

DAVACI TARAFIN DİLEKÇESİ*

Hazırlayanlar: Şengül AL / Firdevs DİNÇER
Murat KÖKSAL

İSTANBUL ASLİYE TİCARET MAHKEMESİ BAŞKANLIĞI'NA¹

DAVACI : Mobitel2 AŞ. (Adres)
VEKİLİ : (Adres)
DAVALI : Kaplan Holding AŞ., Kaplan Bank
AŞ.,Kaplan Tekstil AŞ., Kaplan Dağıtım
AŞ., (Adres)
VEKİLİ : (Adres)
KONU : Davalının, müvekkilimizle aralarında yap-
tıkları anlaşma uyarınca ödemekle yükümlü
olduğu ancak ödemediği alacağın tahsiline
ve uğranılan zararın tazminine ilişkindir.
HARCA ESAS DEĞER : Fazlaya ilişkin talep ve ıslah yoluyla
müddeabihi artırma haklarımız saklı kal-
mak kaydıyla 689 500 000 ABD doları.

* ELSA (European Law Students Association) tarafından 16-17 Nisan 2005 tarihinde Anka-
ra Adliye Sarayı'nda yapılan Hıfzı Veldet VELİDEDEOĞLU KURGUSAL DURUŞMA
YARIŞMASI'nda Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Takımı'nın sunduğu Davacı Di-
lekçesi.

¹ NOMER, E/ŞANLI, C., Devletler Hususi Hukuku, 12. Bası, İstanbul 2003, s. 495. Yer
itibari ile yetkinin kamu düzeni veya münhasır yetki esasına göre tayin edilmediği hal-
lerde taraflar arasındaki yabancılık unsuru taşıyan ve borç ilişkilerinden doğan uyumsuz-
luğun yabancı bir devlet mahkemesinde görülmesi konusunda anlaşılabilirler. Olayımızda
taraflar aralarında çıkan uyumsuzluklarda İstanbul mahkemeleri ve icra dairelerini yetkili
olacağını belirleyerek yetki anlaşması yapmışlardır.

AÇIKLAMALAR**OLAYIN ÖZETİ**

Müvekkilimiz Mobitel2 Türkiye'de telekomünikasyon alanında faaliyette bulunmak istemektedir. Yürürlükte bulunan mevzuat uyarınca (Türkiye'ye ithal edilecek yabancı sermaye, ülke çapında tekel teşkil edecek faaliyette bulunan kuruluşlarda çoğunluk hissesine sahip olamaz.) yapılacak olan ihaleye katılabilmek için, Türk şirketi olan Kaplan Holding ile mutabakata varmıştır. Yapılan anlaşma sonucunda oluşturulan finansman modelinde müvekkilimiz 500 000 000 dolar, Kaplan Bank AŞ ise 200 000 000 dolar sermaye getirmeyi taahhüt etmiştir. Bununla birlikte 400 000 000 dolar müvekkilimizin hisselerinin rehni sureti ile 100 000 000 dolar Kaplan Holding AŞ kefaleti ile sağlanmıştır. İhaleye konsorsiyum şeklinde katılan ortaklar 1 Kasım 2002 tarihinde ihaleyi kazanmışlar, daha sonra 15 Aralık 2002 tarihinde pay sahipleri sözleşmesini imzalamışlar ve bu sözleşmede sermayenin gerçek bölünmesini % 75'e % 25 olarak belirlemişlerdir. Bu sözleşme ile davalı şirket, sermayenin % 26'lık kısmına tekabül eden hisselerin temsilini vekaletname ile müvekkilimize vermiştir. Aynı zamanda Kaplan Bank AŞ'nin payına düşen % 26'lık temettü ödemelerinin doğrudan müvekkilimize yapılacağına karar verilmiştir. Şirketin tasfiyesi halinde de tasfiye payına düşen % 26'lık kısmın, müvekkilimize verileceği kararlaştırılmıştır. Davalının ödemeyi taahhüt ettiği ancak ödemediği 200 000 000 doların 157 500 000 doları, geri ödemeleri şirket kâr payından karşılanmak üzere müvekkilimize ödenmiştir.

1 Ocak 2003 tarihinde % 49'u müvekkilimize ait olmak üzere, mevzuatta aranan şartlara uygun ve 700 milyon dolar sermaye ile Kaplan&Mobitel2 AŞ. kurulmuştur. Şirket yönetim kurulu üyeleri 3'ü müvekkilimize; 4'ü Kaplan Bank AŞ., Kaplan Holding AŞ., Kaplan Tekstil AŞ., Kaplan Dağıtım AŞ. (bundan sonra davalı olarak zikredileceklerdir.)'ye ait olmak üzere kararlaştırılmışlardır. Tarafların aralarında yaptıkları pay sahipleri sözleşmesinde ise yönetim kurulu üyelerinin 5'inin müvekkilimizce, 2'sinin davalı tarafından belirleneceği kararlaştırılmıştır.

Taraflar arasında yazılı bir doküman bulunmamasına rağmen, davalı şirketin yönetim kurulu başkanı, müvekkilimize 5/2 kuralının hemen uygulanmasının problem yaratabileceğini, bundan dolayı yönetim kurulu üyeliklerinin 3/4 şeklinde belirleneceğini söylemiş ve hizmete başladıktan sonra bu durumun olağanüstü genel kurul kararı ile düzeltileceği hususunda sözlü teminat vermiştir.

Pay sahipleri sözleşmesi uyarınca davalı şirketin müvekkilimize olan 157 500 000 dolarlık borcu Kaplan Bank AŞ'nin bilançolarında yer almaktadır.

1 Aralık 2003'te Türkiye'de ciddi bir ekonomik kriz çıkmış, bankaların kredi faiz oranlarını yıllık ortalama % 16'dan yıllık ortalama % 27'ye çıkarmaları sonucu, şirketin 250 000 000 dolar daha ek sermayeye ihtiyacı olmuştur. Ancak davalı, pay sahipleri sözleşmesi uyarınca ödemekle yükümlü olduğu ek sermayenin (250 000 000 dolar) % 25'i olan 62 500 000 doları ödemeyi reddetmiştir. Çıkan ekonomik kriz şirketin mali durumunu zora sokmuştur. Bu sırada yabancı bir şirket olan Vodetel, şirketi devralmak istediğini ve bu konuda Kaplan&Mobitel2'ye kredi veren bankaların da desteğini aldığını Mobitel2'ye bildirmesine rağmen davalının olumsuz tutumu neticesinde sonuç alınmamıştır.

Davalının bu tutumu ve geç ödenen Şubat ayı taksiti sonucu tedirgin olan bankalar icra takibinde bulunmuşlardır. Bunun üzerine Telekomünikasyon Kurumu, şirketin mali durumunu açıklığa kavuşturmak üzere iki uzman görevlendirmiştir.

Müvekkilimiz şirketin içinde bulunduğu ciddi ekonomik sorunların görüşülmesi için yönetim kuruluna mektup yazarak olağanüstü genel kurul toplantı talebinde bulunmuştur. Bu talep oy birliği ile kabul edilmiştir. Yapılan toplantıda müvekkilimiz, % 49 payının yanı sıra vekâleten sahip olduğu %26'luk pay için hazirun cetveline kendi temsilcisini yazdırmak istemiş, ancak bu istek hükümet komiserince reddedilmiştir. Bu esnada davalı temsilcisi noterde tanzim edilmiş bir azilnameyi ibraz ederek vekâlet ilişkisinin sona erdiğini belirtmiştir. Yapılan oylama sonucunda tasfiyeye ilişkin teklif reddedilmiştir. Bunun üzerine müvekkilimiz, vekâletnamenin haksız olarak iptal edildiğini ileri sürerek genel kurulun afakî iyi niyet kurallarına aykırı olduğunu ve bu nedenle iptal davası açacakları şerhini düşmüştür.

28 Mart 2004'te BDDK Kaplan Bank AŞ'yi TMSF'ye devrettiğini açıklamıştır. 1 Ekim tarihinde hem Nisan taksitini alamamış olan bankalar hem de Kaplan Bank AŞ., ayrı dilekçelerle Kaplan&Mobitel2 AŞ.'nin iflasını talep etmişlerdir. 4 Nisan 2004'te Telekomünikasyon Kurumu şirketin imtiyaz sözleşmesini askıya almış ve en kısa zamanda 3.kişi ile imtiyaz sözleşmesi imzalanacağını, zaten % 51 hissenin Türk ortakta bulunma şartının ihlal edildiğini söylemiştir. BDDK, müvekkilimizin temsilcileri olan yönetim kurulu üyelerine haber vermeksizin 4 yönetim kurulu üyesini TTK md. 315 uyarınca atamıştır. Nokisson firması hem yeni şirket hem de ayrı ayrı Mobitel2 ve Kaplan Bank aleyhine icra takibine başlamıştır. Aynı zamanda

İngiliz bankaları da hem şirket hem de müvekkilimiz aleyhine takipte bulunmuşlardır.

DAVAYA İLİŞKİN İDDİALARIMIZ-GEREKÇELERİMİZ

I. DAVALIYA PAY SAHIPLERİ SÖZLEŞMESİ UYARINCA ÖDEMİŞ OLDUĞUMUZ 157 MİLYON DOLARA KARŞIN DAVALI BU SÖZLEŞMEYE GÖRE YÜKÜMLÜLÜKLERİNİ YERİNE GETİRMEMİŞTİR.

Müvekkilimiz Türkiye’de telekomünikasyon alanında faaliyette bulunmak istemektedir. Daha önce Türkiye’de hiçbir faaliyette bulunmayan müvekkilimiz bu amacı gerçekleştirmek için Kaplan Holding AŞ. ile görüşmelere başlamıştır. 6224 sayılı Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanununun 4105 Sayılı Kanunla değişik 1. maddesinin 2. fıkrasına göre, “Türkiye’ye ithal edilecek yabancı sermaye, ülke çapında tekel teşkil edecek faaliyette bulunan kuruluşlarda çoğunluk hissesine sahip olamaz”. Bu kanun halen yürürlükte iken yürürlüğe giren Telekomünikasyon Hizmetleri Yönetmeliğinin² “Yetki Belgesi Talep Eden Şirketlerde Aranacak Özellikler” başlıklı 11’nci maddesinin (1)’nci bendine göre “Şirketin telekomünikasyon hizmet yetki belgesi almaya hak kazanabilmesi için hisselerinin veya diğer mülkiyet haklarının en az % 51’ini TC. vatandaşlarının veya Türk Hukukuna göre kurulmuş şirketlerin mülkiyetinde olmalıdır. Ruhsat ve genel izin ile yetkilendirilmede ise % 51 şartı aranmaz”.

Yürürlükte bulunan mevzuat ışığı altında müvekkilimiz davalıya bu alanda faaliyet gösterecek bir şirket kurma teklifinde bulunmuş, ancak davalı payına düşecek olan % 51 sermayenin tamamını kendisinin karşılayamayacağına bildirmiştir. Bunun üzerine taraflar 15 Aralık 2002 tarihinde pay sahipleri sözleşmesi imzalamışlardır.

Pay sahipleri sözleşmesi, anonim ortaklık pay sahiplerinin tamamının veya bir kısmının, pay sahibi olarak kendi aralarındaki hukuki ilişkileri, kendilerinin ortaklıkla olan ilişkilerini veya ortaklığın tabi olmasını arzu ettikleri düzeni belirlemek üzere akdettikleri bir sözleşmedir³. Anılan sözleşme pay sahiplerinin kendi aralarında akdettikleri bir borç sözleşmesidir ve sözleş-

² RG 28.03.2001/24356.

³ OKUTAN, G., Anonim Ortaklıklarda Pay Sahipleri Sözleşmesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2001, s. 3.

meye taraf olan pay sahipleri arasında anayasa niteliği taşır⁴. Etkisini borçlar hukuku alanında doğurur. Borçlar Hukuku'nun temel ilkelerinden sözleşme serbestisine dayanılarak akdedilen ve bağlayıcılığı olan bu sözleşme, pay sahiplerine, pay sahipliğinden doğan haklarını sözleşmede öngörülen amaçlarının yerine gelmesini sağlayacak şekilde kullanmak taahhüdü altına sokar⁵.

Taraflar arasında yapılan bu sözleşme uyarınca müvekkilimiz davalının payına düşen % 26'lık kısmın bedelini ödeyeceğini belirtmiştir. Bunun karşılığında davalı ise % 26'lık kısma tekabül eden hisselerin temsil hakkını vekâletnameyle müvekkilimize vereceğini, bu % 26'lık kısmın temettü ödemelerini doğrudan müvekkilimize yapacağını, tasfiye halinde tasfiye payına düşen % 26'lık kısmın müvekkilimize ödeneceğini bildirmiştir. Yani yapılan bu sözleşme tarafların birbirine duyduğu güvenin bir sonucudur. Müvekkilimiz söz konusu meblağı davalının bu taahhütleri sonucunda ödemeyi kabul etmiştir.

Olaydaki pay sahipleri sözleşmesi inançlı işlem niteliği taşımaktadır. İnançlı işlemlerde, başkasına bir hak devreden tarafa inanan, bir hakkı devralan tarafa inanılan denir. İnanılan tarafın elde ettiği hakkı, taraflarda güdülen amaçlar sona erince veya gerçekleşince inanana (ya da üçüncü bir kişiye) devretmek taahhüdünü ihtiva eden sözleşmeye inanç sözleşmesi adı verilir⁶.

İnançlı sözleşme muvazaadan farklı olarak göstermelik değildir. İnançlı sözleşmenin hukuki sonuçlarını doğurması taraflarca gerçekten istenir. Fakat taraflardan biri böyle bir sözleşmenin kendisine sağladığı hukuki durumu ancak belli bir amaçla kullanacağını ve bu amaç gerçekleştikten sonra terk edeceğini diğer tarafa taahhüt eder⁷. İnançlı işlemin özünü oluşturan, karşı tarafa beslenen güvendir⁸.

İnançlı işlemin unsurları şunlardır:

- a) Temel işlem niteliğindeki inanç anlaşması,
- b) Devir işlemi.

⁴ POROY,R./TEKİNALP, Ü./ÇAMOĞLU,E., Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, Gözden Geçirilmiş,Geliştirilmiş ve Güncelleştirilmiş 9. Bası İstanbul 2003, s. 586.

⁵ OKUTAN, s. 3.

⁶ TEKİNAY, S. S./AKMAN, S./BURCUOĞLU, H./ALTOP A., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. Bası, İstanbul 1993, s. 416-417.

⁷ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 415.

⁸ TUNÇOMAĞ, K., Türk Borçlar Hukuku, C.1, İstanbul 1976, s. 326.

İnanç anlaşması; bir yandan irade özerkliğinin sınırları içinde tarafların yarattıkları ve inançlı devrin bağımsız, kendine özgü hukuki sebebinin oluştururken diğer yandan inanılanın borç ve yükümlülüklerine özellikle inananın talimatına uymayı, onun aleyhine hareket etmemeyi ve şartların gerçekleşmesi halinde iktisap ettiği hakkı inananana geri vermeyi yükümlenir⁹.

İnanç anlaşması ile taraflar aralarında bazı borç ve yükümlülükler kurarlar. Bunlardan en önemlileri inanılanın, inananın talimatına uyma, onun aleyhinde davranmama, hukuki işlemlerde bulunmama ve nihayet şartlar gerçekleşince iktisap ettiği hakkı devretme borcudur.

Bu anlaşma, hakkı tam olarak kazanmış olan inanılanın, bu hakkı kullanma tarz ve yükümlülüklerini içerir. İnanç anlaşması bu yönü ile inanılanın tam hakkını nispi yani, borçlar hukuku anlamında sınırlandırılır. İnanılanın burada bir geri verme borcu vardır. İnanılan üçüncü kişilere karşı tam hak sahibi iken inananana karşı borçlar hukuku anlamında borçlandırıcı nitelikte kısıtlanıp, sınırlandırılması böyle bir hakkın üçüncü kişilere devredilmemesi, inanılana tekrar geçirilmesi yükümlerinin yer alması, hukuki bir çelişki teşkil etmez¹⁰.

İnançlı işlemlerde inanan mülkiyet ve alacak hakkını belirli bir süre veya amaçla inanılana geçirir. Ancak süre dolunca veya amaç hâsıl olunca, inanılan inanç anlaşmasına göre mülkiyeti veya alacak hakkını tekrar inananana devretme borcu yüklenir.

İnançlı işlemde, inanç anlaşmasının hukuki niteliği doktrinde son derece tartışmalıdır. Baskın görüşe göre inanç anlaşması hukuki niteliği itibariyle kendine özgü bir sözleşmedir. Ancak kendine özgü bu sözleşmeye uygun düştüğü ölçüde vekâlet hükümlerinin kıyas yoluyla uygulanması mümkündür¹¹.

⁹ EREN,F., Borçlar Hukuku, Genel Hükümler,Gözden Geçirilmiş 8. Bası, İstanbul 2003, s.340, YİBK. 05.02.1947 tarih 20/6 sayılı kararına göre "inanç sözleşmesi inanç gösterilene bir hakkın kullanılmasında davranışlarını inanç gösterenin tespit ettiği amaca uydurmak borcunu yükler".

¹⁰ EREN, s. 342.

¹¹ Y.14.HD; 03.10.1989 T.4173/80040 sy.k. "İnanç sözleşmesi taraflar arasında bir vekâletin hukuki sonuçlarını doğurur". ÖZSUNAY'a göre; inanç anlaşması çoğu zaman bir vekâlet niteliği taşımakla birlikte, hizmet, istisna, vedia, şirket gibi başka tip sözleşmeler şeklinde de ortaya çıkabilir. Bu konuda bkz. ÖZSUNAY,E.,İnançlı Muameleler, İstanbul 1968, s. 130 vd..

Olayımızdaki pay sahipleri sözleşmesi saf inanlı işlemler içinde yer alır¹². Mal veya hisse senetlerinin idare edilmek üzere devrinde de bu tür inanlı işlemler söz konusudur. Bunlara **idare amacıyla yapılan inanlı işlemler** denir.

İnanılan, amacın gerçekleşmesi sonucunda mülkiyet ve alacağı inanılana tekrar devretmezse borca aykırı hareket etmiş olur ve inanana karşı BK. m.96 ya göre tazminat ödemek zorunda kalır¹³. İnanç sözleşmesinin tarafları arasında, onların gerçek iradelerine ve akitten amaçladıklarını yansıtmaları bakımından geçerli olduğu, taraflarına BK. çerçevesinde nispi haklarını talep etme olanağını verdiği tartışmasızdır¹⁴.

Sözleşmeden doğan sorumluluğun şartları;

- 1) Borca aykırı bir davranış olmalıdır (sözleşmenin ihlali).
- 2) Bir zarar doğmuş olmalıdır.
- 3) Sözleşmenin ihlaliyle zarar arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır.
- 4) Borçlu, sözleşmeyi kusurlu olarak ihlal etmelidir.

Maddi zarar, alacaklının malvarlığının hali hazır durumu ile borca aykırı davranış olmasaydı göstereceği durum arasındaki farktır¹⁵.

BK. 96 vd. sözleşmeyi ihlal etmek suretiyle alacaklıya zarar veren borçluya hukuki yaptırım olarak tazmin yükümlülüğü getirilmiştir¹⁶.

Maddi zarar, fiili zarar ve yoksun kalınan kâr olarak iki unsurdan oluşur. **Fiili zarar**, ya malvarlığının aktif kısmında reel, gerçek bir azalmanın meydana gelmesiyle ya da pasifteki borçların artmasıyla gerçekleşir. Müspet zarar sözleşmenin hiç veya gereği gibi ya da vaktinde ifa edilmemesinden doğan zarardır. Edim, borçlu tarafından tam ve gereği gibi yerine getirilmiş olsaydı, alacaklının malvarlığının göstereceği durum ile hali hazırda gösterdiği durum arasındaki fark müspet zararı oluşturur.

¹² **Saf inanlı işlemler**; genellikle inananın yararına yapılan işlemlerdir. İnanılan inaç konusu şeyi yalnızca inananın veya inanan tarafından belirlenen bir yararlananın talimatına uygun olarak kullanır; ÖZTÜRK, G. İnançlı İşlemler, Ankara 1998, s. 67.

¹³ YHGK. 05.06.2002 T.2002/480, sy.k'na göre "İnaç gösterilen kişi inaç gösteren namına yapılacak işlemde sonra taahhüt ettiğini inaç gösterene geçirme yükümlülüğü altına girmiş ise yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde bunun dava yoluyla hükmen yerine getirilmesini isteyebilir".

¹⁴ Y.1.HD., 21.11.2001 T.2001/ 12572, sy.k.

¹⁵ OĞUZMAN, M.K./ÖZ, M.T., Borçlar Hukuku, Genel Hükümler Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 3. Bası, İstanbul 2000, s. 327; TUNÇOMAĞ, s. 806, TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 855.

¹⁶ EREN, s. 1010.

Müvekkilimizin davalıyla imzaladığı pay sahipleri sözleşmesi uyarınca ödemiş olduğu 157 000 000 dolar karşılığında davalı % 26'lık paya tekabül eden temsil, temettü ve tasfiye payına ilişkin hakları müvekkilimize kullanıdirmayı taahhüt etmiştir. Ancak ilerleyen zamanlarda davalı bu yükümlülükleri yerine getirmekten kaçınmıştır. BK.m.96'ya göre akde aykırı davranan davalı uğramış olduğumuz 157 000 000 doları tazminle yükümlüdür.

Yoksun kalınan kâr ise, borca aykırı davranış olmasaydı alacaklının malvarlığının göstereceği artışı ifade eder¹⁷. Yani olayların normal akışına genel hayat tecrübelerine göre malvarlığında meydana gelebilecek artışların zarar verici fiil nedeniyle kısmen veya tamamen önlenmesi sonucu meydana gelen azalmayı (zararı) ifade eder. Malvarlığına dokunulmamış olmakla birlikte zararlı olay malvarlığının çoğalmasına engel olduğu takdirde zarar bir kâr kaybından ibarettir. Buna "malvarlığının çoğalmasına engel olan zarar" adı da verilir.

05.06.2003 tarihli ve 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu'nun 5c maddesiyle "Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu" yürürlükten kaldırılmıştır. Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu'nda ise yabancı sermaye bakımından herhangi bir sınırlama getirilmemiştir. Hali hazırda Telekomünikasyon Mevzuatı'nın birincil nitelikteki kaynakları olan 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu ile 2813 sayılı Telsiz Kanunu'nda Telekomünikasyon Kurumu tarafından görev sözleşmesi, imtiyaz sözleşmesi, telekomünikasyon ruhsatı veya genel izin adı altında yapılmakta olan yetkilendirmelerde, yetkilendirme başvurusunda bulunan sermaye şirketinde yabancı sermaye olmasını engelleyen herhangi bir kısıtlama bulunmamaktadır.

Sonuç olarak mevcut durum itibariyle, Türk Telekom'un özelleştirilmesi ve Telekomünikasyon Kurumu tarafından imtiyaz sözleşmesi telekomünikasyon ruhsatı ya da genel izin yoluyla yapılacak yetkilendirmeler bakımından birincil ve ikincil mevzuatlar açısından yabancı sermayeye ilişkin bir kısıtlama bulunmamaktadır.

Tüm bu düzenlemelerden (05.06.2003 tarihinde Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu'nun yürürlükten kalkmasından) sonra 1 Ocak 2004 tarihinde Vodetel adlı yabancı bir firma Kaplan & Mobitel2'yi 2 000 000 000 dolara alacağını ve bütün kefalet ve rehinleri de üstleneceğini, bu konuda 1 800 000 000 dolar kredi veren bankaların da desteğini aldığını söylemiştir. Bu satıştan şirkete kalacak olan 500 000 000 dolar kârı yeterli bulmayan davalının tutumu neticesinde bu cazip teklif müvekkilimiz tarafından reddedilmiştir. Uygun koşullarda yapılan bu teklif kabul edilmiş olsaydı 245 000 000 dolar

¹⁷ EREN, s. 1010.

% 49 paya sahip olmamız sonucunda; 130 000 000 dolar da pay sahipleri sözleşmesi uyarınca % 26'lık payın tasfiye gelirlerinin doğrudan bize aktarılması sonucunda müvekkilimiz kâr elde edecekti. Ancak bu görüşmelerin olumsuz geçmesi neticesinde, müvekkilimiz bu kardan mahrum kalmıştır.

BK.96 vd. sözleşmeyi ihlal etmek suretiyle alacaklıya zarar veren borçluya hukuki yaptırım olarak tazmin yükümlülüğü getirmiştir. Buradaki maddi zararın içerisinde yoksun kalınan kâr da mevcuttur¹⁸. Dolayısıyla davalının tutumu neticesinde elde edemediğimiz 375 000 000 doların tazminini talep etmekteyiz.

Müvekkilimiz pay sahipleri sözleşmesi gereğince 157 000 000 doları, davalının % 26'lık payının sağladığı hakları kendisine devretmesi şartıyla ödemektedir. Yani müvekkilimiz payın kendisine sahip olmak için değil, payın sahibine sağladığı imkânların kullanılacağına davalı tarafından taahhüt edilmesi sonucu bu meblağı vermiştir.

Olayımızdaki pay sahipleri sözleşmesi tarafların iradelerinin birbirine uygun olmasından dolayı geçerlidir. Bu sözleşme (özellikle bir ortaklığın tüm pay sahiplerinin taraf olduğu sözleşme) pay sahiplerinin iradelerinin samimi bir biçimde ortaya çıktığı ve ortaklığın idaresinde ve işleyişinde önemli bir işlev gören, pay sahipleri arasındaki ilişkileri öncelikle belirleyen sözleşmedir.

Bu sözleşmede 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 engellenmelidir¹⁹. Burada 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 ayrımları kaldırılmalıdır. Ayrıca pay sahipleri sözleşmesiyle oluşan adi ortaklık, taraf pay sahiplerinin iç ilişkilerini belirlemesi açısından da önceliğe sahiptir²⁰.

Olayımızdaki pay sahipleri sözleşmesi inançlı işlem niteliği taşımaktadır. Bilindiği gibi inanç sözleşmeleri tarafların karşılıklı iradelerine uygun bulunduğu için, onlara karşılıklı borç yükleyen ve alacak hakkı veren geçerli

¹⁸ EREN, s. 1010.

¹⁹ OKUTAN, s. 302.

²⁰ OKUTAN, s. 421.

sözleşmelerdir²¹. Kaldı ki, sözleşmenin tamamının geçersiz olmasının ileri sürülmesi de taraflar arasında eşitsizliklere yol açacaktır.

“Bir akdin mevzuu gayri mümkün veya gayri muhik yahut ahlaka aykırı olursa o akit batıldır. Akdin muhtevi olduğu şartlardan bir kısmının butlanı, akdi iptal etmeyip yalnız o şart lağvolur”²².

Pay sahipleri sözleşmesi geçersiz olsa bile bu geçersizliğin tüm maddelere sirayet edeceğinin ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılmasıdır. Söz konusu sözleşmede % 26’lık payların devrinden değil, temsil hakkının devredilmesinden, % 26’lık payların temettü gelirlerinin müvekkilimize verilmemesinden ve tasfiye halinde tasfiye payının % 26’lık kısmının müvekkilimize aktarılmasından söz edilmektedir. Yani kuruluşta aranan % 51 paya Türk ortağın sahip olması şartı hala geçerlidir.

Pay sahipleri sözleşmesi etkisini Borçlar Hukuku alanında doğurur ve taraflar arasında hüküm ifade eder. Üçüncü kişilere, anlaşmaya taraf olmamış anonim şirket ortaklarına ve anonim şirkete karşı ileri sürülemez. Taraflar aralarında yaptıkları pay sahipleri sözleşmesinde, esas sözleşmeyi ya da kanunu dolanma kastı olmaksızın paylardan elde ettikleri temettü oranlarının, payın temsil hakkının ve tasfiye payının kullanılması hususunda anlaşmışlardır. Sonuçta % 51 paya sahip olan Kaplan Bank AŞ., bu payın sağladığı hakları kullanma üzerlerinde tasarruf etme hakkına sahiptir. İşte bu noktada tarafların pay sahipleri sözleşmesi uyarınca bu hakları Mobitel2’ye devretmesinde herhangi bir hukuka aykırılık yoktur.

Sözleşmede belirtilen % 26’lık payın sağladığı haklar üzerinde Kaplan Bank’ın yaptığı tasarruflarda kanunu dolanma kastı bulunmamaktadır. Bunlar tarafların özgür iradeleri ile yaptıkları ve kanun tarafından yasaklanmamış olan hususlardır. Kaldı ki “*pay sahipleri sözleşmesi kanunu dolanmak maksadıyla yapılmıştır*” şeklinde bir iddiada bulunulsa dahi bu mevcut sözleşmenin kanunu dolanmayan hükümlerini de tamamen ortadan kaldırma anlamına gelmez. Böyle bir iddiada bulunmak hakkın kötüye kullanılması teşkil eder ve hukuka aykırı anlaşmalar nasıl ki kanun tarafından korunmazsa böyle bir hususun ileri sürülmesi de aynı şekilde korunmayacaktır. Nitekim pay sahipleri sözleşmesi tarafların özgür ve birbirlerine uygun iradeleyle yapılmıştır.

Tarafların özgür iradeleriyle kurdukları sözleşmeye bağlı oldukları sözleşmeden doğan yükümlülüklerine sadık kalmaları, hukuki güvenlik ve dü-

²¹ Y.1.HD., 20.05.2003. T.2003/6017, sy.k.

²² Y.1.HD., 06.03.2002, T.2002/2892 sy.k.

rüstlük kuralının bir gereği olarak sözleşme hukukunun temel ilkelerinden sayılır. Bu ilke “ahde vefa ilkesi” olarak adlandırılır²³.

Sözleşmenin hazırlanması ve imzalanması aşamasında hata, hile veya ikrah söz konusu değildir. Davalı bunu gerçek samimi duygular içerisinde imzalamış ya da bu şekilde hissettirmiştir. Yapılan sözleşme hukuka aykırı nitelik taşımamaktadır. Kaldı ki, olayımız bakımından ahlaka ve hukuka aykırılığın mevcudiyeti için aranan şartların oluştuğu kabul edilse dahi, bu aykırılığın ileri sürülmesi MK.m.2 gereği mümkün değildir. Zira sözleşme özgürlüğüne istisna getiren BK.m.20/1 hükmünün dürüstlük kuralı (hakkın kötüye kullanılması yasağı ilkesi) çerçevesinde kullanılması gerekmektedir.

Yasa hükümlerini katı bir şekilde uygulamak her zaman adil ve hakkaniyete uygun sonuçlar doğurmaz. Nitekim BK.m.65 gereğince verilenlerin geri istenemeyeceği hususu üzerinde durulsa dahi taraflar, “*pay sahipleri sözleşmesini karşılıklı anlaşarak imzalamışlar ve hatta davalı pay sahipleri sözleşmesi ile ana sözleşme arasında bir uyumsuzluk çıkması halinde pay sahipleri sözleşmesi uygulanır*” hükmünü bile bile bu sözleşmeye imza atmıştır. Nitekim kanunun bazı maddelerinin (BK. m. 19, 20, 65) arkasına sığınarak verilenlerin iade edilmesinden kaçınılması korunmaya değer bir durum değildir.

II. 23 MART 2004 TARİHİNDE YAPILAN OLAĞANÜSTÜ GENEL KURUL TOPLANTISINDA DAVALININ MÜVEKKİLİMİZİN % 26’LIK PAYA İLİŞKİN VEKALET HAKKINA AZİLNÂME İLE SON VERDİĞİNİ AÇIKLAMASI, UYGUN OLMAYAN ZAMANDA YAPILAN AZİL NİTELİĞİ TAŞIMAKTADIR.

Vekâlet sözleşmesi güven (itimat) temeline dayanan bir sözleşmedir. Bu nedenle yasa tarafından her iki tarafa birine istediği zaman sözleşmeyi tek yanlı olarak sona erdirme yetkisini vermiştir²⁴.

BK.m. 396/1’e göre “Vekâletten azil ve ondan istifa her zaman caizdir.” Bu hüküm uyarınca vekâlet sözleşmesi müvekkil veya vekil tarafından, bir nedene dayandırılması gerekmeyen, tek taraflı varması gereken beyanla her zaman ortadan kaldırılabilir. Tek taraflı geri alma, vekâlete özgü bir sona

²³ KAPLAN, İ., Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi, Ankara, 1987, s. 113-114. Aynı yöndeki karar için bkz., HGK.19.02.1997 T., 1996/11 674 E.

²⁴ ZEVKLİLER, A., Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara 2002, 7.Bası, Ankara, s. 368.

erme sebebidir; bu hakkın kullanılmasının haklı bir nedene dayandırılması veya şarta bağlanması gerekmemesi vekâletin hizmet sözleşmesinden ayrıldığı bir yöndür; tek taraflı son verme hakkının sadece iş gördüren müvekkile değil, aynı zamanda iş gören vekile de tanınmış olması ve böylece sözleşmeye son verenin kural olarak diğer tarafın ifaya olan tüm menfaatlerini tazminle yükümlü olmaması da vekâletin istisna sözleşmesinden farklılık taşıdığı bir husustur²⁵.

Öğretide ve mahkeme içtihatlarında²⁶ baskın olan düşünceye göre, her çeşit vekâlette, müvekkil vekili her zaman azletmek hakkından, vekil de her zaman istifa edebilmek hakkından önceden vazgeçemez. Başka bir deyişle, azil veya istifanın her zaman caiz olduğunu belirten BK.m.396/1 emredici nitelikte bir hükümdür ve aksine sözleşme yapılamaz. Aynı esas BK.m.34/2'de temsil olunan bakımından "Temsil olunan kimsenin bu hakkından (temsil yetkisini kaldırma veya daraltma hakkından) evvelce feragat etmesi hükümsüzdür" şeklinde ifade edilmiştir.

Federal Mahkeme'ye göre; taraflar, temsil yetkisinin geri alınması haline cezai şart kararlaştıramazlar²⁷. Zira böyle bir şart geri alma hakkının kullanılmasını zorlaştırır. Buna karşılık bazı yazarlara göre, BK.m. 19/2'ye aykırı olmamak şartı ile temsil edilenin geri alma hakkını kullanmamayı vaat etmesi mümkündür. Temsil edilen bu vaade rağmen temsil yetkisini geri alabilir. Ancak bu takdirde geri alma sebebi ile mümessilin uğramış olduğu zararı tazmin etmek zorunda kalır²⁸.

Geri alma hakkı da her hak gibi dürüstlük kuralına uygun kullanılmalıdır. Kanun geri alma (azil) hakkının kötüye kullanılmasını korumamıştır²⁹. Nitekim BK. m.396/2'ye göre; "Uygun olmayan zamanda sözleşme azil ve istifa yoluyla sona erdirilemez. Erdirilirse, sona erdiren taraf diğer tarafın bu yüzden doğan zararını ödemekle yükümlüdür³⁰".

Olayımız bakımından pay sahipleri sözleşmesi uyarınca süresiz ve gayri kabili rücu şeklinde verilen vekâlette, gayri kabili rücu şartının bulunması BK. m. 396/1 ve m. 34/2'ye göre geçersizdir. Ancak bu durum vekâlet ilişkisi-

25 TANDOĞAN, H. Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri), C.II, 3. Bası, Ankara 1987, s. 620.

26 BGE 59 II 261; 57 II 190; 55 II 183; Y.2.HD., 26.05.1972, E.3257, K.3370, RDK. 1972, Sa. 9-10, s. 335-336 (naklen TANDOĞAN, Haluk, s.623, dn. 61).

27 BGE 98 II 309; vd.; 104 II 108 (naklen EREN, s.406, dn. 91).

28 EREN, s. 406.

29 TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 193.

30 ZEVLİLİLER, s. 377.

sinin de geçersiz olduğu anlamına gelmemektedir. BK.m.396/1'e göre; vekâletten azil ve istifa her zaman mümkündür. Yani, gayri kabili rücu şartı konulmuş olsa dahi müvekkil vekâletnameyi dilediği zaman geri alabilir. Dolayısıyla MK. m. 23 anlamında bir sınırlandırma söz konusu değildir. Nitekim BK. m. 396/2'de geri alma uygun olmayan zamanda yapılamaz, yapılırsa müvekkil tazminat ödemek yükümü altına girer denilmektedir. Yani geri alma uygun olmayan zamanda dahi yapılabiliriyorsa herhangi bir sınırlandırma bahsedilemez.

Pay sahipleri sözleşmesi uyarınca verilen vekâletname yukarıda da anlatıldığı gibi geçerlidir. Davalı olağanüstü genel kurul toplantısında vekâlet ilişkisine son verebilir, ancak bundan kaynaklanan zararımızı tazminle yükümlüdür.

**III. DAVALININ TAAHHÜT ETTİĞİ ANCAK ÖDEMEDİĞİ
200 000 000 DOLARIN 157 500 000 DOLARLIK KISMI
MÜVEKKİLİMİZ TARAFINDAN ÖDENMİŞTİR. BUNUNLA
BİRLİKTE DAVALININ ŞİRKETE KARŞI OLAN SERMAYE
GETİRME BORCU SONA ERMİŞ OLMASINA RAĞMEN,
MÜVEKKİLİMİZE KARŞI OLAN BORCU DEVAM
ETMEKTEDİR.**

Her ortak usulüne göre yazılı olarak tanzim edilmiş ve imzaları noterlikçe onaylı mukavelede getirmeyi taahhüt ettiği sermayeden dolayı şirkete karşı borçludur (TTK. m. 140/1)³¹. Pay sahibi borcunu ödemedikçe hiçbir suretle bu borcundan kurtulamaz (TTK m. 298)³².

Anonim şirketler hukukunda pay sahiplerinin taahhüt ettikleri sermaye payını tamamen ödemesi temel kuraldır³³.

1 Ocak 2003'te % 49'u müvekkilimiz, % 51'i davalıya ait olmak üzere Kaplan & Mobitel2 AŞ. kurulmuştur. Ana sözleşme uyarınca davalının sermaye getirme borcu 357 000 000 dolardır. Ancak müvekkilimiz, Kaplan Holding'e şirket kurma teklifi götürdüğünde davalının bunun tamamını karşılayamayacağını bildirmesi üzerine, müvekkilimiz % 26'lık paya tekabül

³¹ ÇELİK, Orhan Nuri, Anonim Şirketler s.148.

³² "Sermaye taahhüdü anonim şirkete karşı bir borç teşkil eder" Y.HGK.01.03.1967 E. 1966/T-1511, K.1967/133.

³³ "Anonim şirket hissedarlardan, taahhüt ettikleri ve borç niteliğinde olan sermaye taahhüdünü talep etmek zorundadır." Y.TD.17.05.1968. E.1968/2015, K.1968/3018.

eden 157 000 000 doları kendisinin vereceğini bildirmiştir. Bunun karşılığında yapılan pay sahipleri sözleşmesi uyarınca, davalı % 26'lık kısım için bir payın sahibine sağladığı hakları devretmeyi taahhüt etmiştir. Başlangıçta tarafların yaptıkları mutabakat sonucunda davalının koyabileceği miktar 200 000 000 dolardır. Bunun da 157 500 000 doları müvekkilimiz tarafından karşılanmıştır. Yani davalının şirkete karşı olan toplam 357 000 000 dolarlık borcu, yapılan bu ödemeler sonucunda sona ermiştir ve davalı şirket bu miktarın yalnızca 42 500 000 dolarını ödemiştir.

Bir anonim şirket tüzel kişilik kazandıktan sonra kendisini oluşturan kurucu ortaklardan bağımsız bir kişiliğe bürünmektedir. Dolayısıyla ortaklardan birinin şirkete karşı olan sermaye borcunda diğer ortak üçüncü kişi konumundadır. Kaplan Bank'ın şirketten % 51 paya sahip olmasından kaynaklanan 357 000 000 doların 157 500 000 dolarının şirkete ödenmesinde müvekkilimiz Mobitel2 üçüncü kişi konumundadır. Dolayısıyla davalının şirkete karşı olan sermaye borcu sona ermiş olsa dahi müvekkilimize olan borcu devam etmektedir. Yani olayımızda müvekkilimiz alacaklı yerine kaimdir.

Müvekkilimizce yapılan 157 500 000 dolarlık ödeme üçüncü kişinin ifası niteliği taşımaktadır. Nitekim BK. m. 67'ye göre borcun bizzat borçlu tarafından ifasında, alacaklının çıkarı bulunan istisnai haller bir yana bırakılırsa, üçüncü kişi kural olarak borçlu yerine ifada bulunabilir³⁴.

Üçüncü kişinin, borçlunun borcunu ifa ettiğinden bahsedebilmek için bu kişinin, söz konusu borcu ifa maksadıyla ödemiş olması şarttır³⁵.

Olayımızda davalının şirkete olan sermaye borcu ilişkisinde müvekkilimiz üçüncü kişi konumundadır. Davacı, davalının şirkete olan borcunu kendisi ödedi ise bunu davalıdan isteyebilir³⁶. Üçüncü kişinin ifasıyla birlikte borçlunun alacaklıya karşı olan bu borcu, bizzat borçlu ifa etmiş gibi, sona erer³⁷.

Üçüncü kişinin ifası, alacaklıyı tatmin etmekle birlikte borç ilişkisini sona erdirmez. Borçlu, sadece alacaklıya karşı borçtan kurtulur; buna karşılık yükümlülük ve sorumluluğu devam eder. Borçlanılan edimi ifa etmek sureti ile alacaklıyı tatmin eden üçüncü kişi borçluya karşı alacaklı yerine geçer, onun halefi olur; alacaklının hakları kanun gereği üçüncü kişiye geçer³⁸.

³⁴ TUNÇOMAĞ, s. 725.

³⁵ OĞUZMAN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 194.

³⁶ İMREGÜN, Oğuz, Bilirkişi Raporları, İstanbul 1999, s. 56.

³⁷ TUNÇOMAĞ, s. 726.

³⁸ EREN, s. 923; bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 1024.

Başkasının borcunu ödeyen kişi, borçlu yetki vermemiş olsa dahi borçlunun temsilcisi olarak hareket etmiş olur. Çünkü üçüncü kişi başkasının borcunu ödemekle yaptığı kazandırıcı işlemin borçlunun malvarlığı üzerinde etkisini göstermesini istediğini ve böylece borçlu adına hareket ettiğini açıklamış olmaktadır. Temsilci tarafından yapılmış diğer bütün işlemler, geçerli olmak için bir yetkinin bulunmasını veya bunun sonradan verilmesini zorunlu kıldıkları halde sadece başkasına ait borcun ödenmesinde temsil yetkisi aranmaz, çünkü bir borçtan kurtulma, hiçbir zararlı sonucu bulunmayan kesin bir yarar sağlar³⁹.

Davalının şirkete karşı olan sermaye borcu müvekkilimizin de yaptığı ödemeler sonucu sona ermiştir. Ancak bu durum davalının müvekkilimize olan borcunun da sona ermiş olduğu anlamına gelmemektedir. Ödenen bu meblağ kadar davalının borcu, üçüncü kişi sıfatıyla müvekkilimize karşı devam etmektedir. Taraflar pay sahipleri sözleşmesinde bu borcun geri ödemelerinin şirket kâr payından karşılanacağını belirtmişlerdir. Yapılan bu sözleşme, tarafların da imzasını taşıyan yazılı bir delil teşkil etmektedir. Ancak buna rağmen davacı henüz borcunu ödememiştir.

NETİCE OLARAK

1) Pay sahipleri sözleşmesi uyarınca müvekkilimizce ödenen 157 000 000 dolar karşılığında davalının sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini (% 26'lık payın temsil hakkının verilmesi, bu paya ilişkin temettü ve tasfiye paylarının doğrudan müvekkilimize yapılması) yerine getirmemesi üzerine verilenlerin BK.m.96 vd. hükümleri gereğince, iadesini;

2) Davalı söz konusu şirkete % 51 ortak olduğundan dolayı ödemesi gereken 357 000 000 doların 200 000 000 dolarını taahhüt etmiştir. Bunun da 157 500 000 doları müvekkilimizce ödenmiştir. Yukarıda ödenen 157 000 000 dolar ve bu maddede söz ettiğimiz meblağla, davalının şirkete karşı olan borcu sona ermiş olmakla birlikte müvekkilimizin üçüncü kişinin borcu ifası sonucunda alacak hakkı devam etmektedir. Davalı halen bu borcu ödemediğinden, söz konusu 157 500 000 doların müvekkilimize ödenmesini;

3) 1 Ocak 2004 tarihinde Vodetel'in teklifi üzerine, şirketi devredip bunun karşılığında toplam 500 000 000 dolar kar elde edebileceğimiz halde davalının tutumu neticesinde bu talep sonuçsuz kalmıştır. Bundan dolayı yoksun kalınan 375 000 000 doların müvekkilimize ödenmesini talep etmekteyiz.

³⁹ TUNÇOMAĞ, s. 726.

HUKUKİ SEBEPLER

TTK, BK, MK ve sair ilgili mevzuat. Yerli-yabancı, ilmi, kazai içtihat.

DELİLLER:

Pay sahipleri sözleşmesi, Şirket ana sözleşmesi

SONUÇ VE İSTEM

Yukarıda bahsettiğimiz haklı ve yasal gerekçelerle tahakkuk eden 689 500 000 ABD doları dava tarihi itibariyle işleyecek yasal faizi ile birlikte müvekkilimiz MOBİTEL2'ye ödenmesine ve vekalet ücretinin davalıya yükletilmesine karar verilmesini saygıyla arz ve talep ederiz.

DAVACI ŞİRKET VEKİLİ

Av.

İmza