararın iptalinin gerektiği iddiaların konu alıyordu. Mahkeme, AktG §31 uyarınca hakim işletme ile bağıllı işletme arasındaki ilişkileri ortaya koyan raporun verilmemiş olmasının, ibra kararın iptal edilebilir kıldığını, ancak bu raporun iki *işletme* arasındaki ilişkiyi ortaya koymayı amaçladığını, oysa paysahipleri sözleşmesinin oluşturduğu adi ortaklığın bir işletme sayılamayacağını, bu nedenle de işletmesel bağıllık raporunun hazırlanmasının dahi mümkün olmadığını belirttikten sonra, kural olarak adi ortaklığı oluşturan paysahiplerinin hakim işletme sayılması mümkün olmakla beraber, olayda paysahipleri sözleşmesi sayesinde tek başına hakim duruma gelmiş paysahibinin de işletme sayılamayacağına¹²¹ karar vererek, iptal talebini reddetmiştir.

Anılan kararların daha iyi anlaşılabilmesi için, Alman bağıllı işletmeler (konzern) hukukunu kısaca tanıtmak gerekir.

B Alınan konzern hukukunun kısa tanıtımı

Alman konzern hukuku düzenlemesinin amacı, hukuken birbirinden bağımsız olmakla beraber, birbirleriyle yönetsel bağıllık içinde bulunan işletmeleri ekonomik bir bütün olarak ele alıp, bu ekonomik bütünü, bütünü oluşturan işletmelerin

anonim ortaklık arasında bir ilişki mevcut değildir. Adi ortaklık, taraf paysahiplerinin ortaklığa haklı olmak için kullandıkları bir araçtır.

120 OLG Hamın, 2.11.2000 tarihli karar, AG 2001, s. 146.

121 Olaydaki paysahibi, kendisi işletme işletmeyip başka şirketlere iştirak amacı güden bir holding şirketti (*Beteiligungsgesellschaft mbH & Co KG*), ancak ilgili anonim ortaklık dışında başka bir şirkete iştirak etmemişti.

alacaklıları ve ekonomik bütün dışında kalan azlık pay sahipleri üzerinde yaratabileceği olumsuz etkileri gidermektir. Hukuki düzenleme, işletmeler arasındaki ilişkinin yoğunluğuna ve niteliğine göre farklılaşır. Kanunda önce, işletmeler arasındaki ilişkiler sınıflandırılarak çeşitli tanımlar kabul edilmiştir (AktG §15-22).

Birbirleriyle sözleşmese! veya fiili olarak yönetsel bağlılık içinde olan işletmelerin genel adı "bağlı işletmeler"dir ("*verbundene Unternehmen*", AktG §15). Bağlı işletmeler çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Öncelikle, bir işletmenin sermayesinin veya oy haklarının çoğunluğu başka bir işletmenin elinde ise, "çoğunluk iştirakine sahip işletme" ile "çoğunluk iştiraki altında bulunan işletme" söz konusu olur¹²² ("*in Merheitsbesitz stehende Untemehmen - mit Mehrheit beteiligte Untemehmen*", AktG §16 I). Eğer bir işletme, diğer bir işletme üzerinde hakimiyet kurucu bir etki sahibi ise, "hakim işletme" - "bağımlı işletme" ilişkisinden bahsedilir ("*abhängige - herrschende Untemehmen*", AktG §17 II). Kural olarak çoğunluk iştirakine sahip işletmeler hakim işletme, çoğunluk iştiraki altında bulunan işletmeler bağımlı işletme kabul edilir (AktG §17 II). Son olarak, birden fazla bağımlı işletme bir hakim işletmenin tek elden yönetimi ("*einheitliche Leitung*") altında toplanmışsa, bir "konzern" oluşmuş demektir (AktG §18 I). Diğer bir deyişle, bir konzern'in ortaya çıkması için hakimiyet ilişkisi yetmez, aynı zamanda tek elden yönetim unsurunun gerçekleşmesi gerekir.

¹²² Sermayenin veya oy hakkının nasıl hesaplanması gerektiği konusunda §16 bazı kurallar koymuştur. Payscaleinin kendi mülkiyeti altında bulunan paylar ve bunlardan doğan oy hakkının yanı sıra, bir başkasının, pay sahibi hesabına elinde bulundurduğu paylar ve oy hakları da hesaba katılır (§16 II son). Ayrıca bir bağımlı ortaklığın elinde bulunan paylar (oy hakları konusunda böyle bir hüküm bulunmamaktadır) da ana ortaklığın hanesine yazılır. Oy sözleşmeleri nedeniyle aynı yönde kullanılan oyların. bu hesaplamada dik.kate alınıp alınamayacağı ise tartışmalıdır. Bkz. aşa. dpn. 126 ve ilgili metin.

İşletmeler arasındaki bağıllık fiili olarak ortaya çıkabileceği gibi ("*faktische Konzern*"), sözleşme yoluyla da kurulabilir. Kanunda, işletmeler arasında §15 anlamında bağıllık yaratan sözleşmeler tek tek tanımlanmış ve her birine özel sonuçlar bağlanmıştır (AktG §91vd). "İşletme sözleşmeleri" ("*Untermehmensverträge*") genel adıyla anılan bu sözleşmeler, bir işletmeyi diğerinin yönetimi altına sokan hakimiyet sözleşmesi ("*Beherrschungsvertrag*", AktG §91 I), bir işletmenin tüm karını diğer bir işletmeye aktarma taahhüdünü içeren kar aktarım sözleşmesi ("*Gewinnabführungsvertrag*", AktG §91 I), bir işletmenin işletilmesini başka bir işletmeye devreden sözleşmeler "*Betriebsüberlassungsvertrag*", AktG §91 I 3) veya bunların karışımını oluşturan sözleşmeler şeklinde olabilir (AktG §91). Ancak genel kurul onayıyla akdedilebilecek olan bu sözleşmeler, taraflarına kanunda düzenlenmiş özel sorumluluklar yüklerler (§300vd).

Paysahipleri sözleşmesi, kanunda anılan bağıllık durumu yaratıcı işletme sözleşmelerinden biri olmadığı için, paysahipleri sözleşmesi ile ortaya çıkan durum, ancak bir "fiili konsern" olarak değerlendirilebilir. Bu durum AktG §§311-318'de düzenlenmiştir. AktG §311 I hükmüne göre, iki işletme arasında herhangi bir hakimiyet sözleşmesi mevcut bulunmuyorsa, hakim işletme bağımlı işletme üzerindeki nüfuzunu, bu sonuncunun aleyhine olacak işler yapılmasında kullanamaz. Eğer böyle bir durum ortaya çıkarsa, bağımlı şirket aleyhine doğan sonuç hakim şirket tarafından giderilmek zorundadır ve bağımlı şirket bu konuda hakim şirket aleyhine talepte bulunabilir (AktG §311 II). Böylece fiili hakimiyet ilişkisi, hakim durumda bulunan işletmeye bir sorumluluk yükler. Ayrıca, hakimiyet ilişkisinin ve bağımlı şirket aleyhine bir durum var olup olmadığının açığa çıkması için, bağımlı şirketin yönetim kurulu, şirketin bağlı bulunduğu işletmelerle olan ilişkilerini, hunlarda yürüttüğü hukuki işlemleri, hunların menfaatine olarak

aptığı işleri vs. açıklayan bir rapor hazırlamak zorundadır (Al.;;G §31□ I). Anılan rapor, bilanço ile birlikte denetimden geçer (Ak.;;G §313, 314). Herhangi bir paysahibi talep ederse, özel denetim de yapılabilir (AktG §315). Yapılan incelemeler sonunda hakim şirketin bağımlı şirketin aleyhine olacak bir işin yapılmasına sebep olduğu anlaşılırsa, hakim şirket, bağımlı şirketin zararını gidermekle yükümlüdür (AktG §317 I). Bağımlı şirketin paysahipleri doğrudan zarara uğramışlarsa, hakim şirket bu paysahiplerine karşı da tazminat borcu altına girer (Al.--tG §317 I c.□). Ayrıca bağımlı şirketin aleyhine olan işin yapılmasına yol açan hakim şirket yöneticileri de hakim şirketle birlikte müteselsil sorumludur (AktG §317 III). Son olarak, bağımlı şirketin aleyhine olan durumu raporlarında göstermek görevini kusurlu olarak yerine getirmeyen bağımlı şirket yöneticileri de doğan zarardan sorumlu olur (AktG §318 I).

Payda veya oyda çoğunluk iştirakine sahip olmanın doğurduğu sonuçlardan biri de, AktG §□o uyarınca, çoğunluk iştirakine sahip olanların, katılım paylarını açıklamak yükümü altına girmesidir. Açıklama yükümünün en önemli sonucu, bu yüküm yerine getirilmediği sürece, paylardan doğan hakların ve bu arada oy hakkının kullanılamamasıdır.

Ayrıca tek elden yönetimin var olduğu bir konzernde, ana ortaklık, yavru ortaklık paylarının sağladığı oy haklarının çoğunluğuna ve yavru ortaklığın yönetim veya gözetim organlarının üyelerinin çoğunluğunu atama ve azil haklarına sahipse, o yavru ortaklığı da içeren bir konsolide mali tablo ve konsolide yönetim raporu hazırlamak zorunda kalır (HGB §□90 II). Bu bağlamda ana ortaklığın yavru ortaklıkta sahip olduğu hakların oranı tespit edilirken, yalnızca ana ortaklığın kendi mülkiyetindeki payların sağladığı haklar değil, diğer paysahipleri ile yaptığı bir sözleşme kanalıyla üzerinde tasarruf edebileceği haklar da hesaba katılır (HGB §□90 III). Diğer bir deyişle, paysahipleri sözleşmelerinin sağladığı oy hakları ve

yönetim ve gözetim organı üyelerini belirleme hakları bu hüküm anlamında doğrudan doğruya dikkate alınır¹²³.

C Paysahipleri sözleşmesi konzern hukuku anlamında hakimiyet durumu yaratır mı?

Paysahipleri sözleşmesinin, ana hatları ile açıklanan Alman konzern hukuku açısından yarattığı sorun, bu sözleşmenin oluşturduğu adi ortaklığın konzern hukuku anlamında hakim işletme sayılıp sayılamayacağıdır. Yukarıda kısaca özetlenen açıklama yükümlülükleri ile fiili konzernlerdeki özel sorumluluk sisteminin işletilmesi, paysahipleri sözleşmesinin, sözleşme tarafları bakımından AktG §16 anlamında çoğunluk iştirakine sahip işletme ve genel olarak §17 anlamında hakim işletme durumu yaratıp yaratmadığının tesbitine bağlıdır. HGB §90'da, konsolide mali tablo hazırlama yükümlülüğünün belirlenmesinde paysahipleri sözleşmesi kanalıyla elde edilen hakların hesaba katılacağı açıkça kanunda öngörülmüşken, diğer hükümler bakımından kanunda (AktG) bir açıklık yoktur.

AktG §16 anlamında "çoğunluk iştirakine sahip olma" ile §17 anlamında "hakim durumda bulunma", birbirinden ayrı kavramlardır. Bu olgulara yer yer farklı sonuçlar bağlanmıştır¹²⁴. Örneğin, aynı zamanda hakim işletme olsun olmasın, çoğunluk iştirakine sahip işletmeler AktG §90 uyarınca açıklama yükümüne tabidir. Buna karşılık, bir işletme eğer hakim işletme ise, bunun ayrıca çoğunluk iştirakine sahip olup olmadığına bakılmaksızın, AktG §311 ve devamındaki fiili konzern hükümleri uygulama alanı bulur.

Çoğunluk iştirakine sahip olmak kural olarak hakimiyet durumunun varlığına karine teşkil ederken (AktG §17 II) bazı özel şartların varlığında, iki olgu birbirinden ayrılabilir. Örneğin bir

123 Hoffman-Becking, ZGR 1994, s. 451.

124 Bu sonuçların listesi için bkz. Würdinger, §65 II ve 111, s. 290-291, 294-295.

paysahibi çoğunluk paylarına sahip olmakla birlikte bu paylar oydan yoksun ise, veya sözleşme ile yönetim hakları azlığa bırakılmış veya azlıkla paylaşılmış ise, çoğunluk iştirakine sahip olan paysahibi hakim durumda olmaz¹²⁵. Buna karşılık bir paysahibi azlık olmakla beraber, örneğin başka paylar üzerinde intifa hakkına sahip ise, hakim duruma geçebilir. Paysahipleri sözleşmelerinin "çoğunluk iştirakine sahip" ve "hakim durumda" işletme sıfatlarının tayini bakımından oynadığı rol, iki kavram bakımından farklı değerlendirilmektedir.

Şöyle ki, paysahipleri sözleşmeleri, özellikle oy sözleşmeleri, paysahiplerinin ilgili ortaklıkta sahip oldukları etkiyi güçlendirmeye yarayan bir araçtır. Ortaklıkta azlık durumunda bulunan bir paysahibi, diğer paysahipleri ile yapacağı bir oy sözleşmesi yoluyla, ortaklık idaresinde kendi başına sahip olmayacağı bir etkiyi elde edebilir. Oy sözleşmesinin oluşturduğu adi ortaklıkta, genel kurulda oyların ne yönde kullanılacağı oybirliği ile kararlaştırılıyorsa, sözleşmeden doğan güç, tüm sözleşme tarafları bakımından ortak bir güçtür, yani adi ortaklığın gücüdür. Eğer adi ortaklıkta oy çokluğu ile karar alma sistemi benimsenmişse, o takdirde adi ortaklığa hakim olan paysahibi, etkiyi kendi başına kullanıyor demektir. Özellikle son durumda, azlık paysahibinin tayin ettiği yönde kullanılan oyların, ortaklıktaki oy oranları belirlenirken azlık paysahibinin hanesine yazılıp yazılmayacağı tartışmalıdır.

Çoğunluk iştirakine sahip işletme sıfatının belirlenmesinde, bu konudaki görüşler bölünmüştür. Bir görüşe göre oy sözleşmesiyle elde edilen oy gücü, sözleşmeyle bu oyları kontrol etme hakkına sahip paysahibinin hanesine yazılmamalıdır¹²⁶. Bu görüşe gerekçe olarak, §16'nın pay mülkiyetini esas almış olması, yani oy üzerinde kuvvetli bir hakimiyet araması, buna

125 bkz. aşa. dpn. 140.

126 GeE.ler (GeE.ler AktG). §16 N. 37; Koppensteiner, KölnKomm §16 N. 33; Windbichler. GroE.Komm §16, N. 38.

karşılık sözleşmesel yolla kontrol edilen oyların, sözleşmeye aykırı olarak verilme ihtimali bulunduğu, bu halde de oyların geçerli olması nedeniyle kontrolün kesin olmadığı hususları gösterilmektedir. Karşı görüş ise, önemli olan hususun oy çokluğunu kontrol edebilmek olduğu, bunun yönteminin ise sonucu değiştirmemesi gerektiği, kaldı ki oy sözleşmesinin icrasındaki güçlüklerin, dogmatik yaklaşımı değiştiremeyeceği gerekçeleriyle oy sözleşmeleri sayesinde kontrol edilen oyların da, çoğunluk iştirakine sahip olma sıfatı belirlenirken dikkate alınması gerektiğini belirtmektedir¹²⁷. Nitekim, hakim durumun tesbiti açısından, egemen olan görüş, oy sözleşmeleri ile kontrol altına alınan oy haklarının, hakim durumda olduğu iddia edilen pay sahibinin hesabına yazılması gerektiği yönündedir¹²⁸. Zira hakim işletme olma sıfatı açısından kriter, yöntemi ne olursa olsun, belirleyici etki sahibi olmaktır. Bu anlamda pay sahipleri sözleşmesi, taraflarının anonim ortaklığa hakim olmasını sağlayabilir, konzern hukuku anlamında hakimiyet durumu yaratabilir.

Ancak bir ortaklığa hakim olma olgusu, tek başına, konzern hukuku açısından öngörülen sonuçları doğurmaz. Zira hakim durumda bulunan kişinin, herhangi bir kişi değil, işletmesel faaliyet içinde olan bir kişi, bir işletme¹²⁹ ("*Untemehmen*") olması gerekir. Konzern hukuku, özel kişiler arasındaki değil, işletmeler arasındaki menfaat çatışmalarını çözmeyi amaçlar¹³⁰. Herhangi bir işletmesel faaliyeti olmayan kişinin,

127 Emmerich/Sonnenschein, Konzernrecht, 6. Auf. Beck, München 1997, s. 38, König, s. 78-79.

128 OLG Hamm (bkz. d. n. 117) AG zoo1, s. 147; Ge/bler (Ge/bler AktG), §17 N. 47; Jousen AG 1998, s. 330; Koppensteiner, KölnKomm, §17 N. 40; König, s. 79; Windbichler, Gro/bKomm, §15, N. 48.

129 Alman hukukunda, konzern hukuku anlamında "işletme"nin, ticari işletme hukuku anlamındaki "ticari işletme" kavramıyla bir olmadığı, bu kavramın anonim ortaklıklar hukuku içerisinde incelenmesi gerektiği savunulur. (Koppensteiner, KölnKomm §15 N. 8).

130 Koppensteiner, KölnKomm §15 N. 7; Raiser, §51, N. 1; Windbichler, GroE.Komm, §15 N. 11.

ortaklık n1.enfaatlerini kendi menfaatleri gibi benimsemesi beklenir¹³¹. Bir menfaat çatışması doğması için, hakim durumda bulunan kişi, kendisine bağımlı olan işletmenin menfaatleri ile çatışabilecek başka bir işletmesel menfaate sahip olmalıdır. Konzern hul.,ıku, paysahipliği haklarının alelade kötüye kullanılmasını değil, işletmeler arasındaki menfaat çatışmalarını ele alır¹³². Bu nedenle, konzern hukukunda öngörülen tüm sonuçların doğması, hakim durumda bulunan kişinin "işletme" olarak görülüp görülmemesine bağlıdır.

İşletme kavramı konzern hukuku düzenlemesinde açıkça tanımlanmadığı için, bu konu ne yazık ki tartışmalı olarak kalmış ve yeknesak bir çözüme ulaşılması mümkün olmamıştır. Bununla birlikte, paysahipleri sözleşmesinin taraflarının "işletme" niteliği açısından oldukça yeni mahkeme kararları ile de desteklenen bir hakim görüşün olduğu söylenebilir. Buna göre, paysahipleri sözleşmesinin oluşturduğu *adi ortaklık*, bir iç ortaklık olarak kaldığı sürece, konzern hukuku anlamında işletme sayılmaz¹³³. Bunun nedeni, adi ortaklığın varlık sebebinin paysahiplerinin anonim ortaklıktaki paysahipliği haklarını koordine etmek, korumak ve güçlendirmekle sınırlı olması, bunun dışında adi ortaklığın ekonomik hayatta bir birim olarak ortaya çıkmayıp işletmesel faaliyetlerde bulunmaması ve bu anlamda anonim ortaklığın işletmesel faaliyetleri ile menfaat çatışması içinde bulunabilecek başka bir ekonomik menfaat gütmemesidir. Ancak adi ortaklık katılım haklarını korumak ve güçlendirmek dışında, yani anonim ortaklık dışında başka ekonomik faaliyetler yürütüyorsa, o takdirde işletme sayılabilir.

131 Koppensteiner, KölnKomm §15 N. 7; Windbichler, GroE.Komm, §15 N. 11.

132 OLG Hamm, AG 2001, s. 147; Emmerich/Sonnenschein, s. 28.

133 Bkz. yuk. dpn. 117'de anılan kararlar, Baumann/ReiE., s. 203; Jousen, AG 1998, s. 330; Noack, s. 265; Windbichler, GroE.Kom.m, §15 N.16, 48.

Buna karşılık, adi ortaklığın tarafı olan ve adi ortaklıktan güç alan bir *paysaltibi* veya üçüncü kişi, aldığı bu güç sayesinde anonim ortaklık-ta hakim durumda bulunabilir¹³⁴. Ancak bunun için, paysahibinin, sözleşme kanalıyla, kesin, değişken olmayan bir güç kazanmış olması gerekir¹³⁵. Örneğin sözleşme paylar üzerinde bir önalım hakkı tanıyorsa, bu haksahibinin hakimiyet kazandığı anlamına gelmez, zira payların edinilebileceği kesin değildir¹³⁶. Buna karşılık, paysahiplerinin oylarını konsorsiyumda belirlendiği şekilde kullanacakları kararlaştırılmışsa ve konsorsiyumda (yani sözleşme ile doğan adi ortaklıkta) kararlar oy çokluğu ile alınıyorsa, konsorsiyuma hakim ortaklık kendi iradesiyle konsorsiyum kararlarını belirleme gücüne sahiptir¹³⁷. Bu halde, konsorsiyuma hakim ortaklığın kendine ait paylardan doğan oy hakkı, konsorsiyumdaki diğer paysahiplerinin oy hakları ile toplanır¹³⁸.

Oy sözleşmesinde yalnızca önleyici azınlık haklarının tanınmış olması, diğer bir deyişle azlık paysahibinin alınacak kararların yönünü tayin etme hakkından yoksun olup yalnızca bazı kararların alınmasını engelleyebilme gücüne sahip olması, hakimiyet durumu yaratmaz¹³⁹.

Oy haklarının hesaplanmasında oy sözleşmeleri hakimiyet durumunun tesbitine yarayabileceği gibi, böyle bir durum bulunmadığının tesbitine, yani hakimiyet karinesinin çürütülmesine de yarabilir. Şöyle ki, sahip olduğu paylar nedeniyle kanunen kendisine tanınan oy haklarının oy

134 OLG Hamın (bkz. dpn.117) AG 2001, s. 147; Baumann/Reill., s. 20z; GeEiler (GeEiler AktG), §17 N. 76; JousenAG 1998, s. 330; Koppensteiner, KölnKomm, §17 N. 40; König, s. 79; Windbichler, GroEiKomm, §15, N. 48.

135 Emmerich/Sonnenschein, s. 4z-43.

136 Baumann/ReiR., s. zo3; Koppensteiner, KölnKomm §17 N. 18.

137 OLG Hamın (bkz. dpn.117), AG 2001, s. 147.

138 OLG Hanım (bkz. dpn.117), AG 2001, s. 147, Emmerich/Sonnenschein, s. 38; Koppen.steiner, KölnKomm §17 N. 40.

139 Emmerich/Sonnenschein, s. 43; Koppensteiner, KölnKomm, §17, N. 38.

sözleşmesi ile diğer pay sahipleri lehine sınırlandırıldığı bir çoğunluk pay sahihinin, ortaklığa hakim olmadığı sonucu da oy sözleşmesinden çıkabilir¹⁴⁰.

Sonuç olarak, pay sahipleri sözleşmeleri, pay sahiplerine ortaklıkta hakim olmayı sağlayan oy hakkının uyumlu l.ullanılması. yönetim organlarına atanacak kişileri belirleme hakları gibi imkanlar ve haklar sağlayarak, pay sahiplerinin ilgili anonim ortaklığa hakim olmasını sağlayabilirler.

D. İsviçre Hukuku

İsviçre hukukunda, bağlı ortaklar konusundaki kanuni düzenleme bir bütünlük arz etmemektedir. Kanun koyucu, özellikle bilanço hukuku açısından (İBK m. 663e vd) düzenleme getirmiştir. Bununla birlikte, uygulamada özellikle fiili konzern ilişkileri sıkça görüldüğünden, doktrinde konzernleri ilgilendiren azlığın korunması, sorumluluk gibi konulara çözüm aranmaktadır¹⁴¹.

İsviçre hukukunda da, hakim işletme- bağımlı işletme ve tek elden yönetim kavramları, konzern hukukunun merkezini oluşturmaktadır. Pay sahipleri sözleşmeleri de, oyda veya yönetim organlarının oluşumunda söz hakkı tanıma yoluyla, hakimiyet durumu yaratan araçlardan biri olarak görülmektedir¹⁴². Bunun yanı sıra, Alman hukukunda olduğu gibi, hakim durumda olan kişinin "işletme" olması ve kendine ait bir işletmesel menfaat gütmesi de aranmaktadır. Bu nedenle pay sahipleri sözleşmesinin oluşturduğu adi ortaklık, yalnızca pay sahiplerinin ortaklıktaki haklarının koordinasyonu ile sınırlı kaldığı sürece işletme olarak kabul edilmemektedir¹⁴³.

140 Emmerich/Sonnenschein, s. 51, Hoffman-Becking, ZGR 1994. s. 45. Köppensteiner. KölnKomm §17 N. 88; König, s. 81.

141 Meier-Hayoz/Forstmoser, §3. N. 35vd.

142 v. Büren. Der Konzern, in: Schweizerisches Privatrecht. Bd. VIII/6 Handelsrecht (Hrsg. Meier-Hayoz) Helbing&Lichtenhahn. Basel 1997. s. 81. 303; Handschin. s. 39. 83.

14,3 v. Büren. SPR VIII/6, s. 74; Handschin, s. 39, 83.

SONUÇ

1. Paysahipleri sözleşmeleri, anonim ortaklık paysahiplerinin tamamının veya bir kısmının, paysahibi olarak kendi aralarındaki hukuki ilişkiyi, kendilerinin ortaklıkla olan ilişkilerini veya ortaklığın tabi olmasını arzu ettikleri düzeni belirlemek üzere akdettikleri bir sözleşmedir.

□- Paysahiplerinin, anonim ortaklıklar hukukunun emredici çerçevesinden uzaklaşmalarına ve paysahipleri sözleşmelerinin akdedilmesine yol açan en önemli ortaklıklar hukuku ilkesi tek borç ilkesidir. Buradan hareketle çalışmanın giriş kısmında tek borç ilkesi incelenmiştir. İlkenin işlevi, ortaklıktan çıkma hakkı bulunmayan paysahibinin, uzun süreli bir hukuki ilişkiye girdiği ortaklık bünyesinde belirsiz bir gelecekle karşı karşıya kalmasını engellemek ve payın devredilebilirliğini sağlamaktır. Bu nedenle tek borç ilkesi, esas sözleşme veya çoğunluk kararı ile, mevcut ve gelecek tüm paysahiplerini bağlayıcı şekilde, sermaye borcu dışında, kapsamı belirli olsun olmasın, tali yüküm niteliği taşımayan herhangi bir yapma, verme veya kaçınma borcu veya davranış yükümünün paysahiplerine yüklene-meyeceği kuralını ifade eder.

3. Çalışmanın başlangıcında, anonim ortaklıklar hukukunda kapalı ortaklıklar bakımından sözleşme özgürlüğünün artması yolunda bir talep olduğundan bahsedilmiş ve çeşitli Kara Avrupası ülkelerinde bu konudaki gelişmeler anlatılmıştır. Bu bağlamda Almanya' da anonim ortaklıklar hukukunun sadeleştirilmesi ve özellikle bürokrasiden arındırılması çalışmalarını ortaya koyan "küçük anonim ortaklık" kanunundan, Fransa'da anonim ortaklığa kıyasla esas sözleşme özgürlüğünün artırıldığı "basitleştirilmiş paylı ortaklık" adı altında oluşturulan yeni ortaklık tipinden ve Avrupa hukukunda oluşturulmaya çalışılan "Avrupa kapalı ortaklığı" tipinden bahsedilmiştir. Bu çalışmanın konusu açısından Kara Avrupası hukuklarında yaşanmış en önemli tecrübe ise, 199□ İsviçre

Borçlar Kanunu değişiklikleri hazırlanırken paysahipleri sözleşmelerinin kanunla düzenlenmesi konusundaki önerinin reddedilmiş olması ve İsviçre hukukunun esnekliğine dayanılarak bu sözleşmeyle ilgili ihtilafların çözümünün uygulamaya bırakılmasıdır. Bu çalışmanın bütününde yapılan incelemenin de ortaya çıkardığı sonuç, paysahipleri sözleşmesi ile ilgili ihtilafların mevcut hul.'1.lk sistemi içerisinde çözülmeye çalışılmasının isabetli olacağıdır. Sözleşme içeriğinin, yaratıcı uygulama örnekleri ile zenginleşen çeşitliliği, bu sözleşmenin kanun yoluyla düzenlenmesine elverişli değildir. Kaldı ki ihtilaflar çoğu kez sözleşmenin nitelik itibariyle borçlar hukuku sahasında kalmasına rağmen, içerik itibariyle ortaklıklar hukuku sahasını ilgilendiren düzenlemeler getirmesi nedeniyle çıkmaktadır. Bu iki hukuk sahası arasındaki ayrılığın bir kanuni genelleme ile kaldırılması uygun değildir.

4. Nitelik itibariyle paysahipleri sözleşmesi tek taraflı veya iki taraflı sui generis bir borç sözleşmesi olarak ortaya çıkabileceği gibi, bir adi ortaklık da oluşturabilir. Ortaklığa hakim olmak, ortaklıkta güç dengesini sağlamak, sorun çözüm mekanizmaları tesis etmek gibi ortak bir amacın güdüldüğü hallerde, bir adi ortaklık sözleşmesi söz konusu olur. Nitelik açısından paysahipleri sözleşmesi esas sözleşmeden ayrılır. Esas sözleşme, bir ortaklık sözleşmesi temeline dayanmakla beraber, ortaklığın anayasası niteliğini taşır ve ortaklığın tescili ile birlikte ortaklığa egemen olan nesnel hukuk kuralları bütünü haline gelir. Geçerliliği, değiştirilmesi ve yorumu (bazı istisnalar dışında) borç sözleşmelerinden farklı kurallara tabi olur. Bununla birlikte esas sözleşme içerisinde yer alan tüm hükümler aynı niteliği taşımazlar. Özellikle ortaklıkla üçüncü kişiler arasındaki, paysahiplerinin kendi aralarındaki veya ortaklıkla paysahipleri arasında Ticaret Kanunu'nun caiz görmediği türden ilişkileri düzenleyen hükümler esas sözleşme metninde yer alsalar da, ancak bir borç sözleşmesi niteliğini haiz olabilirler. Bu tür hükümlere gerçek / maddi / korporatif olmayan esas

SONUÇ

sözleşme hükmü adı verilir. Bunlar adeta paysahipleri sözleşmesi hümlerinin esas sözleşme metni içerisinde yer almış hali gibidir. Bu nedenle esas sözleşme ile ilgili ihtilaflarda hükmün niteliği araştırılarak ona göre karar verilmelidir.

5. Paysahipleri sözleşmesi, BK 19-10'de öngörülen, sözleşmelere uygulanan geçerlilik sınırlamalarına tabidir. Bu sınırlamalar arasında kanuna aykırılık en geniş incelemeyi gerektirir. Zira Ticaret Kanunu bu sözleşmeye has düzenlemeler içermediğinden, hangi hükümlerin paysahipleri sözleşmesi açısından bir sonuç doğurabileceği, sözleşmenin tipik hükümleri ışığında tek tek araştırılmalıdır. Vardığımız sonuç, kanunun özellikle anonim ortaklık kurumunun unsurlarını belirleyen hükümlerinin, organların yapısı, devredilemez yetkileri ve sorumlulukları ilgili hükümlerinin, sermayeyi koruma ve oy kısıtlamaları ile ilgili yasaklayıcı hükümlerin ve kamu düzenini ilgilendirdiği ölçüde paysahiplerinin veya azlık, imtiyazlı paylar gibi bazı grupların haklarını gözetilen hükümlerin paysahipleri sözleşmesi açısından da geçerlilik sınırı oluşturduğudur. Ayrıca Sermaye Piyasası Kanunu da paysahipleri sözleşmesi ile ilgili özel bazı düzenlemeler getirmiştir.

6. Pay üzerinde tanınan öncelik, önalım, alım ve satım hakları Ticaret Kanununda öngörülmeven kısıtlamalar oluştururlar ve tek borç ilkesine aykırı düşerler. Bu nedenle esas sözleşmede ortaklar borç olarak öngörülemezler, esas sözleşmede yer almaları halinde de ancak bir borç sözleşmesi olarak değerlendirilebilirler. Bu haklar yalnızca tarafları arasında dermeyan edilebilir. Hak ihlal edilerek üçüncü kişilerle yapılan işlemler geçerlidir ve iptal edilemez. Anılan haklar sözleşme borç doğurup pay üzerindeki tasarruf yetkisini kısıtlamadıklarından, bunların varlığından haberdar olan üçüncü kişilere karşı dahi dermeyan edilemezler. Buna karşılık BK 41 II'nin şartları varsa aynen tazminat çerçevesinde üçüncü kişinin payları sözleşme hakkı ihlal edilen kişiye devretmesi

emredilebilir. Bu hakların bir bağlam hükmü ile güçlendirilmeleri ve hakkın ihlalini oluşturan devirlerin deftere kaydedilmeyeceği hükmü esas sözleşmede öngörülebilir. Bununla birlik."te bir bağlam hükmü çerçevesinde esas sözleşmede öngörülmüş olmak bu haklara korporatif nitelik kazandırmaz, hunların sözleşmesel niteliğini değiştirmez.

. Paysahipleri sözleşmesinin tarafları kişisel borç altına girerler. Sözleşmeden doğan borçlar, payın devri ile birlikte devralmaz. Alacağın temliki ve borcun nakli hükümlerine göre sözleşmeden doğan hak ve borçların ayrıca devri gerekir. Sözleşmenin varlığını bilerek payı devralma, ancak istisnai hallerde sözleşmeden doğan hak ve borçların kabulü anlamına gelebilir. Külli halefiyet hallerinde sözleşmeden doğan hak ve borçlar haleflere geçer. Adi ortaklıkta ayrıca sözleşmede mirasçılarla devama dair hüküm bulunmalıdır. Pay üzerinde intifa hakkına sahip olan kişi, sözleşmeden doğan borçları yerine getirmekle mükellef değildir.

8. Paysahipleri sözleşmesine aykırı olarak verilmiş oy geçerlidir ve bu oya dayanılarak alınan karar iptal edilemez. Ancak tüm paysahiplerinin taraf oldukları sözleşmeye aykırı şekilde karar alınması hakkın kötüye kullanılmasını oluşturuyorsa, tüzel kişilik perdesi kaldırılarak tüzel kişi ile paysahiplerinin özdeş kılınması ve bu yolla paysahiplerinin imzaladıkları sözleşmeye aykırılığın tüzel kişiye karşı ileri sürülebilmesi mümkündür.

9. Paysahipleri sözleşmesi yalnız taraf paysahiplerini bağladığından sözleşme taraf olmayan ortaklığa karşı ileri sürülemez. Ancak paysahipleri oy kullanırken ve yönetim kurulu üyeleri görevlerini ifa ederken sözleşme hükümlerine uygun davranarak sözleşmenin ortaklık planında etki doğurmasına vasıta olurlar. Ayrıca sözleşme ortaklık lehine hükümler de içerebilir ve sözleşmenin yorumuna göre, ortaklığın doğrudan talep hakkına sahip olduğu sonucuna varılabilir.

SONUÇ

10. Ortaklığın paysahipleri sözleşmesine taraf olması, ortaklığın bir üçüncü kişi olarak paysahipleri ile sözleşme yapmasının mümkün olduğu ölçüde kabul edilebilir. Bu anlamda yönetim kurulunun ortaklığı temsil ederek herhangi bir kişiye karşı üstlenebileceği taahhütlerin sözleşmeye konulması geçerlidir. Paysahiplerinin de ortaklığa karşı bir borç sözleşmesi ile çeşitli taahhütler altına girmesi mümkündür. Ancak özellikle genel kurulun karar alanına giren konularda ve genel kurulun iç işleyişi ile ilgili konularda ortaklığın paysahipleri sözleşmesine taraf olması geçersizdir, hukuki bir sonuç doğurmaz. Zira ortaklığın iradesinin genel kurulda oluşacağı bir konuda henüz bu irade oluşmadan sözleşme içinde ortaklık adına irade beyanında bulunulamaz. Yönetim kurulunun ortaklık adına böyle bir irade beyanında bulunması geçersizdir.

11. Paysahipleri sözleşmesi ile esas sözleşme arasında çelişki olması halinde, çelişkinin türüne göre farklı sonuçlara varılabilir. Paysahipleri sözleşmesi kanunun esas sözleşmede öngörülmesine izin verdiği bir hükmü dolanıyor ve böylece kanunun amacına ulaşmasını engelliyorsa bu hüküm geçersiz sayılır. Bunun dışında iki sözleşme arasındaki farklılıklar paysahipleri sözleşmesini geçersiz kılmaz, sözleşmeler değişik hukuki nitelik ve etkiye sahip olduklarından birlikte var olabilirler. Aynı nedenden ötürü, esas sözleşmede düzenlenmesi gereken bir hususun paysahipleri sözleşmesinde düzenlenmiş olması halinde şekil eksikliğinden bahsedilemez. Sonraki esas sözleşmenin önceki paysahipleri sözleşmesini değiştirdiği de, ancak paysahiplerinin iradesinin bu yönde olduğu ispat edilebiliyorsa kabul edilebilir.

1□. Paysahipleri sözleşmesi ile genel kurul kararları arasında çelişki bulunması halinde de iki farklı duruma göre değerlendirme yapılmalıdır. Genel kurul kararı sözleşmenin getirdiği bir düzenlemeye aykırı bir düzenleme içeriyorsa, hakkın kötüye kullanılması (perdenin kaldırılması) durumu

hariç karar iptal edilenler. Buna karşılık genel kurul kararı sözleşine ile getirilen bir düzenlemeyi değiştirmek, örneğin sözleşin de öngörülen bir hakkı ortadan kaldırmak istiyorsa, bu mümkün değildir zira kararlar sözleşme değiştirilemez. Esas sözleşmenin içinde yer almakla birlikte borç sözleşmesi niteliğinde olan hükümler bakımından da sonuç aynıdır. Ancak pay sahiplerinin tümü aynı zamanda pay sahipleri sözleşmesine taraf ise, bunların oybirliği ile alacağı bir genel kurul kararı sözleşmeyi değiştirebilir.

13. Sözleşmeye uyulmasını sağlayıcı tedbirlerden en etkili olanı cezai şart öngörülmesidir. Payların tevdi veya oy hakkının kullanılabilmesi için temsilci tayin edilmesi her zaman arzu edilen sonucu vermeyebilir. Ayrıca payların adi ortaklığa sermaye olarak konulması da etkili bir yöntemdir.

14. Pay sahipleri sözleşmesinin ihlali halinde ancak borçlar hukuku yaptırımları uygulanabilir, ortaklıklar hukuku yaptırımları uygulanamaz. Borçlar hukukunda genel kural, ifa mümkün olduğu sürece aynen ifanın talep edilmesidir. Aynen ifa talebi, sözleşme amacının yerine getirilmesi için gereken işlemlerin yapılmasını konu alır. Oy sözleşmeleri bakımından ifa genel kurulda yerine getirildiği ve verilen oy verildiği şekilde geçerli olduğu için aynen ifanın mümkün olup olmadığı tartışmalıdır. Vardığımız sonuç, oyda aynen ifanın, ne pay sahibinin ne de ortaklığın iradesine müdahale oluşturduğu ve yeni bir genel kurul kararı alınarak sözleşmeye aykırı oylarla alınan genel kurul kararının etkilerinin ortadan kaldırılması mümkün olduğu sürece aynen ifanın da mümkün olduğudur. Bununla birlikte aynı konuda yeni bir genel kurulun toplanması hukuken ancak özel şartlarda mümkün olduğundan, aynen ifanın yerine getirilmesi pratik açıdan aşılması zor güçlükler içerir. Öte yandan genel kurul toplansa bile oyun kullanılmasında cehri icranın nasıl gerçekleştirilebileceği de tartışmalıdır. Kanaatimizce oyun yönünün yeterli açıklıkta

olması halinde, mahkemenin kararı irade beyanı yerine geçmezdir. Genel k'Uruldan önce ifa davası açılabilmesininveya tedbir kararı alınmasının mümkün olup olmadığı da tartışmalıdır. Müeccel edimler için ifa davası ancak tekerrür eden edimler bakımından mümkündür. İhtiyati tedbir ise, somut durumun haklı gösterdiği çok istisnai hallerde kabul edilebilir.

15. Paysahipleri sözleşmelerinin sona ermesi genel olarak borç sözleşmelerinin sona ermesine uygulanan hükümlere tabidir. Paysahipleri sözleşmeleri bakımından ortaya çıkan özellik, anonim ortaklığın süresi için yapılmış sözleşmelerin geçerli olup olmayacağı, geçerli ise ihbar süresine uyularak feshedilip edilemeyeceğidir. Vardığımız sonuç, olağan fesih hakkının değil, ancak haklı sebebe dayanan olağanüstü fesih hakkının kabul edilmesi gerektiği yönündedir. Sözleşmede özel sona erme halleri öngörülmüşse, haklı sebebe dayanan fesih hakkının da bertaraf edilmiş olduğu kabul edilmelidir. Adi ortaklıkta kanunen öngörülmüş olan olağan fesih hakkı da sözleşme ile kaldırılabilir.

16. Paysahipleri sözleşmesi sermaye piyasası hukukunda önemli sonuçlar doğurur. Bunlardan biri, şirketin sermaye yapısı ve yönetimin kontrolü konusunda yatırımcının bilgi sahibi olmasını sağlamak amacıyla güden bildirim yükümünü ilgilendirir. Şirketteki toplam oy hakkı %10 'u aşan veya bu oranın altına düşen paysahipleri bu yüküme tabidir. Anılan oranın hesaplanmasında, paysahipleri sözleşmesi etrafında toplanan paysahiplerinin oy oranları toplu olarak dikkate alınır. Ayrıca yine sermaye piyasası hukuku bakımından paysahipleri sözleşmesinin doğurduğu bir sonuç, aleni pay alım tekliflerini ilgilendirir. Eğer bir paysahibi çağrı yoluyla veya blok veya münferit alımlarla bir ortaklığın sermayesinin veya oy haklarının en az % 5'ini eline geçirir veya yönetim kontrolünü elde ederse, kalan paylan satın almak için çağrıda bulunmak zorundadır. Burada da anılan %5'lik orana ulaşıp ulaşılmadığının

hesabında, bir paysahipleri sözleşmesi etrafında birlikte hareket eden paysahiplerinin oy oranları topluca hesaplanır.

17. Paysahipleri sözleşmesi rekabet hukuku açısından, özellikle birleşme ve devralmaların denetlenmesi bakımından önem taşır ve Rekabet Kurulu'na bildirilmelidir. Sözleşme tarafları bu sözleşme yoluyla ilgili anonim ortaklığın yönetimi üzerinde kontrol imkanı elde ettiği ölçüde, sözleşme teşebbüsler arası birleşme ve devralma olarak nitelendirilir ve hakim durum incelemesine tabi olur. Sözleşme üzerindeki hukuki denetim.in en can alıcı noktası burasıdır, zira Rekabet Kurulunun bu sözleşmenin bir hakim durum yarattığı veya mevcut bir hakim durumu güçlendirdiği kanısına varması halinde sözleşme tümüyle geçersiz olur ve uygulanamaz. Paysahipleri sözleşmesinde yer alan rekabet etmeme klozları, birleşme/devralma kapsamında zorunlu, objektif ve makul ise, hoşgörülür.

18. Henüz Türk hukukunda kanuni düzenlemeye kavuşmuş olmasa da, bağlı işletmeler (konzern) hukuku da paysahipleri sözleşmesini ilgilendiren yönler içerir. Paysahipleri sözleşmesi, taraflarına şirketi kontrol imkanı verdiği için hakimiyet durumu yaratabilir. Ancak bağlı işletmeler hukukunun yaptırımlarının uygulanması için, hakim durumda bulunan tarafın bir "işletme" olması gerekir. Paysahipleri sözleşmesinin doğurduğu adi ortaklık yalnızca paysahiplerinin haklarını kontrolle yönelen, bir işletme işletmeyip ticaret hayatında bağımsız rol almayan bir ortaklık olduğu için, hakimiyet altında bulunan işletme ile arasında ekonomik menfaat çatışması bulunması söz konusu olmaz. Bu nedenle paysahipleri sözleşmesinin doğurduğu adi ortaklık, hakim işletme kabul edilmez. Bununla birlikte bu adi ortaklığa hakim paysahipleri hakim işletme olarak nitelendirilebilirler.

19. Paysahipleri sözleşmesi, bir yandan Ticaret Kanununda düzenlenmemiş olması ve bir borç sözleşmesi niteliğini

SONUÇ

taşıması nedeniyle, diğer yandan da ortaklık ile ortaklığı oluşturan pay sahipleri arasındaki hukuki ayrılık nedeniyle, ortaklıklar hukuku sahası dışında kabul edilmekte ve bu nedenle çoğu kez "borçlar hukukuna dayalı sözleşme" olarak anılmaktadır. Bu sözleşmenin hukuki açıdan doğurduğu sonuçlar da borçlar hukuku - ortaklıklar hukuku ayırımına oturtulmaktadır. Oysa gerçek hayatta sözleşme ortaklık yönetiminin tam merkezinde yer alabilir, şirket esas sözleşmesinden daha üstün seviyede tutulabilir. Bu gerçeği göz ardı ederek sözleşmeyi ortaklık sahasının tamamen dışında kabul etmek, somut olaya hakkaniyetli çözümler getirilmesine engel olabilir. Bu nedenle, çalışmada, pay sahipleri sözleşmesi ile ortaklık sahasının iç içe geçtiği noktalarda, bu ayırımın nasıl aşılabileceği araştırılmıştır. Özellikle dikkat edilmesi gereken husus, anonim ortaklıklar hukukunun ortaklık bakımından belirleyici olmasına dayanılarak pay sahipleri sözleşmesinin ifasının reddedilmesinin, hakkın kötüye kullanılması anlamına gelebileceğidir. Bu halde, ortaklıklar hukuku - borçlar hukuku sahası ayrımı kaldırılmalıdır. Ayrıca pay sahipleri sözleşmesi ile oluşan adi ortaklık, taraf pay sahiplerinin iç ilişkilerini belirlemek açısından da önceliğe sahiptir.

KAYNAKÇA

Her bir esere çalınmanın herhangi bir yeryerde yapılan ilk aıfıa eserin adı, .ıu.:an ı-e ba-Sım bilgilen tam olarak ı-enlnü.ş. uleyen atıflarda kural olarak monografi ı-sın toplu eserlerde y-alm::ca ya:ann SO)"adı, makalelerde y-aiann soyadı ılc basıldığı dergi belirtilnü. ô:.el hır kısaltma kullanılan hallerde kısaltma aşığıdaki listede gôsterilmiştir.

- A.KÜNAL. T. Türk Medeni Hukul-ı.ında Tıtlzcl IGşiler.2. Bası. Beta. İstanbul 1995
- Ak'YOL.Ş. Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasası. Filiz. İstanbul 1995
- Ak'YOL.Ş. Tam üçüncü şahıs yararına sözleşme, Fakülteler Matbaası. İstanbul 1976
- ALBACH. H./
CORTE. C./
FRIEDE\VALD. R./ vd. Deregulierung des Al--tienrechts: Das Drei-Stufen- Modeli. Verlag Bertelsmann Stiftung Gütersloh 1988
- ALBERS-SCHÖNBERG. M. Haftungsverhalten.ıssc im Konzern. Schulthess. Zürich 1980
- ALIŞKAN. M.. Kambiyo Senetlerinde Temlik Ciroıu, **Yaylım.** İstanbul 1998
- ANDRE. T. J..Jr. A Preliminary Inquiry into the Utility of Vote Buying in the Market for Corporate Control, Southern California Law Review, 63, 1990. 533-636
- ANSAY. T. Anonim Şirketler Hulmku. 6. Bası. Banka ve Ticaret Hul,ıku Enstitüsü Ankara 1982
- APPENZELLER, H. Stimmbindungsabsprachenin Kapitalgcsellschaften. Schulthess. Zürich 1996
- ARKAN.S. Ticari İşletme Hul,ıku. 5. bası. Ankara 1999
- ARSL.\N. İ. Anonim Şirketlerde Yönetim Yetkisinin Sınırlan-dırılması, Mimoza. Konya 1994
- ARSLANLI. H. Anonim Şirketler. C.I. 3. bası Ftillitler Matbaası İstanbul 1960; C. il-III Fakillteler Matbaası İstanbul 1960; C. IV-V. Fakülteler Matbaası İstanbul 1961 (cilt numarası ile birlik--te □ Arslanlı AŞ□ olarak anılmıştır).
- ASLAN, İ.Y. Rekabet Hukuku. Genişletilmiş Z. Basım. Ekin. Bursa 2001

KAYNAKÇA

- ASSMA.NN. H-D./
SCHNEIDER U. H. Wcrtpapierhandelsgesetz, 2. Auf.1999
- ATMY.A Medeni Huln.ın Genel Teorisi 3. bası istanbul
1980
- ATAMER. Y.M. Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlan-
dırılması, Beta İstanbul 1996
- ATAMER. Y.M. Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu
Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlen-
mesi, Beta, 2. bası İstanbul 2001
- BAHTİYAR. M. Anonim Ortaklık Anasözleşmesi. Beta. İstanbul
2001
- Bı\R.R. Aktuelle Fragen des AJ...ı:ienrechts. ZSR 85/I_1,1966.
321
- BAR. R. Grundprobleme des Minderheitenschutzes in der
Aktiengesellschaft, ZBJV 95 1959, 369-407
- BARLAS.N. Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri.
Beta, İstanbul 1998
- BARTHELMEE,, S./
BRAUN.Y. Zulassigkeit schuldrechtlicher Verfügungsbe -
schränkungen über Aktien zugunsten der Aktien-
gesellschaft, AG 2000 (4). 172
- BaslerKonun bkz. Honsell/Vogt!Watter
- BAUMANN, H./
REIE,,W. Satzungsergänzende Vereinbarungen Nebenverträge
im Gesellschaftsrecht, ZGR 1989. 157
- BAUMBACH, A/
HUECK.A Aktiengesetz, ı3. Auf. Beck. München 1968
- BAUMBACH. A/
HUECK.A GmbHG. 16. Auf. Beck. München 1996
- BAUMBACH. A/
LAUTERBACH,W./ vd. Zivilprozeı,ordnung, Beck Münche 2000 ("Baurbach/
Lauterbach-yazar ZPO" olarak anılmıştır)
- BECHTOLD. R. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Beck
Münch 1999
- BEUTHIEN. V./
GATSCH.A. Vereinsautonomie und Satzungsrechte Dritter, ZHR
156. 1992, 459

KAYNAKÇA

- BOESEBECK. E. Abstimmungsvereinbarungen mit Aktionären. Unter besonderer Berücksichtigung des Referententwurfs eines Ab.-tätengesetzes, *NJV* 1960.7-10
- BORER.J. Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Orell Füssli Verlag Zürich 1998
- 80S P./
SruYCKJ./
WYTINCKP. Concentration Control in the European Economic Community. Graham & Trotman / Kluwer Academic Publishers Group London/Norwell MA. 1992
- BOSTANCIOCLU. M. İmtiyalı Hisse Senetleri ve İmtiyalıların Korunması. Ticaret Hukuk...ı ve Yargıtay Kararları Sempozyumu V, Ankara 1988.5-34
- Botschaft über die Revision des Ab.-tätigenrechts vom 23 Februar 1983, *BBJ* 1983 il745
- BÖCKLI. P. Das Aktienstimmrecht und seine Ausübung durch Stellvertreter, Basel 1961 ("Böckli. Aktienstimmrecht" olarak anılmıştır.)
- BÖCKLI. P. Ab.-tätigenbindungsverträge mit eingebauten Vorkaufsoder Kaufsrechten und Übernahmepflichten, Druey/Böckli/Nobel, Rechtsfragen um die Ab.-tätigenbindungsverträge. Schulthess. Zürich, 1998, 35-73 ("Böckli, Rechtsfragen" olarak anılmıştır.)
- BÖCKLI. P. Aktienbindungsverträge, Vin.kulierung und statutarische Vorkaufsrechte unter neuem Ab.-tätigenrecht, *ZBJV* 129. 1993.475-506
- BÖCKLI. P. Schweizer Aktienrecht, 2. Auf. Schulthess. Zürich 1996 (Yalnızca "Böckli" olarak anılmıştır)
- BÖCKLI. P. Zum Börsengesetz von 1995: neue Rechtsinstitute und neue Probleme, *BJM* 1998. 225-271
- BÖCKLI.J. P./
MORSCHER. L. Ab.-tätigenbindungsverträge: Über Tragbarkeit und Geltungsdauer von Optionsrechten. *SZW*, 1997, 53-65
- BRODMANN. E. Zur Frage der Erfüllung von Abstimmungsverträgen, *JW* 1929. 615
- BUCHER. E. Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Auf. Schulthess. Zürich 1988.

KİTAPÇA

- BURGARD. U. Dic Berechnung des Stimmrechtsanteils nach §§21-23 Wertpapierhandelsgesetz, BB 1995, 2069
- BUSSE, A. Zur Problematik von Stimmbindungsverträgen bei Personengesellschaften BB. 1961. 263
- BÜRGI. F. W. Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Band V Das Obligationenrecht (Zürcher Kommentar). V/5b1 (Art. 660-697) Zürich 1957 V/5b2 (Art. 698-738) Zürich 1969 (yalnızca yazarın soyadı ve maddede numarası ile anılmıştır)
- V. BÜREN. R. Der Konzern im neuen Aktienrecht. in: Büren/Hausler/Wiegand, Grundfragen des neuen Aktienrechts, Stampfli, Bern 1993 ("v. Büren. Grundfragen.. olarak anılmıştır.)
- V. BÜREN. R. Der Konzern. in: Schweizerisches Privatrecht. Bd. VIII/6 Handelsrecht (Hrsg. Meier-Hayoz) Helbing & Lichtenhahn, Basel 1997 ("v. Büren, SPR VIII/6" olarak anılmıştır.)
- V. SÜREN. R./
BAHLER. T. Eingriffe des neuen Börsengesetzes ins Aktienrecht, AJP, 1996, 391
- BYDLINSKI. F. Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, Springer Verlag, Wien, 1982
- CAFLISCH. S. Die Bedeutung und die Grenzen der rechtlichen Selbständigkeit der abhängigen Gesellschaft im Recht der Mitgliedsgesellschaft, Diss, Zürich. 1961
- CEREGHETTI. L. Die Offenlegung von Unternehmensbeteiligungen im schweizerischen Recht, Diss. Zurich 1995
- CLAUSSEN, C. Kleine Kapitalgesellschaften und der Zugang zum Kapitalmarkt, ZHR 153. 1989. 216-234
- COOK. C.J./
KERSE, C.S. E.C. Merger Control. London, Sweet&Maxwell.2000
- COX, J./
HAZEN. T.L./
O'NEAL. F.H. Corporations, Yale Little Brown and Company. Boston etc.1995
- V. DER CRONE. H.C. Angebotspflicht, SZW Sondernummer. 1997. 44
- V. DER CRONE, H.C. Meldepflicht und Übernahmevereinbarung im neuen Börsengesetz. Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz 3/1994.. Verlag Stampfli Bern1995,63

- (AMOCLU. E.. Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuk Sorumluluğu. Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları Ankara 1972
- ÇEKER.M. Anonim Ortaklıkta Oy Hakkı ve Kullanılması. Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları Ankara 2000 ("Çeker. Oy Hakkı" olarak anılmıştır.)
- DAG. Ü. Anonim Ortaklıklarda Pay Sahibi Açısından Oy Hakkının Kazanılması ve Kullanılması Beta. İstanbul 1996 ("Dağ. Oy Hakkı" olarak anılmıştır.)
- DAC. O. Hamiline Yazılı Hisse Senetlerinde Genel Kurula İştirakin ve Oy Kullanmanın Bir Şartı olarak Tevdi Mükellefiyeti. Reha Poroy'a Armağan. İstanbul 1995•90-117
- DAMM. R. . Einstweiliger Rechtsschutz im Gesellschaftsrecht, ZHR 154. 1990, 413
- DIETZ. W-D. Vertragliche Stimmrechtsbindung der Aktionäre, MünchKZ 1963
- DOHM. J. Les accords sur l'exercice du droit de vote de l'actionnaire, Etude de droit suisse et allemand. Diss. Geneve 1971
- DOMANIÇ. H. Adi-Kollektif ve Komandit Şirketler. Genişletilmiş 4. bası İstanbul 1988 ("Domanıç. AdiO" olarak anılmıştır)
- DOMANIÇ. H. Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması. **TTK** Şerhi II. Temel Yayınları İstanbul 1998 ("Domanıç, AŞ" olarak anılmıştır.)
- DREHER . M. Die Schadensersatzhaftung bei Verletzung der Aktienrechtlichen Treuepflicht durch Stimmrechtsausübung (Fall Girmes). ZIP 1993. 332
- DRUEY. J. N. Stimmbindung in der Generalversammlung und im Verwaltungsrat, Druey/Böckli/Nobel. Rechtsfragen um die Aktionärsbindungsverträge. 7-33
- DUCREY, P. Prüfung von Unternehmensentscheidungen, Art. 31-38 KG., in: Roger Zlich (Hrsg.) Das neue schweizerische Kartellgesetz, Schulthess. Zürich 1996. 137.

KAYNAKÇA

- DURAL. M. Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki imkansızlık, Fakülteler Matbaası İstanbul 1976
- DÜRR. M. Nebenabreden und die Willensbildung in der GmbH, B827.1995, 1365-1370
- DÜRR. M. Nebenabreden im Gesellschaftsrecht. Außer-satzungsmäßige Bindungen von Gesellschaftern und die Willensbildung in der GmbH, Frankfurt aM. 1994 (Yalnızca "Dürr" olarak anılmıştır.)
- EDWARDS.V. EC Company Law, Clarendon Press. Oxford 1999
- EISENHARDT. U. Gesellschaftsrecht, 7. Auf. Beck. München, 1996
- EMMERICH. V./ SONNENSCHNEIN, J. Konzernrecht, 6. Auf. Beck. München 1997
- EREN, F. Borçlar Hukuku Genel Hükümler Beta İstanbul. C.I 6. bası 1998, C.11 5. bası 1999
- ERİŞ, G. Türk Ticaret Kanunu, Ticari İşletme ve Şirketler. 1. bası Ankara 1987, 2. bası Ankara 1992 ("Eriş, 1. bası" veya "Eriş, 2. bası" olarak anılmıştır)
- ERİŞ. G. Anonim Şirketler Hukuku, Ankara 1995 ("Eriş. AŞ" olarak anılmıştır.)
- ERMAN,W. Zwangsweise Durchsetzung von Ansprüchen aus einem Stimmbindungsvertrag im Aktienrecht. AG 1959.267
- FALKENHAGEN, K. Aktuelle Fragen zu den neuen Mitteilungs- und Veröffentlichungspflichten nach Abschnitt 4 und 7 des Wertpapierhandelsgesetzes, WM 1995. 1005
- FEYZİOĞLU. F. N. Şufa Hakkı, İstanbul 1959
- FISCHER. R. Zulässigkeit und Wirkung von Abstimmungsvereinbarungen, GmbHR 1953, 65
- FISCHER, R. Zur Methode revisionsrichterlicher Rechtsprechung auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts dargestellt an Hand der Rechtsprechung zu den Stimmbindungsverträgen. FS Kunze, 1969, 95
- FLETCHER. W. M. Fletcher Cyclopedia of the Law of Private Corporations Vol. 5. Clark Boardman Callaghan, Deerfield. Illinois, 1996

MYNAKÇA

- FLUME.W. Allgmcincir Teil des Burgerlichen Rechtc. **Erster** Band Zweiter Teil (112). Die Jurlstische **Pcmion**. Springer Verlag Berlin 1983 CFlumc, **Juristische** Person" olarak anılmıştır.)
- FLUME. W. Allgmcincir Teil des Burgerlichen Rechtc. Zwclter Band Das Rechtsqsch:ift. Springer Verlag Berlin 1979 ("Flume. Rechstgesch:ift" olarak anılmıştır.)
- FORSTMOSEK. P. A!.-tion:irbindungsvertrilge. Festgabe zum 60. Geburtstag von Walter R. Schluep, Schulthess. Zürich, 1988,359-381
- FORSTMOSEK. P. Die Behandlung der personenhezo genen AG im Entwurf für eine Reform des Acltienrechts, SAG 56, 1984.50
- FORSTMOSEK. P. Eingriffe der Generalversammlung in den Kompetenzbereich des Verwaltungsrates Möglichkeiten und Grenzen, S'IW, 1994. 169
- FORSTMOSEK. P. Gestaltungsfreiheit im schweizerischen Gesellschaftsrecht, in: Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht, ZGR Sonderheft 13. 1998. 254-277
- FORSTMOSEK, P. Die Vinkulierung: ein Mittel zur Sicherstellung der Unterwerfung unter Aktionlirbindungsvertrage? in: Aktienrecht 1992-1997: Versuch einer Bilanz - Zum 70. Geburtstagvon Rolf Bar, 1998, 89-106
- FORSTMOSEK, P./ HIRSCH. A. Der Entwurf zur Revision des Aktienrechts: Einige konkrete Vorschläge, SAG 57, 1985, 29
- FORSTMOSEK, P./ MEIER-HAYOZ, A./ NOBEL, P. SchweizerischesAktienrecht. Stilmpfli, Bern 1996
- FORSTMOSEK, P./ SCHLUEP, W.R. Einführung in die Rechtswissenschaft Bd I. Einführung in das Recht, 2. Auf. Stilmpfli. Bern 1998
- FREY. M. Statutarische Drittrechte im Schweizerischen Aktienrecht, Diss. Zürich, 1979
- FROMER, L. Schutz der Aktiengesellschaft vor fremden Einfluss. ZSR 80. 1961, 127- 155
- GADOW,W. Aktiengesetz Gro&kommentar, Bd.I 3. Auf. 1973, Bd 2 vd. 4. Auf. seit 1992 herausgegeben von Hopt/Wiedemann ("yazar adı,GroE.komm" olarak anılmıştır)

- GAUCH.P./
SCHLUEP. W.R. Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil Bd. I. Bd. II. 5. Auf. Schulthess, Zürich 1991
- GAUTSCHI. G. Fiduziarische Rechtsverhältnisse besonderer Art, SJZ 45. 1949. 301- 304
- GAUTSCHI. G. Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Bd. IV/2/ 4 Der einfache Auftrag. Bern 1971. ("Gautschi, madde numarası" olarak anılmıştır.)
- GE.E.LER, E. Bedeutung und Auslegung des §23 Abs. 5 AktG, Festschrift für Martin Luther zum 70. Geburtstag. München 1976 , 69-84
- GE.E.LER. E. Zur Anfechtung wegen Strebens nach Sonder Vorteilen (§243 Abs.2. AktG), FS Barz, 1974, 97-112
- GEEiLER, E./
HEFERMEHL, W./
ECKARDT, U./
KROPFF. B./vd. Aktiengesetz Verlag Franz Vahlen München, Bd 1. (§1-75) 1984 (yazarın adını takiben "Ge.r&ler AktG" olarak anılmıştır.)
- GIERKE. O. Deutsches Privatrecht, Bd 1. 1885
- GİRİTLİOĞLU, N. Dürüstlük Kuralları, Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, Özellikle Şekil Eksikliğinden Dolayı Geçersizliğin Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı ile Sınırlandırılması, İstanbul 1989.
- GIAITFELDER, H. Die.AJ..."tionarbindungsverträge,ZSR78, 1959 il, 141a
- GODIN, R./
WILHELMI. H. Aktiengesetz, Bd I. 11, 4. Auf. Walter de Gruyter, Berlin 1971
- GOYDER, D. G. EC Competition Law, 1998 Clarendon Press, Oxford
- v. GREYERZ, C. Die Aktiengesellschaft, in: Schweizerisches Privatrecht Bd VIII/2, Handelsrecht (Hrsg. v. Steiger), Helbing & Lichtenhahn Basel 1982 ("Greyerz, SPR VIII/2" olarak anılmıştır)
- GRJMM,H. Uneinheitliche Stimmrechtsausübung und vertragliche Stimmrechtsbindung im Aktienrecht, Köln 1959
- GROEBEN v. der H./
THIESING J./
EHLERMANN C-D. Kommentar zum EU-/EG Vertrag Bd. 2/II, 5. Auf. Nomos Baden Baden 1997 ("Groeben/Thiesing/Ehlermann - Yazar" olarak anılmıştır.)

KAYNAKÇA

- GroS,komm bkz. G:adow
- Groupe de reflö.ion "Droit des Societes"- Rapport Final. Office federal de la justice. Bern, 1993 (Almanca veya Fransızca:örneğini isteme adresi: Office central federal des imprimes et du materiel 3000 Berne - Article 407.020.f)
- GRÜNE\VALD. B. Gesellschaftsrecht. 2. Auf. JCB Mohr (Paul Siebeck) Tübingen 1996 ("Grünwald. GesR" olarak anılmıştır.)
- GUHL. T./
KOLLER.A/
SCHNYDER. A/
DRUEY.J. N. Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Auf. Schulthess, Zürich 2000
- GUYON.Y. Presentation generale de la societe par actions simplifiee, Rev. soc.. 1994, 208
- GUYON. Y. Zur Gestaltungsfreiheit im französischen Gesellschaftsrecht, Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht, ZGR Sonderheft 13, 1998. 297-309 ("Guyon, Gestaltungsfreiheit" olarak anılmıştır)
- GÜNEL. O. K. Özel Kategori Paylar. SPK yayın no. 92:Ankara 1997.
- HABERSACK. M. Grenzen der Mehrheitsherrschaft in Stimmrechtskonsortien, ZHR 164. 2000, 1
- HACHENBURG.M. GmbHG, GroB.kom.mentar (8. Auf. hrsg. von. Peter Ulmer). Bd. II §§35- 52. 1996 Bd. III §§53-85, 1994 Walter de Gruyter BerlinAynca7.Auf. Berlin 1975. ("Hachenburg/Yazar" olarak anılmıştır.)
- HADDING. W. Korporationsrechtliche oder rechts geschäftliche Grundlagen des Vereinsrechts, Festschrift für Robert Fischer, Berlin 1979. 165
- HAHN.J. "Kleine AG". eine rechtspolitische Idee zum unternehmerischen Erfolg, DB1994. 1659
- HANDSCHIN. L. Der Konzern im geltenden schweizerischen Privatrecht. Schulthess. Zürich, 1994
- HAPP.W. Stimmbindungsverträge und BeschlüB.anfechtung. ZGR 1984. 168- 178

- HATEM! H./
SEROZA! R./
ARPACI.A. Eşya Huk.,1k-1.1, Filiz İstanbul 1991.
- HAWK. B.E./
HUSER. H. L. European Community Merger Control, 1996
Kluwer. The Hague
- HELVACI. M. Anonim Ortaklıll.--t:ı Yönetim Kurulu Üyesinin
Hul.ık:i Sorumluluğu. 2. bası Beta İstanbul 2001
- HENRICH. D. Vorvertrag. Optionsvertrag. Vorrechtsvertrag.
Walter de Gruyter Berlin 1965
- HENZE. H. Die Treuepflicht im Aktienrecht, BB, 1996, 489-
499
- HERFS.A. Einwirkung Dritter auf den Willensbildungsprozess
der GmhH. Nomos 1994
- HERREN. .K.W. Statutarische Berechtigungen zum Erwerb von
Al..tien und GmbH-Anteilen, Bern 1973
- HIRSCH.A./
PETER. H. Une meilleure garantie de l'execution des conven-
tion d'actionnaires, La propriete commune
(Gesamteigentum) des actions. SAC 56. 1984. 1
- HIRTE. H. Die aktienrechtliche Satzungsstrenge: Kapitalmarkt
und sonstige Legitimationen versus Gestaltungs-
freiheit, in: Gestaltungsfreiheit im Gesellschafts-
recht ZGR Sonderbeft 13, Walter de Gruyter, Berlin
1998, 61-98
- HOFFMANN-BECKING. M. Der EinfluE, schuldbrechtlicher Gesellschafter-
vereinbarungen auf die Rechtsbeziehungen in der
Kapitalgesellschaft, ZGR 1994. 442-446
- HOFSTEITER. K.. Gruppentatbestände im Börsengesellschaftsrecht,
S'ZW. 1998. 285
- HOMBURGER. E./
SCHMIDHAUSER. B./
HOFFET,F./
DUCREY. P. Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz.
Schulthess. Zürich 1997 (loseblattsammlung)
("Hamburger, KartellKomm, Yazar" olarak anılmıştır.)
- HOMMELHOF, P. Die "Societe fermee europeenne" - eine suprana-
tionale Gesellschaftsform für kleine und mittlere
Unternehmen im Europäischen Binnenmarkt WM
1997 2101-2109

- HOMMELHOF, P. Jctit di<- "Kleinc" und d:unn narh rinc -i\nlrgcr /lG-. in: Reformbedürf im i\ktirrrrh. Srmlcr. J (hrsg.). ZGR Sonderheft 12. W:ilr'r dr Gnytcr. Berlin. 1994.65-84
- HONSELL, H./
VOGT .P./
NEGAND. W. Kommentar zum schweizerischen Privatrecht Obligationenrecht I. Art 1 -529 OR, 2. Auf. Helbing& Liebtenhahn. Basel 1996 (Madde numarası ile birlikte"Yazar adı. Basler Komm.- olarak anılmıştır)
- HONSELL, H./
VOGT.P./
WATIER. R. Kommentar zum schweizerischen Privatrecht Obligationenrecht I. Art. 530-1186 OR. Helbing& Lichtenhahn. 2. Auf. Basel 1994 (Madde numarası ile birlii--te "Yazar adı. Basler Komm- olarak anılmıştır)
- HOPT. K.J. Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht in Europa. Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht, ZGR Sonderheft 13, 1998. 126-147
- HORRWITZ, W. Über die Freiheit der Abstimmung im Aktienrecht. JW, 1930, 2637
- HUBER, L. Vertragsgestaltung: Grundstruktur, Gründung, Willensbildung und Auflösung, in: Kooperations- und Joint-Venture-Verträge (Her.: C. Meier-Schatz). Verlag Paul Haupt Bern 1994, 9-60
- HUECK,A Inwieweit besteht eine gesellschaftsrechtliche Pflicht des Gesellschafters einer Handelsgesellschaft zur Zustimmung zu Gesellschaftsbeschlüssen? ZGR, 1972, 236
- HUECK,A Stimmbindungsverträge bei Personenhandels- gesellschaften, FS Nipperdey I, 1965, 401
- HUECK,A Der Treugedanke im modernen Privatrecht, 1947
- HUECK, G. Erwerbsvorrechte im Gesellschaftsrecht, Festschrift für Kari Larenz zum 70. Geburtstag (Her. Paulus/ Diederichsen/Canaris), Beck, München 1973, 749-767
- HUECK, G. Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht. 1958
- HUECKA/
CANARIS C-W. Recht der Wertpapiere, 11. Auf. Vahlen, München 1986

KAYNAKÇA

- HUGCENBERGER. T. Die marl..lbcherrsche Stellung in der Fusion-kontrolle der EG. Peter Ling, Bern 2000
- HUGUENIN-JACOBS. C. Das Gleichbehandlungsprinzip im Aktienrecht. Schulthess. ZURICH 1994
- HÜFFER. U. Aktiengesetz 4. Auf. Beck. München 1999
- IMMENGA U. Die personalistische Kapitalgesellschaft, Athenäum Verlag. Bad Hamburg 1970
- İMREGÜN. O. Anonim Ortaklıklar. Yasa Yayınları, İstanbul 1989 ("İmregün, AO" olarak anılmıştır.)
- İMREGÜN.O. Anonim Şirketlerde Pay Sahipleri Arasında Umumi Heyet Kararlarından Doğan Menfaat İhtilafları ve Bunları Telif Çareleri, İstanbul 1962 ("İmregün, Menfaat İhtilafları" olarak anılmıştır.)
- İMREGÜN,O. Kollektif, Komandit ve Sermayesi Paylara Bölünmüş Komandit Ortaklıklar, Yasa Yayınları. İstanbul 1989 ("İmregün, Koli" olarak anılmıştır.)
- İMREGÜN.O. Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri. Yasa Yayınları, İstanbul 1989 ("İmregün. Genel İlkeler" olarak anılmıştır.)
- JAGGI, P. ZSR 78, 1959 II, 733a (Tartışmaya katılım)
- JAGGI. P. Ein Gerichtsurteil über den "abhängigen" (fiduziarischen) Verwaltungsrat, SJZ 1960, 1-7
- JAGGI. P. Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar) Bd. V/7a Das Obligationenrecht, Die Wertpapiere, Schulthess. Zürich 1959("Jaggi, madde numarası" olarak anılmıştır.)
- JAGGI. P. Ungelöste Fragen des Aktienrechts. in.: Privatrecht und Staat. Zürich 1976 229-250 veya SAG 31(1958/59) s. 57-80 ("Jaggi, Ungelöste Fragen" olarak anılmıştır.)
- JANBERG. H. Praktische Anwirkungen von Stimmrechtsbindungen, DB. 1952, 96-97
- JANBERG. H./SCHIAUSW. Abstimmungsverträge nach neuem Aktienrecht unter Berücksichtigung des Rechts der verbundenen Unternehmen, AG 1967, 33-39

KAYNAKÇA

- JOLIDON. P. Problemes de structure dans le droit des societcs. Portee et limites de la thcoric des types. ZSR 87. 1968 il. 427-567
- JOUSSEN. E. Gesellschafterabsprachen neben Satzung und Gesellschaftsvertrag. Verlag Dr. Otto Schmidt Köln. 1995 (Yalnızca "Joussen" olarak anılmıştır.)
- JOUSSEN. E. Gesellschafterkonsortien im Konzernrecht. AG 1998.329
- JOYCE. T. Shareholders Agreements, A US Perspective. Sindicati di Voto e Sindicati di Blocco, Milano 1993. 355-375
- KANETİ.S. Hukuki İşlemlerin Çevrilmesi (Tahvili), İstanbul 1972.
- KARAHAN. S. Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Paylar ve İmtiyazların Korunması, Kazancı, İstanbul 1991.
- KARAHASAN.M.R. Sorumluluk Hukuku, Sözleşme Dışı Sorumluluk, Beta, İstanbul 1995,
- KARAYALÇIN. Y. Esas Sermaye Artırımlarında İmtiyazlı Pay Sahiplerinin Hukuki Durumu, Ticaret Hul-uku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu X, Ankara 1993, 77 104
- KAYAR. İ. Anonim Ortaklıkta Mali Durumun Bozulması ve Alınacak Tedbirler, Konya. 1997
- KENDİGELEN,A Anonim Ortaklıkta Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz, Beta, İstanbul 1999
- KILIÇOĞLU. M. Akdi ve Kanuni Şufa Davaları Ankara 1997
- KIRCA. İ. Hul'Uki Yönüyle Borsa Opsiyon İşlemleri, Banka ve Ticaret Hukuk.-1.1 Enstitüsü, Ankara 2000
- KLAY, H. Die Vinkulierung: Theorie und Praxis im ncuen Aktienrecht Helhig&Lichtenhahn, Basel, 1997
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU,N. Borçlar Hukuk.-1.1 Dersleri. 2. hası, Filiz Kitabevi İstanbul 1985 ("Kocayusufpaşaoğlu. Borçlar Hukuku" olarak anılmıştır.)

KAYNAKÇI

- KOCAYUSUFPAŞAOCLU. N. Borçlar Hukul.-u Fasil--ül. Filiz Kitabevi İstanhul (t.y.)
CKocayusufpaşaoğlu. Fasikül.. olarak anılmıştır.)
- KOCAYUSUFPAŞAOCLU. N. Miras Huhl.-u. 3. bası. Filiz Kitabevi, İstanbul 1987
- KOLLER. A Schweizerisches Obligationenrecht Allgcmener
Teil, Bd. I. Verlag Stampfli+Cie AG. Bern. 1996
- KOLLER. A Grundfragen eioer Typuslehre im Gesellschafts-
recht, Freiburg. 1967 rKoller. Typuslehre.. olarak
anılmıştır.)
- KORT. M. Zur Treuepflicht des Aktionars, ZIP 1990, 294
- KölnKom.m Bk:z. Zöllner
- KÖHLER. C. Nebenabreden im GmbH- und Alctienrecht -
Zulassigkeit und Wirl-ıng. Peter Lang. Frankfurt
a.M.. 1992
- KÖNİG. W. Der satzungserganzende Nebenvertrag, Nomos,
1996
- KÖPFLI. C. Die Angebotspflicht im schweiz erischen Kapital-
marktrecht, Diss. Zürich 2000
- KÖPRÜLÜ. B. Medeni Hukuk, İ.Ü. Hukuk Fakültesi yayını 2. bası
İstanbul 1984
- KRAMER. E.A Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Bemer Kom.mentar)
Das Obligationenrecht Bd VI/1/7,/1a (Art.19-22 OR).
Stampfli. Bern 1991
- KRIMPHOVE, D. Europäische Fusionskontrolle. Carl Heymans Köln
1992
- KUMMER.M. Die Klage auf Verurteilung zur Abgabe einer
Willenserklareung. ZSR73. 1954. 163-205
- KUNTZE. J. E. Der Gesamtakt. ein neuer Rechtsbegriff, Festgabe
für Otto Müller, 1892.2.7
- KURU. B./
ARSIAN, R./
YILMAZ, Y. İcra ve İflas Hukuku 13. Bası, Yetkin. Ankara 2000
- KURU, B./
ARSIAN. R./
YILMAZ. Y. Medeni Usul Hukuku, 12. Bası. Yetkin, Ankara 2000

- KÜBLER. F.** Gesellschaftsrecht, 4. Auf. 1994
- IARENZ. K./
CANARIS. C-W. Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. **Auf.** 1995 Springer Verlag Berlin
- IARENZ. K./
WOLF. M. Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. 8. **Auf.** München. Beck 1997
- LEHMANN. K. Die geschichtliche Entwicklung des Aktienrechts bis zum Code de Commerce, Berlin 1895. ("Lehmann, geschichtliche Entwicklung" olarak anılmıştır.)
- LEHMANN. K. Das Recht der Aktiengesellschaften, Bd. I. Neudruck der Ausgabe Berlin 1898, Scientia Verlag. Aalen 1964; Bd. II, Carl Heymanns Verlag Berlin 1904 ("Lehmann I" ve "Lehmann II" olarak anılmıştır)
- LEHNER. O. Gemeinsame Charakterzüge und Wirkungen der aktienrechtlichen Vorkaufsrechte. SAC 26, 1953/54. 189
- LEHNER, O. Die rechtliche Struktur und die Hauptarten der aktienrechtlichen Vorkaufsrechte. SJZ 50. 1954. 73
- LÖRTSCHER. T. Realerfüllung und vorsorglicher Rechtsschutz beim Aktionärsbindungsvertrag, Der Schweizer Treuhänder 60, 1986. 192
- LÖWENHEIM. U. Zulässigkeit und Vollstreckbarkeit von Stimmbindungsvereinbarungen, JuS 1969. 260-265
- LUTHER. M. §23 Abs. (5) AktG. im Spannungsfeld von Gesetz, Satzung und Einzelentscheidungen der Organe der Aktiengesellschaft, Freundesgabe für Hans Hengeler zum 70. Geburtstag. Berlin 1972. 166-190
- LUTTER.M. Theorie der Mitgliedschaft. AcP 180, 1980, 85-159
- LUTTER. M. Die Treuepflicht des Aktionärs, ZHR 153. 1989, 446-471
- LUTTERM./
GRÜNEWALD B. Zur Umgehung von Vinkulierungsklauseln in Satzungen von Aktiengesellschaften und Gesellschaften mbH. AG 1989. 109
- LUTTER M./
HOMMELHOF P. GmbHG. 15. Auf. Verlag Dr. Otto Schmidt Köln 2000

KAYNAKÇA

- LÜBBERT. H. Ahstimmunsvereinbarungcn in den Aktien- und GmhH- Rechten der EWG-Staaten, der Schweiz und Grol!,britanniens. Nomos Baden Baden 1971
- LÜKE. G./
WALCHSHÖFER. A Münchener Kommentar zur Zivilprozeß!.ordnung. Bd. 3, Beck München 1992.
- MANAVGAT. Ç. Aleni Pay Alım Teklifi, Sermaye Piyasası Kurulu Yayını. Ankara 1997
- MARBACH. E. Die Fusionkontrolle im schweiz erischen und europaischen Wettbewerbsrecht, in: v. Büren/ Cottier (Her.) Die neue schweizerische Wettbewerbsordnung im internationalen Umfeld. Stampfli Bern 1997
- MARINI. P. Modernisation du droit des societes- Rapports au Premier Ministre, La Documentation Française, Paris 1996 ("Marini Raporu" olarak anılmıştır.)
- MAYSON, FRENCH & RYAN On Company Law, 16th ed. 1999. Blackstone Press, London
- MEDICUS. D. Bürgerliches Recht. 18. Auf. Cari Heymans Verlag, Köln 1999
- MEIER-HAYOZ. A. Vem Vorkaufsrecht, ZBJV 92, 1956, 297-340
- MEIER-HAYOZ. A Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bd. IV/1/3 Das Sachenrecht, Das Eigentum, Stampfli. Bern 1975 ("Meier-Hayoz. Bern Komm ZGB" olarak anılmıştır.)
- MEIER-HAYOZ, A./
FORSTMOSER. P. Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 8. Auf. Stampfli. Bern 1998
- MEIER- HAYOZ, A/
ZWEIFEL. M. Der Grundsatz der schonenden Rechtsausübung im Gesellschaftsrecht. FS Westermann. 1974. 383
- MERCADAL. B./
JANIN P. Societes Commerciales (1999), Editions Francis Lefebvre, Levallois 1998
- MERTENS. H- J. (Rechtsprechung) JR 1967. 459
- MERTENS. H-J. Satzungs- und Organisationsautonomie im Aktien- und Konzernrecht, ZGR 1994. 426- 441
- MERZ. H. Art. 2, in: Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch. Bd. I Einleitung, Stampfli, Bern 1962 (tıpkıbası 1966)

1
1
1
1
1

KAYNAKÇA

- MESSERLI. P. Die Vollstreckung des Urteils auf Abgabe einer Willenserklärung nach Art. 407/ 408 der Bernischen Zivilprozessordnung. Stimpfli Bern 1983
- MEYER. F. Die Strafvorschriften des neuen Aktiengesetzes, AG 1966.109-117
- MEYER. M. Der Aktienarbindungsvertrag als Instrument der juristischen Praxis. ZBJV 136. 2000, 421-426
- MEYER.O. Des Versements Supplementaires des Actionnaires, These, Lausanne. 1935
- MEYER-CORDING. U. Die Vereinsstrafe. JCB Mohr (Paul Siebeck) Tübingen 1957
- MIERSCH. M. Kommentar zur EG Verordnung Nr. 4064/89 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen. Luchterhand, Frankfurt 1991
- MOROGLU. E. Notlu-İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat 7. Baskı İstanbul 2001 ("Moroğlu. TTK" olarak anılmıştır.)
- MOROĞLU. E. Anonim Ortaklık Anasöleşmesi ve Hukuki Niteliği, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan. İstanbul 2000, s. 515.
- MOROĞLU. E.. Özellikle Anonim ve Limited Ortaklıklarda Oy Söleşmeleri. 2. baskı. Sermaye Piyasası Kurulu Yayınları Ankara 1996 (yalnızca "Moroğlu" olarak anılmıştır)
- MOROĞLU. E. Anonim Ortaklıkta Çoğunluk Pay sahiplerinin Azınlık ve İmtiyazlı Pay sahiplerine Karşı Korunması. Batider Haziran 1994 C. XVII. S. 3, s. 47.
- MOROCLU. E. Anonim Ortaklıkta Esas Sermaye Artırımı. Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Ankara 1972
- MÜLLER-ERZBACH. R. Das Private Recht der Mitgliedschaft als Prüfstein eines Kausalen Rechtsdenkens, Weimar 1948 Verlag Hermann Böhlau Nachfolger ("Müller-Erzbach. Mitgliedschaft" olarak anılmıştır.)
- MÜLLER-ERZBACH. R. Deutsches Handelsrecht. Tübingen 1928
- MünchKomm BGB bkı. Münchener Kommentar zum BGB

KAYNAKÇA

- MIJNCHE ER KOMMENTAR ZUMBGB Dd 1 §1-24.0 3. Auf. 1993. Bd 2 §241-432. 3. Auf. 1994 Bd 3 §433-606. 3. Auf. 1995 Bd 5 §705-853 3. Auf. 1997. ("MUnckKomm - Yazar" olarak anılmıştır.)
- MünchKomm ZPO bkz. Lüke/Walchshöfer
- ¹AEGEU. E. Die Doppelgesellschaft1. Bd. 1. 1936. AJbert Nauck& Co. Zürich. Cari Heymann Verlag Berlin Bd. II 1941. Scientia AG Zürich ("Naegeli. Doppelgesellschaft" olarak anılmıştır.)
- NAEGEU.W. Der Grundsatz der beschränkten Beitragspflicht, insbesondere der Ausschluss der Nachschusspflicht im AJ..."ienrecht, Zürich 1948 ("Naegeli. Beitragspflicht" olarak anılmıştır.)
- NENNINGER.J. Der Schutz der Minderheit in der AG. Basel 1974
- NOACK. U. Gesellschaftervereinbarungen bei Kapitalgesellschaften, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen. 1994
- NOBEL. P. Koorcliniertes AJ..."tionarsverhalten im Börsenrecht, in: Druey/Böckli/Nobel, Rechtsfragen um die Aktionarbindungsverträge. Schulthess, Zürich, 1998, 75-95
- NOBEL. P. Schweizerisches FinanzmarJ...-recht. Stampfli. Bern 1997
- NOBEL. P. Börsengesellschaftsrecht, FS Bar. 1998. 301
- NOBEL. P. Aktienrechtliche Entscheide, Stampfli. Bern, 1991
- NOMER.H. Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi. Beta, İstanbul 1996
- NOMER.N.P. Anonim Ortaklıkta Eşit Davranma (Eşit işlem illcesi), Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul 1998. 469
- NOMER.N.F. Anonim Ortaklıkta SadakatYükümlülüğü, Beta, İstanbul 1999 (Yalnızca "Nomer" olarak anılmıştır.)
- NOITMEIER. H./ SCHAFFER, H. Praktische Fragen im Zusammenhang mit §§21. 22 WpHG, AC 1997. 87
- OCHS, V. Die Einpersonengesellschaft in Europa, Nomos. Baden Baden 1997

KAYNAKÇA

- OCUZMAN. K. Hizmet "İf Akdinin Feshi, İsmail Akgun Matbaası İstanbul 1955
- OCUZMAN. K./ BARLASN. Medeni Hukuk (Giriş. Kaynaklar. Temel Kavramlar). Beta, İstanbul. 2000
- OCUZMAN. K./ ÖZ. T. Borçlar Hukukunun Genel Hüliimleri, 3. Bası Filiz İstanbul 2000
- ocuz:MAN.K/ SELİÇİ Ö. Eşya Hukukunun, 9. Bası Filiz İstanbul 2002
- OCUZMAN. K./ SELİÇİ, Ö./ OKTAY. S. Kişiler Hukuku, 6. bası Filiz İstanbul 1999
- OMAC. M.K. Anonim Şirketler Hukukunda Eşit İşlem İlkesi. Hukuk Araştırmaları C.1. S. 1., 1976. 1-8
- OSER. H./ SCHÖNENBERGER, W. Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar) Bd. V/1 Das Obligationenrecht Art. 1-183, 2. Auf. Zürich 1929
- OIT. W. Die Problematik einer Typologie im Gesellschaftsrecht, dargestellt am Beispiel des schweizerischen Aktienrechts, Diss, Zurich, 1972.
- OITO. H-J. Gebundene Aktien: Vertragliche Beschränkungen der Ausübung und Übertragbarkeit von Mitgliedschaftsrechten zugunsten der AG. AG. 1991. 369 380
- OVERRATH H-P. Die Stimmrechtsbindung, Carl Heymanns, Köln 1973
- ÖZKAN, H. İhtiyati Tedbir, Delil Tesbiti ve İhtiyati Haciz, 2. bası, Adalet Ankara 1997
- ÖZSUNAY. E. Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler, İstanbul 1969 ("Özsunay, Tüzel Kişiler" olarak anılmıştır.)
- ÖZSUNAY. E. Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler, İstanbul 1968
- ÖZTAN, F. Kıymetli Evrak Hukuku. 2. bası. Ankara 1997
- PALANDT Bürgerliches Gesetzbuch 59. Auf, Beck, München 2000

KAYNAKÇA

- PATRY. R. Les accords sur l'exercice des droits de l'actionnaire, ZSR 78. 1959 II. 1a (Yalnızca "Patry" olarak anılmıştır.)
- PATRY. R. Rapport sur les consortiums d'actionnaires en droit suisse. Travaux de l'association Henry Capitantio. 1959. 213
- PESTALOZZI-HENGGELER. R. Die Namenaktie und ihre Vinkulienmg. Zürich 1948
- PETERS. E. Die Erzwingbarkeit vertraglicher Stimmrechtsbindungen, AcP 156,1957. 311-346
- PETERS. E. (Rechtsprechung) JZ. 1968. 27
- PICENONI. V. Rechtsformen konzernm.R.iger Abhlingigkeit, SJZ 1955.321-328
- PIOTET. P. Erbrecht in: Schweizerisches Privatrecht Bd. IV/1, Helbing & Lichtenhahn Basel 1978
- v. PIANTA. A. Die Haftung des Hauptaktionlirs. Helbing&Llchtenhahn. Basel 1981
- v. PIANTA. F. Der Interessenkonflikt des Verwaltungsrates der ahhlingigen Konzerngesellschaft. Schulthess. Zürich 1988
- POROY. R./
TEKİNALP. Ü. Kıymetli Evrak Hukuku Esasları. Genişletilmiş 15. bası, İstanbul 2001
- POROY. R./
TEKİNALP. Ü./
ÇAMOCLU. E. Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, Güncelleştirilmiş 9. bası. Beta, İstanbul 2003 (Yalnızca yazarların soyadı ile anılmıştır.)
- POROY. R./
TEKİNALP, Ü./
ÇAMOCLU. E. Ortaklıklar Hukulu..71, Genişletilmiş 2. bası Filiz Kitabevi İstanbul. Cilt I 1975, Cilt II 1976. (Yazarların soyadı ve cilt numarası ile anılmıştır.)
- POROY. R./
YASAMAN,H. Ticari İşletme Hukuku, 8. bası İstanbul 1998
- PRIESTER. H.J. Drittbindung des Stimmrechts und Satzungsautonomie, FS Winfried Werner. Berlin NY 1984, 657-679
- PRIESTER. H. J. Nichtkorporative Satzungsbestimmungen bei Kapitalgesellschaften, DB 1979. 681-687

KAYNAKÇA

- Propositions pour une Societe fermee europceenne. AB Komisyonu. 1997
- PUIAŞU. H. Bağlı Nama Yazılı Pay Senetleri. Dayınlarlı. Ankara 1992 (C Pulaşlı olarak anılmıdır.)
- PUIAŞLI. H. Şirketler Hukuku, 3. bası. Nobel. İstanbul 2001 (C Pulaşlı. ŞirketlerM olarak anılmıdır.)
- RAISER. T. Recht der Kapitalgesellschaften. 2. Auf. Verlag Franz Vahlen München 1992
- REINHARDT. R./ SCHULTZD. Gesellschaftsrecht, 2. Auf. JCB Mohr (Paul Siebeck) Tübingen 1981
- REİSOCLU. S. Turk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet. Ankara 1992
- ROGIER. J. Die Auslegung von Gesellschaftsvertragen und Satzungen privatrechtlicher Personenverbände. Köln 1981
- ROWEDDER. H./ FUHRMANN. H./ KOPPENSTEINER, H.G/ vd. Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Verlag Franz Vahlen München 3. Auf. 1997 (MRowedder/YazarM olarak anılmıdır.)
- RÖTHLISBERGER, PA Offenlegung der Beteiligungsverhältnisse bei Publikumsgesellschaften. Diss. Bern 1998
- SAIZGEBER-DÜRIG, E. Das Vorkaufsrecht und verwandte Rechte an Aktien, Zürich 1970
- SANLI. K.C. Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği. Rekabet Kurumu. Ankara 2000
- SCHILLING. W. Gesellschaftstreue und Konzernrecht, Freundesgabe für Hans Hengeler zum 70. Geburtstag, Berlin 1972.226-239
- SCHLUEP. W.R. Die wohlerworbenen Rechte des Aktionars und ihr Schutz nach schweizerischem Recht. St. Gallen, 1955
- SCHLUEP, W.R. Privatrechtliche Probleme der Unternehmenskonzentration und -kooperation ZSR 1973 II 155-557. (470-497).
- SCHLUEP, W.R. Schutz des Aktionars auf neuen Wegen? SAC 33. (1960/61), (I) 137-145. (II) 170-180, (IJD 188-199.

KAYNAKÇA

- CHMIDT, K. Gesellschaftsrecht, 4. Auf. Carl Heymanns Köln 2002 ("Schmidt. GesR" olarak anılmıştır.)
- CHLEIDER, U.H. Anwendungsprobleme bei den Kapitalmarktrechtlichen Vorschriften zur Offenlegung von wesentlichen Beteiligungen an börsennotierten Aktiengesellschaften (§§ 21ff. VpHG). AG 1997. 81
- SCHOLZ, F. Kommentar zum GmbH Gesetz. Bd. 1. 9. Auf. 2000 Bd. II 8. Auf. Verlag Dr. Otto Schmidt Köln. 1995 (CScholz/Yazar olarak anılmıştır.)
- SCHUBERT, W./ SCHMIEDEL, B./ KRUMPE, C. Quellen zum Handelsgesetzbuch von 1897, Bd. 1. Gesetze und Entwürfe, Frankfurt 1986.
- SCHUCANY, E. Die Wirkung statutarischer Vorkaufsrechte an Aktien gegenüber Dritten-erben, SAC 27. 1954• 63-67
- SCHUCANY, E. Kommentar zum Schweizerischen Aktienrecht. 2. Auf. Zürich 1960. (Yalnızca yazarın soyadı ve madde numarası ile anılmıştır.)
- SCHUCANY, E. Zur Frage der rechtlichen Stellung des "abhängigen Verwaltungsrates" SAC 1954. 109-118
- SCHWARZ, A. Borçlar Hukuku Dersleri C. I. (Çeviren Bülent Davran). İstanbul 1948
- SCHWENZER, I. Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Stampfli. Bern 1998
- SEIBERT, U. Gesetzenvurf, Kleine AG und Aktienrechtsderegulierung. ZIP 1994, 247-249
- SELİÇİ, Ö. Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkisinin Sona Ermesi. İstanbul 1977
- SEROZAN, R. İfa, İfa Engelleri. Haksız Zenginleşme, (Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/ Arpacı Borçlar Hukuk Genel Bölüm 111) Filiz. İstanbul 1998
- SEROZAN, R. Medeni Hukuka Giriş. Filiz, İstanbul 1997
- SEROZAN, R. Taşınır Eşya Hukuku, Filiz, İstanbul 2002
- SEROZAN, R. Tüzel Kişiler, Filiz, İstanbul 1994

KAYNAKÇA

- SIEGWART. A. Die Freiheit bei der Wahl der Verbandsform und ihre Einbegrenzung ihrer, *Rechtswissenschaften*, Freiburg: 77. Jahresschrift der Schweizerischen juristischen Vereinigung, Juristische Fakultät Freiburg 19.j.3. 173
- SIEGWART. A. Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Band V - Das Obligationenrecht (Zürcher Kommentar), V/5.1 Die AJ... "Gemeinschaft. Allgemeine Bestimmungen (Art. 620-659) Zürich 1945 (yalnızca yazar adı ve madde numarası ile anılmıştır.)
- SOERCEL Bürgerliches Gesetzbuch. Verlag Kolhammer Stuttgart etc. 12. Auf. Bd. 1. 1988; Bd 2. 1990. ("Soergel - Yazar" olarak anılmıştır.)
- STAUDER. B. De l'execution forcee des conventions prealables de vote, SAC 40, 1968. 169
- STAUDINGERS Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Bearbeitung 1995 vd. Sellier- de Gruyter Berlin ("Staudinger - Yazar" olarak anılmıştır.)
- v. STEICER. F. İsviçre'de Anonim Şirketler Hukuku (Çeviren: Tahir Çağrı) FaJ... iilteler Matbaası, İstanbul 1968 steiger (Çağrı)" olarak anılmıştır.]
- v. STEICER. F. Legitimationsübertragung. Abstimmungsvereinbarungen und Stimmenkauf im Aktienrecht, SAC 14 (1941-43), 12-15
- v. STEICER. F. Zur Frage der rechtlichen Stellung des "abhängigen.. Verwaltungsrates, SAG 27 (1954./55). 33-40
- v. STEIGER, V. Gesellschaftsrecht, Allgemeiner Teil und Personengesellschaften in: Schweizerisches Privatrecht, Bd VIII/1 Handelsrecht (Hrsg. V. von Steiger) Helbing & Lichtenhahn, Basel 1976 ("Steiger, SPR VIII/1" olarak anılmıştır.)
- STEIN/
JONAS Kommentar zur Zivilprozessordnung. Bd. 71 §864-945. 21. Auf. 1996 ("Stein/Jonas - YazarZPO" olarak anılmıştır.)
- STIRNEMANN. A. Die Vertragsparteien des Aktienverbindungsvertrages. ZBJV 136, 2000, 585-586
- STUBER. R. Aktionär-Consortien, Vereinbarungen unter Aktionären über die gemeinsame Ausübung ihrer Beteiligungsrechte, Zürich 1944

KAYNAKÇA

- SUNGURBEY. İ. Medeni Hukuk Sorunları Altıncı Cilt. İ.Ü. Huk-u1c Fali.iltesi Yayını İstanbul 1994
- ŞIPKA. Ş. T. Kanuni Önalım (Şufa) Hakla, Alfa, İstanbul 1994
- TANDOGAN. H. Borçlar Hukul-u Özel Borç İlişkileri C. III. 5. bası, Ankara 1988, C. II. Ankara 1987 ("Tandoğan, Cilt No." olarak anılmıştır.)
- TANDOCAN. H. Hükmi Şahısların Anonim Şirket İdare Meclisinde Temsili. Batider C.1 S.1, 3-35
- TANDOGAN. H. Türk Mesuliyet Hukul-u, Ankara 1961
- TANK. G. Stimrechtsabkommen im Lichte der Mitbestimmungsgesetzes, AG 1977, 34
- TAPPOLET, K. Schranken konzernmassiger Abhangigkeit im schweizerischen Aktienrecht, Diss Zürich 1973
- TEKİL. F. Anonim Şirketler Hukuku, Alkım. İstanbul 1993
- TEKİL. M. Fransız Ortaklıklar Hukuk-unda Bir Yenilik, Basitleştirilmiş Paylı Ortaklık, Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul 1998, 609-631
- TEKİNALP, Ü. Anonim Ortaklık Payının Alım, Önalım. Geriyealım ve Benzer Haklara Konu Olması Sorunu, Medeni Kanun 50. Yıl Sempozyumu, İstanbul 1958, 345-357 ("Tekinalp, Önalım" olarak anılmıştır.)
- TEKİNALP. Ü. Anonim Ortaklıkların Yönetim Kurullarında Tüzel Kişilerin Temsili, Banka ve Ticaret Hukuk-u Araştırma Enstitüsü Yayınları Ankara 1965 ("Tekinalp, Tüzel Kişilerin Temsili" olarak anılmıştır.)
- TEKİNALP, Ü. Hakların En Az Zarar Verecek Şekilde Kullanılması İlkesi I. II.. İJ...-t. Mal.. C. XXVI. s. 78-80, □03-207
- TEKİNALP, Ü. Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Yönetime Katılma Sorunları, İ.Ü. İşletme Fakültesi Yayınları İstanbul 1979 ("Tekinalp, Yönetime Katılma" olarak anılmıştır.)
- TEKİNALP. Ü./
TEKİNALP. G. Perdeyi Kaldırma Teorisi, Reha Poroy'a Armağan, İstanbul 1995. s. 387-404
- TEKİNAY, S. S. Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, İstanbul 1992

- TEKİNAY, S. S./
AKMA. J. S./
BURCUOCLU. H./
ALTOP. A.
- Tekinay Borçlar Hukul.-.1.1, 7. bası Filiz, İstanbul 1993 ("Tekinay Borçlar" olarak anılmıştır.)
- TEKİNAY. S. S./
AKMAN. S./
BURCUOCLU. H./
ALTOP. A.
- Tekinay Eşya Hukul.-.1.1 C.I. 5. bası Filiz, İstanbul 1989 ("Tekinay Eşya" olarak anılmıştır.)
- TEOMAN. Ö.
- "Şirketçe Devralınan Payların Umumi Heyette Temsili Caiz Değildir" Kuralının (TK m. 329. f. 3, c.2) Anlamı. İkt. Mal. C. XXIII. S.9. s. 374-382. Atıf yapılan baskı: Teoman, Otuz Yıl Ticaret Hukul.-.1.1, Tüm Makalelerim C. 1., İstanbul 2000 s. 261-273. ("Teoman. Şirketçe Devralınan Payların Genel Kurulda Temsili" olarak anılmıştır.)
- TEOMAN. Ö.
- Anonim Ortaklık Genel Kurulunda Birden Fazla Paya Sahip Olan Ortaklar Bir Öneri Konusunda Aynı Zamanda Olumlu ve Olumsuz Oy Kullanabilirler. İkt. Mal. C. XXVII. S. 4. s. 149-161. Atıf yapılan baskı: Teoman. Otuz Yıl Ticaret HuJ. tl.-.1.1, Tüm Makalelerim C. I.. İstanbul 2000 s. 11 -29. ("Teoman, Olumlu ve Olumsuz Oy" olarak anılmıştır.)
- TEOMAN. Ö.
- Paysahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu, Banka ve Ticaret HuJ...-1.1ku Enstitüsü Ankara 1983 ("Teoman, Oydan Yoksunluk" olarak anılmıştır.)
- TEOMAN. Ö.
- Yaşayan Ticaret Hukuku C. I/5, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Ankara 1995: C. I/8, Banka ve Ticaret Huhl"U Enstitüsü Ankara 1997: C. I/9, Beta İstanbul 2000. (Cilt numarası ile birlikte "Teoman, Yaşayan Ticaret Hukuku" olarak anılmıştır.)
- TEUBNER, G.
- Der Beirat zwischen Verbandssouveranitat und Mitbestimmung, ZGR 1986, 565
- THOMAS, H./
PUTZO. H.
- ZivilprozeE. ordnung, 20. Auf. München Beck 1997
- TIMM. \V.
- Treuepflichten im Aktienrecht, WM 1991, 481
- v. TUHR, P.
- Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. I. 1910 (tıpkı basım 1957). Berlin Duncker&Humhlot ("v. Tuhr, BGB AT" olarak anılmıştır.)

- v. TUHR. P Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı C. 1. 2. Yarıyıl Yayınları Ankara 1983 Çeviren: Cevat Edege ["v. Tuhr (Edege)" olarak anılmıştır.]
- v. TUHR. A./
PETER. Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Bd. I. 3. Auf. Schulthess. Zürich 1979
- TUNÇOMAC. K. Türk Borçlar Hukuku C.I. Genel Hükümler. 6. Bası. İstanbul 1976
- ULMER. P. Beschreibung von einer BGH Entscheidung. NJW 1987. 1890
- ULMER.P. Begründung von Rechten für Dritte in der Satzung einer GmbH, FS Winfried Werner, Berlin NY, 1984. 912-931
- ULMER. P. Verletzung schuldrechtlicher Nebenabreden als Anfechtungsgrund im GmbH-Recht. NJW 1987. 1847
- UYGUR. T. Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu. Ankara 1990
- ÜSTÜNDAĞ. S. İcra Hukukunun Esasları, 7. bası İstanbul 2000
- ÜSTÜNDAC. S. İhtiyati Tedbirler, İstanbul 1981
- ÜSTÜNDAC. S. Medeni Yargılama Hukuku. 7. bası İstanbul 2000
- ÜSTÜNDAC. S. Tapu Kütüğünün Tashihi Davası, İ.Ü. Yayını, İstanbul 1959
- VOCEL, W. Cesellschafterbeschlüsse und Cesellschafterversammlung, Köln, 1986
- VOCT. N.P./
WATTER, R. Kommentar zum schweizerischen Kapitalmarktrecht, Helbing&Lichtenhahn. Basel 1999
- WARREN. L.H. Introduction to Corporate Law. West. St. Paul. NY. 1991
- WEBER. R. Juristische Personen, in: Schweizerisches Privatrecht (SPR) Bd. II/ 4 Einleitung und Personenrecht (Hrsg. P. Tercier) Helbing&Lichtenhahn Basel 1998 ("Weber. SPR II/4" olarak anılmıştır.)

KAYNAKÇA

- \ITISS. G. Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. VIII. Das Obligationenrecht. Die Aktienrecht. Einleitung. Stämpfli, Bern 1956. ("Weiss. Einleitung" olarak anılmıştır.)
- \ITRNER. W. Zur Treupflicht des Kleinaktionärs. FS Semler. 1993. 419-4-37
- \Vestermann. H.P. Das Verhältnis von Satzung und Nebenordnungen in der Kapitalgesellschaft, Heidelberger Forum Band 90 Her: Honimellhoff/Rowedder/Ulmer, C.F. Müller. Heidelberg. 1994. 25-57 ("Westermann, Verhältnis" olarak anılmıştır.)
- WIDMER. C.K. Die Liberierung im schweizerischen Aktienrecht, Schulthess. Zürich 1998 ("Widmer, Liberierung" olarak anılmıştır)
- WIDMER. K. Statutarische Vorkaufs- und Vorhandrecht an Aktien, SAG 40. 1968, 1
- WIECZOREK. B./SCHÜTZE R. A. Zivilprozessordnung und Nebengesetze Großkommentar. 3. Auf. Bd. N/2 (§§704-915h) 1999 Bd. V (§§916-1048) 1995 Walter de Gruyter Berlin ("Wicziorek/Schütze - Yazar" olarak anılmıştır.)
- WIEDEMANN. G. Handbuch des Kartellrechts, Beck München 1999 ("Wiedemann Kartellrecht" olarak anılmıştır.)
- WIEDEMANN. H. Gesellschaftsrecht, Bd. 1, Beck. München 1980 ("Wiedemann I" olarak anılmıştır.)
- \VIEIAND. A. Haben statutarische Vorkaufsrechte an Aktien obligatorische oder ahienrechtliche (dingliche) Wirli..ung?, SAG27.1954/55. 152-158
- \VIEIAND. K. Handelsrecht, Band II Die Kapitalgesellschaften, München. Leipzig 1931
- WINNEFELD. R. Stimmrecht, Stimmabgabe und Beschluss, ilue Rechtsnatur und Behandlung, DB, 1972, 1053
- WINTER, M. Organisationsrechtliche Sanktionen bei Verletzung schuldrechtlicher Gesellschaftervereinbarungen, ZHR 154. 1990, 259
- WINTER, M. Satzung und schuldrechtliche Gesellschaftervereinbarungen: Die Sicht der Praxis. Gesellschaftsrecht 1995 (RWS Forum 8) her: Henze/firnm/Westermann, 1996 RWSVerlag Köln. 131 ("Winter, RWS Forum 8" olarak anılmıştır.)

KAYNAKÇA

- \VIRTZ. M. M. Der Stimmrechtspool als karteli rechtlicher ZusammenscWuE.bestand, AG 1999, 114
- WTIT.C.H. Vorschlag für eine Zusammenfügung er §21 ff. WpHG und des §20 AktG zu einem einzigen Regelungskomplex, AG 1998. 171
- WOHLMANN.H. Die Treuepflicht des Aktionars. Schulthess. Zürich, 1968
- WORDINGER. H. Ak--tienrecht und das Recht der verbundenen Untemehrnen. 4. Auf. Heidelberg 1981
- YANLI. V. Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Paysahiplerinin Ortaklık Alacaklılarına Karşı Sorumlu Kılınması Beta, İstanbul 2000 ("Yanlı, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması" olarak anılmıştır.)
- YANLI, V. İnançlı Yönetim Kurulu Üyeleri ve Konzernlerdeki Durumu, Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul 1988, 655
- YASAMAN.H. Anonim Ortaklıkların Birleşmesi, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Ankara 1987
- YAVUZ.C. Türk Borçlar Hul-uku Özel Hükümler. 4. bası İstanbul 1996
- ZACH, R. Schweizerisches Kartellrecht. Stampfli. Bern 1998
- ZIHLMANN. P. Abstimmungsvereinbarungen im schweizerischen Al---tienrecht, SAG 44. 1972, 237
- ZLUHAN.W. Abstimmungsvereinbarungen des privaten Gesellschaftsrechts, AcP 62, 1928, 257
- ZÖLLER, R. ZivilprozeE.ordnung, 20. Auf. 1997, Otto Schmidt Köln
- ZÖLLNER, W. Die Schranken mitgliedschaftlicher Stim.mrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, Beck. München 1963 ("Zöllner, Schranken" olarak anılmıştır)
- ZÖLLNER, W. Köllner Kommentar zum Aktiengesetz, Bd. 1, 2. Auf. 1988 Bd 2. 1985 Bd. 2. 2. Auf. 1996, Bd. 4 2. Auf. 1991, Bd 5/1 2. Auf. 1993 Bd. 5/3 2. Auf. 1996 Bd 6. 2.Auf.1987. Bd. 72.Auf. 1990. ("Yazar, KölnKomm" olarak anılmıştır.)

KAYNAKÇA

- 7.0LtNER. □ . Wechswirli.-tingen i.wischen S:iti.ung und Gcsellsh:iftcrvcrcinb:irungen. Gcsellschaftsrecht 1995 (RWS Forum 8) Her: Henzc/fimm/Westerm:inn, 1996 R\VS Verlag Köln, 89-111 ("Zöllner, RWS Forum 8.. olarak anılmıştır.)
- ZUTf. J. Einstweiliger Rechtsschutz bei Stimmhindungen, ZHR 155. 1991, 190-□08
- ZURCHER. W. Der Glaubigerschutz im schweiz erischen Aktien rechtskonzern. Stampfli. Bern 1993
- ZWEIFEL. M. Holdinggesellschaft und Konzern. Schulthess. Zürich 1973