

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

**ANONİM ORTAKLIKLAR HUKUKU'NDA  
SERMAYEYE KATILMALI ORTAK GİRİŞİMLER**

**Doktora Tezi**

**Sıtkı Anlam ALTAY**

**Tez Danışmanı : Prof. Dr. Hamdi YASAMAN (Galatasaray Üniversitesi)**

**Şubat 2007**

# İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	I
KISALTMALAR.....	XV
GİRİŞ.....	XVII
I.    YAKLAŞIM.....	XVII
II.   KONUNUN SINIRLANDIRILMASI.....	XIX
III.  İNCELEME PLANI.....	XX
IV.  YÖNTEM.....	XXIII

## Birinci Bölüm

### ORTAK GİRİŞİMLERİN KAVRAMSAL TEMELLERİ

§ 1.    Ortak Girişimlerin Tarihî Kökenleri ve Gelişimi.....	1
§ 2.    Ekonomik Açıdan Ortak Girişimler.....	8
I.    Ortak Girişimlerin Kurulmasının Ardında Yatan Ekonomik Saikler.....	8
II.   İdeal İşletme Büyüklüğünün Sağlanması.....	9
III.  Riskin Paylaşılması ve Tasfiyesi.....	10
IV.  Kaynak Sağlama.....	11
V.    Pazara Giriş Stratejisi Olarak Ortak Girişimler.....	11
VI.  Ortak Girişimlerin Birleşmenin Ön Aşaması Olarak İşlevleri....	18
VII. Ortak Girişimlerin Bir Teşebbüsün Tekil Kontrolünün Ele Geçirilmesi Açısından Bir Ön Aşama İşlevini Görmesi.....	20
§ 3.    Ortak Girişim Kavramı ve Ortak Girişimlerin Türleri.....	21
I.    Kavram.....	21
II.   Türleri.....	27
A.  Yapısal Bakımdan.....	27
1. Sözleşmesel Ortak Girişim- Sermayeye Katılmalı Ortak Girişim Ayrımı.....	27
2. Sözleşmesel Ortak Girişimlerin Hukukî Yapısı.....	28

a.	Sözleşmesel Ortak Girişimlerin Konusu ve Amacı.....	28
b.	Tanım.....	30
aa.	Yargı Kararlarında Yer Alan Tanımlar.....	30
bb.	Öğretide Ortaya Konulan Tanımlar.....	31
cc.	Kişisel Tanımımız.....	33
c.	Hukuki Niteliği.....	35
d.	Esaslı	
Unsuruları.....		38
aa.	Kişi Unsuru.....	38
bb.	Sözleşme Unsuru.....	39
cc.	Katılma Payı Unsuru.....	40
dd.	Amaç	
Unsuru.....		41
ee.	Affectio Societatis Unsuru.....	43
B.	Ortak Girişim Sözleşmesinin Taraflarının Tâbiyeti	
Bakımından.....		45
1.	Ulusal Ortak Girişimler.....	45
2.	Uluslararası Ortak Girişimler.....	46
C.	Ortak Girişimin Konusu Bakımından.....	47
1.	Araştırma ve Geliştirme Ortak Girişimleri.....	47
2.	Üretim Ortak Girişimleri.....	52
3.	Pazarlama ve Dağıtım Ortak Girişimleri.....	53
4.	İhracata Yönelik Ortak Girişimler.....	54
D.	İlgili Teşebbüslerin Pazar Konumları Bakımından.....	57
1.	Yatay Ortak Girişimler.....	57
2.	Dikey Ortak Girişimler.....	57
3.	Aykırı Ortak Girişimler.....	58
E.	Ortak Girişimin Pazar Yapısına (Rekabete)	
Yönelik Etkileri Bakımından.....		59
1.	İşbirliğine (Eşgüdüm) Yönelik Ortak Girişimler.....	59
2.	Yoğunlaşmaya Yönelik Ortak Girişimler.....	61
F.	Ortak Girişimin Pazarda Üstlendiği İşlevler Bakımından.....	63
1.	Tam İşlevli Ortak Girişimler.....	63
2.	Kısmi İşlevli Ortak Girişimler.....	64

§ 4.	Sermayeye Katılnalı Ortak Girişimlerin Kavramsal Temelleri..	65
I.	Joint Venture Kavramı ve Sermayeye Katılnalı Ortak Girişim.....	65
II.	Sermayeye Katılma Kavramı.....	68
III.	Temel Yapısı.....	70
IV.	Oluşum Biçimleri.....	72
V.	Pozitif	
	Temelleri.....	78
	A. Avrupa Topluluğu Hukuku.....	78
	B. Alman	
	Hukuku.....	79
	C. Fransız Hukuku.....	81
	D. İsviçre Hukuku.....	82
	E. Türk Hukuku .....	83
	1. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun.....	83
	2. Kurumlar Vergisi Kanunu.....	85
VI.	Öğretinin Ortak Girişimlere Yaklaşımı.....	87
	A. Anglo-Amerikan Hukuku.....	87
	B. Alman Hukuku.....	91
	C. Fransız Hukuku.....	94
	D. İsviçre Hukuku.....	96
	E. Türk Hukuku.....	99
	F. Kişisel Yaklaşımımız.....	105
	1. Tanım.....	105
	2. Sermayeye Katılnalı Ortak Girişimin Esaslı Unsurları.....	105
	a. Kalıcı Ekonomik Faaliyetlere	
	Yönelik Olarak Kurulması.....	105
	b. Hakim Teşebbüslerden Ayrı Bir Teşebbüs	
	Olması..	107
	c. Birbirinden Bağımsız Konumda Bulunan Hukuk	
	Öznelerinin Ortak Kontrolüne Tabi	
	Bulunması....	108
	d. Temel Sözleşme Ekseninde Yapılanma.....	110
	G. Sermayeye Katılnalı Ortak Girişimin ve Ortak Girişim	

<b>Şirketinin Çeşitli Hukuki Müesseselerle Karşılaştırılması.....</b>	<b>111</b>
<b>1. Avrupa Ekonomik Menfaat Gruplaşması.....</b>	<b>111</b>
<b>2. Birleşme.....</b>	<b>113</b>
<b>3. Bağlı Ortaklık.....</b>	<b>114</b>
<b>4. Adi Ortaklığın Çeşitli Görünüm Biçimleri.....</b>	<b>114</b>

## **İkinci Bölüm**

### **SERMAYEYE KATILMALI ORTAK GİRİŞİMLERİN HUKUKİ KONUMU VE TEMEL YAPISI**

<b>§ 5. Hukuki Konumun Belirlenmesinde Temel Yaklaşımlar.....</b>	<b>116</b>
<b>§ 6. Ortaklıklar Hukuku'nda Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimler.....</b>	<b>117</b>
<b>I. Ortaklık Tiplerinin Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimlere Elverişliliği.....</b>	<b>117</b>
<b>A. Genel Yaklaşım.....</b>	<b>117</b>
<b>B. Adi Ortaklıklar.....</b>	<b>120</b>
<b>C. Diğer Kişi Ortaklıkları.....</b>	<b>122</b>
<b>D. Limited Ortaklıklar.....</b>	<b>127</b>
<b>E. Anonim Ortaklıklar.....</b>	<b>131</b>
<b>1. Anonim Ortaklıkların Tipolojik Yapısı Açısından Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimlerin Durumu.....</b>	<b>131</b>
<b>a. Genel Olarak.....</b>	<b>131</b>
<b>b. Küçük Anonim Ortaklık-Büyük Anonim Ortaklık Ayrımı.....</b>	<b>132</b>
<b>c. Kapalı Anonim Ortaklık-Halka Açık Anonim Ortaklık Ayrımı.....</b>	<b>135</b>
<b>d. İki Ortaklı Anonim Ortaklık veya “Çok Hakim Ortaklı” Anonim Ortaklık Sorunu.....</b>	<b>137</b>
<b>2. Anonim Ortaklığa Egemen Olan İlkeler Açısından Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimler.....</b>	<b>139</b>
<b>a. Yaklaşım.....</b>	<b>139</b>
<b>b. Çoğunluk İlkesi ve Sermayeye Katılmaya Oranla</b>	

	<b>Hak Sahibi Olma İlkesi.....</b>	<b>140</b>
	<b>c. Sınırlı Sorumluluk İlkesi.....</b>	<b>144</b>
	<b>d. Tek Borç İlkesi.....</b>	<b>145</b>
	<b>e. Yabancı Bir Malvarlığının İşletilmesi İlkesi.....</b>	<b>146</b>
	<b>f. Kurumsal Yönetim İlkesi.....</b>	<b>147</b>
	<b>F. Değerlendirme.....</b>	<b>151</b>
<b>II.</b>	<b>Anonim Ortaklık Olarak Kurulan Ortak Girişimlerin</b>	
	<b>Yapısal Oluşum Biçimleri.....</b>	<b>157</b>
	<b>A. Yaklaşım.....</b>	<b>157</b>
	<b>B. Payların İki Hakim Ortak Arasında Yarı</b>	
	<b>Yarıya Dağıldığı Ortak Girişimler.....</b>	<b>158</b>
	<b>C. Hakim Ortaklardan Her Birinin Azınlık Payına</b>	
	<b>Sahip Olduğu Ortak Girişimler.....</b>	<b>164</b>
	<b>D. Hakim Ortaklardan Birinin Çoğunluk Paylarına</b>	
	<b>Diğerlerinin Azlık Paylarına Sahip Olduğu Ortak Girişimler..</b>	<b>165</b>
<b>§ 7.</b>	<b>Rekabet Hukuku'nda Sermayeye</b>	
	<b>Katılmalı Ortak Girişimler.....</b>	<b>166</b>
<b>I.</b>	<b>Rekabet Hukuku'nda Ortak Girişimlerin Konumuna Genel Bakış.....</b>	<b>166</b>
	<b>A. Rekabet Denetiminin Konusu.....</b>	<b>166</b>
	<b>B. Rekabet Hukuku'na Göre Ortak Girişimlerin</b>	
	<b>Sınıflandırılması..</b>	<b>169</b>
<b>II.</b>	<b>Yoğunlaşma Oluşturan Ortak Girişimler.....</b>	<b>174</b>
	<b>A. Yoğunlaşmalara Özgü Pozitif Düzenlemelere Genel Bakış... </b>	<b>174</b>
	<b>B. Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimin Yoğunlaşma</b>	
	<b>Olarak Nitelendirilmesinin Koşulları.....</b>	<b>174</b>
	<b>1. Genel Bakış.....</b>	<b>174</b>
	<b>2. Ortak</b>	
	<b>Kontrol.....</b>	<b>176</b>
	<b>3. Tam İşlevli Bir Teşebbüs Niteliğini Taşıma.....</b>	<b>177</b>
	<b>a. Pozitif Düzenlemelerdeki Tanımlar.....</b>	<b>177</b>
	<b>b. Hakim Teşebbüslerden Bağımsız Bir</b>	
	<b>Ekonomik Birimin Oluşumu.....</b>	<b>178</b>

c. Pazarın Gerektirdiği Tüm İşlevlerin Yerine Getirilmesi.....	179
d. Kalıcılık.....	182
e. Değerlendirme ve Kavramsal Yaklaşımımız.....	184
4. Rekabetçi Davranışlarının Koordinasyonuna Yol Açmama.....	186
C. Avrupa Hukuku'nda Sermayeye Katılnalı Ortak Girişimlerin Çifte Denetimi.....	190

§ 8. Anonim Ortaklık Olarak Kurulan Sermayeye Katılnalı Ortak Girişimlerin Hukukî Yapısı.....	193
I. Hukuki Yapının Unsurları.....	193
A. Genel Bakış.....	193
B. Temel Sözleşme.....	197
1. Terminoloji.....	197
2. Kavram.....	199
a. Genel Bakış.....	199
b. Temel Sözleşmenin Esaslı Unsurları.....	201
i.Sözleşme Unsuru.....	201
ii.Kişi Unsuru.....	202
iii.Amaç Unsuru.....	202
iv.Katılma Payı Unsuru.....	203
v.Affectio Societatis Unsuru.....	203
3. Hukuki Niteliği.....	205
4. Kartelle ve Konsorsiyumla Karşılaştırılması.....	209
a. Kartelle Karşılaştırılması.....	209
b. Konsorsiyumla Karşılaştırılması Farklı.....	212
5. Tarafları.....	216
C. Ortak Girişim Şirketi.....	222
1. Kavram.....	222
2. Ortak Girişim Şirketinin Anasözleşmesi.....	224
a. Anonim Ortaklıklarda Anasözleşme.....	224
b. Hukuki Niteliği.....	225
3. Temel Sözleşmeyle Anasözleşme Arasındaki İlişki.....	228
4. Anasözleşmenin Sonradan Akdedilmesi Halinde	

	<b>Taraflar Arasındaki Hukuki İlişkinin Niteliği.....</b>	<b>229</b>
<b>D.</b>	<b>Uydu Sözleşmeleri.....</b>	<b>230</b>
	1. <b>Kavram.....</b>	<b>230</b>
	2. <b>Konusu.....</b>	<b>233</b>
	3. <b>Tarafları.....</b>	<b>236</b>
	4. <b>Hukuki Niteliği.. ..</b>	<b>236</b>
	5. <b>Temel Sözleşme- Uydu Sözleşmeleri</b>	
	<b>İlişkinin Nitelendirilmesi.....</b>	<b>237</b>
<b>II.</b>	<b>Sermayeye Katılnalı Ortak Girişimin Nüvesi Olarak</b>	
	<b>Temel Sözleşme.....</b>	<b>244</b>
	<b>A. Temel Sözleşmenin İşlevleri.....</b>	<b>244</b>
	1. <b>Ortak Girişim Şirketini ve Ön Ortaklığı Biçimlendirme</b>	
	<b>İşlevi.....</b>	<b>244</b>
	2. <b>Paysahipleri Sözleşmesine Özgü İşlevi.....</b>	<b>246</b>
	3. <b>Ortak Kontrolü Tesis Etme İşlevi.....</b>	<b>247</b>
	<b>B. Temel Sözleşmelerin Uygulamada Tipikleşmiş İçeriğine Genel</b>	
	<b>Bakış.....</b>	<b>251</b>
	1. <b>Yaklaşım.....</b>	<b>251</b>
	2. <b>Hakim Teşebbüslerin Ortak Girişim Şirketindeki</b>	
	<b>Konumlarına ve Pay Dağılımına Özgü Düzenlemeler.....</b>	<b>252</b>
	3. <b>Kontrolü Sağlamaya Yönelik Düzenlemeler.....</b>	<b>252</b>
	4. <b>Organların Yetkilerine İlişkin Düzenlemeler.....</b>	<b>253</b>
	5. <b>Kilitlenmeyi Önlemeye veya Gidermeye Yönelik</b>	
	<b>Düzenlemeler.....</b>	<b>254</b>
	6. <b>Faaliyet Konusuna ve İş Planına İlişkin Düzenlemeler.....</b>	<b>255</b>
	7. <b>Sermaye Taahhütlerine ve Ortaklığın Finansmanına</b>	
	<b>İlişkin Düzenlemeler.....</b>	<b>256</b>
	8. <b>Kârın Değerlendirilmesine ve Dağıtımına İlişkin</b>	
	<b>Düzenlemeler..</b>	<b>257</b>
	9. <b>Uydu Sözleşmelerine Yönelik Düzenlemeler.....</b>	<b>258</b>
	10. <b>Ortak Girişim İlişkinin Sona Ermesine veya</b>	
	<b>Bu İlişkinin Taraflarının Değişmesine Yönelik</b>	
	<b>Düzenlemeler... </b>	<b>259</b>
	<b>C. Temel Sözleşmenin Adi Ortaklık Temeline Dayanan Ortaklık</b>	



Yapılarına Özgü Nitelikleri.....	262
1. Tipik –Atipik Adi Ortaklık Ayrımı .....	262
2. Geçici- Sürekli Ortaklık Niteliği.....	263
3. Kuruluş Ortaklığı Niteliği ve Ön Ortaklığı Biçimlendirme Özelliği.....	265
4. İç-Dış Ortaklık Ayrımı Açısından Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimler.....	268
5. Çifte Ortaklık Niteliği.....	270
a. Sorunun Ortaya Konulması.....	270
b. Çifte Ortaklık Kavramı.....	271
c. Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimlerin Çifte Ortaklık Karakteri.....	273
D. Temel Sözleşmenin İhlaline Bağlanan Yaptırımlar.....	279
E. Temel Sözleşmenin Sona Ermesi.....	282

### Üçüncü Bölüm

#### ANONİM ORTAKLIK OLARAK KURULAN SERMAYEYE KATILMALI ORTAK GİRİŞİMLERDE ORTAK KONTROL

§ 9. Kontrol Kavramı ve Onun Bir Özel Türü Olarak Ortak Kontrol.....	283
I. Sorun ve Yaklaşım.....	283
1. Anonim Ortaklığın Bağımsızlığı Meselesi.....	283
2. Ortak Girişim Şirketinin Bağımsızlığı Meselesi.....	291
3. Ortak Kontrol İradesinin Oluştığı Zemin : Hakim Payscalelerinin Adi Ortaklığı.....	297
II. Çeşitli Hukuk Disiplinlerinde Kontrol Kavramının Ele Alınış Biçimi.....	303
A. Ortaklıklar Hukuku.....	303
1. Payscaleleri Arasında Menfaat İhtilafları Açısından Kontrol Kavramı.....	303
2. Avrupa Topluluğu Ortaklıklar Hukukuna Özgü Düzenlemeler Işığında Kontrol Kavramı.....	305
3. Şirketler Topluluğuna Özgü Düzenlemeler Işığında Hakimiyet Kavramı.....	307
a. TTK Tasarısı'nda Şirketler Topluluğu.....	307

b.	Hakimiyete Yol Açan Durumlar.....	310
aa.	Genel Bakış.....	310
bb.	Oy Haklarının Çoğunluğuna Sahip Olunması veya Oy Haklarının Çoğunluğu Üzerinde Tasarruf Edilmesi.....	313
cc.	Yönetim Organında Görev Alacak Üyelerin Çoğunluğunu Seçebilme İmkânı.....	317
dd.	Hakimiyet Sözleşmeleri ve Hakimiyete Yol Açan Diğer Durumlar.....	323
c.	Hakimiyete Karine Oluşturan Durumlar.....	324
4.	Değerlendirme.....	325
B.	Banka Hukuku.....	326
C.	Sermaye Piyasası Hukuku.....	335
D.	Rekabet Hukuku.....	341
1.	Yaklaşım.....	341
2.	Tekil Kontrol Kavramının Rekabet Hukuku'ndaki Yeri.....	342
a.	Temel Pozitif Düzenlemeler Işığında Kontrol.....	342
b.	Rekabet Otoritelerinin Kararları Işığında Kontrol.....	345
c.	Belirleyici Etki Unsuru.....	350
aa.	Belirleyici Etki Kavramının Kontrol Kavramı Açısından Rolü.....	350
bb.	Belirleyici Etki Ögesinin İçeriğinin Belirlenmesi.....	351
3.	Ortak Kontrol Kavramının Rekabet Hukuku'ndaki Yeri.....	352
a.	Genel Bakış.....	352
b.	Ortak Kontrol Kavramı.....	352
c.	Ortak Kontrolün Görünüm Biçimleri.....	353
III.	Ortak Kontrolün Elde Edilmesini Sağlayan Araçlara Genel Bakış.....	355
A.	Oy Haklarının Yarı Yarıya Dağılımı Halinde Başvurulacak Araçlar.....	355
B.	Hakim Paysahiplerinden Birinin Oy Haklarının Çoğunluğunu Elinde Bulundurması Halinde Başvurulacak Araçlar.....	356

C.	Hakim Paysahiplerinden Her Birinin Azınlık Paysahibi Konumunda Bulunması Halinde Başvurulacak Araçlar.....	359
IV.	Rekabet Hukuku'nda Kontrol ve Ortak Kontrol Kavramlarının Bütünsel Açıdan Değerlendirilmesi.....	361
§ 10.	Çeşitli Disiplinlerin Verileri Işığında Kontrol ve Ortak Kontrol Kavramlarına	
	Kişisel Yaklaşımımız.....	363
I.	Tekil Kontrol Kavramına Yaklaşımımız .....	363
II.	Ortak Kontrol Kavramına Yaklaşımımız.....	368
III.	Kontrolün Maddî İçeriği.....	370
i.	Kontrolün Maddî İçeriğinin Belirlenmesinde Çıkış Noktasına İlişkin Arayışlar. ....	370
ii.	Kontrolün Maddî İçeriği Açısından Stratejik Kararlar.....	375
1.	Genel Bakış.....	375
2.	Yönetim Organının Oluşturulması.....	379
3.	Bütçenin Belirlenmesi.....	382
4.	İş Planının Hazırlanması.....	384
5.	Yatırımlar.....	386
6.	Pazara Özgü Haklar.....	388
7.	Diğer Stratejik Kararlar.....	388
8.	Değerlendirme.....	389
IV.	Kontrol Müessesesine İlişkin Veriler Işığında Ortak Kontrolün Mahiyeti.....	393
§ 11.	Ortak Kontrolü Sağlayan Araçlar.....	400
I.	Ortak Kontrolü Sağlayan Araçların Hukuki Kaynağı.....	400
b.	Oy Haklarının Dağılımı.....	406
A.	Oy Hakkının Kontrolün Elde Edilmesindeki Rolü.....	406
B.	Oy Haklarının Tamamının Hakim Paysahipleri Arasında Dağılımı.....	408
1.	Oy Haklarının Yarı Yarıya Dağılımı.....	408
2.	Oy Haklarının İki'den Fazla Hakim Paysahibi	

	Arasında Eşit Bir Şekilde Dağılımı.....	411
3.	Oy Haklarının Hakim Paysahipleri Arasında Eşit Olmayan Dağılımı.....	412
4.	Oy Haklarının Çoğunluğunun Hakim Paysahipleri Arasında Paylaşılması.....	412
c.	Yetersayılar ve Veto Hakları Marifetiyle Ortak Kontrolün Tesis Edilmesi.....	414
i.	Yetersayılar.....	414
1.	Anonim Ortaklıklarda Yetersayılar.....	414
2.	Yetersayıların Ortak Kontrolü Sağlama İşlevi.....	417
ii.	Veto Hakkı.....	421
1.	Veto Hakkının Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda Yeri.....	421
2.	Sermayeye Katılnalı Ortak Girişimlerde Veto Haklarının Ortak Kontrolü Sağlayıcı Rolü.....	427
d.	Ortak Kontrolün Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz Marifetiyle Sağlanması.....	430
A.	Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda İmtiyazın Yeri.....	430
B.	İmtiyazın Sermayeye Katılnalı Ortak Girişimler Açısından İşlevi.....	439
C.	Ortak Kontrolün Sağlanmasında Oy Hakkında İmtiyazdan Yararlanılması.....	441
1.	Oy Hakkının Hakim Paysahiplerinin Yönetime Katılma Gücünü Eşitleme İşlevi.....	441
2.	TTK'nın ve Tasarı'nın Oyda İmtiyazın Etkisizleşmesine Yönelik Düzenlemesinin Etkileri.....	445
D.	Yönetim Kurulunda Temsil Edilme İmtiyazı.....	448
1.	Kavram.....	448
2.	Hukukî Niteliği.....	450
3.	Türleri.....	451
4.	Ortak Kontrolün Oluşumundaki Rolü.....	452
V.	Tüzel Kişinin Yönetim Kuruluna Seçilmesi Marifetiyle Ortak Kontrolün Tesis Edilmesi.....	455
VI.	Oy Sözleşmesi.....	459

A. Kavram ve Hukuki Nitelik.....	459
B. Ortak Girişim Şirketlerinde Oy Sözleşmesi.....	461
C. Oy Sözleşmelerinin Ortak Kontrolü Sağlama İşlevi.....	463
1. Oy Sözleşmesinin Kontrolü Sağlamasının Mümkün Olup Olmadığı Meselesi.....	463
2. Tekil ve Ortak Kontrolün Tesis Edilmesinde Oy Sözleşmeleri.....	466
3. Hakim Paysahibinin Oy Sözleşmesine Uygun Davranmaya Zorlanması Sorunu.....	468

#### Dördüncü Bölüm

### ANONİM ORTAKLIK OLARAK KURULAN SERMAYEYE KATILMALI ORTAK GİRİŞİMLERİ İLGİLENDİREN BAŞLICA HUKUKİ SORUNLAR

§ 12. ORTAK GİRİŞİM ŞİRKETİNİN YÖNETİMİNE ÖZGÜ SORUNLAR.....	474
I. Ortak Girişim Şirketinin Yönetim Yapısı.....	474
A. Anonim Ortaklıklarda Yönetim Organın Yapılanmasına Genel Bakış.....	474
B. Ortak Girişim Şirketinde Yönetim Kurulunun Konumu.....	477
C. Yönetim Organının Örgütlenmesinin Ortak Kontrol Üzerindeki Etkileri.....	479
D. Genel Kurul ile Yönetim Kurulu Arasında Yetki Dağılımı.....	480
E. Yönetim Kurulu Üyelerinin Konumu : İnançlı Yöneticilik Meselesi.....	484
II. Ortak Girişimin Kilitlenmesi.....	489
A. Kilitlenme Kavramı.....	489
B. Kilitlenmenin Görünüm Biçimleri....	490
C. Kilitlenmenin Önlenmesine ve Sona Erdirilmesine İlişkin Araçlar..	494
a. Temel Sözleşmenin Kilitlenmeyi Önleyici İşlevi.....	494
b. Yönetim Organının Kilitlenme Riski Gözetilerek Yapılandırılması. ....	494
c. Paysahiplerinden Birinin İnisiyatifine Ağırlık Verilmesi.....	496

d.	Genel Kurulda ve Yönetim Kurulunda	
	Başkana Üstün Oyun Tanınması.....	498
e.	Üçüncü Kişilerin Önerisi Doğrultusunda Karar Alınması. ....	500
§ 13.	ŞİRKETLER TOPLULUĞU HUKUKU AÇISINDAN SERMAYEYE	
	KATILMALI ORTAK GİRİŞİMLER.....	501
I.	Şirketler Topluluğu Hukuku'nun Sermayeye Katılmalı Ortak	
	Girişimlere Uygulanabilmesi Sorunu.....	501
A.	Doğrudan	
	Uygulanabilme.....	501
B.	Kıyasen	
	Uygulanabilme.....	506
II.	□ Hakim Payscalelerinin Topluluk Şirketi Olması Sorunu.....	508
III.	Hakim Ortaklığın Ortak Girişim Şirketi Olarak Yapılandırılması.....	510
§ 14.	HAKİM PAYSANİPLERİNİN ÖZEL SORUMLULUĞU	
i.	Yaklaşım.....	514
ii.	Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Teorisi ve Hakim	
	Payscalelerinin Sorumluluğu.....	515
A.	Kavram.....	515
B.	Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimler Bakımından	
	Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Teorisinin Yeri.....	518
C.	Teorinin Bazı Temel Uygulama Alanlarının Sermayeye Katılmalı	
	Ortak Girişimlerdeki Görünümü.....	520
1.	Yabancı Yönetim.....	520
a.	Yabancı Yönetime Bağlı Olarak Perdenin Aralanmasının	
	Koşulları.....	520
b.	Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimlerde Yabancı	
	Yönetim Dolayısıyla Perdenin Kaldırılması.....	522
2.	Malvarlıklarının veya Hukuki Alanların Birbirine Karışması.....	525
a.	Kavram.....	525

	b. Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimler Bakımından	
	Karışma. ....	526
iii.	Hakim Paysahiplerinin Sadakat Yükümlülükleri.....	529
	A. Sorun.....	529
	B. Anonim Ortaklıklarda Paysahiplerinin Sadakat	
	Yükümlülüğü. ....	532
	1. Kavramsal Açıdan Sadakat Yükümlülüğü.....	532
	2. Anonim Ortaklıklarda Sadakat Yükümlülüğünün	
	Yeri.... ..	533
	3. Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimlerde Paysahibinin	
	Sadakat Yükümlülüğü.....	539
§ 15.	TEMEL SÖZLEŞMENİN VEYA ORTAK GİRİŞİM ŞİRKETİNİN	
	SONA ERMESİ.....	542
	I. Sona Erme Kavramı.....	542
	II. Ortak Girişim İlişkisinin Sona Ermesine	
	Yol Açan Nedenler.....	547
	A. Ekonomik Nedenler.....	547
	B. Hakim Paysahipleri Arasında Anlaşmazlıklar Çıkması.....	550
	III. Ortak Girişim İlişkisinin Sona Erdirilmesi.....	552
	A. Tarafların Uzlaşması Yoluyla.....	552
	B. Pay Devrine Özgü Kısıtlama Getiren Hakların Kullanılması	
	Yoluyla Sorun.....	553
	1. Sorun.....	553
	2. Pay Devrinin Kısıtlanmasına Yönelik Düzenlemelerin	
	Kavram ve Nitelik Açısından Değerlendirilmesi.....	556
	3. Pay Devri Kısıtlamalarına İlişkin Düzenlemelerin	
	Anasözleşmeye Yansıtılması ve Bağlam Hükümleriyle	
	Teminat Altına Alınması Meselesi.....	559
	C. Temel Sözleşmede Öngörülen Sürenin Dolmasıyla.....	562
	D. Ortak Girişimin Amacına Ulaşması veya	
	Bunun İmkansız Hale Gelmesiyle.....	564

E. Olağan Fesih Yoluyla.....	565
F. Temel Sözleşmenin Haklı Sebep Feshi Yoluyla.....	568
IV. Ortak Girişim İlişkisinin Sona Ermesinin Etkileri.....	573
A. Temel Sözleşmenin Taraflarının Üçüncü Kişilere ve Anonim Ortaklığa Karşı Yükümlülüklerine Yönelik Etkileri..	573
B. Ortaklığın Yapısına ve Ortakların Hakim Paysahibi Sıfatına Yönelik Etkileri.....	575
C. Temel Sözleşmenin Sona Ermesinin Anonim Ortaklığın Sona Ermesi Açısından Özellikli Etkileri .....	579
1. Genel Olarak.....	579
2. Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshi.....	580
a. Kavram ve Düzenleniş Biçimi.....	580
b. Haklı Sebep Fesih Davasında Hakimin Takdir Yetkisi ve İzleyeceği Yöntem.....	582
c. Haklı Sebep Kavramı.....	584
d. Özellikle Ortak Girişim Şirketi Açısından Feshe Alternatif Oluşturan Yöntemler.....	586
3. Anonim Ortaklığın Amacına Erişmesinin İmkansız Hale Gelmesi.....	587
4. Anasözleşmeye Konulacak Bir Hükümle Anonim Ortaklığın Sona Ermesinin Sağlanıp Sağlanamayacağı Meselesi.....	589
V. Temel Sözleşmenin Sona Ermesinin Uydu Sözleşmelerinin Varlığına Yönelik Etkileri.....	592
SONUÇ.....	594
YARARLANILAN KAYNAKLAR.....	605



## KISALTMALAR

AB.	Avrupa Birliği
ABD.	Amerika Birleşik Devletleri
AT.	Avrupa Topluluğu
ATRG.	Avrupa Topluluğu Resmî Gazetesi
BankK.	Bankacılık Kanunu
Batider	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BDT. Birleşmeler ve	Rekabet Kurulu'nun 1997/1 Sayılı Devralmalar Hakkında Tebliği
BGBI.	Bundesgesetzblätter
BK.	Borçlar Kanunu
C.	cilt
Çev.	Çeviren
Dn.	Dipnot
EBankK.	Eski Bankalar Kanunu
ECLR.	European Competition Law Review
ECR.	European Court Reports
FTK.	Fransız Ticaret Kanunu
HD.	Hukuk Dairesi
HGK.	Hukuk Genel Kurulu
İBK.	İsviçre Borçlar Kanunu
JdT.	Journal des Tribunaux
LOK.	Alman Limited Ortaklıklar Kanunu
m.	madde
MK.	Türk Medeni Kanunu
OR.	Obligationenrecht
XVII	

par.	Paragraf
POK.	Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu
RG.	Resmî Gazete
RKHK.	Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
s.	Sayfa
S.	Sayı
SPK.	Sermaye Piyasası Kanunu
SZW. Wirtschaftsrecht	Schweizerische Zeitschrift für
TİOGD. Avrupa	Tam İşlevli Ortak Girişimler Hakkında Komisyonu Duyurusu
TTK.	Türk Ticaret Kanunu
vd.	ve devamı
YKD.	Yargıtay Kararları Dergisi
YST.	Yan Sınırlamalar Tebliği
YT.	Avrupa Topluluğu Yoğunlaşmalar Tüzüğü
ZSR.	Zeitschrift für schweizerisches Recht

# GİRİŞ

## I. YAKLAŞIM

İşbirliği, insanlığın gelişim tarihinin erken evrelerinde, yaşamsal zorunlulukların gereği olarak ortaya çıkmıştır. Teşebbüsler arası işbirliği ise, ekonomi tarihinin ileri evrelerinde gündeme gelmiştir. Sanayi öncesi dönemde keşfedilmemiş pazarlar, bireysel girişimler açısından büyük atılım fırsatları sunmaktaydı. Sanayinin ortaya çıkması, seri üretime geçilmesi ve zamanla ekonominin küreselleşmesi, pazarların oluşumunu ve paylaşımını hızlandırarak kişilerin ve teşebbüslerin bireysel girişimlerini güçleşmiştir. Rekabet olgusunun önemszenmesiyle biçimlenen modern ekonomide, teşebbüslerin iç büyüme yoluyla gelişmeleri büyük ölçüde zorlaşınca, teşebbüsler arası işbirliği kaçınılmaz hale gelmiştir.

Özellikle 20. yüzyılda İkinci Dünya Savaşı'nın ardından sermayenin yoğunlaştığı gelişmiş ülkelerin yabancı pazarlara giriş engelleriyle çetin bir mücadeleye girmesi, yaklaşık elli yıllık bir süreç içinde bir çok ülkenin yabancı sermayenin önündeki engelleri kaldırmasına veya azaltmasına yol açmış, bu gelişmeler çeşitli işbirliği modellerinin oluşumuna hız kazandırmıştır. Bu noktada çok genel bir ayırım yapmak gerekirse, işbirliği modellerini kalıcı ve geçici işbirliği yapılanmaları olarak incelemek mümkündür. Doğrudan yatırımın bir türü olan sermayeye katılmalı ortak girişimler de kalıcı işbirliği modellerinin geniş uygulama alanına sahip görünüm biçimlerinden birisidir.

Sermayeye katılmalı ortak girişimlerin oldukça yaygın bir şekilde kullanılmasının başlıca nedeni, bu işbirliği modelinin riskin büyük ölçüde tasfiyesine hizmet etmesidir. Teşebbüsler kendileri açısından bilinmezlerle dolu pazarlara giriş stratejisini geliştirirken, kendilerinde mevcut olmayan imkanları tamamlayacak teşebbüslerle birlikte hareket etmeyi tercih etmektedir. Aynı ölçüde etkili olan bir başka neden, sermayeye katılmalı ortak girişimin teşebbüslere varlıklarının tamamını işbirliğine tahsis etme zorunluluğunu getirmemesidir. Diğer bir anlatımla, sermayeye katılmalı ortak girişimi kuran ve hakim teşebbüs olarak adlandırılan teşebbüsler, bu işbirliği modelini örgütlemek için kaynaklarının bir kısmını tahsis etmekte, bu sayede kalan kaynaklarıyla ortak girişim dışında kendi ekonomik faaliyetlerini sürdürme

imkanına kavuşmaktadırlar. Böylelikle sermayeye katılmalı ortak girişimlerin oluşumunun öncesinde ve sonrasında hakim teşebbüsler bağımsız varlıklarını korumaktadır.

Sermayeye katılmalı ortak girişime özgü hukuki sorunların irdelenmesinde çıkış noktası, bu kurumun hukuki yapısı olmalıdır. Sermayeye katılmalı ortak girişim, “temel sözleşme” olarak adlandırılan bir sözleşme uyarınca meydana gelmekte; söz konusu sözleşme, bir ortak girişim şirketinin oluşumuna yol açmaktadır. Taraflar arasındaki işbirliği, bu şirketin çatısı altında yürütülecektir. Bununla birlikte, sermayeye katılmalı ortak girişimin stratejik bir işbirliği modeli olması, doğrudan doğruya bu kurumun yapısını etkilemektedir. Ortak girişimi kuran teşebbüsler, uydu sözleşmeleri marifetiyle, ortak girişim şirketine stratejik katkılarda bulunmaktadır. Bu sayede, sermayeye katılmalı ortak girişimin unsurları olan “hakim teşebbüsler” ile “ortak girişim şirketi” arasında bir ekonomik ilişkiler örgüsü meydana gelmektedir.

Çalışmamızın ağırlık noktası, sermayeye katılmalı ortak girişimin merkezinde yer alan ortak girişim şirketinin Ortaklıklar Hukuku alanında doğurduğu sorunların tespit edilmesi ve irdelenmesidir. Bu incelemede, anonim ortaklık modeli esas alınacaktır. Bu tercihin nedeni, ülkemizde kurulan sermayeye katılmalı ortak girişimlerin önemli bir kesiminin anonim ortaklığın çatısı altında yapılandırılmasıdır. Sermayeye katılmalı ortak girişimlerin bu hukuk disiplininde yol açtığı hukuki sorunların kökeninde ortak kontrol müessesesi yer almaktadır. Sermayeye katılmalı ortak girişimin özelliği, ortak kontrole tabi bir şirketin kurulmasına zemin hazırlamasıdır. Bu noktada, ikinci bir hukuk disiplinine özgü hukuki sorunlar gündeme gelmektedir. Sermayeye katılmalı ortak girişimin önemli hukuki sorunlara yol açtığı bir diğer alan Rekabet Hukuku’dur. Teşebbüslerin pazar davranışlarının ve girişimlerinin rekabet düzeni üzerindeki etkilerini irdeleyen bu hukuk disiplininde, sermayeye katılmalı ortak girişimler, bir hukuki müessese olarak uzun bir evrim süreci geçirmiştir. Rekabet Hukuku’nun bugün vardığı nokta, sermayeye katılmalı ortak girişimleri, özelliklerine göre bir yoğunlaşma veya rekabeti sınırlayıcı bir anlaşma olarak değerlendirme eğilimini yansıtmaktadır.

Sermayeye katılmalı ortak girişimin her iki hukuk disiplininin kesişim alanını ilgilendirmesi, bu noktada gündeme gelmektedir: Rekabet düzenini etkilemesi söz konusu olan ortak girişimler, rekabet denetimine tâbî kılınmaktadır. Belirli bir çapın üzerinde stratejik bir ekonomik faaliyet yürütecek olan ortak girişimlerin bu denetime tabi kılınması, sermayeye katılmalı ortak girişimi kuran teşebbüslerin, rekabet denetiminde uygulanması söz konusu olan iki denetim rejiminden (davranış denetimi/yapısal denetim) daha avantajlı olan yapısal denetimi tercih etmelerine yol açmaktadır. Açık bir anlatımla, teşebbüsler, kuracakları ortak girişimin rekabet otoritesi tarafından daha ılımlı bir şekilde değerlendirilmesini temin etmek amacıyla, sermayeye katılmalı ortak girişimi bir yoğunlaşma olarak yapılandırma eğilimindedir.

Bu noktada, sermayeye katılmalı ortak girişimlerin hem Ortaklıklar Hukuku'na hem de Rekabet Hukuku'na özgü hukuki sorunları barındırdığı ortaya çıkmaktadır. Ancak kaydetmek gerekir ki, sermayeye katılmalı ortak girişimlere özgü Rekabet Hukuku sorunları, münhasıran Rekabet Hukuku'nun penceresinden ele alınmaktadır. Oysa, sermayeye katılmalı ortak girişimlerin nüvesinde ortak kontrol unsurunun yer alması, Ortaklıklar Hukuku'nun ve Rekabet Hukuku'nun ortak paydasını oluşturmaktadır. Söz konusu ortak payda, sermayeye katılmalı ortak girişimin her iki hukuk alanında doğurduğu sorunların birbirinden bağımsız ve ilgisiz bir şekilde irdelenmesine engeldir. Çalışmamızın ilk saikini, bu yaklaşım oluşturmaktadır.

İkinci olarak, sermayeye katılmalı ortak girişimlerin Ortaklıklar Hukuku alanında arz ettiği hukuki sorunlar, Türk Hukuku'nda bağımsız bir çalışmayla ele alınmamıştır. Çalışmamızın amacı, bu kurumun Ortaklıklar Hukuku'na özgü cephesini araştırmaktır. Bu araştırmada, münhasıran anonim ortaklıkların eksen alınmasının nedeni, bir yandan uygulamanın bu ortaklık tipini sıklıkla tercih etmesi, diğer yandan da, ortak girişimin kökeninde yer alan ortak kontrol ilişkisinin, oluşumu ve işleyişi itibarıyla her ortaklık tipinde farklı sonuçlar doğurmasıdır. Bu anlamda, Ortaklıklar Hukuku'nun bütününe yönelik bir çalışma, monografik bir etüdün sınırlarını aşardı. Çalışmamızın Anonim Ortaklıklar Hukuku'na özgü temel çıkış noktası ise, Türk Hukuku'nda ayrıntılı çalışmalara konu olmayan “hakimiyet” ve “kontrol” kavramlarının araştırılması düşüncesidir.

Bu veriler ışığında çalışmamızın amacı, sermayeye katılmalı ortak girişimlerin bir hukuk müessesesi olarak özelliklerini ve Anonim Ortaklıklar Hukuku alanında ortaya koyduğu sorunları irdelemektir.

## **II. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI**

İlk olarak, çalışmamızda sadece ortak girişimlerin bir türü olan sermayeye katılmalı ortak girişimler ele alınacaktır. Ortak girişimin diğer temel türü olan sözleşmesel ortak girişim irdelenmeyecek, bu hukuki kuruma sermayeye katılmalı ortak girişimle olan farkları itibariyle değinilecektir.

Sermayeye katılmalı ortak girişimlerin değerlendirilmesinde, bu hukuki kurumun Vergi Hukuku, Devletler Özel Hukuku ve yabancı sermayeye özgü düzenlemeler alanında ortaya koyduğu hukuki sorunlar irdelenmeyecektir. Çalışmanın eksenini, Anonim Ortaklıklar Hukuku'dur.

Bu aşamada, Rekabet Hukuku'nun çalışmadaki ağırlığının da ortaya konulmasında yarar vardır. Çalışmamız, sermayeye katılmalı ortak girişimlerin Rekabet Hukuku alanında ortaya koyduğu hukuki sorunları bütünüyle ele alma amacına yönelmemektedir. Böyle bir yönelim, hacmi itibariyle bağımsız bir çalışmayı gerektirmektedir. Çalışmamızın kökenindeki kaygı, yukarıda da değinildiği üzere, sermayeye katılmalı ortak girişimin modern hukuk uygulamalarında zorunlu olarak hem Ortaklıklar Hukuku ve hem de Rekabet Hukuku'nun merceğinden incelenmesi zorunluluğundan hareketle, bu iki hukuk alanı arasında bir köprü kurmaktır. Diğer bir anlatımla, çalışmada, sermayeye katılmalı ortak girişimlerin Anonim Ortaklıklar Hukuku'na özgü sorunları incelenirken, göz ardı edilmemesi gereken Rekabet Hukuku perspektifine de yer verilecektir. Bu itibarla sermayeye katılmalı ortak girişimlerde Rekabet Hukuku problematiği, çalışmamızda Anonim Ortaklıklar Hukuku'nu özgü incelemelere nazaran ikincil ve "destekleyici" bir konum işgal edecektir.

## **III. İNCELEME PLANI**

Çalışmamız dört bölümden oluşmaktadır. Bu bölümlerde ilk olarak ortak girişimlerin kavramsal temelleri ele alınacak, ikinci olarak sermayeye katımlı ortak girişimlerin hukuki yapısı irdelenecek; ardından bu kurumun nüvesini oluşturan ortak kontrol kavramı çeşitli hukuk disiplinlerinin verileri ışığında irdelenecektir. Son bölümde ise, sermayeye katımlı ortak girişimlerin Anonim Ortaklıklar Hukuku alanında yol açtığı bazı temel hukuki sorunlar irdelenecektir.

Çalışmanın Birinci Bölümü'nün amacı, ortak girişim ve sermayeye katımlı ortak girişim kavramlarının ortaya konulmasıdır. Gerçekten de, “joint venture”, “ortak girişim”, “sermayeye katımlı ortak girişim” kavramları konusunda öğretilerde bir görüş birliğine ulaşılmadığı gözlemlenmektedir. Bu itibarla, Birinci Bölüm'de ortak girişimlerin kavramsal temelleri ışığında sermayeye katımlı ortak girişimlerin kavramsal sınırları araştırılacaktır.

İkinci Bölüm ise, sermayeye katımlı ortak girişimlerin hukuki yapısının incelenmesine ayrılmıştır. Bu bölümün ilk iki kısmında, hukuki yapının hangi perspektiften inceleneceğini ortaya koymak üzere, Ortaklıklar Hukuku ve Rekabet Hukuku'nun ortak girişimlere yönelik yaklaşımı üzerinde durulacaktır. Ortaklıklar Hukuku'na özgü incelemenin ağırlık noktası, hangi ortaklık tipinin ortak girişimlere elverişli olduğunun belirlenmesidir. Bu belirlemenin ardından, anonim ortaklıklara hakim olan ilkelerin sermayeye katımlı ortak girişimlerin hukuken değerlendirilmesine yönelik katkıları araştırılacaktır. Rekabet Hukuku'na özgü inceleme ise, sermayeye katımlı ortak girişimin bu disiplinde ele alınış biçimini ortaya koyma gayesine yönelmektedir. Sermayeye katımlı ortak girişimler bağlamında her iki hukuk disiplini arasında kurulmasını gerekli gördüğümüz perspektif de bu aşamada araştırılacaktır.

Bu incelemelerin ardından, sermayeye katımlı ortak girişim, unsurları itibariyle ele alınacaktır. Bu değerlendirmede, söz konusu unsurları oluşturan temel sözleşme, ortak girişim şirketi ve uydu sözleşmeleri ayrı ayrı ele alınacaktır. Hukuki yapının, bu şekilde unsurlarına ayrıştırılmasının ardından bu kez bu unsurlar arasındaki ilişkiyi kuran temel sözleşme üzerinde daha ayrıntılı olarak durulacaktır. Bu incelemede, temel sözleşmenin uygulamada tipikleşen içeriği ve bu sözleşmenin bir adi ortaklık olarak ortaya koyduğu özellikler araştırılacaktır.

Sermayeye katılmalı ortak girişimin hukuki yapısına yönelik araştırmaların ardından, bu kurumun esaslı unsurunu oluşturan “ortak kontrol” kavramı Üçüncü Bölüm’de irdelenecektir. Bölüm’ün spesifik inceleme konusu, Anonim Ortaklıklar Hukuku’nda hakimiyet ve kontrol kavramlarından hareket ederek sermayeye katılmalı ortak girişimlerin nasıl bir kontrol yapısı ortaya koyduğunu belirlemektir. Bu incelemede, zorunlu çıkış noktası, hakimiyet ve kontrol kavramlarıdır. Bu kavramlar, çeşitli hukuk disiplinleri alanındaki izdüşümleri itibariyle irdelenecek; sonraki aşamada farklı hukuk disiplinlerine özgü verilerin hukukun tüm disiplinleri açısından geçerli olabilecek bir kontrol kavramına vücut verip vermediği araştırılacaktır.

Bu değerlendirmeler çerçevesinde araştırılacak bir başka husus, ortak kontrolün oluşumu ve niteliğidir. Bu anlamda, tekil kontrolle ortak kontrol kavramlarının oluşumu ve işleyişi, kontrolün bu iki türü arasındaki yapısal farklılıkların araştırılması, bu bölümün eksenini oluşturmaktadır. Bir kez ortak kontrol müessesesinin kavramsal sınırları tespit edildiğinde, ortak kontrolün nasıl tesis edilebileceği meselesi üzerinde durulacaktır. Bu yaklaşımın dayanağı, özellikle Rekabet Hukuku’nda kontrol araçlarının değerlendirilmesinde Ortaklıklar Hukuku’na özgü verilerin dikkate alınmamasıdır. Oysa, kontrole konu olacak olan teşebbüsler, ticaret ortaklıkları ve özellikle anonim ortaklıklardır. Bu durum, Rekabet Hukuku’na özgü kontrol araçlarının önemli bir kesiminin Ortaklıklar Hukuku’na özgü araçların, Ortaklıklar Hukuku verileri ışığında tartışılmasını gerektirmektedir. Böylelikle kontrolü sağlayan araçlar her iki hukuk disiplininin verileri ışığında değerlendirilecektir.

Üçüncü Bölüm’ün bu bağlamı, sermayeye katılmalı ortak girişimlerin Anonim Ortaklıklar Hukuku’na özgü sorunlarını ortaya koymaktadır ki, bu sorunlar Dördüncü Bölüm’de ele alınacaktır. Bu Bölüm’de, bu müessesenin sorunlarının temel kaynağının ortak girişim şirketinin yönetimi olduğu gerçeğinden hareketle ilk aşamada ortak girişimlerin yönetim yapısı ele alınacaktır. Bu yapının karakteristik özelliği, kilitlenme özelliğidir. Kilitlenmenin kavramsal yapısı ve kilitlenmeyi önleyecek mekanizmaların işlerliği, bu kısmın konusunu oluşturmaktadır. Bölüm’ün İkinci Kısmı ise, şirketler topluluğuna özgü değerlendirmelere ayrılmıştır. Gerek şirketler topluluğunun, gerek ortak girişimlerin kökeninde kontrol ilişkisinin



bulunması, her iki hukuk müessesesinin özgün hukuk alanlarının birbirleriyle olan sınırlarının araştırılmasını gerekli kılmaktadır. Bu bağlamda, şirketler topluluğuna özgü hukuk düzenlemelerinin ortak girişimlere uygulanabilirliği ve her iki müessesenin kesişim alanları ele alınacaktır.

Bu karşılaştırma, sermayeye katımlı ortak girişimlerde hakim teşebbüslerin özel bir sorumluluk rejimine tabi olup olmadığı sorununu ortaya çıkarmaktadır. Bu çerçevede, tüzel kişilik perdesinin aralanması teorisinin sermayeye katımlı ortak girişimler bakımından uygulama alanı ve hakim paysahiplerinin sadakat yükümlülükleri araştırılacaktır.

Dördüncü Bölüm'ün son kısmı ise, sermayeye katımlı ortak girişimlerin sona ermesini konu edinmektedir. Sona erme konusunda bir ayırım yapılacak ve temel sözleşmenin sona ermesi ile ortak girişim şirketinin sona ermesi ayrı ayrı incelenecektir. Zira, temel sözleşmenin sona ermesi, sermayeye katımlı ortak girişimin stratejik bir işbirliği modeli olma özelliğini ortadan kaldırmakla birlikte, her durumda ortak girişim şirketinin sona ermesine yol açmayacaktır. Bu açıdan, sona erme meselesi, sermayeye katımlı ortak girişimin unsurlarının birbirleriyle olan ilişkisi, diğer bir ifadeyle sermayeye katımlı ortak girişimlerin hukuki örgüsü araştırılarak değerlendirilmelidir.

#### **IV. YÖNTEM**

Çalışmamızda elde edilen sonuçlar, “SONUÇ” kısmında ele alınacaktır. Bu kısmın kaleme alınmasında özellikle bölüm içeriklerinin tekrarından kaçınılacak; tezde ileri sürülen savların ve varılan noktaların sentetik ve metodik bir bütün halinde sunulmasına gayret edilecektir.

Son olarak, yöntem yaklaşımımıza değinmeyi gerekli görüyoruz. Sermayeye katımlı ortak girişimler, Türk Hukuku'nda çok zengin ve dinamik bir uygulama alanına sahiptir ve uluslararası yatırımların etkisiyle sürekli olarak gelişmektedir. Çalışmanın amacı, doğrudan doğruya uygulamanın ihtiyaçlarına yanıt veren bir incelemenin gerçekleştirilmesi değildir. Kuşkusuz ki, sermayeye katımlı ortak girişimler bakımından ortaya çıkan güncel hukuki sorunların ele alınmasına gayret

edilecektir. Ancak asıl amaç, bu müessesenin üzerinde uyuşulamayan dogmatik temelleri konusunda bir çalışma ortaya koymak, bu çalışmayı ortaya koyarken yabancı hukuk sistemlerinin bugüne değin sağladıklarını yansıtmak ve bu süreçte mutlak olarak Ortaklıklar Hukuku ile Rekabet Hukuku arasında bir köprü kurarak her iki hukuk disiplininin bu müessese açısından ortaya koyduğu verileri ortak bir perspektif ışığında değerlendirmektir. Bu değerlendirmede, Türk Hukuku'nda bu alanda ortaya konulan çalışmaların yanısıra yabancı hukuk kaynaklarından da yararlanılacaktır. Sermayeye katılmalı ortak girişimlerin Anonim Ortaklıklar Hukuku alanında ortaya koyduğu sorunlar araştırılırken, 2005 yılında hazırlanan Türk Ticaret Kanunu Tasarısı da irdelenecektir.

## Birinci Bölüm

### ORTAK GİRİŞİMLERİN KAVRAMSAL TEMELLERİ

#### § 1. Ortak Girişimlerin Tarihî Kökenleri ve Gelişimi

Ortak girişim, ilk görünüm biçimleri Milat'tan önce ortaya çıkan, ancak gerçek olgunlaşma sürecini modern hukuk döneminde yaşayan bir kurumdur<sup>1</sup>. Ortak girişimlerin ilk ortaya çıktığı dönemden bugünkü konumlarına değin geçen süreci, çeşitli evreler halinde incelemekte yarar vardır.

Bu yönden ilk evre, ortak girişimlerin ortaya çıktıkları ve denizaşırı ticareti kolaylaştırıcı bir katkı sağladıkları dönemdir. Kronolojik açıdan, bu evrenin Ortaçağ'da Roma İmparatorluğu döneminde başladığını ve Endüstri Devrimi'nin gerçekleştirildiği 19. yüzyılın başına kadar sürdüğü kaydedilmelidir. Nitekim, Roma İmparatorluğu'nda tarım alanlarının genişlemesi ve yabancılarla kurulan ilişkilerin ilerlemesi, Miras Hukuku hükümleri ekseninde kardeşler arasında kurulan *consortium'lar* dışında kâr amacı güden ve bir kaç müteşebbisi bir araya getiren *societas omnium bonorum* 'ların da giderek yaygınlaşmasına zemin hazırlamıştır<sup>2</sup>.

Sermayeye katılmalı ortak girişimlerin Kıta Avrupası'na özgü kökeninin, münhasıran belirli bir faaliyetin ortaklaşa yürütülmesi için kurulan *societas unius rei/societas unius negatiationis*'' müessesesi olduğunu ileri sürmek mümkündür<sup>3</sup>. Şu kadar ki, bu müessesenin daha ziyade bugünkü sözleşmesel ortak girişimle benzeştiği, sermayeye katılmalı ortak girişimin zamanla yüksek riskler içeren kalıcı ekonomi faaliyetlerde kullanılan bir işbirliği modeli olarak tercih edildiği belirtilmelidir<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Ortak girişim müessesesinin tarihsel süreç içinde gelişimini ortaya koyan Henry W. Nichols, Joint Ventures, Virginia Law Review, Yıl : 1950, S. 4, s. 426-429.

<sup>2</sup> Roma Hukuku'nda şirket sözleşmesinin gelişimi için özellikle bkz. Fulya İlçin **Gönenç**, Roma Hukuku'nda Şirket Akdi, Societas, İstanbul, 2004, s. 14 vd.

<sup>3</sup> Bu müessese için bkz. **Gönenç**, s. 50; Nami **Barlas**, Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, İstanbul, 1998, s. 7; Joseph **Taubman**, What Constitutes A Joint Venture?, Cornell Law Quarterly, Yıl : 1955-1956, C.41, s. 641; Şahin **Akıncı**, Roma Hukuku'nda Şirket (Societas) Akdi ve Bunun Türk Hukuku'na Etkisi, Prof. Dr. Şakir Berki'ye Armağan, Konya, 1996, s. 144.

<sup>4</sup> Kalıcılık kavramı için bkz. aşa. § 10, II.

Gelişim süreçlerinin ikinci evresinde ortak girişimler, ulusal ekonomilerin kurulmasında önemli bir işlev üstlenmişlerdir. Endüstri Devrimi'nin gerçekleştirildiği ve ekonomi düzeninin köklü bir değişim yaşadığı 19. yüzyılda, ortak girişimler demiryolu ve üretim tesislerinin kurulması gibi stratejik alanlarda da etkin bir yatırım yöntemi olarak değerlendirilmiş; devletlerin ekonomi güçlerinin yetersiz kaldığı noktalarda devreye girerek stratejik yatırımların hayata geçirilmesini sağlamıştır. Bu ikinci evre, İkinci Dünya Savaşı'nın sonuna dek sürmüştür.

İkinci Dünya Savaşı'nın ardından uluslararası yatırımlarda meydana gelen artış, ortak girişimlerin işlevini pekiştirmiş; böylelikle, bu kurum, gelişmiş ülkelerin diğer pazarlarda hakimiyet sağlamasına hizmet eden bir araca dönüşmüştür. Özellikle, Çin Halk Cumhuriyeti'nin son yirmi yılda yabancı yatırımlara izin vermesi ve doğrudan yatırımlar bakımından sadece ortak girişimlere büyük avantajlar sağlaması<sup>5</sup> karşısında, bu evrenin halen sona ermediğini sürdürdüğünü söylemek, hatalı bir yaklaşım olmayacaktır. Özellikle 1990'lı yılların başından itibaren, gelişmiş ülkelerin Çin<sup>6</sup> ve Hindistan gibi devasa pazarlara giderek daha fazla yönelmeleri ve bu pazarlardaki yatırım engellerinin yakın bir zamana kadar etkilerini hissettirmesi, ortak girişimleri en çok tercih edilen doğrudan yatırım modeli haline getirmiştir.

Bununla birlikte, Rekabet Hukuku'nun son dönemdeki hızlı gelişimiyle ve Ekonomi Hukuku'nun diğer dalları üzerinde yarattığı sınırlayıcı etkiyle, ortak girişimlerin denetimi gündeme gelmiştir. Zira, hukuk sistemleri, ekonomik gücün yoğunlaşmasını kontrol etmek ve teşebbüslerin rekabeti kısıtlayan davranışlarını yasaklamak eğilimindedir ve ortak girişimler her iki ekonomik olgu bakımından önemli bir araç niteliğini taşımaktadır. Bu nedenle, rekabet regülasyonunun giderek yaygınlaştığı 20. yüzyılın son kesitini ve 21. yüzyılın ilk kesitini, bağımsız bir evre olarak ele almak yerinde olacaktır.

Hukuk ve ekonomi tarihi araştırmacıları, ortak girişimlerin ilk olarak Mısırlılar, Suriyeliler, Fenikeliler ve Babilliler tarafından tek bir girişimcinin mali imkanlarını

---

<sup>5</sup> Gelişmekte olan ülkelerin bir çoğu, yabancı yatırımlara ancak sermayeye katılmalı ortak girişimlerin çatısı altında izin vermiş, bu sayede ortak girişimde yerli bir ortağa yer vererek yabancı yatırımcıların faaliyetlerini denetleme yoluna gitmiştir; buna ilişkin ayrıntılar için bkz. Bettina Büchel/ Christiane Prange/ Gilbert Probst/ Charles Rüling, s. 3.

<sup>6</sup> bkz. aşa. dn. 52, 151.

aşacak kapsamdaki ticari alım satımlar için kullanıldığını saptamaktadır<sup>7</sup>. Ortaçağ'da ticaret, çoğunlukla bireyler ve aileler tarafından yürütülmekteydi. Ortaklık kavramının gelişiminin kökeninde de, aslında aile malvarlığının yönetilmesi fikri (*ercto non cito*) yatmaktadır. Bununla birlikte, ulaşım imkanlarının sınırlılığı nedeniyle deniz yoluyla ticaretin gelişmesi, girişimcileri daha kapsamlı bir sermaye birikimini sağlama zorunluluğuyla karşı karşıya bırakmış; bu olgu, bir kaç girişimci tarafından kurulan *societas* 'ların gelişmesine zemin hazırlamıştır.

Bu ortaklıklar, sürekli işbirliğine yönelik olarak kurulabildiği gibi, tek bir işin yürütülmesi amacıyla da oluşturulabilmekteydi. Zira, deniz yoluyla ticaret, tacirleri değişken iklim koşulları ve korsancılık gibi ağır risklerle karşı karşıya getirmekteydi. Ayrıca, gemi sanayiinin ağır adımlarla ilerlemesi ve gemi sayısının azlığı da gemi seferlerinin uzun sürmesine yol açmaktaydı. Tüm bu olgular, sınırlı sayıda gemi seferiyle kazanç elde etmek zorunda kalan girişimcileri, yeni gemiler inşa ettirmeye ve ortaklaşa gemi seferi düzenlemeye yöneltmiştir.

Böylelikle, ortak girişimlerin ilk görünüm biçimi, bireylerin ve ailelerin servetlerini bir araya getirerek deniz aşırı ticarete kullanılacak gemi inşa ettirmeleri ve ortaklaşa deniz aşırı sefer düzenlemeleriyle ortaya çıkmıştır. Terminolojik bakımdan "joint venture" teriminin "*joint adventure*" yani "ortak macera" kökeninden türetilmesi de bu şekilde açıklanabilir<sup>8</sup>. Ancak, belirtmek gerekir ki, Ortaçağ'da ortaya çıkan bu işbirliği modeli, ortak girişimin oldukça ilkel bir modelidir.

Bu aşamada, Venedik Cumhuriyeti'nde ortak girişimlerden ne şekilde yararlandığını ortaya koymakta ve Roma Hukuku'ndan bu yana ortaklıkların gelişimi sürecinde ortak girişimlerin nasıl bir konum işgal ettiklerini belirlemekte yarar vardır. Roma Hukuku'nda aile ortaklıkları, sadece ticari amaçlara yönelmemeleri açısından, bugünkü ortaklık kavramıyla tam anlamıyla örtüşmemektedir. Aslı amacın aile reisinin ölümünden sonra ailenin malvarlığını

---

<sup>7</sup> **Nichols**, s. 426; Walter H. **Jaeger**, Partnership or Joint Venture, Notre Dame Law Review, C. 37, Yıl : 1961-1962, s. 141; André **Ruchin**, Joint Ventures, Neue Einordnungskonzeption im schweizerischen Wettbewerbsrecht, unter besonderer Berücksichtigung des europäischen und deutschen Rechts, diss., Zürich, 2004, s. 31.

<sup>8</sup> Luiz Olavo **Baptista**, Les joint ventures dans les relations internationales, dissertation, Paris, 1981, s. 22 vd.

yönetme düşüncesine dayanması<sup>9</sup>, ancak bu amacın gerçekleştirilmesi halinde ticari amaçlara yönelme imkanının doğması, bu ortaklıkların karakteristik özelliğidir. Zamanla ticaretin artması ve münferit denizaşırı satımların yarattığı riskin ailelerin malvarlıklarını tehdit etmesi, bazı girişimcilerin ortak girişimlere yönelmesine zemin hazırlamıştır<sup>10</sup>.

Bu bağlamda, 16. yüzyılda Venedik Cumhuriyeti'nde ortak girişimlerin ortaya çıkışında *Pisani Ailesi'nin* önemli bir etkisi olmuştur. Bu yüzyılda ticaretin gelişmesi, Venedik Cumhuriyeti'nde devlet yönetimine hakim olan güçlerin ekonomik hakimiyetini sona erdirmiş; bankacılıktan denizaşırı ticarete uzanan geniş bir düzlemde ekonomik faaliyet gösteren bu ailede, aile reisinin ölümünden sonra aile malvarlığını yönetmeyi üstlenen üç erkek kardeş, iflasın etkilerinden korunmak üzere aile malvarlığının oluşturduğu şirket dışında üç ayrı şirket kurmuştur. Bu şirketlerin başka girişimcilerle deniz aşırı ticarete işbirliği yapması sayesinde ortak girişimlerin sayısında önemli bir artış gözlemlenmiştir<sup>11</sup>.

Ekonomi tarihçilerinin bu araştırmaları, ortak girişimlerin kökeninin, hükmün terminolojik kökünün de yarattığı yaygın inancın aksine, Anglo Amerikan Hukuku'nda değil Roma Hukuku'nda yer aldığını ortaya koymaktadır<sup>12</sup>.

Bu dönemlerde, İngiliz girişimciler de ortak girişim müessesesinin gelişimine yönelik önemli aşamalar kaydetmişlerdir. Kara Avrupası ile yoğun ticari ilişkiler içinde bulunan İngiltere'de, Roma Hukuku'ndaki *societas'lara* paralel gelişim

---

<sup>9</sup> Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Göneç**, s. 7, vd.

<sup>10</sup> Venedik Cumhuriyeti döneminde ortak girişimin gelişimi konusunda bkz. Frederic C. **Lane**, Family Partnerships and Joint Ventures in the Venetian Republic, The Journal of Economic History, C. 4, No. 2, Kasım 1944, s. 186. Yazar, bu ortak girişimlerin münhasıran ticari amaçlara yönelmeleri ve yönetimin ortaklarca paylaşılması nedeniyle *ortaklık* kurumuyla yakınlaştığını, bununla birlikte sadece belirli bir ticari işlemin gerçekleştirilmesiyle sona ermesi yönüyle modern şirket kavramından uzaklaştığı düşüncesindedir. Ortak girişimleri modern ortaklıkların ilk görünüm biçimi olduğunu reddeden **Nichols'** ün görüşü de yazarın yaklaşımına paralel düşüncededir; bkz. **Nichols**, s. 427.

<sup>11</sup> **Lane**, s. 194; Venedik ekonomisinin, bu dönemde yıldan yıla değişen devlet imtiyazları, aile şirketleri ve ortak girişimler tarafından şekillendirildiğini kaydetmektedir. Avrupa ekonomisinde belirli bölgelerin belirli ürünlerin üretiminde ve ticaretinde uzmanlaştığı bu devirde, Venedikliler her türlü ürünün ticaretiyle uğraşmayı tercih etmişler; yazarın deyimiyle Venedik'i bir dünya pazarı haline getirmeyi amaçlamışlardır. Venedik Cumhuriyeti'nde ortak girişimler aracılığıyla yapılan ticarete İngiltere, İspanya ve Suriye'nin yanısıra İstanbul'a yapılan büyük çaptaki seferler de önemli bir gelir kaynağı teşkil etmekteydi; aynı eser, s. 182, 195.

<sup>12</sup> Bu noktaya işaret eden **Tekinalp Gülören/ Tekinalp Ünal**, Joint Venture, Prof. Dr. Yaşar Karayalçın'a 65. Yaş Armağanı, Ankara, 1988, s. 148; aynı yönde **Ruchin**, s. 31 vd.

gösteren *partnership*, yaygın bir uygulama alanına sahip olduğundan, ortak girişimlerin bu hukuk sisteminde benimsenmesi uzun zaman almamıştır. 15-16. yüzyıllarda “*merchant venturers*” ve “*gentlemen adventurers*”<sup>13</sup> olarak adlandırılan girişimciler, yine sıklıkla deniz ticaretinde riskli seferleri birlikte gerçekleştirmek üzere ortak girişimler kurmuşlar; bu işletme modelini İngiltere Krallığı ile İngiliz sömürgeleri arasında yapılan ticarete ve özellikle Hindistan’dan ve Amerika Kıtası’ndan hammadde sağlanmasında yaygın bir şekilde kullanarak sistemleştirmişlerdir.

Bir yandan “*Hanseatic League*” adı verilen ticari birlik çerçevesinde faaliyet gösteren Almanlar ve Hollandalılar, diğer yandan uluslararası ticaretin gelişmesinde önemli adımlar atan Venedikliler, deniz ticaretinde ortak girişim modelinden yararlanma yoluna gitmişlerdir<sup>14</sup>. Girişimcilerin işbirliğinin denizaşırı ticarete ivme kazandırması, sömürgeleşmeyi kolaylaştırmış; böylelikle, ortak girişim modeli, Kıta Avrupası ülkelerinde faaliyet gösteren tacirler açısından da cazip hale gelmiştir<sup>15</sup>. Belirtmek gerekir ki, bu dönemin ortak girişimleri, belirli bir veya bir kaç sefer gerçekleştirilmesi amacıyla yönelik olarak kurulan geçici hukuki ilişkiler görünümündeydi<sup>16</sup>. Bu gelişmelere rağmen bu dönemlerde İngiliz Hukuku’nda *partnership* ve ortak girişim kavramları arasında hukuki ayırım yapılmamıştır<sup>17</sup>.

Ortak girişimlerin tarihi gelişimi bakımından belirleyici olan ikinci evre, Endüstri Devrimi’nin ekonomi üzerinde yarattığı değişim ve ulus devlet kavramının ortaya çıkışıyla teşebbüslerin işbirliğinin özellikli bir konum edindiği 19. yüzyıldır. Bu yüzyılın sonunda Amerikan demiryolu şirketlerinin ortak tren raylarının döşenmesi ve tren istasyonlarının inşa edilmesi konusunda yaptıkları sözleşmeler, ABD Hukuku’nda ortak girişimlerin yaygınlaşması açısından önemli bir merhale<sup>18</sup>.

---

<sup>13</sup> Genel bir yaklaşımla “*merchant venturers*”, dilimize “ tacir girişimciler” ; “*gentlemen adventurers*” ise “*gentlemen maceraperesters*” olarak çevrilebilir. Aslında her iki terimle kastedilen, ortaklaşa olarak tek veya bir kaç işlik bir risk yatırımını gerçekleştiren tacirlerdir.

<sup>14</sup> **Jaeger**, s. 141, dn. 18. Yazar, İngilizler tarafından da *East India Company*, *Russia Company*, *Turkey Company* ve *Virginia Company* unvanlı ortak girişimler kurulduğunu belirtmektedir.

<sup>15</sup> **Ruchin**, s. 34.

<sup>16</sup> **Nichols**, s. 427.

<sup>17</sup> Bu yönde **Nichols**, s. 428.

<sup>18</sup> Thomas F. **Broden**/ Alfred L. **Scanlan**, *The Legal Status of Joint Venture Corporations*, *Vanderbilt Law Review*, C. 11, Yıl : 1957-1958, s. 677, Michael **Bergman**, *The Corporate Joint Venture under the Antitrust Laws*, *New York University Law Review*, C. 37, Yıl : 1962, s. 712, dn. 2; Michael **Martinek**, *Moderne Vertragstypen*, Band III, München, 1993, s. 211; Wolfgang

Uluslararası ortak girişimlerin ilk örneği ise, bilindiği kadarıyla 20. yüzyılın başlarında ortaya çıkmıştır. Fransız La Cellophane şirketi ile Amerikan Du Pont de Nemours şirketlerinin jelatin üretmek üzere ortaklaşa kurdukları şirket, uluslararası ortak girişimlerin erken örneklerinden birisidir<sup>19</sup>. Ulusal ekonomilerin giderek güçlendiği ve pazar paylaşımı mücadelelerinin büyük savaflara yol açtığı 20. yüzyılda, ortak girişim kurumunun gelişim süreci özellikle 2. Dünya Savaşı'nın ardından farklı bir seyir izlemiştir. Savaşın ardından dünyanın en büyük ihracatçı devleti konumuna gelen ABD, yabancı pazarların ele geçirilmesinde doğrudan yatırım<sup>20</sup> modellerini tercih etmiş; bu modeller arasında ortak girişime özellikli bir önem atfetmiştir. Bu anlamda, ihracattan elde edilen büyük gelirler, ithalatı yapan ülkelerde kurulacak teşebbüslerde üretim yapılması halinde daha büyük gelirlerin elde edileceğinin habercisi olmuş<sup>21</sup>; gelişmiş ülkeler ve bu ülkelerde faaliyet gösteren teşebbüsler, doğrudan yatırım marifetiyle üretimlerini ithalat yapan ülkelere kaydırmayı planlamışlardır.

Bu çerçevede ortak girişimler, İkinci Dünya Savaşı'nın ertesinde hem gelişmiş ülkeler, hem de gelişmekte olan ülkeler bakımından önemli bir rol üstlenmiştir : Gelişmekte olan ülkeler, yabancı yatırımcıların mâlî desteğinden yararlanma ve teknik yeniliklere daha az maliyetle erişebilme imkanını elde etmiş; gelişmiş ülkelerin teşebbüsleri ise yerli ortak sayesinde ortak girişimin kurulduğu ülkeyle ilgili pazar bilgilerini elde etme imkanına kavuşmuştur<sup>22</sup>. Bu evre, bir yandan büyük teşebbüsler arasında tek bir işin gerçekleştirilmesine yönelik olarak sözleşmesel ortak girişimlerin kurulması, diğer yandan sermayeye katılmalı ortak girişimlerin gelişmesi ve yaygınlaşması açısından bir dönüm noktasıdır<sup>23</sup>.

---

**Gansweid**, Gemeinsame Tochtergesellschaften im deutschen Konzern- und Wettbewerbsrecht, diss., Bielefeld, 1976, s. 27.

<sup>19</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.corporatewatch.org.uk/?lid=170>.

<sup>20</sup> Doğrudan yatırım konusunda bkz. aşa. dn. 143.

<sup>21</sup> Uluslararası pazarlara giriş stratejilerinde aşamalar için bkz. Dilber **Ulaş**, Uluslararası Pazarlara Giriş Stratejisi Olarak Ortak Girişimler ve Türkiye'de Uygulamaları, Ankara 2003, s. 12,17.

<sup>22</sup> Doğrudan yatırımcılar için ortak girişimleri cazip kılan ekonomik koşullar için özellikle bkz. **Büchel/Prange/Probst/Rüling**, s. 3 vd.

<sup>23</sup> **Tekinalp/Tekinalp**, Joint Venture, s. 149. Marilyn **Kaplan**, sermayeye katılmalı ortak girişimlerin ivme kazanmasının ardında, ABD Rekabet Hukuku'nun sermayeye katılmalı ortak girişimlere yönelik bakış açısındaki değişikliğin etkili olduğunu ortaya koymaktadır; bkz. Marilyn **Kaplan**, Interorganizational Cooperation : A Multitheoretical Perspective of Joint Ventures, diss., Dallas,1998, s. 4.



ABD'nin bu stratejisi, zamanla diğer gelişmiş ülkeler tarafından da benimsenmiştir. Ülkemizin de aralarında bulunduğu gelişmekte olan ülkeler, ulusal pazarların kaybedilmemesi kaygısıyla doğrudan yabancı yatırımlara bir süre ihtiyatla yaklaşmıştır. Ancak küreselleşmenin etkisiyle, G-7 ülkeleri ile uluslararası ve uluslararası kurumlar, gelişmekte olan ülkeler üzerindeki baskısını artırmış; bu baskı özellikle doğrudan yatırımların önündeki engellerin kaldırılmasına zemin hazırlamıştır. Bu gelişmeler, özellikle uluslararası ortak girişimlerin yaygınlaşmasında önemli bir rol oynamıştır.

Uluslararası yatırımlara ilişkin hukuki düzenin bu oluşum sürecine paralel olarak, Rekabet Hukuku alanında yapılan düzenlemeler de ortak girişimlerin hukuki açısından değerlendirilmesine yeni bir çehre kazandırmıştır<sup>24</sup>. Ortak girişimlerin bir yandan ekonomik gücün yoğunlaşmasına hizmet etmeleri, diğer yandan da teşebbüslerin pazar davranışlarının rekabetin koordinasyonu doğrultusunda belirlenmesini kolaylaştırmaları, bu oluşumlara karşı rekabet otoritelerini önlem almaya yöneltmiştir. Önceleri yoğunlaşmaların denetlenmesine yönelik özel bir düzenleme getirmeyen Avrupa Topluluğu, ortak girişimleri ilk dönemde ATA m. 81 ve 82 hükümleri ekseninde incelemeyi öngörmüştür. 1989 yılında yürürlüğe konulan Yoğunlaşmalar Tüzüğü<sup>25</sup>, nün kapsamına sadece yoğunlaşmaya yönelik olan ortak girişimler dahil edilmiş; geriye kalan ortak girişimlerin tümü rekabeti sınırlayıcı anlaşma olarak nitelendirilerek ATA m. 81 hükmünün katı anlayışına hapsedilmiştir. Ekonomi çevrelerinin ve Rekabet Hukuku öğretisinin tepkileri bir süre sonra etkisini hissettirmiş; anılan Tüzük'te 1997 yılında yapılan değişiklikle<sup>26</sup> yoğunlaşma olarak nitelendirilen ortak girişimlerin çevresi genişletilmiştir. Bu anlayış, 2004 yılında yürürlüğe giren yeni Yoğunlaşmalar Tüzüğü'nde de aynen benimsenmiştir.

---

<sup>24</sup> Rekabet Hukuku'nun ortak girişimlerin değerlendirilmesine yönelik reform niteliğindeki etkisi için bkz. Philipp **Zurkinden**, Gründung von Gemeinschaftsunternehmen in der Schweiz und das neue schweizerische Kartellgesetz, unter besonderer Berücksichtigung des EG-Wettbewerbsrechts, Basel, Genf, München 1999, s. 4 vd.

<sup>25</sup> 21.12.1989 tarihli, 4064/89 Sayılı Teşebbüsler Arası Yoğunlaşmaların Denetlenmesine İlişkin Konsey Tüzüğü, ATRG. 30.12.1989, L 395.

<sup>26</sup> 4064 Sayılı Yoğunlaşmaların Denetimi Hakkında Konsey Tüzüğü'nü Değiştiren 30.06.1997 tarihli, 1310/97 sayılı Konsey Tüzüğü, ATRG.09.07.1997, L 180.

Tüm bu gelişmelerin yanısıra, 20. yüzyılın son çeyreğinde ortaya çıkan ve giderek yaygınlaşan araştırma ve geliştirme ortak girişimleri, ortak girişimlerin gelişiminde önemli bir dönemeç teşkil etmektedir.

## § 2. Ekonomik Açıdan Ortak Girişimler

### I. Ortak Girişimlerin Kurulmasının Ardında Yatan Ekonomik Saikler

Ortak girişimlerin ve çalışmamızın konusunu oluşturan sermayeye katılnalı ortak girişimlerin bir çok ekonomik işlevi mevcuttur. Bunlar arasında özellikle ideal işletme büyüklüğünün sağlanması, kaynak sağlamanın kolaylaştırılması, riskin paylaşılması ve yabancı pazarlarda pay edinilmesi sayılmalıdır<sup>27</sup>.

Bu ekonomik saiklerin irdelenmesinde, sermayeye katılnalı ortak girişimin stratejik bir işbirliği modeli niteliğini taşıdığı olgusu dikkate alınmalıdır. Sermayeye katılnalı ortak girişimin bu stratejik niteliği, onun, hakim teşebbüslerin münferit stratejilerinde yer bulmasının ve bu stratejilerle ilişkili olmasının bir sonucudur<sup>28</sup>. Meseleye ortak girişim sistemi<sup>29</sup> dikkate alınarak bütünsel yaklaşıldığında, ortak girişim sisteminin her bir ögesi arasındaki ilişkilerde, bu stratejik ilintinin izlerini görmek mümkündür. Açık bir anlatımla, ortak girişim şirketi, her bir hakim teşebbüsün stratejisinde bir yer tutar. Hakim teşebbüsler, münferit stratejileri çerçevesinde birbiriyle işbirliği yapmaya karar vererek ortak girişimi kurma yoluna gitmektedir. Sonuç itibariyle sermayeye katılnalı ortak girişim, kısmen veya tamamen, hakim teşebbüslerin münferit stratejilerinin ortak paydasını oluşturmaktadır. Buna rağmen, ortak girişim şirketi, hakim teşebbüslerle müşterek bir ekonomik birim olarak nitelendirilmemekte, bağımsız bir ekonomik birim olarak sınıflandırılmaktadır<sup>30</sup>.

Ortak girişimin ekonomik işlevleri irdelenirken, bu müessesenin diğer stratejik işbirliği modelleri arasındaki yerinin de gözetilmesi gerekir. Bu açıdan, sermayeye

---

<sup>27</sup> Bu amaçların sermayeye katılnalı ortak girişimlerin tümünde geçerli olduğu yönünde bkz. **Zurkinden**, s. 7-8.

<sup>28</sup> Rüdiger **Kabst**, *Steuerung und Kontrolle internationaler Joint Venture*, diss., München, 2000, s. 85.

<sup>29</sup> Ortak girişim sistemi kavramı için bkz. aşa. dn. 96.

<sup>30</sup> Yılmaz **Aslan**, *Rekabet Hukuku*, 3. Baskı, Ankara, s. 534; karşı. Pınar **Öztürk**, *Ortak Girişim (Joint Venture) ve Uygulanacak Hukuk*, İstanbul, 2001, s. 27.

katılnalı ortak girişimler, uzun süreli bir işbirliğini konu edinen, bu nedenle geçici işbirliği modellerinden ayrılan ve bu yönüyle pazarın yapısına yönelik etkiler doğuran bir işbirliği modelidir<sup>31</sup>.

## II. İdeal İşletme Büyüklüğünün Sağlanması

Teşebbüsler açısından büyüme, iç büyüme ve dış büyüme olmak üzere iki başlık altında incelenebilir. İç büyüme, bir teşebbüsün kapasitesinin kendi faaliyeti sonucunda büyümesini ifade ederken, dış büyüme, teşebbüsün yoğunlaşma işlemleri marifetiyle büyümesini ifade eder<sup>32</sup>. Sermayeye katılnalı ortak girişimler, dış büyümenin yaygın kullanılan bir modelidir.

Sermayeye katılnalı ortak girişimi kuran teşebbüsler bağımsızlıklarını korumakta, bununla birlikte kaynaklarının bir kısmını bir başka teşebbüs olan ortak girişim şirketinde birleştirerek büyümektedirler. Teşebbüslerin bu şekilde büyümesi, işletme terminolojisinde "ölçek ekonomilerine erişilmesi" (*economies of scale*) olarak adlandırılmaktadır<sup>33</sup>.

Standartlaştırılmış ürünlere ilişkin piyasalarda, büyük ölçekte üretim yapabilen teşebbüslerin birim başına maliyeti düşürerek büyük kâr elde etmeleri, küçük ölçekte üretim yapan teşebbüsleri işbirliği yapmaya yönlendirmektedir<sup>34</sup>. Bu yönüyle sermayeye katılnalı ortak girişimler, cazip bir işbirliği modelidir. Sermayeye katılnalı ortak girişimlerin ölçek ekonomilerinin oluşumuna hizmet etmesi, hakim teşebbüslerin kaynaklarını birleştirmelerinin yarattığı sinerjiye bağlanmaktadır<sup>35</sup>.

<sup>31</sup> Jan Schäfer-Kunz , Strategische Allianzen im deutschen und europäischen Recht, Frankfurt am Main, 1995, s. 78-79.

<sup>32</sup> Ingo Schmidt, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, 6. Bası, Stuttgart, 1999, s. 138 vd; Selçuk Öztekin, La protection des actionnaires externes dans les groupes de sociétés dirigés par une société holding, diss., Lausanne, 1982, s. 27.

<sup>33</sup> Kavram için bkz. Allison Jones/ Brenda Suffrin, EC Competition Law, Text, Cases and Materials, New York, 2001, s. 6; Erdal Türkkın, Rekabet Teorisi ve Endüstri İktisadı, Ankara, 2001, s. 304 vd.

<sup>34</sup> Müjde Oktay, Ortak Girişimler (Joint Venture), İstanbul, 1997, s. 13; Büchel/Prange/Probst/Rüling, s. 16.

<sup>35</sup> Suter Deplazes, s. 14; Joseph Kattan, Antitrust Analysis of Technology Joint Ventures : Allocative Efficiency and the Rewards of Innovation, Antitrust Law Journal, Yıl : 1992-1993, C. 61, s. 940; Lerzan Kayıhan, Rekabet Hukuku'nda Ortak Girişimler, Rekabet Kurulu Uzmanlık Tezi, Ankara, 2003, Bölüm 2, No. (2.1); Ruchin, s. 21. Aristo'nun bir bütünü kendi parçalarının toplamından daha büyük olduğu yönündeki hipotezi, modern işletme bölümünde sinerji kavramına tekabül etmekte, özellikle birleşme ve devralmalarda en az iki ekonomik birimin birleşmesinin, bu ekonomik birimlerin ayrı ayrı sahip olamayacağı bir verimliliği beraberinde getirdiği düşüncesinde yansıma bulmaktadır. Bu verimlilik, iki veya daha fazla

Sinerji, özellikle yatay ortak girişimlerde ortaya çıkmakta, dikey ortak girişimler ise özellikle sağlama ve dağıtım kanallarının garanti altına alınmasına hizmet etmektedir<sup>36</sup>.

### III. Riskin Paylaşılması ve Tasfiyesi

Sermayeye katılmalı ortak girişimleri, diğer işbirliği modellerinden ayıran karakteristik özelliklerden birisi de, bu modelin stratejik risklerin paylaşılmasına ve tasfiye edilmesine hizmet etmesidir<sup>37</sup>. Ortak girişimler öncelikle büyük riskler içeren girişimlerde ortaya çıkmış, ardından ticaretin her alanında, yürütülecek faaliyetin ölçeğine ve riskine bakılmaksızın çok rağbet edilen bir işbirliği modeli niteliğini kazanmıştır. Ancak ortak girişimlerin esas itibariyle yoğun sermaye gerektiren ve nispeten belirsizlik arz eden girişimler açısından tercih edilen bir işbirliği modeli olduğunu belirtmekte yarar vardır<sup>38</sup>.

Sermayeye katılmalı ortak girişimin yöneldiği bu amaç, doğrudan doğruya onun hukuki yapısını da etkilemektedir. Gerçekten de, münferit teşebbüslerin risk kapasitelerini aşan faaliyetleri yürütmek üzere kurulan ortak girişim şirketlerinin, ortakların sınırlı sorumluluk rejiminin geçerli olduğu bir ortaklık tipinin çatısı altında kurulması gerekmektedir<sup>39</sup>.

---

ekonomik birimin birleşmesinin yarattığı dinamik sürecin bir ürünüdür. Sinerji, işletme öğretisinde yerleşik bir formülle  $2+2=5$  olarak ifade edilmektedir; bkz. Patrik **Kerler**, Mergers & Acquisitions and Shareholder Value, Bern, 2000, s. 22-23. **Oktay**'a göre, sermayeye katılmalı ortak girişimlerin kendilerinden beklenen sinerjiyi yaratabilmeleri için, hakim teşebbüslerin, avantajlı oldukları alanları birbirlerini bütünler şekilde birleştirmeleri gerekir; bkz. **Oktay**, s. 25 vd.

<sup>36</sup> **Ruchin**, s. 22.

<sup>37</sup> Marilyn **Kaplan**, s. 17.

<sup>38</sup> Ian **Hewitt**, Joint Ventures, 2nd Edition, London, 2001, No. 1.02; **Büchel/Prange/Probst/Rüling**, s. 16; Roland **Von Büren**, Der Konzern, Rechtliche Aspekte, eines wirtschaftlichen Phänomens, Schweizerisches Privatrecht, VIII/6, Zweite erweiterte Auflage, Basel, 2005, s. 25.

<sup>39</sup> Ian **Hewitt**/ Gerhard **Picot**, Structuring the Joint Venture (Eva Micheler / D.D. Prentice), Joint Ventures in English and German Law, Oxford, 2000, s. 14-15. **Dobkin**, Amerikan Hukuku'nda üretim ortak girişimlerinin özellikle üreticinin sorumluluğuna ilişkin olarak tüketiciyi koruyan katı düzenlemeler karşısında sınırlı sorumluluk rejimine göre yapılandırılmalarının elzem olduğunu ortaya koymaktadır; bkz. James A. **Dobkin**, Negotiating an International Technology Joint Venture, Connecticut Journal of International Law, Yıl : 1985-1986, C. I, s. 84. Ayrıca çeşitli ortaklık tiplerinin elverişliliğine ilişkin değerlendirmeler için bkz. aşa. §6, I, A.

#### IV. Kaynak Sağlama

Sermayeye katılmalı ortak girişimlerin en önemli işlevlerinden birisi de, kaynak sağlamaktır. Teşebbüsler, kendilerinde bulunmayan veya erişmekte güçlük çekecekleri kaynaklara sahip olan teşebbüslerle işbirliği yapmayı tercih edebilirler. Ortak girişimler, bu işbirliği açısından oldukça elverişlidir. Bu noktada, kaynak kavramı, ekonomik anlamda kullanılmaktadır ve bir teşebbüsün sermayesini, teknolojisini, personelini hatta müşteri kitlesini dahi kapsamaktadır<sup>40</sup>.

Elverişlilik, ortak kontrolden ve kalıcılıktan ileri gelir. Sermayeye katılmalı ortak girişimin ortakları, ortak girişim şirketini ortaklaşa kontrol ettikleri için, bu şirkete tahsis ettikleri stratejik kaynakların kullanımını da ekonomik anlamda denetleyebilirler ve birbirleriyle uzlaştıkları ölçüde yönlendirebilirler<sup>41</sup>. Ayrıca sermayeye katılmalı ortak girişimin kalıcı bir işbirliği anlayışı üzerine inşa edilmesi, stratejik kaynakların istikrarlı bir şekilde kullanılmasına hizmet eder.

#### V. Pazara Giriş Stratejisi Olarak Ortak Girişimler

Küreselleşme, teşebbüsleri yeni pazarlara yönelik arayışlara yöneltmektedir. Teşebbüsler, özellikle uluslararası pazarlara girebilmek için çeşitli stratejiler uygulamaktadır. Bu stratejiler ihracat giriş stratejisi, sözleşmeli giriş stratejileri ve doğrudan yatırımlar olmak üzere üç kategoride incelenmektedir<sup>42</sup>. Pazara giriş, bir teşebbüsün daha önce faaliyet göstermediği bir pazarda faaliyete geçmesi olarak tanımlanmaktadır<sup>43</sup>. Pazara giriş, yeni bir teşebbüsün kurulması yoluyla olabileceği gibi, mevcut bir teşebbüsün, yeni bir ürün pazarına girmesi veya coğrafi pazarını

---

<sup>40</sup> Kaynak kavramını bu anlamda kullanan **Ulaş**, s. 63; ortak girişimlerin kaynak sağlama işlevine ilişkin olarak ayrıca bkz. Ian **Hewitt**, No. 1.02.

<sup>41</sup> Sermayeye katılmalı ortak girişimlerin özellikle teknoloji kaynağına erişimi kolaylaştırıcı rolü için bkz. İnci **Altın Sieber**, Joint Ventures,.Technologietransfer und –schutz München, 1996, s. 158-159.

<sup>42</sup> Bu ayırım için bkz. **Ulaş**, s. 2.

<sup>43</sup> Chen **Fu**, Internationale Markteintrittsstrategien mittelgrosser Industrieunternehmen,diss., Stuttgart, 2005, s. 9.

genişletmesi yoluyla da söz konusu olabilir<sup>44</sup>. Sermayeye katılmalı ortak girişimler, yeni bir teşebbüs kurulması yoluyla pazara girişe hizmet edebilir<sup>45</sup>.

İhracat, pazara giriş stratejilerinin öncül ve yalın bir modelini oluşturmaktadır. Üretimini iç pazar dışındaki pazarlara satarak cirosunu artırmak isteyen teşebbüsler, doğrudan veya dolaylı ihracatlar marifetiyle hedef pazardaki teşebbüslerle ticari ilişkiler kurmaktadır. Esasen ihracat yapan teşebbüsün hedef pazara girmesi ve o pazarda belirli bir pay edinmesi, bazı dışsal sebeplere tabi olmaktadır. İthalat yapan ülkenin ithalata sınırlamalar getirmesi, rakip teşebbüslerin aynı pazara girmesi veya ithalat yapan ülkede yerli teşebbüslerin ihraç edilen ürünlerin üretimine başlaması gibi faktörler, ihracat yapan teşebbüsün hedef pazardaki payını azaltabilmektedir. Bu yönüyle ihracat, doğrudan doğruya pazara girişi sağlamaktan ziyade, buna zemin hazırlayan bir ön aşama olarak nitelendirilebilir<sup>46</sup>.

Sözleşmeli pazara giriş stratejileri, ihracata nazaran daha verimli sonuçlar doğurmakta, pazara girmeyi hedefleyen teşebbüse pazarın yapısı, pazara giriş koşulları ve müstakbel rakipleri hakkında bilgi sahibi olma imkanını tanımaktadır. Bu yönden; lisans sözleşmeleri, tek yetkili satıcılık ve franchising sözleşmeleri, üretim sözleşmeleri, yönetim sözleşmeleri ve karşılıklı pazarlama sözleşmeleri stratejik sözleşmeler arasında sayılmalıdır<sup>47</sup>. Bu sözleşmeler marifetiyle teşebbüs, hedef pazara teknoloji transferi gerçekleştirebilmekte, bu pazarda faaliyet gösteren yerli ortakla işbirliği yaparak pazarın özellikleri hakkında bilgi edinebilmektedir.

Sözleşmeli pazara giriş sürecinin, sözleşmeye konu olan projenin tamamlanmasıyla kesintiye uğrayacağı, yabancı bir pazarda sürekli olarak ticari faaliyette bulunmayı hedefleyen teşebbüslerin sürekli olarak yeni projelerde yer almak zorunda oldukları göz ardı edilmemelidir. Uluslararası pazarlara giriş stratejisinin en olgun aşaması ise, doğrudan yatırımlardır. Doğrudan yatırımlar, belirtildiği üzere yatırımcının yatırımı üzerinde doğrudan doğruya kontrol erkine sahip olduğu yatırımlardır<sup>48</sup>. Doğrudan

---

<sup>44</sup> Fu, s. 9-10, Ian Hewitt, No. 1-02.

<sup>45</sup> Schäfer Kunz, s. 250; Lerzan Yılmaz, Türk ve AT Rekabet Hukuku'nda Teşebbüslerin ve Bankaların Birleşme ve Devralınmaları, Şirket Birleşmeleri, s. 160.

<sup>46</sup> Ulaş, s. 12-13.

<sup>47</sup> Ulaş, s. 3; Klaus Langefeld-Wirth, Les joint ventures internationales, Çeviren : André Garcia, Paris, 1992, s. 26; Ian Hewitt, No. 1-15.

<sup>48</sup> bkz. aşa. dn. 143.

yatırımda teşebbüs, yabancı pazarda bir iştirak edinmekte veya bir şube açmakta, yahut bir yoğunlaşma işlemine taraf olmaktadır. Bu çerçevede; yatırım yoluyla gerçekleştirilmeleri kaydıyla birleşmeler, devralmalar ve sermayeye katılmalı ortak girişimler, doğrudan yatırımın karakteristik görünüm biçimleridir<sup>49</sup>.

2. Dünya Savaşı'nın ardından ulusal ekonomilerin güçlenmesi ve bir çok devletin kendi ulusal ekonomilerini kurmak ve büyötmek amacıyla yabancı yatırımlara kuşkuyla yaklaşması, teşebbüslerin yabancı pazarlara daha çok ihracat yoluyla girmelerini zorunlu kılmış; gelişmekte olan devletlerin teknoloji ve altyapı gereksinimine rağmen, yabancı teşebbüslere, sözleşmeli giriş stratejileri için dahi belirli sınırlar dahilinde izin verilmiştir<sup>50</sup>. Sermayeye katılmalı ortak girişimler, sadece gelişmekte olan ülkeleri değil, gelişmiş ülkeleri de etkilemiştir. Bu dönemde siyaseten ve ekonomik açıdan yeni bir yapılanmaya giren Batı Avrupa'da da, ABD yatırımlarının önemli bir çoğunluğu sermayeye katılmalı ortak girişimler aracılığıyla gerçekleştirilmiştir<sup>51</sup>.

Ancak, gelişmiş ülkelerin güçlü sermaye birikimi ve gelişmekte olan ülkelerin pazarlarında hakimiyet kurma arzusu, gelişmekte olan devletlerin yabancı yatırımlara ve özellikle doğrudan yatırımlara yönelik mevzuatlarını elverişli hale getirmeleri yönünde uluslararası kurumlar marifetiyle baskı yapılmasına yol açmış<sup>52</sup>; bu süreç uluslararası yatırımlara özgü hukuk düzenini ortaya çıkarmıştır. Bu bağlamda, sermayeye katılmalı ortak girişimler, demir perde ülkelerinde dahi 1980'li yıllardan itibaren uygulama alanı bulmuş; doğrudan yatırımın izin verilen tek

---

<sup>49</sup> Ulaş, s. 3-4, Baptista, s. 58.

<sup>50</sup> Robert W. **Graham**, Antitrust Problems of Corporate Partners, Subsidiaries, Affiliates and Joint Venturers in Foreign Commerce, Antitrust Bulletin, 1956, s. 32.

<sup>51</sup> Gerard J. **Weiser**, Antitrust Aspects of the Joint Venture in the European Economic Community, University of Pennsylvania Law Review, C. 111, Yıl : 1963, s. 422; özellikle Fransa için John **Kozyris**, Equal Joint Venture Corporations in France, Problems of Control and Resolution of Deadlocks, The American Journal of Comparative Law, C. 17, Yıl 1969, s. 503-508. Yazar, Fransa'da özellikle 2. Dünya Savaşı'nın ardından ABD doğrudan yatırımlarının giderek arttığını, ulusal akımların etkili olduğu 1960'lı yıllarda Fransa'nın, sermayeye katılmalı ortak girişimlere, devralmalara nazaran daha hoşgörölü bir rejim uyguladığını ortaya koymaktadır.

<sup>52</sup> Bu sürecin en karakteristik örneği, Çin Halk Cumhuriyeti'nde yaşanan ve doğrudan yatırımlara işlerlik kazandıran süreçtir. 1970'li yılların sonundan itibaren bu ülkedeki yasa düzenlemelerin imkan tanınmasıyla gelişmiş ülkeler tarafından gerçekleştirilen doğrudan yatırımlar zamanla ciddi bürokratik engellerle karşılaşınca, Çin Halk Cumhuriyeti bu kez söz konusu engellerin kaldırılması yönünde hukuk reformu yapma zorunluluğuyla karşı karşıya kalmıştır. Bu hukuk reformunun kapsamı konusunda bkz. David **Weller**, The Bureaucratic Heavy Hand in China : Legal Means for Foreign Investors to Challenge Agency Action, Columbia Law Review, Yıl : 1998, s. 1254, ayrıca s. 1266 vd.

görünüm biçimi olarak kabul görmüştür<sup>53</sup>. Özellikle 1990'lı yıllarda etkisini hissettiren ve diğer tüm güncel eğilimleri etkisiz kılan küreselleşme, pazarların bütünleşmesi gayesiyle ulusal ticaret duvarlarının yıkılmasına yol açmıştır. Bu süreç, doğrudan yatırımların lehine seyretmektedir<sup>54</sup>.

Görüldüğü üzere, pazara giriş stratejileri, en yalın strateji görünümünde olan ihracattan en karmaşık yapıya olan doğrudan yatırımlara değin uzanmaktadır. Teşebbüslerin yabancı pazara hangi stratejiden yararlanarak girecekleri, tamamen kendi finansal konumlarıyla ve hedef pazarın yapısal özellikleriyle ilintilidir. Bir çok teşebbüs açısından bu süreç, ihracatla başlayıp sözleşmeli giriş stratejileriyle ilerlemekte; nihayet doğrudan yatırımla en olgun düzeyine varmaktadır<sup>55</sup>. Bu sayede, yatırımcı teşebbüs, pazara giriş sürecinde kendi işletme sermayesi dışında bir yatırım sermayesi oluşturabilmekte ve bu sermayeyi doğrudan yatırımda kullanabilmektedir<sup>56</sup>.

Ancak belirtmek gerekir ki, her yabancı pazara giriş, bu sürecin en başından sonuna kadar işletilmesini gerektirmeyebilir. Nitekim, teşebbüsler hedef pazara hiç ihracat yapmadan veya bu pazarda herhangi bir yerli teşebbüsle giriş stratejisi niteliğinde bir sözleşme yapmadan derhal doğrudan yatırım yapmak suretiyle de girmeyi tercih

---

<sup>53</sup> Sermayeye katımlı ortak girişimler, aşamalı olarak sırasıyla Romanya'da (1971), Macaristan'da (1972), Polonya'da (1976) ve Bulgaristan'da (1980) kurulmuş, Sovyetler Birliği ise 1987 yılında sermayeye katımlı ortak girişimlerin kurulmasına izin vermiştir; bu konuda Andrzej **Burzynski**, The Concept of a Joint Venture and the Legal Context for Joint Ventures in CMEA Countries, Florida International Joint Venture, C. 5, Yıl: 1989-1990, s. 184-186.

<sup>54</sup> Ülkemizde bu alanda uzun süre yürürlükte kalan 18.01.1954 tarihli ve 6224 Sayılı Yabancı Sermayeye Teşvik Kanunu, 4875 Sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu(RG. 17.06.2003, 25141) ile yürürlükten kaldırılmıştır. 6224 Sayılı Kanun uyarınca ortak girişimlerin değerlendirilmesi için bkz. **Öztürk**, Ortak Girişim, s. 56 vd.

<sup>55</sup> Sözleşmeli ortak girişim stratejilerinde, sözleşmenin bir tarafından pazara girmeyi hedefleyen yabancı teşebbüs, diğer tarafında ise yerel teşebbüs yer almaktadır. Bu tür sözleşmeler marifetiyle yabancı teşebbüs yerel pazar hakkında bilgi sahibi olmakta, bazen de yabancı teşebbüse ait marka, yerel teşebbüsün emeğiyle yerel pazarda tanınmaktadır. Bu sürecin ardından, yabancı teşebbüs, sözleşmesel ilişkiyi sona erdirerek pazara girmekte ve yerel teşebbüsün emeğiyle oluşturulan pazar payından tek başına yararlanabilmektedir. Bu nedenle stratejik sözleşmelerde yabancı teşebbüsün doğrudan yatırımla pazara girmesinin yerel teşebbüs açısından doğuracağı olumsuz sonuçların giderilebilmesi için, yabancı teşebbüsün yerel teşebbüse bir denkleştirme akçesi ödemesi öngörülebilmektedir; bu konuda bkz. **Ercüment Erdem**, Tek Satıcılık Sözleşmesinde Denkleştirme Talebi, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, İstanbul, 2003, s. 97 vd.

<sup>56</sup> **Ulaş**, s. 4.



edebilir. Özellikle bu durumlar açısından, sermayeye katılmalı ortak girişimlerin en elverişli doğrudan yatırım modeli olduğunu belirtmekte yarar vardır.

Pazara ilk kez doğrudan yatırım marifetiyle girecek olan teşebbüs, yatırımın öncesinde kendi yürüttüğü araştırma faaliyetinin kendisine tanıdığı sınırlı bilgiyi aşan ve pazarın gerçek yapısını yansıtan bilgiler üzerinde tam anlamıyla tasarruf etmeden doğrudan yatırımdan beklediği sonucu elde edemez. Bu noktada, ortak girişimler, doğrudan yatırımın diğer görünüm biçimlerine nazaran daha avantajlı gözükmektedir. Zira, doğrudan yatırımcı, işbirliği yapacağı yerli ortağın pazara ilişkin bilgileri sayesinde, riskli bir faaliyeti, tanımadığı bir pazarda yürütebilme imkanına kavuşacaktır. Meseleye yerli teşebbüs açısından yaklaşıldığında ise, yabancı bir teşebbüsle işbirliği yapılması, yerli teşebbüsün yeni teknolojilere, pazarlama tekniklerine ve sermayeye yönelik gereksinimini karşılayacak; bu sayede her iki taraf da kendisinde bulunmayan veya ulaşılması zahmetli ve masraflı olan kaynaklara erişme imkanına kavuşacaktır<sup>57</sup>.

Bu özellik, ortak girişimleri, pazara giriş engellerinin kırılması bakımından da etkin bir mekanizma haline getirmektedir. Oluşumunu tamamlayan ve pazar yapısı itibariyle yeterli sayıda rakibin faaliyet gösterdiği pazarlarda, yeni teşebbüslerin pazara dahil olması zorluk arz edebilir<sup>58</sup>. Burada kastedilen giriş engeli, teşebbüsün pazara girmesinin fiilen veya hukuken engellenmesini ifade etmemektedir. Kuşkusuz ki, girişim özgürlüğü teşebbüsün istediği alanda ticari faaliyet göstermesine imkan tanımaktadır. Giriş engelinden maksat, belirli bir pazara girecek olan teşebbüsün, o pazarda tutunmasını ve pazarda bulunan diğer teşebbüslerle rekabet ederek kendisine bir pazar payı elde edebilmesini engelleyen veya en azından güçleştiren faktörlerdir<sup>59</sup>.

---

<sup>57</sup> **Kattan**, s. 938; **Ulaş**, s. 60.

<sup>58</sup> **Ruchin**, s. 23.

<sup>59</sup> Bu faktörler, pazarda yer alan teşebbüslerin, pazara girme potansiyeli bulunan teşebbüslere karşı önemli bir avantaj elde etmesini sağlamaktadır; bu konuda bkz. Jonathan **Faull**/Ali **Nikpay**, *The EC Law of Competition*, Oxford, 1999, No. 1.43; giriş engellerinin çeşitli türleri ve ekonomik etkileri konusunda bkz. **Türkkan**, s. 265 vd. **Yanık**, pazara giriş engellerine örnek olarak, pazara girişin yüksek sermaye gerektirmesi, ölçek ekonomileri, müşteri bağlılığı, dikey bütünleşme ve yıkıcı davranışlar gibi faktörleri göstermektedir; bkz. Mehmet **Yanık**, *Rekabet Hukuku'nun Hakim Durum ve Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Uygulamalarında Piyasaya Giriş Engelleri*, Rekabet Kurulu Uzmanlık Tezi, Ankara, 2003, par. 1.3 .

Pazara giriş engelleri, kimi zaman pazarın yapısından, kimi zaman da bizzat pazarda faaliyet gösteren teşebbüslerin tutumlarından kaynaklanabilmektedir<sup>60</sup>. Teşebbüslerin birbirleriyle rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar yaparak veya herhangi bir anlaşma yapmaksızın birbirlerine paralel pazar davranışları sergileyerek potansiyel rakipleri saf dışı bırakmaları, rekabet otoritesi tarafından yasaklanırken; pazarın yapısından kaynaklanan giriş engellerine herhangi bir müdahalede bulunulması söz konusu olmaz. Zira, liberal ekonomi anlayışı, pazarların oluşum sürecini herhangi bir dış müdahale olmaksızın kendi kaderine terk etmeyi gerektirir. Bu süreç, pazara yeni rakiplerin girmesini güçleştirecek bir noktaya varsa dahi, pazarın doğal gelişiminin dış etkenler marifetiyle değiştirilmesi yerinde olmayacaktır<sup>61</sup>.

Bu noktada, pazarın yapısından kaynaklanan pazara giriş engellerinin aşılması bakımından, sermayeye katılmalı ortak girişimler kritik bir rol üstlenir. Ortak girişimin pazara giriş engelini zayıflatıcı etkisi, bu oluşumun stratejik bir işbirliği modeli niteliğini taşımasından kaynaklanır. Farklı bir anlatımla, amacına uygun bir şekilde yapılandırılmış ortak girişimlerde, hakim teşebbüslere ait olan stratejik kaynaklar öyle bir şekilde bir araya getirilmektedir ki; bu bütünleşmeden doğan ekonomik birim, pazardaki rakiplerde bulunmayan bazı kaynaklara (teknolojik üstünlük, ileri yönetim teknikleri vb.) sahip olmaktadır.

Rekabet otoritelerinin gayesi, rekabet ortamının, diğer bir deyişle pazarın kendi etkinliğini ve canlılığını korumasıdır. Bu gaye, dinamik rekabet başlığı altında ele alınmaktadır<sup>62</sup>. Sermayeye katılmalı ortak girişimler, pazara giriş engellerini kırmak suretiyle dahil oldukları pazarlarda, donuklaşmış olan rekabet ortamını canlandırmakta, hatta sonradan yeni teşebbüslerin pazara girmesini kolaylaştırmaktadır. Pazara yeni giren ortak girişim, pazardaki diğer rakiplerinde

---

<sup>60</sup> **Faull/ Nikpay**, No. 1.47.

<sup>61</sup> Rekabet Hukuku'na özgü denetimin kökeninde yatan bu anlayış için bkz. Richard **Whish**, *Competition Law*, Fifth Edition, s. 17 vd.

<sup>62</sup> Dinamik rekabet, pazarın ve pazardaki teşebbüslerin yapılarının sürekli bir dönüşüm içinde bulunmasını hedeflemektedir. Bu dinamizm, pazardaki rekabet koşullarını etkin bir değişikliğe uğratmakta, sürekli değişen rekabet koşulları, teşebbüslerin rekabeti kısıtlayıcı stratejileri geliştirmelerini ve hayata geçirmelerini güçleştirmektedir. Ayrıca rekabetin dinamizmi, teşebbüslerin pazar payı kaybetmemek için sürekli olarak yeni ürünlerin ve hizmetlerin arayışına girmelerini ve fiyatlarını mümkün olan en düşük düzeyde tutmalarını sağlamaktadır. Dinamik rekabetin cari olduğu pazarlarda giriş engelleri zayıf kalmakta; buna bağlı olarak potansiyel rekabet de, pazarda mevcut olan teşebbüsler açısından her zaman bir tehdit oluşturmaktadır. Rekabet ekonomisinin kökeninde yatan rekabet teorileri için özellikle bkz. Ingo **Schmidt**, s. 2 vd., **Türkkan**, s. 99 vd; rekabetin dinamik etkileri için bkz. **Türkkan**, s. 95.

bulunmayan avantajlarını pazara yansıtmakta, buna bağılı olarak pazarda üretilen ürünün veya sunulan hizmetin kalitesinde bir yükselme olmakta; pazarın öznel rekabet koşulları kısa sürede dönüşüme uğramaktadır.

Bu dönüşüm, çoğu zaman pazardaki rakip teşebbüsler üzerinde farklı etkiler yaratmaktadır. Bazı teşebbüsler, ortak girişimin yükselttiği çıtaya erişebilmek için yeni arayışlar içine girmekte; bu dönüşüm ihtiyacını kendi imkanlarıyla karşılayamayan bazı teşebbüsler ise, başka teşebbüslerle işbirliği yapmak zorunluluğuyla karşı karşıya gelmektedir. Dönüşüme gereken stratejik tepkiyi veremeyen teşebbüsler, kaçınılmaz olarak pazar paylarını yitirme tehlikesiyle yüzleşmektedir.

Sermayeye katılmalı ortak girişimin pazara giriş engellerini aşabilmesi için, bir çok koşulun bir arada gerçekleşmesi gerekmektedir. İşbirliği için doğru ortağın seçilmesi, hakim teşebbüslerin gereken stratejik kaynakları bir araya getirmeleri, bu kaynakların sağlıklı bir anlayış ışığında bütünleştirilmesi, bu amaçla hakim teşebbüslerin şirket kültürlerinin ortak bir paydada buluşturulması<sup>63</sup>, hedef pazarın doğru bir şekilde belirlenmesi ve doğru zamanda pazara giriş atılımının yapılması, bu sürecin başarıya ulaşmasını mümkün kılan asgari koşullardır.

Ancak, bir kez bu koşullar bir araya getirilerek doğru bir girişim sentezi oluşturulduğunda, ortak girişim stratejik bir işbirliği modeli görünümüne bürünecek ve pazardaki giriş engellerini zayıflatma kabiliyetini kazanacaktır. Ortak girişim şirketinin giriş engelini yıkarak pazara dahil olması, rakiplerin pazar davranışlarına ve pazardaki rakip sayısına doğrudan etki icra edecek; bu dönüşümün kaçınılmaz bir sonucu olarak pazarın yapısı da değişikliğe uğrayabilecektir.

Görüldüğü üzere, ortak girişimin oluşumu sadece hakim teşebbüsler açısından sinerji yaratmakla kalmamakta, ilgili pazarda rekabetin dinamik hale gelmesi açısından da önemli bir rol oynamaktadır. Bu nedenle, rekabet otoriteleri, sermayeye katılmalı ortak girişimleri dinamik rekabet anlayışına hizmet eden oluşumlar olarak nitelendirmek suretiyle, diğer rejimlere nazaran çok daha avantajlı olan yoğunlaşmalar rejimine tabi kılmaktadır. Yoğunlaşma olarak nitelendirilemeyen

---

<sup>63</sup> Bu sürecin ayrıntıları için bkz. **Büchel/Prange/Probst/Rüling** s. 6-7.

ortak girişimlerin de başka rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalara nazaran çok ılımlı bir yaklaşımla incelendiği açıktır.

Diğer yandan, ortak girişimleri, doğrudan yatırımların son aşaması olarak nitelendirmek de yerinde olmayacaktır. Çoğu zaman, teşebbüsler, yabancı bir pazarda tamamen kendi kontrolleri altında bulundurabilecekleri bir iştiraki kurmadan önce yerel bir ortakla birlikte sermayeye katılmalı bir ortak girişim kurmakta; bu sayede pazara özgü yerel bilgileri edinebilmektedir<sup>64</sup>. Bazen bu tutum, yatırımı kabul eden ülkenin yabancı yatırımlara ancak ortak girişimler çerçevesinde izin verme eğiliminin zorunlu bir sonucudur. Zamanla uluslararası çevrelerin baskısıyla yatırım kabul eden devletlerin mevzuatı değiştirilmekte, yatırımlar daha avantajlı koşullarda gerçekleştirilebilmektedir. Bu aşamaya varılana değin, ortak girişim yabancı yatırımcı açısından elverişli bir işbirliği modeli olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>65</sup>.

## VI. Ortak Girişimlerin Birleşmenin Ön Aşaması Olarak İşlevleri

Ortak girişimler, nadiren de olsa, birleşmenin ön aşamasını oluşturabilir<sup>66</sup>. Birleşme, birleşen teşebbüslerin bağımsızlıklarını yitirmelerine ve birleşme işlemiyle meydana gelen veya dönüşüme uğrayan tek bir teşebbüste varlıklarını sürdürmelerine yol açmaktadır<sup>67</sup>. Küreselleşme ve yıkıcı rekabet, şirket birleşmelerini teşvik etmekte; birleşmeyi bir çok işletmenin ayakta kalması açısından kaçınılmaz kılmaktadır.

---

<sup>64</sup> **Ulaş**, s. 60. Bu konuda ülkemizden somut bir örnek vermek gerekirse, besin maddeleri alanında faaliyet gösteren Fransız Danone Grubu, Türkiye pazarına Sabancı Holding AŞ ile kurdukları sermayeye katılmalı ortak girişim marifetiyle girmiş, bir süre sonra bu ortak girişim ilişkisinin sona ermesiyle yabancı yatırımcı, Türkiye’de tek başına kontrol ettiği yeni bir yatırımı gerçekleştirmiştir.

<sup>65</sup> Sermayeye katılmalı ortak girişimin nihai doğrudan yatırımın olgun aşamalarından birisini oluşturduğu durumlarda, diğer bir anlatımla yabancı hakim teşebbüsün bir sonraki aşamada tamamen kendi kontrolünde bir teşebbüsü kurma niyetini taşıdığı durumlarda, temel sözleşmeye yabancı teşebbüs lehine opsiyon hakları konulmakta, hak sahibi, opsiyon hakkını kullanmak suretiyle yerli ortağın paylarını satın alarak ortak girişimi tekil kontrole tabi bir ortaklığa dönüştürebilmektedir. Opsiyon haklarıyla ilgili olarak bkz. aşa. §15, III, B, 2.

<sup>66</sup> **Ruchin**, s. 22.

<sup>67</sup> Hamdi **Yasaman**, Anonim Ortaklıkların Birleşmesi, Ankara, 1987, s. 5; Hasan **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku, Adana, 2003, s. 73.

Bununla birlikte, belirli bir aşamadan sonra birleşmenin adeta dönülmez bir hukuki süreç halini alması<sup>68</sup>, işletmelerin birleşmeye yönelirken ihtiyatlı hareket etmelerini gerektirebilmektedir. Gerçekten de, bir kez birleşme gerçekleştikten sonra tarafların birleşmeden umdukları yararlar elde edilemezse, birleşmeden önceki duruma gerçek anlamda dönülmesi mümkün olmaz. Zira, artık birleşen teşebbüsler bağımsız hukuki varlıklarını kaybetmişlerdir. Bu tür durumlarda, şirketin bölünmesi akla gelebilir. Bir başka imkan, birleşme sonucunda oluşan şirketin ortaklarından birinin veya bir kaçının, paylarını devrederek şirketten ayrılmasıdır. Her iki yöntemin de, birleşme öncesi hukuki durumu yeniden tesis edemeyeceği açıktır. Bu nedenle, şirketlerin birleşmesi, uzun bir ön hazırlık sürecinin yürütülmesini gerektirmekte; bu sürecin sonunda birleşecek olan şirketler, birleşmeden umulan yararların elde edilip edilmeyeceğini sınamaktadır.

Teşebbüslere büyük ekonomik yararlar getiren birleşmelerin yarattığı bu risklerin bertaraf edilebilmesi için, nadiren de olsa ortak girişimlerden yararlanılması mümkün olmaktadır. Bu amaçla, birleşmeyi planlayan şirketler öncelikle sermayeye katılmalı bir ortak girişim kurmakta; bu ortak girişimde faaliyetlerinin bir kısmını birleştirmekte; bununla birlikte bağımsız hukuki kişiliklerini korumaktadır. Bu yöntemle, ortak girişimin başarılı bir faaliyet gösterememesi halinde, hakim ortakların ortak girişimi tasfiye etmeleri ve faaliyetlerini eskisi gibi yürütmeleri amaçlanmaktadır.

Buna karşılık, ortak girişimden umulan başarı elde edilirse ve hakim ortakların işletme kültürlerinin birbiriyle uyduğu doğrulanırsa, bu kez birleşme sürecinin işletilmesi gündeme gelecektir. Bu aşamada, çeşitli modellerin uygulanması söz konusu olabilir. Hakim ortaklardan birine veya ortak girişim şirketine tüm şirketlerin katılması yoluyla birleşme yapılabileceği gibi, hakim ortakların ve ortak girişimin, yeni kurulacak bir şirkete katılmaları yoluyla da birleşmenin gerçekleştirilmesi mümkün olacaktır.

---

<sup>68</sup> Birleşme bir kez hukuken geçerli olarak gerçekleştirildiğinde, tasfiyesiz infisah gerçekleşecek (TTK.m. 434/1 bent 7, TTK.m. 451, 452); devralma yoluyla birleşmede devralan ortaklık yapı değişikliğine uğrayacak, yeni kuruluş yoluyla birleşmede ise yeni bir ortaklık ortaya çıkacak; birleşmenin her iki türünde, birleşme sonrasında tek bir ortaklık kalacak; külli halefiyetin ve tasfiyesiz infisahın etkisiyle bu aşamadan sonra birleşme sürecinin geriye işletilmesi söz konusu olmayacaktır; bkz. **Yasaman**, Birleşme, s. 18 vd.

Yukarıda genel hatlarıyla sunulan bu yöntemin uygulanması, aslında pek pratik değildir. Zira, bir ortak girişimin kurulması da, son derece ayrıntılı bir hukuki sürecin işletilmesini gerektirmektedir. Bu nedenle, bu yöntemden ancak zorunlu hallerde yararlanmak , bunun yerine birleşme öncesi süreci layıkıyla işletmek ve birleşmenin ilgili teşebbüsler açısından getireceği riskleri olabildiğince araştırarak doğrudan doğruya birleşme sürecini işletmek daha isabetli olacaktır.

## **VII. Ortak Girişimlerin Bir Teşebbüsün Tekil Kontrolünün Ele Geçirilmesi Açısından Bir Ön Aşama İşlevini Görmesi**

Yabancı bir pazarda yatırım yapmak isteyen bir teşebbüs, bu pazara aşamalı olarak girmeyi tercih edebilir. İlk aşamada lisans ve franchising sözleşmeleri gibi sözleşmeli yatırım stratejileri tercih edilirken, sonraki aşamada doğrudan yatırım stratejileri uygulanabilir. Bu açıdan, bir teşebbüs, ilk aşamada pazarın özelliklerini iyi bilen bir ortakla sermayeye katılmalı ortak girişim kurmayı, bir süre sonra ortağına ait payları devralarak kurduğu teşebbüs üzerinde tek başına kontrolü ele geçirmeyi hedefleyebilir<sup>69</sup>. Ancak, belirtmek gerekir ki, sermayeye katılmalı ortak girişimin başlı başına kurulması zahmetli bir işbirliği modeli olması ve bununla birlikte hakim teşebbüslerin münferit stratejileri açısından önemli değişiklikler yaratması, bu işbirliği modelinin bir “ara model” olarak kullanılmasını cazip kılmamaktadır. Nitekim, özellikle Rekabet Hukuku uygulaması, bilakis tekil kontrole tabi olan bir ortaklığın sonradan ortak girişim şirketine dönüştürülmesine ilişkin bir çok örnek içermektedir<sup>70</sup>.

---

<sup>69</sup> Ian **Hewitt**, No. 1. 04. Buna ilişkin somut bir örnek için bkz. Rekabet Kurulu'nun 6.4.2006 tarihli ve 06-24/ 323-70 Sayılı **Cadbury/Tahincioğlu** Kararı. Karara konu olan yoğunlaşma ele alındığında, bir teşebbüsün öncelikle bir Türk şirketinin bir kısım paylarını devralarak diğer hakim ortak ile birlikte ortak kontrolü paylaştığı, daha sonra ise temel sözleşmede yer alan opsiyon hakkını kullanarak tekil kontrolü elde ettiği görülmektedir.

<sup>70</sup> Bu konuda bkz. Avrupa Komisyonu'nun 12.3.1993 tarihli Ericsson/ HP Kararı, 9.3.1994 tarihli ABB/ Renault Automation Kararı ve 27.8.1998 tarihli Havas/ Bertelmann/ Doyma Kararı.

### § 3. Ortak Girişim Kavramı ve Ortak Girişimlerin Türleri

#### I. Kavram

Belirli bir işin hangi örgütlenme modeli altında yürütüleceğini, ağırlıklı olarak bu faaliyetin ekonomik niteliği belirlemektedir. Özellikle faaliyetin bünyesinde barındırdığı riskler ve faaliyetin sürekliliği, teşebbüslerin tercih edecekleri işbirliği modeline doğrudan doğruya etki etmektedir. Bu yönden, ortak girişimler, endüstrileşmenin beraberinde getirdiği riskli faaliyetlerle gündeme gelen bir örgütlenme modelidir.

Ortak girişim, yalın sözlük anlamı itibariyle belirli bir girişimin ortaklaşa gerçekleştirilmesini, belirli bir ekonomik faaliyetin ortaklaşa yürütülmesini ifade etmektedir<sup>71</sup>. Ancak ekonomi ve işletme bilimleri açısından dar ve teknik anlamda ortak girişim, riskli bir faaliyetin kazanç elde etmek amacıyla ortaklaşa yürütülmesi olarak tanımlanmaktadır<sup>72</sup>. Ekonomik açıdan yapılan bu kavramsal sınırlama dahi, ortak girişimin diğer stratejik işbirliği<sup>73</sup> modellerinden ayrılması ve ortak girişimin farklı görünüm biçimlerinin ortaya konulması açısından bir yarar sağlayamamaktadır. Zira ortak girişim müessesesinin zengin görünüm biçimleri, işbirliğinden beklenen bir çok işlevi yerine getirebilmektedir<sup>74</sup>. Özellikle Anglo-Amerikan Hukuku öğretisinde ortak girişim, geçici bir işbirliği ilişkisinden kaynakların kısmen birleştirilmesini öngören sürekli işbirliği modellerine uzanan geniş bir yelpazede ortaya çıkmakta ve “esnek bir işbirliği modeli” olarak

---

<sup>71</sup> Joint venture terimi, “joint” (ortak, müşterek) ve “adventure” (macera) terimlerinden türetilmiştir ve riskli bir faaliyetin ortaklaşa yönetilmesi anlamına gelmektedir; **Kabst**, s. 8; Dagmar **Hoffeld**, Effizienz trigonaler Kooperationsstrukturen, ein holistisch dynamischer Ansatz, diss., Düsseldorf, 2002, s. 32.

<sup>72</sup> **Ulaş**, s. 57, **Oktay**, s. 25 vd.

<sup>73</sup> Stratejik işbirliği, teşebbüslerin, kurumsal nitelik taşıyan bir amacı gerçekleştirmek üzere hazırlanan bir plan dahilinde kaynaklarını birleştirmesi olarak tanımlanmaktadır; bkz. **Oktay**, s. 23. Bu tanımdaki kaynak unsuru, hukuki anlamda sermaye veya katılım payı kavramlarıyla örtüşmemekte, ticari işletmeye tahsis edilen her türlü maddi ve gayrimaddi unsurun yanısıra insan kaynaklarını da kapsamaktadır; bu konuda bkz. **Ulaş**, s. 63 vd.

<sup>74</sup> **Barlas**, Adi Ortaklık Temeli, s. 188; Rudolf **Tschäni**, Gesellschafts- und kartellrechtliche Probleme der Gemeinschaftsunternehmen (Joint Ventures), Die europäisch-gemeinschaftliche Versuche einer rechtlichen Einordnung, Schweizerische Aktiengesellschaft : Zeitschrift für Handels- und Gesellschaftsrecht (SAG), 1977, s. 88; **Büchel/ Prange/ Probst/ Rüling**, s. 4 vd.

nitelendirilmektedir<sup>75</sup>. Gerçekten de, Boğaz köprüsünün inşası için ulusal ve uluslararası teşebbüslerce kurulan bir ortak girişimle, gen teknolojilerini geliştirmek üzere iki ilaç şirketi arasında araştırma geliştirme konusunda yapılan bir işbirliğini ve nihayet, elli yıllık bir imtiyaza istinaden bir mobil telefon operatörünü işletmek üzere bu alanda uzmanlaşmış iki teşebbüs tarafından kurulan bir anonim şirketi, ekonomik işlevleri açısından bir tutmak yerinde olmayacaktır.

Ortak girişimin çeşitli türlerinin sınıflandırılması ışığında görüleceği üzere<sup>76</sup>, söz konusu görünüm biçimlerinin çeşitliliği ve zenginliği, ortak girişimin tüm türlerini kapsayacak bir kavramsal yaklaşımın benimsenmesini ve farklı görünüm biçimlerinin tümünü kuşatacak bir tanımın yapılmasını, kanımızca olanaksız kılmaktadır<sup>77</sup>. Ortak girişimin zengin görünüm biçimlerine sahip olması, aşağıda görüleceği üzere “türlerin kavramsal farklılaşması” karşısında aslında “ortak girişim” kavramının ekonomi biliminde bir üst kavram olduğunu da ortaya koymaktadır<sup>78</sup>. Bu bağlamda, ortak girişimin tüm türlerinin tanımın kapsamına girebilmesi için ortaya konulan “*riskli bir faaliyetin kazanç elde etmek amacıyla ortaklaşa yürütülmesi*” tanımı, soyutlama derecesi yüksek bir tanımdır ve çeşitli türlerin ayırıcı özelliklerini yansıtmaktan uzaktır.

Bilimin farklı disiplinlere bölünmesi, farklı disiplinlerin belirli bir olgu konusunda birbirleriyle çelişen sonuçlara varmasına imkan tanımaz. Bu bilimsel gerçek, ortak girişimler açısından da geçerlidir. Ortak girişimlerin ekonomik ve hukuki

---

<sup>75</sup> Bu yönde bkz. Peter A. **Donovan**, Joint Ventures, Antitrust Law Journal, C. 43, Yıl: 1973-1974, s. 563, Edward **Correia**, Joint Ventures : Issues in Enforcement Policy, Antitrust Law Journal, C. 66, Yıl: 1998, s. 738, **Hewitt/ Picot**, s. 13.

<sup>76</sup> Bkz. aşa. § 1, II, A.

<sup>77</sup> **Baptista**, s. 30 vd.; Zülal **Akkurt**/Barış **Akgül**, Joint Venture ve Konsorsiyumun Türk Hukuku'ndaki Yeri, Yargıtay Dergisi, Ekim 2001, C. 27, S. 4, s. 730. Amerikan Hukuku'nda **Nichols**, Amerikan mahkemelerinin bilinçli olarak bir tanım vermekten kaçındıklarını ve ele aldıkları somut uyumsuzluğa konu olan somut görünüm biçimini hukuki yönden irdelemeyi tercih ettiklerini vurgulamaktadır; bkz. **Nichols**, s. 430; aynı yönde Luiz Olavo **Baptista**/ Pascal **Durand-Barthez**, Les associations d'entreprises dans le commerce international, 2ème Edition, Paris, 1991, s. 9. Bu noktada, bazı yazarlar ise, tanımın ilgili olduğu hukuk disiplinine göre yapılmasını önermektedir; bkz. Ki-Hyoung **Na**, Das Gemeinschaftsunternehmen im deutschen Aktienrecht, Göttingen, 1998, s. 9; aynı yaklaşımı benimseyen André **Ruchin**, s. 9. Ortak girişim teriminin son tahlilde hukuken belirli bir müesseseyi işaret etmediği yönünde özellikle bkz. Walter **Fellmann**/ Karin **Müller**, Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band VI, 2. Abteilung, 8. Teilband, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Die einfache Gesellschaft, Art. 530- 544 OR, Bern, 2006, Art. 530, No. 255.

<sup>78</sup> Ortak girişim müessesesinin gelişim çizgisini inceleyerek bu sonuca varan **Hoßfeld**, s. 32.



boyutlarının sağlıklı bir şekilde irdelenebilmesi için, her iki disiplinin sunduğu verilerin bütünsel bir bakış açısı altında değerlendirilmesi zorunludur. Bu bağlamda, ekonomi bir altyapı, hukuk ise bir üstyapı kurumu olduklarından; ortak girişimlerin hukuki yönden değerlendirilmesinde, bu oluşumların ekonomik temellerinin göz önüne alınması kaçınılmazdır.

Bu noktada, ortak girişimlerin hukuki açıdan yoğun bir şekilde incelendiği iki hukuk disiplininin dinamikleri de, bu bakış açısını zorunlu kılmaktadır. Bu oluşumlar, hukuki yapıları itibariyle Borçlar Hukuku'na ve Ortaklıklar Hukuku'na, rekabete yönelik etkileri itibariyle Rekabet Hukuku'na konu olmaktadır. Büyük çaplı ekonomik faaliyetlerin yürütülmesine yönelik olarak kurulan sermayeye katımlı ortak girişimlerin katı bir Rekabet Hukuku denetimini beraberinde getirmesi, sermayeye katımlı ortak girişimlerin kökeninde yatan ekonomik ve hukuki verilerin bir arada değerlendirilmesini kaçınılmaz hale getirmektedir.

Ortak girişim müessesesi, farklı görünüm biçimleriyle çok çeşitli ihtiyaçların karşılanmasına hizmet etmektedir. Söz konusu ihtiyaçların farklılığı, ortak girişimin hukuki yapısını ve niteliğini de belirlemektedir. Bu bağlamda, bir üst kavram olan “ortak girişimin” hukuki yapısının ve niteliğinin incelenmesi söz konusu olmamakta, ortak girişimin her bir görünüm biçiminin ayrı olarak ele alınması ve nitelendirilmesi zorunlu hale gelmektedir. Aşağıda görüleceği üzere, ortak girişimlere ilişkin ayrımlar, aslında bu oluşumların ekonomik cephesini yansıtmaktadır ve her bir ortak girişim kategorisi, ayrı bir hukuki niteliğe tekabül etmemektedir<sup>79</sup>.

Bu noktadan hareketle, İsviçre Hukuku'nda bazı yazarlar<sup>80</sup>, birbiriyle hukuki nitelikleri itibariyle örtüşmeyen çeşitli görünüm biçimlerini dikkate alarak, ortak girişimin hukuki bir kavram olmadığını ileri sürmektedirler. Halbuki, ortak girişim kavramı, farklı görünüm biçimlerinin tümünü temsil eden bir üst kavram niteliğini arz ettiğinden<sup>81</sup> bu kavramın hukuki olmadığını kabul edilmesi ve bilakis ekonomik

---

<sup>79</sup> Bu yönde **Martinek**, s. 216; Matthias **Oertle**, Das Gemeinschaftsunternehmen (Joint Venture) im schweizerischen Recht, Diss., Zürich,1990, s. 1; **Barlas**, Adi Ortaklık Temeli, s. 192.

<sup>80</sup> **Walter R. Schlupe**, Privatrechtliche Probleme der Unternehmenskonzentration und –kooperation, Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Halbband II, 1973, s. 481, **Tschäni**, s. 89, **Oertle**, s. 1.

<sup>81</sup> **Naegeli**, C. I, s. 236, 249. Ancak yazar, ortak girişim kavramının kısmi birleşme ( Teilfusion) ve yeni kuruluş yoluyla oluşan ortak girişim (konsortiale Neugründung) açısından bir üst kavram

bir kavram olarak nitelendirilmesi, bu üst kavram altında yer alan farklı türlerin hukuki müesseseler olmadığı anlamına gelmez. Fenomenolojik açıdan irdelendiğinde ortak girişim, geniş anlamda ortaklaşa yürütülen her türlü faaliyeti, dar ve teknik anlamda ise belirli bir riski paylaşmak üzere ortaklaşa yürütülen faaliyeti ifade etmektedir. Bu bağlamda, çalışmamızda ortak girişim terimine, “joint venture” teriminin karşılığı olarak yer verilecek ve bu terim, ortak girişimin çeşitli görünüm biçimlerinin kökeninde yer alan stratejik işbirliği ilişkisine işaret etmek üzere kullanılacaktır.

Hukuk öğretisinin temel yaklaşımı ise, ortak girişim fenomeninin değil, bu fenomenin asli görünüm biçimlerinin hukuki müessese olarak nitelendirilmesi ve irdelenmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır<sup>82</sup>. Bu asli görünüm biçimlerini, sözleşmesel ortak girişim ve sermayeye katımlı ortak girişimler oluşturmaktadır. Aşağıda ele alınacak olan diğer kategorilerde yer alan ortak girişimler, hukuken bu iki asli görünüm biçiminin ışığında nitelendirilmektedir. Bu veriler ışığında, ortak girişimlerin hukuki müessese niteliğini taşımadığına dair görüş, ekonomik bir müessese niteliğini taşıyan “ortak girişim” bakımından geçerlidir<sup>83</sup>; yoksa bu müessesenin belirtilen iki asli görünüm biçiminin hukuki müesseseler olduğu noktasında duraksamamak gerekir. Zira, ortak girişimin bu görünüm biçimlerinden sözleşmesel ortak girişim, adi ortaklığın bir görünüm biçimi olarak ortaya çıkmakta<sup>84</sup>; sermayeye katımlı ortak girişim ise adi ortaklık niteliğini taşıyan bir temel sözleşme uyarınca bir ticaret ortaklığının kurulmasına zemin hazırlamaktadır<sup>85</sup>.

---

niteliğini taşıdığına öne sürmektedir. Böylelikle yazar, aslında sermayeye katımlı ortak girişimin, kendi oluşum biçimleri açısından bir üst kavram niteliğini taşıdığına savunmaktadır. Yine, ortak girişimi üst kavram olarak nitelendiren Hans Georg **Koppensteiner**, *Unternehmensgemeinschaften im deutschen Konzern und Wettbewerbsrecht*, *Zeitschrift für Handelsrecht*, (131), 1968, s. 289.

<sup>82</sup> Söz konusu yaklaşım açısından **Barlas**, *Adi Ortaklık Temeli*, s. 193; Ercüment **Erdem**, *Türk ve AT Rekabet Hukuku’nda Birleşme ve Devralmalar*, İstanbul, 2003, s. 74-75; **Fellmann/ Müller**, *Art. 530, No. 255*.

<sup>83</sup> Açıkça bu yönde bkz. Ian **Hewitt**, No. 1.05. Oysa, Rudolf **Tschäni**, *Gesellschafts- und kartellrechtliche Probleme der Gemeinschaftsunternehmen (Joint Ventures), die europäisch-gemeinschaftsrechtlichen Versuche einer rechtlichen Einordnung*, *Schweizerische Aktiengesellschaft : Zeitschrift für Handels- und Gesellschaftsrecht SAG*, 1977, s. 89 ve **Oertle** s. 1-3; ortak girişimin değil, “sermayeye katımlı ortak girişimin” (*Gemeinschaftsunternehmen*) ekonomik bir kavram olduğundan söz etmektedir.

<sup>84</sup> Bu konuda bir çok kaynak yerine bkz. **Barlas**, *Adi Ortaklık Temeli*, s. 187 vd.

<sup>85</sup> bkz. aşa. § 1, I, A, 2.

Görüldüğü üzere, ortak girişimin her iki türü, belirli bir hukuki müessesenin özellikli bir görünüm biçimi olarak ortaya çıkmakta veya çeşitli hukuki müesseseleri bünyesinde barındırmaktadır. Açık bir anlatımla, ortak girişim (*joint venture*) kavramı ekonomik bir kavram iken, bu müessesenin görünüm biçimleri olan sözleşmesel ortak girişim ve sermayeye katılmalı ortak girişim, aynı zamanda hukuki kavramlardır.

Aşağıda inceleneceği üzere<sup>86</sup>, sözleşmesel ortak girişimle sermayeye katılmalı ortak girişimin ortak bir paydada birleşmesinin ve ekonomi bilimine özgü bir üst kavram niteliğini taşıyan “ortak girişim” başlığı altında yer almasının nedeni, her iki işbirliği modelinin de adi ortaklık temelinde oluşun<sup>87</sup>, tek bir teşebbüsün kaynak ve risk kapasitesini aşan riskli faaliyetlerin yürütülmesini konu edinen ve ortak yönetim (sözleşmesel ortak girişimler)- ortak kontrol (sermayeye katılmalı ortak girişimler) esasına dayanan müesseseler olmasıdır.

Bu itibarla, ortak girişimin çeşitli türleri bakımından yapılan sınıflandırmanın ana çizgisini, ortak girişimin yapısına göre ortaya konulan sözleşmesel ortak girişim-sermayeye katılmalı ortak girişim ayrımı oluşturmaktadır. Bu ayrım, aynı zamanda hukuki nitelik açısından da bir farklılaşmayı ifade etmektedir.

Ortak girişimin farklı türlerinin ortak özelliklerinden birisi de , bu işbirliği modeline genellikle tek bir teşebbüsün özvarlık ve risk kapasitesini aşan faaliyetlerin yürütülmesine yönelik olarak başvurulmasıdır. Esasen her ticari faaliyet, bünyesinde çeşitli riskler barındırır ve hiç bir ticari girişim, risklerinden arındırılmaz. Bununla birlikte, özellikle sermayeye katılmalı ortak girişimlerin tasfiyesine hizmet ettiği risk, stratejik nitelikteki risktir<sup>88</sup>.

Ortak girişimin türleri itibariyle yapılan ayrım bakımından, Rekabet Hukuku’ndaki ana çizgiyi ise, işbirliğine (eşgüdümeye) yönelik ortak girişimler- yoğunlaşmaya

---

<sup>86</sup> ABD Hukuku’nda da, ortak girişimlerin kökeninde sözleşmesel bir ilişki yattığı yönünde bkz. Norman L. **Schatz**, Joint Adventure-Remedies Where a Corporation is Formed to Acquire Property of the Venture, Marquette Law Review, Yıl : 1947-1948, C. 31, s. 226. Bu konudaki ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. aşağıda § 1, II, A, 2 ve § 2, VI, F, 2,d.

<sup>87</sup> **Barlas**, Adi Ortaklık Temeli, s. 203- 204.

<sup>88</sup> Stratejik nitelikteki risk, işletmenin uzun dönemde kârlılığını etkileyen risk olarak tanımlanmaktadır; bkz. **Ulaş**, s. 21.

yönelik ortak girişimler ayrımı oluşturmaktadır. Bu açıdan, hakim teşebbüslerin ortak girişim çerçevesinde yürüttüğü işbirliğinin yoğunluğu ve bu işbirliğinden bağımsız bir ekonomik birimin çıkıp çıkmadığı olgusu, ortak girişimin Rekabet Hukuku'na özgü yapısını etkilemektedir. Ayrıntıları ileride ele alınacak olmakla birlikte<sup>89</sup>, hakim teşebbüsler arasındaki işbirliğinin nispeten gevşek ve kısa süreli olduğu ve belirli bir projenin gerçekleştirilmesini hedeflediği durumlarda, sözleşmesel ortak girişim ve Rekabet Hukuku açısından işbirliğine yönelik ortak girişim meydana gelirken; teşebbüsler arası işbirliğinin sıkı ve kalıcı olduğu hallerde ve bu husus dikkate alınarak hakim teşebbüslerin gereken kaynakları kalıcı olarak ortak girişime tahsis etmeleri halinde ise, sermayeye katılmalı bir ortak girişim ve aynı zamanda yoğunlaşmaya yönelik bir ortak girişim ortaya çıkmaktadır<sup>90</sup>.

Görüldüğü üzere ortak girişimler, belirli bir işin gerçekleştirilmesine yönelik basit bir işbirliğinden, hakim teşebbüslerin kaynaklarının kısmen ancak kalıcı bir şekilde birleştirildiği durumlara uzanan geniş bir yelpazede ortaya çıkmaktadır. Şu kadar ki, somut durumda bir ortak girişimin hangi kategoriye dahil olduğu, ilgili kategorinin esaslı unsurlarının varlığı sınanarak saptanmalıdır.

Bir kez ortak girişimin çeşitli hukuki görünüm biçimleri ayırıcı özellikleri itibariyle incelendiğinde, çalışmamız bu türlerin tümü üzerinden yürütülmeyecek; bu türlerden sadece sermayeye katılmalı ortak girişimler üzerinde ayrıntılarıyla durulacaktır. Bu noktada, ortak girişimin tüm türlerinin kısaca incelenmesinin amacı, sermayeye katılmalı ortak girişimlerin kavramsal sınırlarının ortaya konulmasıdır.

---

<sup>89</sup> bkz. aşağıda § 7, II, B, 1.

<sup>90</sup> **Tschäni**, s. 88. Bu noktada, Borçlar Hukuku'na ve Ortaklıklar Hukuku'na ilişkin bir ayrım niteliğini taşıyan sözleşmesel- sermayeye katılmalı ortak girişim ayrımı ile Rekabet Hukuku'na özgü sermayeye katılmalı- yoğunlaşmaya yönelik ortak girişimi ayrımının her zaman örtüşmediği önemle vurgulanmalıdır. Özellikle sermayeye katılmalı ortak girişimle yoğunlaşmaya yönelik ortak girişimin örtüşmesi için Rekabet Hukuku, bir çok koşulun mevcut bulunmasını aramaktadır; bu konuda bkz. § 7, II, B, 2 vd.

## II. Türleri

### A. Yapısal Bakımdan

#### 1. Sözleşmesel Ortak Girişim- Sermayeye Katılnalı Ortak Girişim Ayrımı

Yapısal bakımdan ortak girişimler, sözleşmesel ortak girişimler ve sermayeye katılnalı ortak girişimler olmak üzere ikiye ayrılır.

Ortak girişimin çeşitli türleri arasında yapılan ayrımların en belirgin olanı, sözleşmesel ortak girişimlerle sermayeye katılnalı ortak girişimler arasındaki ayrımdır. Konu bakımından, sözleşmesel ortak girişimler, tek bir işin veya geçici nitelikteki faaliyetlerin yürütülmesine hizmet ederken, sermayeye katılnalı ortak girişimler, daha uzun vadeli ticari faaliyetlerin ortaklaşa yürütülmesine zemin oluşturur<sup>91</sup>.

Sözleşmesel ortak girişimlerin en yaygın uygulama alanı, tek bir teşebbüsün kapasitesini aşan altyapı yatırımlarıdır. Müessesenin ilk olarak ortaya çıktığı ABD Hukuku'nda ortak girişimler, maden ve petrol arama projelerinde sıklıkla kullanılmıştır<sup>92</sup>. Diğer hukuk sistemlerinde, özellikle gelişmekte olan ülkelerde ve ülkemizde ortak girişimlerin ortaya çıkışı ise, geniş çaplı altyapı faaliyetleri sayesinde gündeme gelmiştir<sup>93</sup>. Ulaşım, enerji ve inşaat sektörü, sözleşmesel ortak girişimlerin en çok rağbet gördüğü alanlardır.

Sözleşmesel ortak girişimlerde, ortak girişimin ömrü, yürütülen proje ile sınırlıdır. Bu anlamda geçicilik, belirli bir süreyle ölçülememektedir; zira sözleşmesel ortak

---

<sup>91</sup> Bu işlevsel ayırım, mutlak değildir. Teşebbüsler, sürekli bir faaliyeti sözleşmesel bir ortak girişimin oluşturduğu zeminde yürütmeyi tercih edebilecekleri gibi, kısa süreli bir projeyi de, sermayeye katılnalı ortak girişimin çatısı altında icra etmeyi tasarlayabilirler. Ancak bu tutum, ortak girişimin bu iki türünün nitelikleri gözetildiğinde akılcı olmayacaktır. Nitekim uygulama da, sınırları belirli olan ve nispeten geçici nitelik taşıyan riskli faaliyetler için sözleşmesel ortak girişim, sürekli faaliyetler içinse sermayeye katılnalı ortak girişimlerin kurulması yönünde istikrar kazanmaktadır.

<sup>92</sup> Kemal **Dayınlı**, Joint Venture Sözleşmesi, İkinci Baskı, Ankara, 1999, s. 59.

<sup>93</sup> Türk Hukuku'nda ortak girişimin ortaya çıkışı ve gelişimi için bkz. **Öztürk**, Ortak Girişim, s. 56 vd.

girişim, konu edindiği proje sona erdiğinde, diğer bir deyişle sözleşmenin gayesi gerçekleştiğinde nihayet bulacaktır<sup>94</sup>.

Sermayeye katılmalı ortak girişimler ise, girişimcilerin işbirliklerini sürekli ve kalıcı bir şekilde örgütleme düşüncesine sahip olmaları halinde başvuru bir işbirliği modelidir<sup>95</sup>. Sözleşmesel ortak girişimlerde, taraflar arasındaki hukuki ilişki yalın bir sözleşmesel ilişkiden ibaret kalırken; sermayeye katılmalı ortak girişimlerde, taraflar arasında kurulan sözleşmesel ilişki uyarınca ayrıca yeni bir teşebbüs kurulmakta ve ortak girişim sistemi adı verilen bir sistem oluşmaktadır<sup>96</sup>. Öğretide bir görüş<sup>97</sup>, sermayeye katılmalı ortak girişimin bir çok sözleşmeden oluşan bir yapı arz ettiğini öngörerek bu sözleşmelerin tümünü “*Ortak Girişim Sözleşmeler Bütünü*” (*Joint-Venture Gesamtvertragswerk*) olarak adlandırmaktadır<sup>98</sup>.

## 2. Sözleşmesel Ortak Girişimlerin Hukukî Yapısı

### a. Sözleşmesel Ortak Girişimlerin Konusu ve Amacı

Bir yandan nüfusun çoğalmasıyla altyapı ihtiyaçlarının artması, diğer yandan teknolojinin ilerleme hızının katlanması, özellikle ulaşım ve inşaat alanlarında yürütülen projelerin büyümesine ve gelişmesine yol açmış; zamanla bu tür projelerin tek bir teşebbüs tarafından gerçekleştirilmesi güçleşmiştir. Bu itibarla, teşebbüslerin işbirliği yapmaları zorunlu hale gelmiştir. Bu yönden sözleşmesel ortak girişimin

<sup>94</sup> İbrahim **Kaplan**, İnşaat Sektöründe Müşterek İş Ortaklığı, -Joint Venture-, Ankara,1994, s. 84 vd.

<sup>95</sup> Andrea **Lohse**, Kartellfreie Gemeinschaftsunternehmen im europäischen Wettbewerbsrecht, Köln, 1992, s. 6.

<sup>96</sup> Ortak girişim sistemi, hakim teşebbüsler arasında temel sözleşmeyle kurulan ortaklık ilişkisinden ve bu ilişki uyarınca kurulan bir ortak girişim şirketinden oluşan bütünü ve bütünün bu parçaları arasında temel sözleşmelerle ve uydu sözleşmelerle kurulan yapıyı ifade etmektedir. İşletme bilimine özgü bu kavram, hukuken sermayeye katılmalı ortak girişime tekabül etmektedir. Ortak girişim sistemi kavramı için özellikle bkz. **Büchel/Prange/Probst/Rüling** s. 13.

<sup>97</sup> **Martinek**, s. 218, aynı yönde Peter **Böckli**, Schweizer Aktienrecht, 2. Auflage (Nachdruck), Zürich, 1997, s. 1216, Jasmin **Djalali**, Internationale Joint Ventures, diss., Bern,1996, s. 26, **Altin-Sieber**, s. 144, **Lohse**, s. 8, **Öztürk**, Ortak Girişim, s. 31.

<sup>98</sup> Sermayeye katılmalı ortak girişimlerin yapısını ekonomik açıdan ele alan **Chen**, bu oluşumun bir çok sözleşmeden meydana gelen yapısının, hiyerarşik ve sosyal mekanizmalar içerdiğini, hakim teşebbüslerin ortak girişim şirketi üzerindeki kontrol ilişkilerinin ve birbirleriyle olan stratejik ilişkilerinin bu hiyerarşik ve sosyal mekanizmalar ekseninde oluşturulduğunu ortaya koymaktadır; bkz. **Chen**, s. 9-10. İşletme bilimi anlamında yönetsel ilişkileri düzenleyen bu mekanizmalar, temel sözleşmede ele alınmaktadır ve sermayeye katılmalı ortak girişimin hukuki çerçevesi, temel sözleşme ile inşa edilmektedir.

işlevi, taraflar arasında belirli bir projenin ömrüyle sınırlı bir işbirliği ilişkisinin kurulmasını sağlamasıdır. Bu sayede teşebbüsler, aynı zamanda birbirinden farklı teşebbüslerle sözleşmeye dayalı ortak girişim ilişkisine girme imkanına sahip olacaktır.

Sözleşmesel ortak girişimler, genellikle belirli bir işin tamamlanmasına, örneğin bir altyapı projesinin gerçekleştirilmesine yönelik olarak kurulmaktadır. Bu yönüyle sözleşmesel ortak girişimler, tipik bir tek iş ortaklığıdır<sup>99</sup>. Nitekim, sözleşmesel ortak girişimlerin en yaygın şekilde kullanımına ve gelişimine sahne olan Amerika Birleşik Devletleri'nde, mahkemeler, uzun süre sözleşmesel ortak girişimlerin Amerikan Hukuku'nun tipik kişi ortaklığı olan *partnership*'ten farkları üzerinde durmamış, ancak 19. yüzyılın ikinci yarısından itibaren sözleşmesel ortak girişimin belirli bir işin gerçekleştirilmesi için kurulan bir tek iş ortaklığı olduğunu, bu yönüyle *partnership*'ten ayrıldığını ortaya koymuştur<sup>100</sup>. Amerikan Hukuku'nda, sözleşmesel ortak girişimin "tek iş ortaklığı" olma özelliği, kavramsal bir unsur olarak algılanmış, hatta öğretinin kavramsal yaklaşımlarında sözleşmesel ortak girişimlerin riskin paylaşılması unsurundan ziyade tek bir işin yapılmasına yönelik özelliğinin bu müesseseyi *partnership*'ten ayıran özellik olduğu vurgulanmıştır<sup>101</sup>.

---

<sup>99</sup> Türk Hukuku'nda, **Poroy (Tekinalp/Çamoğlu)**, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 10. Tıpkı Basım, İstanbul, 2005, No. 19b, aynı yönde Rifat **Erten**, Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanununun Türk Yabancı Hukuku Sistemi İçindeki Yeri ve Rolü, Ankara, 2005, s. 87. **Şahinalp** (s. 497), ortak girişimin iki türü arasında açık bir ayırım yapmadan ortak girişimin mutlaka kâr elde etme amacına yönelmesi ve tek bir iş için kurulması açısından adi ortaklıktan farklılaştığını, zira adi ortaklığın ideal amaçlara yönelik olarak da kurulabileceğini ve sürekli olduğunu ileri sürmektedir. Sözleşmesel ortak girişime özgü bu iki özellik, bu müessesenin adi ortaklık olarak nitelendirilmesini önlememektedir; çünkü adi ortaklıkların esnek hukuki yapısı ve zengin ekonomik işlevleri, bu ortaklıkların ideal amaca yönelik olarak kurulabileceği gibi ekonomik bir amaca hizmet edebileceğini ortaya koymaktadır. Ayrıca, adi ortaklıklarda, yazarın ileri sürdüğünün aksine "süreklilik" unsurundan söz edilemez, olsa olsa konunun ve amacın sürekliliğinden söz edilebilir. Adi ortaklıklar, tek bir iş için kurulabileceği gibi, sürekli bir ekonomik faaliyeti yürütmek üzere de kurulabilir. Doğru yaklaşım, sözleşmesel ortak girişimin ekonomik bir amaca yönelen ve tek bir işin yürütülmesini konu edinen bir adi ortaklık olduğunun ortaya konulmasını gerektirir.

<sup>100</sup> Amerikan mahkemelerinin kararlarındaki söz konusu gelişmeyi değerlendiren ve bu kanaate varan **Schatz**, s. 226, İnci **Altin Sieber**, Joint Venture, Technologietransfer und – schutz, Münih, 1996, s. 142, **Dobkin**, s. 83. Türk Hukuku'nda ortak girişimle *partnership* arasındaki ayırım konusunda bkz. **Öztürk**, Ortak Girişim, s. 8 vd.

<sup>101</sup> Örnek olarak bkz. **Schatz**, s. 225. Yazar, ortak girişimi en geniş anlamıyla, birden çok kişi tarafından ortaklaşa kurulan teşebbüs olarak tanımlamakta, bu müessesenin dar anlamda birden çok kişinin tek bir işi ortaklaşa gerçekleştirmek ve kâr elde etmek üzere malvarlıklarını ve teknik bilgilerini bir araya getirerek oluşturdukları bir kişi birliği olarak tanımlamaktadır.

Sözleşmesel ortak girişimde, prensip olarak, sözleşmenin konusunu oluşturan faaliyetin tamamlanması ile taraflar arasındaki sözleşmesel ilişkinin sona ermesi öngörülmektedir. Tarafların sözleşmede, söz konusu faaliyetin tamamlanmasıyla sözleşmenin sona ermeyeceği ve ortakların söz konusu kişi birliği<sup>102</sup> marifetiyle yeni amaçlara yöneleceğini öngörmeleri teorik açıdan mümkün ise de, yürütülen işin ilke olarak ağır riskler doğurması nedeniyle taraflar açısından sözleşmeye konu olan faaliyetin bir an önce bitirilmesi zorunluluğu, buna engeldir. Bu özellikleri itibariyle sözleşmesel ortak girişimler, geçici ilişkilere vücut veren oluşumlardır<sup>103</sup>.

## b. Tanım

### aa. Yargı Kararlarında Yer Alan Tanımlar

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, bir kararında ortak girişimin , iki veya daha fazla işletmenin, belli bir amaca ulaşmak için katkılarını birleştirdikleri bir ortaklık olduğunu ve adi ortaklığa benzediğini, tüzel kişiliği haiz bulunmadığını, ortakların ortaklık borçlarından dolayı alacaklılara karşı doğrudan doğruya ve sınırsız olarak tüm malvarlıklarıyla sorumlu bulduklarını içtihat etmiştir<sup>104</sup>.

---

<sup>102</sup> Kişi birliğinin adi ortaklığın esaslı unsuru olduğu yönünde Ümit Yaşar **Doğanay**, Adi Şirket Akdi, İstanbul, 1968,s. 4-5; kişi birliğinin adi ortaklığın bir unsuru olmayıp bilakis sonucu olduğu yönünde bkz. **Barlas**, Adi Ortaklık Temeli, s. 9, dn.19. Kanımızca da kişi birliği, adi ortaklığın bir unsuru olmayıp, onun bir niteliğidir.

<sup>103</sup> Ortak girişimlerin götürü biçimde geçici bir ortaklık olarak nitelendirilmeyeceği açısından bkz. **Barlas**, Adi Ortaklık Temeli, s. 190 ve geçici ortaklık sürekli ortaklık ayrımı için **Barlas**, Adi Ortaklık Temeli, s. 104-106. Yazar, bu yaklaşımlarını ortak girişimle ilgili genel açıklamalarda ortaya koymakta, geçiciliğin ortak girişimin her iki türü açısından karakteristik bir özellik olmadığını vurgulamaktadır. Yazar bu açıklamalarında sermayeye katılmalı ortak girişimler açısından sürekliliğin esas olduğunu da belirtmektedir. Kanımızca sözleşmesel ortak girişimler açısından meseleye yaklaşıldığında, bu oluşumlar açısından geçicilik zorunlu bir özellik olmamakla birlikte, bu oluşumların kurulma amacının çoğunlukla belirli bir işin gerçekleştirilmesi olduğunda tereddüt edilmemelidir. Bu özellik, sözleşmesel ortak girişimlerin daha ziyade geçici işler için tercih edilmesi anlamına gelmektedir; bu yönde Nedim Peter **Vogt / Rolf Watter**, Joint Ventures in Switzerland, Basel, Frankfurt am Main, 1995. . Bu bağlamda sözleşmesel ortak girişimlerin bir “tek iş ortaklığı” (*single transaction partnership*) niteliğini taşıdığı hususunda bkz. **Broden/Scanlen**, s.675; **Poroy (Tekinalp/Çamoğlu)**, No.19b. Öğretide **Karayalçın**; adi ortaklığın geçici ilişkilere elverişli bir ortaklık tipi olduğunu savunmaktadır; bkz. Yaşar **Karayalçın**, Ticaret Hukuku, C. II, Şirketler Hukuku, 2. Bası, Ankara, 1973, s.132. Yazarın bu görüşü adi ortaklığın kanunda öngörülen tipik görünüm biçimi için mutlak bir geçerliliğe sahip olmamakla birlikte, adi ortaklığın bir görünüm biçimi olan sözleşmesel ortak girişimler açısından kabul edilebilir.

<sup>104</sup> Yargıtay HGK., 08.10.2003, 12-574/564; karar metni için bkz. [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr).



Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, müşterek iş ortaklığını ele aldığı bir içtihadında<sup>105</sup>, ortak girişimi iki veya daha fazla sermaye katılımı bulunan teşebbüslerin belirli bir sahada hizmet vermek ve bir amacı gerçekleştirmek üzere oluşturdukları bir teşebbüs ve ortaklık olarak tanımlamaktadır. Söz konusu içtihat, müşterek iş ortaklığıyla ortak girişimi özdeş kavramlar olarak nitelendirmesi ve sözleşmesel ortak girişimi tanımlarken sermayeye katılma unsuruna yer vermesi bakımından eleştirilmelidir.

## bb. Öğretide Ortaya Konulan Tanımlar

Tespit edilebildiği kadarıyla, joint venture müessesesini Türk Hukuku'nda ilk kez ele alan **İmregün**<sup>106</sup>, sözleşmesel ortak girişimin (joint venture'ın) sınırlı bir konu veya kısa ve belli süreli bir iş için meydana getirilen bir ortaklık türü olduğunu, bu müessesenin *partnership*<sup>107</sup>'ten farkının konusunun sınırlı ve ömrünün kısa olmasında belirlediğini ortaya koymaktadır. Yazarın tanımı, özellikle ortaklığın konu ve amaç unsurlarının açıklığa kavuşturulması açısından önemlidir.

İbrahim **Kaplan**<sup>108</sup>, müşterek iş ortaklığı olarak adlandırdığı sözleşmesel ortak girişimi, *“iki veya daha ziyade hukuken ve iktisaden birbirinden bağımsız kişi veya tüzel kişiliği haiz şirketlerin müştereken belirli bir amacı gerçekleştirmek ve kâr elde etmek için kurdukları ve müştereken yönettikleri, tüzel kişiliği bulunan veya bulunmayan bir ortaklık”* olarak tanımlamaktadır. İlk olarak, hukuken kişi olarak nitelendirilen özneler, zaten hukuken birbirinden bağımsız konumdadır. Diğer yandan kişi kavramı, tüzel kişiliği haiz şirketleri kapsadığı için, tüzel kişiliği haiz şirketlerden ayrıca söz edilmesi isabetli değildir. Üçüncü olarak, müşterek bir amaca yönelme ortaklığın esaslı unsuru olduğundan, ortak girişimin bir ortaklık olduğunu belirttikten sonra ayrıca müşterek amaç unsuruna yer verilmesine gerek yoktur.

<sup>105</sup> Yargıtay 13. HD., 2.10.1995, 7761/8331, karar metni için bkz. [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr).

<sup>106</sup> Oğuz **İmregün**, Amerikan Ortaklıklar Hukuku'nun Ana Hatları, s. 32.

<sup>107</sup> Partnership, Anglo- Amerikan Hukuku'nda tüzel kişiliği bulunmayan ve sözleşmesel yönü ağır basan, münhasıran kazanç sağlama amacına yönelen ortaklıklardır; bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Ian **Hewitt**, No. 4-35; **İmregün**, Amerikan Ortaklıklar Hukuku, s. 4 vd, Lerzan **Yılmaz**, Çeşitli Hukuk Sistemlerinde Joint Venture Anlaşmalarının Yorumu ve Hukuki Düzenlemeye Kavuşturulması İhtiyacı, Mahmut Belik'e Armağan, İstanbul, 1993, s. 478 vd., **Öztürk**, Ortak Girişim, s. 8.

<sup>108</sup> İbrahim **Kaplan**, s. 6.

**Altın Sieber**<sup>109</sup>, sözleşmesel ortak girişimi, bir çok teşebbüsün hukuken bağımsız bir şirkete ortaklaşa katılmaları söz konusu olmaksızın sözleşmesel bir işbirliği uyarınca ortaklaşa faaliyet göstermeleri olarak tanımlamaktadır. Yazarın tanımı, sözleşmesel ortak girişimin ayırıcı özelliklerini ortaya koymaktan ziyade bu müessesenin sermayeye katılmalı ortak girişimden farkı üzerinde durmaktadır.

**Fahiman Tekil**<sup>110</sup>, joint venture müessesesinin, birden fazla işletmenin genellikle belirli bir iş için birbirlerini tamamlayıcı aktivite ve edimlerle yükümlü ve işin sonucundan müteselsil olarak sorumlu bulunmak üzere kâr gayesi ile gerçekleştirdikleri bir ortak girişim olduğunu ortaya koymaktadır. Yazarın kavramsal yaklaşımı, joint venture müessesesinin tanımlanmasında, bu müesseseyi ifade etmek üzere kullanılan ve tek başına hukuki bir kavrama işaret etmeyen “ortak girişim” teriminin kullanılmasına yer vermesine ve sözleşmesel ortak girişimin adi ortaklık sözleşmesi niteliğini taşıdığını ortaya koyan öğelere yer vermemesine rağmen, üç noktada önem taşımaktadır. İlk olarak yazar, ortak girişimin taraflarının üstlendikleri edimlerin birbirini tamamladığını vurgulamakta, ikinci olarak tarafların işin sonucundan müteselsilen sorumlu bulunmalarına işaret etmekte ve üçüncü olarak ise, ortak girişimin kar elde etme gayesine yöneldiğini belirtmektedir. Bu çerçevede, ortak girişimin taraflarının işin sonucundan müteselsilen sorumlulukları, iş sahibine karşı söz konusu olmaktadır. Ayrıca taraflar, aşağıda görüleceği üzere ortak girişim sözleşmesinin adi ortaklık sözleşmesi niteliğini taşıması karşısında, sadece işin sonucundan dolayı iş sahibine değil, aynı zamanda bu şirketin tüm alacaklılarına karşı müteselsilen sorumludur (BK.m. 534).

**Dayınlı**<sup>111</sup>, öğretilerde ve yargı kararlarında tam bir tanımın ortaya konulmadığından hareketle, belirli bir işbirliği ilişkisinin sözleşmesel ortak girişim niteliğini taşıyıp taşımadığının belirlenmesi için işin özelliğinin dikkate alınması gerektiğini ileri sürmüştür, bağımsız bir tanım vermemiştir.

**Barlas**<sup>112</sup>, ortak girişimin her iki türünün ortak karakteristik özelliklerini kapsayan bir tanım sunmakta ve bu müesseseyi, hukuken ve iktisaden birbirinden bağımsız

---

<sup>109</sup> **Altın Sieber**, s. 143.

<sup>110</sup> **Fahiman Tekil**, *Adi, Kollektif ve Komandit Ortaklıklar Hukuku*, İstanbul, 1996, s. 77-78.

<sup>111</sup> **Dayınlı**, s. 53.

<sup>112</sup> **Barlas**, *Adi Ortaklık Temeli*, s. 188.

birden fazla gerçek veya tüzel kişinin belirli bir işi ya da süreklilik arz eden bir faaliyeti, bir ticaret ortaklığı kurarak veya böyle bir ortaklık kurmaksızın gerçekleştirmek ve kazanç elde etmek amacıyla yönelik olarak bir sözleşme çerçevesinde bir araya gelmeleri ve o faaliyetin rizikolarını her biri müteselsil sorumluluk altına girmek suretiyle üstlenmeleri olarak tanımlamaktadır. Yazarın tanımı, ortak girişimin her iki türüne özgü unsurları birbirleriyle karşılaştırarak ele alması ve ortak girişimin amacını kazanç elde etme olarak belirlemesi açısından önemlidir.

**Poroy**<sup>113</sup>, sözleşmesel ortak girişimi iki veya daha fazla işletmenin belli bir amaca ulaşmak için katkılarını birleştirdikleri ortaklık olarak tanımlamakta; ortak gayenin kâr elde etmek ve paylaşmak olduğunu ve bu ortaklığın en önemli özelliğinin tek bir iş için kurulma olduğunu ortaya koymaktadır. Yazarın tanımı, sözleşmesel ortak girişimin kökenindeki adi ortaklık sözleşmesine işaret etmesinin yanısıra, bu ortaklığın konusunun tek bir işle sınırlı olduğunu ve ortak gayenin karın elde edilmesi ve paylaşılması şeklinde tezahür ettiğini ortaya koymaktadır.

**Fellmann/Müller**<sup>114</sup>, sözleşmesel ortak girişimi, tarafların ortak gayeye erişmek üzere güçlerini ve araçlarını bir araya getirmeleri sonucunda borçlar hukuku zemininde ortaya çıkan ve bir iç ortaklık olarak tezahür eden bir işbirliği olarak tanımlamakta, sözleşmesel ortak girişimin tipik olarak belirli projelerin gerçekleştirilmesi amacıyla sınırlı bir süre için kurulduğunu belirtmekte ve bu müessesenin temelinde yer alan sözleşmeyi bir adi ortaklık sözleşmesi olarak nitelemektedir. Yazarlar, ayrıca sözleşmesel ortak girişimin oluşumunda hiç bir surette bir bağımsız tüzel kişiliğin kurulmasının söz konusu olmadığını, bu özelliğin sözleşmesel ortak girişimi sermayeye katılmalı ortak girişimlerden ayıran bir özellik olduğunu vurgulamaktadır.

#### **cc. Kişisel Tanımımız**

Sözleşmesel ortak girişimi karakterize eden özelliklerden ilki, bu işbirliği modelinin tipik bir tek iş ortaklığı niteliğini taşımasıdır. Ortak girişimin konusunu oluşturan

---

<sup>113</sup> **Poroy (Tekinalp/Çamoğlu)**, No. 19b.

<sup>114</sup> **Fellmann/ Müller**, Art. 530, No. 255.

faaliyet, somut olarak tek bir işten meydana gelmeyip, birbirine bağlı bir grup işten de oluşabilir. Ancak, bu durumda dahi, sözleşmesel ortak girişim aslında birbirine bağlı olan işlerin bütünü olarak tek bir işi konu edinmektedir ve geçici ekonomik faaliyetlere hizmet etmektedir.

İkinci olarak, sözleşmesel ortak girişim, tek bir teşebbüsün kaynak ve risk kapasitesini zorlayan veya aşan ekonomik faaliyetler için tercih edilmektedir. Kanımızca, uygulamada tipikleşen bu özelliğe, ekonomik niteliği nedeniyle kavramsal bir önem izafe etmek yerinde olmayacaktır. Şu kadar ki, bu ekonomik ögenin, sözleşmesel ortak girişimin hukuki yapısına yönelik bazı önemli etkileri mevcuttur : Sözleşmesel ortak girişimin bir risk ortaklığı niteliğini taşıması, hakim teşebbüslerin bu ortaklığı kurarken iktisadi nitelikte bir amaç gütmelerini gerekli kılmaktadır. Farklı bir anlatımla, riskin yarattığı külfeti, kâr elde etme amacı telafi etmektedir. Bu yönüyle sözleşmesel ortak girişim, aşağıda irdeleneceği üzere iktisadi amaca yönelen bir adi ortaklık konumundadır.

Üçüncü olarak, sözleşmesel ortak girişimin bir risk ortaklığı niteliğini taşıması, sözleşmenin taraflarını bu kişi birliğini müştereken yönetmeye sevk etmektedir. Zira, işin tek iş ortaklığı niteliğini taşıması ve konsorsiyumun aksine her bir ortağın sorumluluğunun kendi üstlendiği işle sınırlı tutulmaması<sup>115</sup>, “riskin” ortaklaşa yönetilmesini zorunlu kılmaktadır<sup>116</sup>. Ancak, müşterek yönetimin sözleşmesel ortak girişimin esaslı bir unsuru olduğu yönünde bir görüş birliği oluşmamaktadır. Müşterek yönetim unsurunun, sözleşmesel ortak girişimlerde genellikle yer verildiği gerçeği, dikkate alınmalıdır.

Dördüncü olarak, sözleşmesel ortak girişimin bir başka özelliği, ortakların üstlendiği katılma payları uyarınca getirdikleri malvarlığı unsurlarını birbirlerinin ortak mülkiyetine tahsis etmemelerinde kendisini göstermektedir. Sözleşmesel ortak girişim tek iş ortaklığı niteliğini taşıdığı için, iştirak halinde veya müşterek mülkiyetin tesis edilmesi ve tasfiye edilmesine zaman ve mesai ayrılması tercih edilmemektedir. Özellikle sözleşmesel ortak girişimin bir sözleşmeli pazara giriş stratejisi niteliğini taşıması ve teşebbüslerin aynı anda farklı ortaklarla farklı

<sup>115</sup> Bu konuda bkz. a.ş. § 8, I, B, 4, b.

<sup>116</sup> Aynı yaklaşım için bkz. Kaliforniya İstinaf Mahkemesi'nin *County of Riverside v. Loma Linda University* kararı; bu kararı inceleyen ve bu yaklaşımı benimseyen **Dobkin**, s. 83, dn.3.

sözleşmesel ortak girişime taraf olabilmeleri, sözleşmesel ortak girişimlerde ortakların ortak mülkiyetine tabi kılınmış bir “müşterek malvarlığı” oluşturulmamasına, her bir tarafın , sözleşmeyle üstlendiği katılma pay çerçevesinde ortak amaca tahsis ettiği malvarlığı unsurlarını, bu unsurlar işlevini yerine getirdiği zaman ortak girişimin faaliyet alanı dışına çıkarmalarına zemin oluşturmaktadır.

Bu veriler ışığında, sözleşmesel ortak girişimler kanımızca şu şekilde tanımlanabilir:

Sözleşmesel ortak girişim, ekonomik açıdan bağımsız en az iki kişinin emek veya sermayelerini bir araya getirerek tek bir işi veya geçici nitelik taşıyan belirli bir iktisadi faaliyeti genellikle müşterek yönetim altında bizzat çaba göstererek gerçekleştirme ve kâr elde etme amacını bir sözleşme uyarınca benimsedikleri, ortakların müşterek malvarlığına tahsis edilen bir malvarlığının bulunmadığı, sözleşmesel bir ilişkiden ibaret bir kişi birliğidir.

### c. Hukuki Niteliği

Ortak girişim sözleşmesinde tarafların karşılıklı iradeleri, belirli edimlerin değiş tokuşunu konu edinmemekte, belirli bir amaca erişilmesi yönünde birleşmektedir. Tarafların karşılıklı olarak üstlendikleri edimler birbirinin karşılığını oluşturmamakta, tarafların iradeleri ortak gayeye yönelmektedir. Bu sözleşme uyarınca taraflar arasında kurulan kişi birliği, belirli bir ekonomik amaca yönelik olarak ortaklaşa faaliyet gösterilmesini gerekli kılmaktadır.

Ortak girişim sözleşmesi uyarınca örgütlenen kişi birliği, bu amaca yönelik olarak faaliyet gösterirken, birliği oluşturan her bir üye, ortak amacın gerçekleşmesi yönünde fiili olarak çaba göstermeyi yüklenmektedir. Söz konusu çaba gösterme yükümlülüğü, *affectio societatis* olarak adlandırılmaktadır<sup>117</sup>. Aslında ortak girişim sözleşmeleri açısından bu yükümlülüğü önemli kılan özellik, tarafların yöneldiği ortak amacın belirli bir riski barındırmasında kendisini gösterir. Gerçekten de ortak girişimler, çoğunlukla riskli faaliyetlerin yürütülmesine yönelik olarak kurulduklarından stratejik bir işbirliği modeli niteliğini taşımaktadır.

---

<sup>117</sup> Fellmann/ Müller, Art. 530, No. 524.

Kurulan ortak girişimin stratejik olması ise, ortak girişimin konusunu oluşturan riskin, tarafların koydukları özellikli sermaye unsurları aracılığıyla *affectio societatis* unsuru çerçevesinde aynı amaç doğrultusunda çaba göstermeleri sayesinde aşılmasında kendisini göstermektedir. Aslında her ticari girişimde ticaret hayatını çevreleyen riskler girişimin başarısızlığa uğramasına yol açabilmektedir. Ancak sözleşmesel ortak girişimleri alelade ticari girişimlerden ayıran özellik, ortak girişimin konusunu oluşturan faaliyetin alelade girişimlere nazaran daha ağır riskleri bünyesinde barındırması, bu itibarla çoğunlukla uzmanlık ve yüksek finansman gerektirmesidir. Bu nedenle, altyapı tasarımlarının, büyük inşaat projelerinin ve kamu ihalelerinin gerçekleştirilmesinde ortak girişimler sıklıkla tercih edilmektedir. Zira bu tür faaliyetlerin yürütülmesi açısından gerekli sermaye donanımının sağlanması tek başına yeterli olmamakta, ortak girişim tarafından yürütülecek işi çevreleyen riskler, işin başarıyla tamamlanmasını zorlaştırmaktadır.

Belirtmek gerekir ki, gerek risk unsuru gerek ortak girişim sözleşmesinin konusunu oluşturan faaliyetin uzmanlık gerektirmesi, ortak girişim sözleşmesinin hukuki karakterini biçimlendiren ögeler değildir. Bu tür ögeler ekonomik açıdan önem taşımaktadır ve bu yönden sözleşmesel ortak girişimle adi ortaklığın diğer görünüm biçimleri arasındaki işlevsel ayrımı ortaya koymaktadır.

Görüldüğü üzere sözleşmesel ortak girişimlerde taraflar, belirli bir faaliyetin gerçekleştirilmesi amacıyla yönelik olarak işbirliği yapmaktadır. Bu özellikleri itibarıyla ortak girişim sözleşmesi, öğretide hemen istisnasız olarak adi ortaklık sözleşmesi olarak nitelendirilmiştir<sup>118</sup>. Yüksek yargı içtihatları da ortak girişim sözleşmesinin adi ortaklığın bir görünüm biçimi olduğu yönünde istikrar kazanmıştır<sup>119</sup>.

---

<sup>118</sup> **Altın-Sieber**, s. 144, **Tekinalp/Tekinalp**, Joint Venture, s. 155; **Barlas**, Adi Ortaklık Temeli, s. 203; **Akyol**, s. 75; **Öztürk**, Ortak Girişim, s. 35; **Erdem**, Birleşme ve Devralmalar, s. 73; **Akkurt/Akgül**, s. 737; **Şahinalp**, s. 483; Lerzan **Yılmaz**, Birleşme ve Devralmalar, s. 159.

<sup>119</sup> Yargıtay HGK. 08.10.2003, 12-574/564, Yargıtay 13. HD., 02.12.2003, 7920/14209, Yargıtay 13. HD. 25.12.1995, 10004/11740, bkz. [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr). Diğer yandan, 4875 Sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu'na ilişkin Doğrudan Yabancı Yatırımlar Yönetmeliği (RG. 20.08.2003, 25205) m. 9/2 de, 4875 Sayılı Kanun'un uygulaması açısından sözleşmesel ortak girişimlerin adi ortaklık niteliğini taşıdığını öngörmektedir.

Bu noktada, Şu sorunun yanıtlanması gündeme gelmektedir : Madem ki özleşmesel ortak girişimin kökeninde yatan sözleşme bir adi ortaklık sözleşmesidir, bu takdirde bu sözleşme neden farklı bir başlıkla anılmakta, tipik bir adi ortaklık olmasına rağmen neden adeta onun özel bir görünüm biçimi olarak irdelenmektedir? Bu noktada ilk olarak kaydetmek gerekir ki, söz konusu adi ortaklığın “sözleşmesel ortak girişim” olarak adlandırılmasının nedeni, son tahlilde dogmatik bir yaklaşım olmamalıdır. Çünkü sözleşmesel ortak girişim tipik bir adi ortaklık ilişkisine yol açar. Bununla birlikte, bu sözleşmenin bu şekilde özel olarak adlandırılması, ilk olarak bu kavramın, hemen daima riskli faaliyetlerin yürütülmesine yönelik olarak kurulan ve bu bölümde irdelendiği üzere, tek bir işin yürütülmesine yönelik bir ortaklığı ifade etmesinden ileri gelmektedir. Buna bağılı olarak, adi ortaklık, her türlü amaca yönelebilirken, sözleşmesel ortak girişim sadece kazanç elde etme gayesine yönelmektedir.

Diğer yandan, kanımızca sözleşmesel ortak girişimlerin, stratejik riskin bir sonucu olarak genellikle “ müşterek yönetime bağılı olmaları” da bu müessesenin adi ortaklık olarak gösterdiği önemli özelliklerinden birisidir. Açık bir anlatımla, BK.m. 524 uyarınca, adi ortaklıkta oybirliğiyle karar alınması olup bu kural oy çoğunluğu ile ikame edilebilirken, sözleşmesel ortak girişimin bünyesi, oybirliği ve dolayısıyla müşterek yönetimin dışında bir rejime elverişli değildir. Son olarak, sözleşmesel ortak girişimde ortaklar, katılma paylarının konusunu oluşturan malvarlığı unsurlarını, tüm ortakların ortak mülkiyetine tabi kılmamaktadırlar.

Bu gerekçelerin yanısıra, sözleşmesel ortak girişimin bağımsız bir şekilde ele alınmasının en önemli nedenlerinden birisi de, kanımızca bu sözleşmenin uygulamada tipikleşmesidir.

Bu veriler ışığında, sözleşmesel ortak girişimin bir adi ortaklık sözleşmesi niteliğini taşıdığını, bu sözleşmenin “ mutlaka kar elde etme amacına yönelik, tek bir işin gerçekleştirilmesini hedefleyen, genellikle riskli faaliyetleri yürütmesi nedeniyle müşterek yönetime tabi kılınan, ortakların katılma paylarının konusunu oluşturan malvarlığı unsurlarının ortakların ortak mülkiyetlerine tahsis edilmesinin söz konusu olmadığı bir adi ortaklık olduğu, bu özelliklerinin onu atipik bir adi ortaklık haline getirmediği kanaatine varıyoruz.

#### d. Esaslı Unsurları

##### aa. Kişi Unsuru

Sözleşmesel ortak girişimde kişi unsuru, ortak girişimi kuran kişileri simgelemektedir. Sözleşmesel ortak girişimlerin çoğunluğu, uygulamada tüzel kişi tacirler tarafından kurulmaktadır. Bununla birlikte, gerçek kişilerin ve tacir sıfatını taşımayan tüzel kişilerin de ortak girişim sözleşmesine taraf olmaları açısından herhangi bir engel mevcut değildir.

Ortak girişimin bir sözleşme uyarınca oluşması, en az iki kişinin varlığını gerekli kılmaktadır. Ortak girişim sözleşmesiyle yürütülecek faaliyetin kapsamına ve gerektirdiği uzmanlığa göre ortak girişimi oluşturan kişi sayısı artabilir.

Öğretide kişi unsuru irdelenirken, ortak girişim sözleşmesini akdeden kişilerin “hukuken ve ekonomik açıdan bağımsız kişiler” olduğu vurgulanmaktadır<sup>120</sup>. İki veya daha fazla kişinin ortak girişimi kurduğu belirtilirken, bu kişilerin hukuken bağımsızlığından söz etmeye lüzum yoktur. Zira hukukun kendisine “kişi” sıfatını atfettiği özneler, zaten hukuken birbirinden bağımsızdır ve tüzel kişiler açısından söz konusu olabilecek ekonomik bağımlılık, hukuki bağımsızlığı ortadan kaldırmamaktadır<sup>121</sup>.

Ortak girişim sözleşmesinin taraflarının tâbîyeti, ortak girişimin ulusal-uluslararası ortak girişimler ayrımına tabi tutulmasına yol açmaktadır. Gelişmekte olan ülkelerin altyapı yatırımlarının gerçekleşmesinde önemli bir işlev üstlenen ortak girişimlerde,

---

<sup>120</sup> İbrahim Kaplan, s. 6,

<sup>121</sup> Kanımızca bu yaklaşım, özellikle Alman-İsviçre öğretisinde ortak girişim tanımlanırken “ekonomik ve hukuki açıdan bağımsız teşebbüsler” kavramına yer verilmesinin etkisiyle ortaya çıkmaktadır. Teşebbüslerden söz edilirken, hukuken bağımsızlık unsuruna yer verilmesi zorunluluğu ortaya çıkmaktadır, çünkü muğlak bir kavram olan teşebbüs kavramı, kişi olarak nitelendirilmeyen hukuki oluşumlar için de kullanılmaktadır. Bu yüzden, sözleşmesel ortak girişimin, hatta sermayeye katılmalı ortak girişimin kökenindeki temel sözleşmenin kişi unsuruna değinilirken “hukuken bağımsızlık” unsuruna yer verilmektedir. Oysa ortak girişim sözleşmesine özgü tanımında teşebbüs yerine kişi kavramına yer verildiğinde, artık kişinin hukuki bağımsızlığından söz etmek yerinde olmayacaktır, zira hukuken bağımsız olmayan kişi yoktur. Nitekim bağlı ortaklık olarak adlandırılan ve hakim ortaklığa bağımlı olduğu kabul edilen yavru ortaklıklar dahi, ekonomik açıdan bağımlı olmakla birlikte hukuki açıdan bağımsızdır; bu konudaki açıklamalarımız için bkz. aşa. § 9, II, A, 3, a.



ilgili ülkenin mevzuatına ve ulusal politikasına göre, yerli bir girişimcinin ortak girişime taraf olması söz konusu olabildiği gibi, bizzat ilgili devletin idari teşkilatında yer alan bir kamu biriminin de ortak girişim sözleşmesine taraf olduğuna tanık olunmaktadır. Bazı hukuk sistemlerinde, ortak girişimi kuran kişilerden en az birinin, ortak girişimin kurulduğu devletin tâbiyetinde bulunması aranabilmektedir<sup>122</sup>.

## bb. Sözleşme Unsuru

Sözleşmesel ortak girişim, ortak girişim sözleşmesi üzerinde inşa edilmektedir. Bu sözleşme uyarınca taraflar, mallarını ve emeklerini ortak bir amacı gerçekleştirmek üzere bir araya getirmektedirler. Tarafların karşılıklı iradeleri, ortak bir gayeye yönelmektedir<sup>123</sup>. Bu itibarla sözleşmenin tarafların üstlendikleri edimler birbirinin karşılığını teşkil etmemekte, bilakis bu edimler, her bir tarafın benimsediği “şirket sebebi” (*causa societatis*) ekseninde şirketin gayesinin gerçekleştirilmesi doğrultusunda bir araya getirilmektedir<sup>124</sup>. Somut bir örnekle netleştirmek gerekirse, büyük bir oteller zinciri bünyesinde yer alan yirmi otelin inşaatını üstlenen bir sözleşmesel ortak girişimde, taraflardan birisinin otellerin mimari projelendirilmesini, bir diğerinin kaba inşaat işlerini, bir diğerinin ise ince inşaat ve dekorasyon işlerini üstlenmeleri varsayımında, söz konusu edimler taraflar arasında değiş tokuş edilmemekte, hiç bir tarafın taahhüdü, diğer tarafın taahhüdünün karşılığını teşkil etmemektedir. Bilakis bu edimler, ortak gaye ekseninde bir araya getirilmektedir.

Ortak girişim sözleşmesinin vücut verdiği kişi birliğinin karakteristik özelliği, söz konusu birliğin, sözleşmeye taraf olan kişilerin tamamı tarafından müştereken yönetilmesidir<sup>125</sup>. Sözleşmesel ortak girişim bünyesinde oluşan kişi birliği, bağımsız

---

<sup>122</sup> bkz. dn. 52-53.

<sup>123</sup> **Doğanay**, (s. 24-25), her bir tarafın taahhüdüne bağlı olarak, diğer taraf değil, bizzat sözleşmeyle kurulan kişi birliği hak kazanmakta olduğunu öne sürmektedir. Söz konusu yaklaşım, tarafların katılma paylarını bu kişi birliğine tahsis etmelerini çarpıcı bir şekilde ortaya koymakla birlikte, kişi birliğinin haklara ehil bir özne olduğu, diğer bir anlatımla bir kişi konumunda bulunduğu izlenimini yaratmaktadır. Oysa aşağıda inceleneceği üzerine, hukuk, bu kişi birliğine kişilik izafe etmemektedir.

<sup>124</sup> **Doğanay**, s. 25.

<sup>125</sup> Ünal **Tekinalp**, (**Tekinalp Ünal/Tekinalp Gülören**) Avrupa Birliği Hukuku, 2. Bası, İstanbul, 2000, § 28, No. 196, İbrahim **Kaplan**, s. 7.

bir tüzel kişiliği haiz olmamakla<sup>126</sup> birlikte bağımsız bir örgütlenmeye ve organizasyona sahiptir<sup>127</sup>. Nitekim, sözleşmesel ortak girişimde ortaklar, ortak gayeye erişmek için gereken katılım paylarını ortaklığa tahsis etmektedir.

### cc. Katılma Payı Unsuru

Sözleşmesel ortak girişim, yöneldiği amaca ancak ortakların sağlamayı taahhüt ettikleri katılma payları sayesinde ulaşabilir. Bu yönüyle katılma payları, sözleşmesel ortak girişimin amacına ulaşmasını mümkün kılan, BK.m. 19 ve 20 hükümlerinin çizdiği sınırlar dahilinde üstlenilmesi mümkün olan her türlü edimdir<sup>128</sup>.

Sözleşmesel ortak girişimlerin hukuki yapısında, ortakların iştirak halinde veya müşterek mülkiyetine tahsis edilen bir malvarlığı mevcut değildir<sup>129</sup>. Her bir ortak, ortak girişime katılmasını temellendiren ekonomik işlevin gerektirdiği katılma paylarını ve bu arada çeşitli malvarlığı unsurlarını ortak girişime tahsis etse de, bu malvarlığı unsurları üzerinde diğer ortaklar ortak mülkiyet hakkını kazanmamaktadır. Tek iş ortaklığı özelliği taşıyan sözleşmesel ortak girişim sona erdiğinde, ortaklardan her birisi, tasfiye işlemleri söz konusu olmaksızın tahsis ettiği malvarlığı unsurlarını geri alabilecektir.

---

<sup>126</sup> Adi ortaklıkların tüzel kişiliği haiz bulunmamaalarının sonuçlarına ilişkin olarak bkz. **Poroy (Tekinalp/Çamoğlu)**, No. 74,74a.

<sup>127</sup> Pierre **Tercier**, Les contrats spéciaux, 3ème édition, Zürih, 2003, No. 6539; söz konusu bağımsız organizasyonu, adi ortaklığın kurumsal cephesi (*aspect institutionell*) olarak nitelendirmektedir.

<sup>128</sup> **Tekinalp/Tekinalp**, Joint Venture, s. 164; **Poroy (Tekinalp/Çamoğlu)** No. 51,76; Fahiman **Tekil**, Adi, Kollektif ve Komandit, s. 28.

<sup>129</sup> Teorik olarak, sözleşmesel ortak girişime bir malvarlığının tahsis edilmesi mümkündür. Ancak sözleşmesel ortak girişimin tek iş ortaklığı olarak işlev görmesi ve genellikle sözleşmelerin üstlendikleri edimlerin birbirlerini tamamlar nitelikte olması, sözleşmesel ortak girişimin tipikleşen görünüm biçiminde, ortaklığa “tüm ortakların ortak mülkiyetine konu olacak” bir malvarlığı tahsis edilmemesine yol açmaktadır. Buna karşılık Pınar **Öztürk** (Rekabet Hukuku Açısından Joint Venture’ların Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Armağan, İstanbul, 1998, s. 495) sermayeye katılma unsuru açısından sözleşmesel ortak girişimle sermayeye katılmalı ortak girişim arasında bir fark bulunmadığını ileri sürmektedir. Oysa ortaklığa bir malvarlığının tahsis edilip edilmemesi, ortak girişimin bu iki türü arasındaki belirgin farklardan biridir.

## dd. Amaç Unsuru

Sözleşmesel ortak girişimin amacı, riskli bir faaliyetin ortaklaşa yürütülmesi ve bu faaliyetten elde edilecek kârın paylaşılmasıdır<sup>130</sup>. Sözleşmesel ortak girişimler, prensip olarak tek bir işin gerçekleştirilmesi için kurulur. Öğretide **Tekinalp/Tekinalp**<sup>131</sup>, sözleşmesel ortak girişimlerin tek bir işin yapılmasına yönelik olarak kurulmasının, esaslı bir unsur niteliğini taşımamakla birlikte adeta yazılı olmayan bir unsura dönüştüğünü ortaya koymaktadır. Gerçekten de, uygulamada bu müessesenin görünüm biçimi, hemen istisnasız olarak tek bir iş için kurulan geçici bir ilişki olarak ortaya çıkmaktadır<sup>132</sup>. Bununla birlikte, olgu, yani uygulamanın yarattığı bu tipikleşme, teorik de olsa sözleşmesel ortak girişimin tek bir işten öte bir faaliyetin yürütülmesi için kurulabilme imkanını bertaraf etmediğinden, “tek bir iş için kurulma” özelliğinin bir unsur olarak nitelendirilmesi söz konusu olmamaktadır. Ancak sözleşmesel ortak girişimlerin kalıcı ekonomik faaliyetlerin yürütülmesine elverişli olmaması karşısında, bu oluşumların “ tek bir iş için veya geçici bir ekonomik faaliyeti yürütmek üzere” kurulması, kanımızca bu oluşumlar açısından kavramsal bir özellik taşımaktadır.

Böylelikle, “tek bir iş için kurulma” sözleşmesel ortak girişimler açısından esaslı unsur olarak nitelendirilmese de, “kalıcı bir ekonomik faaliyet için kurulmama” sözleşmesel ortak girişimin “sözleşmesel” (kurumsal olmayan) yapısını ortaya koyması itibariyle bu müessesenin esaslı bir unsuru olarak nitelendirilebilir. Nitekim söz konusu unsur, sözleşmesel ortak girişimi sermayeye katılmalı ortak girişimden ayıran temel özelliklerden birisidir. Bu esaslı unsura tanımda yer verilmesi sözleşmesel ortak girişimi sermayeye katılmalı ortak girişimden ve diğer işbirliği modellerinden ayrılmasına hizmet ederken, sözleşmesel ortak girişimin uygulamada tipikleşen “tek iş için kurulma “ özelliğine “kalıcı bir ekonomik faaliyet için kurulmama” unsuru bünyesinde açıkça yer verilmesi, sözleşmesel ortak girişimlerin yapısını kanımızca daha sağlıklı bir şekilde ortaya koyacaktır.

---

<sup>130</sup> İdeal gayeli adi ortaklık-iktisadi gayeli adi ortaklık ayrımı için bkz. **Doğanay**, s. 4.

<sup>131</sup> **Tekinalp/Tekinalp**, Joint Venture, s. 150-151, dn 26.

<sup>132</sup> **Poroy (Tekinalp/Çamoğlu)**, No.19b.

Diğer yandan, bir faaliyetin ekonomik nitelik taşımasıyla bu faaliyetin kâr elde etmeye yönelik olarak yürütülmesi farklı şeylerdir. Bu açıdan sözleşmesel ortak girişim kâr elde etme amacı dışında bir faaliyet yürütemez; aksi takdirde bir sözleşmesel ortak girişimden değil, kar elde etme amacına yönelmeyen bir adi ortaklıktan söz etmek gerekecektir<sup>133</sup>. Örneğin araştırma-geliştirme ortak girişimlerinin asli amacı belirli bir ürünün veya üretim sürecinin geliştirilmesi ve seri üretime hazır hale getirilmesidir. Bu ortak girişimlerin bazı türleri, sadece ürünün veya üretim sürecinin geliştirilmesini konu edinmekte, geliştirilen ürün veya üretim süreci, sonradan ortak girişim sözleşmesine taraf olan teşebbüsler tarafından değerlendirilebilmektedir. Bu açıdan bakıldığında ortak girişimin kendi amacı, belirli bir ticari faaliyetin yürütülmesi ve bu faaliyetten kâr elde edilmesi amacına yönelik olmasa dahi, ortak girişim , nihai olarak ortak girişim sözleşmesine taraf olan teşebbüslerin kâr elde etmesi amacına yönelmektedir.

Bu amaç ortak girişim üzerinden elde edilmemekte, ortak girişim bu amacın elde edilmesi açısından bir aşamayı oluşturmaktadır. Buna karşılık, araştırma ve geliştirme ortak girişimlerinin öyle görünüm biçimleri mevcuttur ki, bu ortak girişimler, kârın elde edilmesi ve paylaşılması amacına yönelmediği, gibi, sözleşmenin taraflarının bu amaca erişmesine ilişkin bir araç niteliğini de taşımazlar. Özellikle ABD’de üniversiteler ve kamu kurumları arasında belirli projelerin yürütülmesine yönelik olarak kurulan ve bilimsel amaç uğruna faaliyet gösteren, belirli bir bilimsel araştırmayı belirli bir süreyle sınırlı olarak yürütmek üzere kurulan ortak girişimlere sıkça rastlanmaktadır. Bununla birlikte, uygulamada doğrudan yatırımın bir aşaması olarak kurulan sözleşmesel ortak girişimler, kâr elde etmek ve bu kârı paylaşmak amacına yönelik olarak kurulmaktadır.

Sözleşmesel ortak girişimi karakterize eden amaç, kişi birliğini oluşturan tüm kişilerin ortak amacıdır. Söz konusu ortak amaç, kişi birliğini oluşturan kişilerden herhangi birine veya bir kaçına özgülenemez; bizatihi söz konusu kişi birliğinin kurulmasının kökeninde yatan müşterek bir gayeyi temsil eder.

---

<sup>133</sup> Bu yönde Fahiman **Tekil**, Adi-Kollektif-Komandit, s. 78.

## ee. Affectio Societatis Unsuru

Affectio societatis, ortakların ortaklığın amacına yönelik faaliyet göstermesi için elbirliğiyle faaliyet gösterme yükümlülüğünü ifade etmektedir<sup>134</sup>. Adi ortaklıkları karakterize eden özellik, her bir ortağın ortaklığın amacına erişmesini bizzat kendi eylem ve edimleriyle destekleme yükümlülüğü altında bulunmasıdır<sup>135</sup>. Bu yükümlülük, kişi birliği niteliğini taşıyan adi ortaklıkta, bu birliği oluşturan üyeler arasında güçlü bir bağ oluşmasına zemin hazırlamaktadır.

Adi ortaklığa bu güçlü kişi birliği karakterini veren öğelerden birisi de affectio societatis unsurudur. Ticaret ortaklıklarının özden organ ilkesine tabi olan türlerinde, ortaklık sözleşmesi uyarınca bazı ortakların şirket yönetiminde görev alma yükümlülüğünden soyutlanmaları mümkün iken, adi ortaklıklarda her bir ortağın etkin olarak ortaklığın yönetimine katılması ve ortaklığın amacına yönelik bilfiil çaba göstermesi aranmaktadır. Bu itibarla adi ortaklıkta, ortakların ortaklığa koydukları sermaye kadar, onların ortak amaç doğrultusunda üstlendiği edimler, ve ortakların kişisel özellikleri önem kazanmaktadır.

Her bir ortağın ortaklığın amacının gerçekleştirilmesine yönelik olarak fiilen çaba göstermeleri, ortaklığın yönetim yapısını da yakından ilgilendirmektedir. Bilindiği üzere, ortaklığın yönetimi, ortaklık sözleşmesiyle veya ortakların alacağı kararla ortaklardan birine veya bir kaçına tevdi edilmediği müddetçe, adi ortaklık ortakların tümü tarafından yönetilir (BK.m. 525). Sözleşmesel ortak girişimlerin özelliği, müşterek yönetim kuralının sözleşmeyle veya ortakların kararıyla bertaraf edilmemesi, ortaklığın ortakların tümü tarafından müştereken kontrol edilmesi ve yönetilmesidir<sup>136</sup>.

Sözleşmesel ortak girişimin bu özelliği, bu işbirliği modelinin ağırlıklı olarak riskli faaliyetlerin yürütülmesi için tercih edilmesinin doğal bir sonucudur. Ortak girişimin

---

<sup>134</sup> Yaşar **Karayaçın**, Ticaret Hukuku Dersleri, Şirketler Hukuku, Giriş-Şahıs Şirketleri, Ankara, 1965, s. 49, Hayri **Domaniç**, Anonim Şirketler, İstanbul, 1978, s. 11. Kavramın Ulpianus'tan bu yana gelişimi için bkz. Nadège **Reboul**, Remarques sur une notion conceptuelle et fonctionnelle : L'Affectio societatis, Revue des sociétés, 2000, C. 118, s. 425-426.

<sup>135</sup> **Fellmann/Müller**, Art. 530, No. 469.

<sup>136</sup> **Tekinalp-Tekinalp**, Joint Venture, s. 154; Ünal **Tekinalp** (Tekinalp/Tekinalp) Avrupa Hukuku, § 28, No. 196; bu görüşü benimseyen **Dayınlarlı**, s. 27; İbrahim **Kaplan**, s. 7; **Şahinalp**, s. 489.

faaliyeti dolayısıyla üçüncü kişilere karşı sınırsız sorumluluk altına giren ortaklarının tümünün ortaklığın kontrolünü paylaşması, ortak girişimin ekonomik yapısına uygun düşmektedir. Her bir ortak, ortak kontrolü paylaşarak, ortak girişimin faaliyetini yakından izleme ve yönlendirme imkanına kavuşacak, böylelikle bu faaliyetin barındırdığı riskin gerçekleşmesi konusunda inisiyatif kullanabilecektir.

Bu noktada, görünürde birbirinden farklı hukuki yapılar arz eden sözleşmesel ortak girişim ile sermayeye katılmalı ortak girişimin aynı üst başlık (ortak girişim) altında sınıflandırılmasının temeli, diğer bir bakışla her iki müessesenin ortak paydası belirlemektedir : Ortak girişimin her iki türü de adi ortaklık sözleşmesi niteliğinde sözleşmesel zemin üzerine kurulmaktadır ve her iki türde de ortaklar, söz konusu sözleşme uyarınca meydana gelen adi ortaklığı ortaklaşa kontrol etmektedir.

Son olarak ayrıntılarına, kontrol kavramına ilişkin açıklamalarda girilecek olmakla birlikte<sup>137</sup>, ortak kontrol kavramına açıklık getirmekte yarar vardır. Bu çerçevede kontrolü, “kontrol edilen (hedef) ortaklığın stratejik kararlarını etkileme gücü” anlamında kullanıyoruz. Bu açıdan, sözleşmesel ortak girişimin ortak yönetime tabi olması sözleşmesel ortak girişimin fiilen ortaklardan biri tarafından yönetilmesi açısından bir engel oluşturmaz. Ortaklığın fiili yönetimini üstlenen ve “pilot ortak” olarak adlandırılan ortak, ortak girişimin olağan işlerini (day-to day operations) yürütecek, bu çerçevede her türlü hukuki işlemi gerçekleştirebilecek; bununla birlikte ortak girişimle ilgili stratejik kararlar, tüm ortaklar tarafından alınacaktır<sup>138</sup>. Diğer bir anlatımla, BK.m. 525’in tanıdığı imkana istinaden, günlük yönetime ilişkin kararlar açısından ortak yönetimin bertaraf edilmesi dahi, ortak kontrolü ortadan kaldırmaz. Bu veriler ışığında, sözleşmesel ortak girişimlerin özelliği, bu ortaklığın ortaklarının ortak kontrolü altında bulunmasıdır.

---

<sup>137</sup> bkz. aşa. §10, IV.

<sup>138</sup> Nichols, s. 438; Tekinalp/Tekinalp, Joint Venture, s. 154.

## B. Ortak Girişim Sözleşmesinin Taraflarının Tâbiyeti Bakımından

### 1. Ulusal Ortak Girişimler

Ulusal ortak girişim, aynı devletin tâbiyetinde bulunan iki veya daha fazla kişinin buldukları ülkede kurdukları ortak girişimleri ifade etmektedir<sup>139</sup>. Ortak girişim sistemini oluşturan hakim teşebbüsler de, ortak girişim şirketi de aynı devletin tâbiyetinde bulunduğundan, uluslararası nitelik kazanmamaktadır<sup>140</sup>.

Ortak girişimler ilk olarak aynı ülkede, hatta çoğu zaman aynı bölgede faaliyet gösteren tacirlerin deniz aşırı ticaret yapabilmek amacıyla işbirliği yapmalarıyla ortaya çıkmıştır<sup>141</sup>. Ancak ortak girişimlerin bugünkü görünüm biçimlerinin öncüleri, gelişmiş ülkelerde faaliyet gösteren teşebbüslerin İkinci Dünya Savaşı'nın ardından yabancı pazarlara giriş amacıyla ortaklaşa kurdukları teşebbüslerdir<sup>142</sup>. Diğer bir deyişle, gerek sözleşmesel ortak girişimlerin gerek sermayeye katılmalı ortak girişimlerin gelişim sürecini güçlendiren ve hızlandıran oluşumlar, uluslararası ortak girişimlerdir.

Küreselleşmenin ve pazarların bütünleşmesinin etkisiyle doğrudan yatırımlara<sup>143</sup> maruz kalan gelişmekte olan ülkelerde, ortak girişimin sadece ulusal ticari engellerin aşılmasına yönelik bir doğrudan yatırım modeli olmadığını, aynı zamanda riskin paylaşılmasına hizmet eden ve rekabet avantajları sağlayan etkin bir işbirliği modeli

<sup>139</sup> **Barlas**, Adi Ortaklık Temeli, s. 192.

<sup>140</sup> Bununla birlikte, hakim teşebbüslerin ve ortak girişim şirketinin aynı devletin tabiiyetinde buldukları, buna karşılık finansmanın yabancı bir ülkede mukim olan bir kredi kuruluşu tarafından sağlandığı hallerde, söz konusu ortak girişimin oluşumunda bir yabancılık unsuru devreye girmektedir. Böylelikle ulusal ortak girişimler, ortak girişim sözleşmesinin taraflarının ve ortak girişim şirketinin aynı tabiiyette bulunduğu ortak girişimlerdir; yoksa ulusallık, uygulanan hukuki süreçte yabancılık unsurunun hiç bir şekilde yer almadığı anlamına gelmemektedir. Zira, özellikle meseleye ortak girişim sözleşmesi açısından bakıldığında, sözleşmenin uluslararası nitelik taşıması ile yabancılık unsuru taşıması aynı şey değildir; bkz. Cemal **Şanlı**/ Nuray **Eksi**, Uluslararası Ticaret Hukuku, İstanbul 2003, s. 6-7.

<sup>141</sup> Ortak girişimlerin tarihi gelişimi için bkz. yuk. § 1.

<sup>142</sup> Bu konuda özellikle bkz. William **Ross**, The Foreign Joint Venture Corporation : Some Legal and Business Considerations, Denver Law Journal, Yıl : 1968, C. 45, s. 5 vd.

<sup>143</sup> Doğrudan yatırım, yatırımcıya, yatırımın yapıldığı teşebbüs üzerinde doğrudan ve sürekli bir etki icra etme imkanı tanıyan yatırımlardır; bkz. Bilgin **Tiryakioğlu**, Doğrudan Yabancı Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması, Ankara 2003, s. 10-11, Rıfat **Erten**, Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanununun Türk Yabancılar Hukuku Sistemi İçindeki Yeri ve Rolü, Ankara, 2005, s. 26, **Djalali**, s. 5-6, Dövrân **Orazgılıcov**, Milletlerarası Doğrudan Yatırımlar Açısından Joint Venture, İzmir, 2006, s. 46, **Martinek**, s. 211.

niteliğini taşıdığıının anlaşılmasıyla ulusal ortak girişimlerin sayısında artış gözlemlenmiştir. Özellikle, büyük altyapı yatırımlarını konu edinen kamu ihalelerinde, ulusal teşebbüslerin ortak girişim oluşturarak ihaleye dahil olduklarına tanık olunmaktadır.

Ulusal ortak girişimlerin yegane uygulama alanı altyapı projeleri değildir. Teşebbüsler, belirli bir ürün pazarına girebilmek ve bu pazarda kalıcı olabilmek amacıyla da başka teşebbüslerle ortak girişim kurma yoluna gidebilmektedir. Bu yüzden ulusal ortak girişimlerin sayısı ülkemizde de her geçen gün artmaktadır<sup>144</sup>.

## 2. Uluslararası Ortak Girişimler

Hakim teşebbüslerden ve ortak girişim şirketinden oluşan ortak girişim sisteminde, hakim teşebbüslerden en az birinin veya ortak girişim şirketinin diğer teşebbüslerden ayrı bir ülkede kurulu bulunması halinde, uluslararası ortak girişimden söz edilir<sup>145</sup>. Zira, ortak girişim aynı ülkede faaliyet gösteren teşebbüsler tarafından kurulmamakta veya onlarla aynı ülkede mukim bulunmamaktadır. **Martinek**<sup>146</sup>, uluslararası ortak girişimi, en az iki farklı devlete tabi iki veya daha fazla hukuken ve ekonomik olarak birbirinden bağımsız teşebbüs tarafından kurulan ve kontrol edilen, endüstri, ticaret veya hizmet alanında sınır ötesi işbirliğine hizmet eden bir teşebbüs olarak tanımlamaktadır.

Uluslararası ortak girişimler, gelişmekte olan ülkelerin yabancı sermayeye ihtiyatla yaklaşımları ve doğrudan yatırımları ancak yerli ortağın iştirak edeceği ortak

---

<sup>144</sup> Rekabet Kurulu tarafından incelenen bir çok yoğunlaşma işleminde, ulusal ortak girişimlere ilişkin örneklere rastlamak mümkündür; bkz. Rekabet Kurulu'nun 13.01.2000 tarihli Bütangaz Kararı (RG. 04.01.2002, S. 24630), Rekabet Kurulu'nun 03.11.2000 tarihli Barkod Kararı (RG. 04.09.2002, S. 24866).

<sup>145</sup> **Kabst**, s. 13, Michael J. **Geringer**/ Louis **Herbert**, Control and Performance of International Joint Ventures, Journal of International Business Organisations, Summer 1989, s. 235. Bir sözleşmenin uluslararası bir ticari sözleşme olması için en az iki ülke ile bağlantılı bulunması gerektiği yönünde bkz. **Şanlı/ Ekşi**, s. 5-6. Diğer yandan **Ross**, s. 8; uluslararası ortak girişimi, kurucu teşebbüslerden en az birinin mukim bulunduğu ülkeden farklı bir ülkede kurulan, hakim teşebbüslerin belirsiz bir süre boyunca belirli bir ekonomik amacı gerçekleştirmek üzere sınırlı sorumluluk ekseninde kurdukları, söz konusu faaliyetin organizasyonunun, işleyişinin ve yönetiminin çatısını oluşturan ortaklık olarak tanımlamaktadır.

<sup>146</sup> **Martinek**, s. 211.



girişimlerin çatısı altında kabul etmesiyle büyük rağbet görmüştür<sup>147</sup>. Gelişmekte olan ülkelere yapılan yatırımlarda mevzuatı ve yerel özellikleri iyi tanıyan ortaklarla işbirliği yapmak, doğrudan yatırım ihraç eden ülkelerin teşebbüsleri bakımından önemli bir ihtiyacı karşılarken<sup>148</sup>, iki farklı ekonomi çevresinde faaliyet göstermeleri itibarıyla hakim teşebbüslerin farklılaşan şirket kültürlerinin ve yatırım stratejilerinin çatışması, çalışmamızda ele alacağımız Ortaklıklar Hukuku sorunlarının, özellikle kilitlemenin ortaya çıkmasına yol açmaktadır<sup>149</sup>. Ancak bir çok gelişmekte olan ülke, ortak girişimleri teşvik etmek üzere mevzuatlarında ortak girişimlerin kurulmasını ve işletilmesini kolaylaştıran hükümlere yer vermiştir<sup>150</sup>. Son dönemlerde ekonomisini yabancı girişimcilere açan Çin Halk Cumhuriyeti, ithal ettiği doğrudan yabancı yatırımların ortak girişim modeli çerçevesinde ülkeye getirilmesini teşvik etmektedir<sup>151</sup>.

## C. Ortak Girişimin Konusu Bakımından

### 1. Araştırma ve Geliştirme Ortak Girişimleri

Teşebbüslerin standart ürünü en ucuz fiyata satmak yerine teknolojik açıdan en nitelikli ürünü pazara sunma kaygısını taşıdığı pazarlarda, teknolojik yenilik

---

<sup>147</sup> Joel **Davidow**, Special Antitrust Issues Raised by International Joint Ventures, *Antitrust Law Journal*, C. 54, Yıl : 1985, s.1033.

<sup>148</sup> Uluslararası ortak girişimlerde yerli ortağın işlevleri açısından bkz. **Ross**, s. 8-9.

<sup>149</sup> Şirket kültürlerinin uyuşmaması meselesi için bkz. Ian **Hewitt**, No. 1-12. Bu konuda bkz. aşağıda §12, II.

<sup>150</sup> Çeşitli örnekler için özellikle bkz. **Ulaş**, s. 126 vd., Carola **Staudenmeyer**, *Das Wirtschafts- und Vertragsrecht transnationaler Gemeinschaftsunternehmen in Entwicklungsländern*, Bern,1990, s. 35 vd, ayrıca bkz. yuk. dn. 51.

<sup>151</sup> Bu yöntemle Çin Halk Cumhuriyeti, sermayeye katılnalı ortak girişimi, yabancı sermayeyi kontrol etme aracı olarak değerlendirmektedir. Bu amaçla Çin, 1979 yılında ortak girişimlere özgü olarak “Çin Halk Cumhuriyeti, Çin Sermayesi ve Yabancı Sermaye İle Kurulan Sermayeye Katılnalı Ortak Girişimler Kanunu”nu (kanun metni için bkz. [http://www.novexcn.com/equity\\_jv\\_chin\\_foreign.html](http://www.novexcn.com/equity_jv_chin_foreign.html) ) yürürlüğe koymuş ve doğrudan yatırımlara ağırlık vermiştir; bu konuda özellikle bkz. **Weller**, s. 1245 vd. ve Daniel C.K. **Chow**, *The Limited Partnership Joint Venture Model In The People's Republic Of China*, *Law And Policy in International Business*, Güz 1998, C. 30, s. 39 vd. Sermayeye katılnalı ortak girişimlerin Çin’de tercih edilmesini somutlaştıran önemli bir veri, bu ülkede ilk kez 1980 yılında kurulan *Beijing Aviation Food Company* ile başlayan “ortak girişim akımının”, 2002 yılına değin 225.883 ait sermayeye katılnalı ortak girişimin kurulmasına yol açtığı olgusudur. Bu konudaki değerlendirmeler için bkz. Dong **Chen**, *Governing for Success : An Examination of Different Types of Parent Control in International Joint Ventures*, diss., New Jersey, 2004, s. 2 vd.

(*innovation*) kritik bir öneme sahiptir<sup>152</sup>. Teknolojik yenilik, araştırma ve geliştirme çalışmaları sonucunda elde edilen, endüstri alanında kullanılabilir nitelikte olan gelişmedir<sup>153</sup>. Özellikle yüksek teknolojinin karakterize ettiği pazarlarda, teşebbüsler açısından teknolojiyi satın almak ağır maliyetlere yol açmakta; teşebbüslerin teknolojiyi üretmeleri kaçınılmaz hale gelmektedir. Nitekim, teknolojiyi satın alan, hiç bir surette teknolojiyi üretenin elde ettiği rekabet avantajına sahip olamamaktadır.

Bununla birlikte, araştırma ve geliştirme, son derece zahmetli ve mâliyetli bir süreçtir. Bu faaliyetin yürütülebilmesi için, teşebbüslerin sadece belirli bir bütçe ayırmaları yeterli olmamakta, ticari işletmeleri bünyesinde sadece bu faaliyete özgülenebilecek bir birim kurmaları ve bu birimde uzman kimseleri istihdam etmeleri de gerekmektedir. Rekabetin değişen çehresi, araştırma ve geliştirme faaliyetini teşebbüslerin önemli mâliyet kalemlerinden birisi haline getirmiştir. İşletme kültürlerini geliştiremeyen bir çok teşebbüs, araştırma ve geliştirme birimlerini bir masraf kapısı olarak görme eğilimindedir.

Buna karşılık, araştırma ve geliştirme faaliyetlerine yeterli yatırımı yapan teşebbüsler, bu faaliyetleri sonucunda başarıya ulaşmaları halinde, elde ettikleri teknik yenilik bakımından pazarda tek el konumuna erişebilmektedir<sup>154</sup>.

Diğer yandan, bazı durumlarda, teşebbüslerin araştırma ve geliştirme birimini kurarak bu alana yatırım yapmaları dahi beklenen verimi sağlamayabilir. İlgili pazarın niteliğine göre, teşebbüsün kendi bünyesinde kurduğu araştırma ve geliştirme birimi yetersiz kalabilir veya araştırma ve geliştirme sürecinin tek başına bir teşebbüs tarafından yürütülmesi, zaman ve mâliyet açısından akılcı olmayabilir<sup>155</sup>. Bu olgular, teşebbüsleri araştırma ve geliştirme çalışmalarında birbirleriyle işbirliği yapmaya teşvik etmektedir. Bu amaca yönelik işbirliği modelleri; teknolojik yeniliklere erişimi hızlandırması, mikroekonomik düzlemde mâliyeti düşürmesi ve aynı teknolojik

---

<sup>152</sup> Carsten **Reimann**, Essential Function v. Essential Facility : Defining the Amount of R&D protection in High-Tech Industries After *IMS and Microsoft*, The Competition Law Review (Elektronik Yayın, ISSN 1745-638 X), C. 1, S. 2, Aralık 2004, s. 49.

<sup>153</sup> Ayşe **Odman Boztosun**, Rekabet Hukuku'nun Teknolojik Yeniliklerin Teşvikindeki Rolü, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Ankara, Kasım 2002, s. 172.

<sup>154</sup> **Oktay**, s. 14.

<sup>155</sup> Ateş **Akıncı**, Rekabetin Yatay Kısıtlanması, Ankara, 2001, s. 118.

yeniliği sağlamaya yönelik olarak birbirine paralel birden çok çalışmanın yürütülmesini önlemesi açısından çok yararlıdır<sup>156</sup>.

Genel olarak araştırma geliştirme sözleşmeleri; belirli bir ürünün üretimine veya belirli bir üretim sürecinin geliştirilmesine yönelik araştırmaların, işbirliği yapan teşebbüslerce veya onların birlikte belirlediği üçüncü kişilerce yürütülmesini ve duruma göre bu araştırma geliştirme çalışmaları sonucunda elde edilen sonuçların anlaşmaya taraf olan teşebbüslerce ayrı ayrı veya ortaklaşa olarak değerlendirilmesini veya üçüncü kişilerin değerlendirilmesine sunulmasını konu edinen sözleşmelerdir.

Araştırma geliştirme sözleşmeleri, tarafların üstlendikleri edimler itibariyle çeşitli kategorilere ayrılmaktadır. Bu kategoriler arasında karşılıklı lisans sözleşmeleri<sup>157</sup>, ortak pazarlama ve dağıtım sözleşmeleri, ortak üretim geliştirme sözleşmeleri sayılabilir<sup>158</sup>.

Araştırma-geliştirme sözleşmelerinin sayılan türlerinden bir çoğu, ilke olarak sözleşmesel ortak girişimin görünüm biçimleridir. Teorik olarak, araştırma ve geliştirme ortak girişiminin sermayeye katılmalı bir ortak girişim olarak yapılandırılabilmesi de düşünülebilir. Diğer bir anlatımla teşebbüsler, faaliyet konularının gereği olarak sürekli bir araştırma ve geliştirme faaliyetini yürütmek zorunda olduklarını dikkate alarak, bu alanda sürekli olarak işbirliği yapmak üzere bir ortak girişim şirketi kurma yoluna gidebilirler. Bununla birlikte, uygulamada araştırma ve geliştirme ortak girişimleri, yaygın olarak sözleşmesel ortak girişim olarak yapılandırılmaktadır.

---

<sup>156</sup> **Kattan**, s. 939.

<sup>157</sup> Karşılıklı lisans sözleşmelerinde, sözleşmenin her bir tarafı, diğerine kendi geliştirdiği sınai hak veya teknik bilgi üzerinde lisans hakkı tanımaktadır. Bu sözleşme uyarınca tanınan lisans hakları, birbirinin karşılığını oluşturmaktadır ve sözleşmenin taraflarından her biri hem lisans veren hem de lisans alan konumundadır; bu konuda bkz. Saibe **Oktay Özdemir**, Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması, İstanbul, 2002, s. 17, ayrıca **Oktay**, s. 24.

<sup>158</sup> Bu kategoriler için bkz. Ian **Hewitt**, No. 4-15, Charles T. C.**Compton**, Cooperation ,Colloboration and Coalition : A Perspective on the Types and Purposes of Technology Joint Ventures, Antitrust Law Journal, C. 61, Yıl : 1992-1993, s. 864-867. Yazar, yukarıda sayılanların dışında tipik ortak girişimlerin (typical joint ventures), konsorsiyumların (*consortia*) ve stratejik işbirliğinin (*strategic alliance*) de araştırma geliştirme sözleşmelerinin türlerini oluşturduğunu ileri sürmektedir. Oysa bu müesseseler, araştırma ve geliştirme sözleşmelerinin türlerinden ziyade, onların hukuki yapısını yansıtmaktadır.

Araştırma-geliştirme ortak girişimlerinde sözleşmeye taraf teşebbüslerin iradeleri, genellikle karşılıklı edimlerin değiş tokuşuna yönelmemekte, bilakis ortak bir amaca, yani belirli bir alanda araştırma ve geliştirme çalışmalarının yürütülmesi ve gerektiğinde bu araştırmalar sonucunda elde edilecek sonuçların birlikte değerlendirilmesi amacına yönelmektedir. Taraf iradelerinin ortak bir amaca yönelmesi ve tarafların söz konusu ortak amacı gerçekleştirmek için imkanlarını seferber etme ve amaç doğrultusunda hareket etmeyi (*affectio societatis*) taahhüt etmeleri, söz konusu sözleşmenin adi ortaklık sözleşmesi olarak nitelendirilmesini temellendirmektedir.

Sözleşme uyarınca araştırma ve geliştirme çalışmalarının kimin tarafından yürütüleceği hususu, sözleşmenin niteliğine ilişkin herhangi bir etki yaratmaz. Bu noktada belirleyici olan, teşebbüslerin, söz konusu çalışmanın gerçekleştirilmesi yönünde işbirliği yapmalarıdır. İşin teknik niteliği itibariyle, bazı araştırma geliştirme çalışmalarının sözleşenlerin insan kaynaklarıyla gerçekleştirilmesi mümkün olmadığından, bu konuda uzmanlaşmış üçüncü kişilerle sözleşmeler yapılması zorunlu olabilir. Belirleyici olan, araştırma ve geliştirme faaliyetinin, sözleşmeye taraf olan teşebbüslerin sağlayacağı imkanlarla gerçekleştirilmesi ve sonuçların ne şekilde değerlendirileceğinin bu teşebbüsler tarafından kararlaştırılmasıdır. Bu itibarla araştırma ve geliştirme çalışmalarının tarafların belirleyeceği üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilmesi, sözleşmenin *affectio societatis* unsurunu zedelememektedir.

Ortak girişimin kökeninde yatan sözleşme çerçevesinde yürütülen çalışmalar sonucunda elde edilebilecek teknolojik yenilikler, niteliklerinin elvermesi halinde fikri ve sınai mülkiyet haklarına konu olabilir<sup>159</sup>. Ortaya çıkan teknolojik yeniliğin niteliği itibariyle fikri veya sınai hakka konu olamayacağı durumlarda dahi, söz konusu teknolojik yenilik bir know-how'a (teknik bilgiye) konu olur<sup>160</sup> ve haksız rekabet hükümlerine göre (TTK. m. 56 vd.) korunur.

---

<sup>159</sup> Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Odman Boztosun**, s. 174-175.

<sup>160</sup> Tufan **Öğüz**, Know-How Sözleşmesi, İstanbul, 2001, s. 13; Heinrich **Honsell**, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 6. überarbeitete Auflage, Bern, 2001, s. 426.

Araştırma ve geliştirme sözleşmeleri, konu açısından iki aşamayı ilgilendirmektedir : İlk aşama, tarafların veya onlar tarafından belirlenen üçüncü kişilerin belirli bir alanda araştırma ve geliştirme faaliyetini yürütmeleridir. İkinci aşama ise birinci aşama sonunda olumlu sonuçlar elde edilmesi olasılığında, elde edilen teknolojik yeniliklerin taraflarca değerlendirilmesini konu edinmektedir. Bu aşamaya ilişkin olarak taraflar; teknolojik yeniliklerin ortaklaşa değerlendirilmesini , örneğin birlikte üretim yapılmasını veya söz konusu teknolojik yeniliklerin taraflarca ayrı ayrı değerlendirmesini kararlaştırabilirler. Son olasılıkta, tarafların ortaklaşa başkaca araştırma faaliyetleri yürütmeleri söz konusu olmadıkça, adi ortaklık ilişkisi araştırma ve geliştirme faaliyetinin tamamlanmasıyla sona erecektir.

Araştırma ve geliştirme ortak girişimleri, hakim teşebbüslerin birbirleriyle ve ortak girişimle rekabet etmelerinin sınırlanması, ortak girişim sisteminin üyeleri arasında fikri mülkiyet haklarının kullanımını ve devrini konu edinen anlaşmaların yapılmasını ve araştırma geliştirme sonuçlarının kullanımı konusunda hakim teşebbüslere getirilen sınırlamaları konu edinmeleri itibariyle rekabeti sınırlayıcı etkiler yaratmaktadır<sup>161</sup>. Ancak, bu oluşumların rekabete yönelik olumlu etkileri, rekabet otoritesinin bu oluşumlara belirli koşullar dahilinde izin vermesine ve grup muafiyetine tabi kılmasına yol açmaktadır.

Araştırma ve geliştirme sözleşmeleri, ilgili teşebbüslerin pazar davranışlarının koordinasyonuna yol açmaları nedeniyle Rekabet Hukuku'nda rekabeti sınırlayıcı anlaşmalara ilişkin hukuki düzlemde ele alınmaktadır (ATA. m. 81, RKHK.m. 4). Gerçekten de, sözleşmeye taraf teşebbüsler, ürün veya hizmet mâliyetlerinin bir kısmını oluşturan araştırma ve geliştirme çalışmalarını koordine etmekte, bu alanda aralarındaki rekabeti sınırlamaktadır. Ayrıca, bu anlaşma aracılığıyla ilgili teşebbüslerin diğer alanlarda da pazar davranışlarını koordine etme tehlikeleri doğmaktadır.

Bu noktada, rekabet otoriteleri, bir ikileme karşı karşıya gelmektedir : Acaba rekabetin sınırlanmasına yol açtığı gözetilerek araştırma geliştirme anlaşmaları ve bu çerçevede araştırma geliştirme ortak girişimleri, rekabeti sınırlayıcı anlaşmaların tabi

---

<sup>161</sup> Richard **Wish**, Restrictive Agreements and Competition in : Chitty on Contracts, C. II, Specific Contracts, 29. Bası, Londra, 2004, No. 42-036.

olduğu katı denetimin merceğinden ele alınarak ancak bazı koşulların varlığı halinde bireysel muafiyete mi layık görülmelidir; yoksa araştırma ve geliştirme çalışmalarının rekabete yönelik yararları gözetilerek bu çalışmalar herhangi bir yasaklamaya tabi tutulmamalı mıdır? Zıtlaşan bu iki yaklaşım karşısında, Avrupa ve Türk Rekabet otoriteleri ikinci menfaatten yana tavır koymuş<sup>162</sup>, bununla birlikte araştırma ve geliştirme anlaşmalarına ancak belirli koşullarda grup muafiyeti tanınmasını öngörmüştür. Bu çerçevede Avrupa Komisyonu, araştırma ve geliştirme anlaşmalarına yönelik bir grup muafiyet düzenlemesini 2001 yılında yürürlüğe koymuş<sup>163</sup>, Türk Hukuku'nda da Rekabet Kurulu, 2003 yılında aynı alanda düzenleme yapmıştır<sup>164</sup>.

## 2. Üretim Ortak Girişimleri

Üretim ortak girişimleri, hakim ortakların belirli bir ürünü ortaklaşa imal etmek amacıyla kurdukları ortak girişimlerdir. Bu yönüyle üretim ortak girişimleri, hakim teşebbüslerin üretimlerini çeşitlendirmesine ve üretim kapasitelerini artırmaya hizmet etmektedir<sup>165</sup>. Üretim ortak girişimleri, imal ettikleri ürünleri genellikle bizzat pazara sunmamaktadır. Bu ürünler, hakim teşebbüsler tarafından pazara sunulur. Üstelik hakim teşebbüsler, söz konusu ürünlerin pazarlanması konusunda birbirleriyle rekabet dahi edebilir<sup>166</sup>.

Üretim ortak girişimleri, belirli nitelikleri taşıyan ürünün imal edilebilmesi için gereken üretim tesislerinin, teknolojinin ve nitelikli işgücünün farklı teşebbüslerin elinde bulunduğu hallerde sıkça tercih edilen bir işbirliği modelidir<sup>167</sup>. Bu tür ortak girişimlerde hakim teşebbüslere ait üretim tesislerinin, teknolojinin ve nitelikli işgücünün ortak girişime tahsis edilmesi sağlanmaktadır.

---

<sup>162</sup> Bu konuda genel olarak bkz. **Aslan**, Rekabet Hukuku, s. 358 vd.

<sup>163</sup> ATA.m. 81/3 Hükümünün Araştırma ve Geliştirme Anlaşmalarına Uygulanmasına İlişkin 29.11.2000 tarihli ve 2659/2000 Sayılı Komisyon Tüzüğü, ATRG., 05.12.2000, L 304, s. 7-12; kısaca "Arge Tüzüğü" olarak anılacaktır.

<sup>164</sup> Rekabet Kurulu'nun 2003/2 sayılı Araştırma ve Geliştirme Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, RG. 27.08.2003, 25212; kısaca "Arge Tebliği" olarak anılacaktır.

<sup>165</sup> **Büchel/Prange/Probst/Rüling**, s. 37.

<sup>166</sup> Alden F. **Abbott**, Joint Production Ventures: The Case for Antitrust, Reform, Antitrust Law Journal, Vol. 58, 1989, s. 715-716.

<sup>167</sup> **Altın Sieber**, s. 174.

Hakim teşebbüslerin etkin oldukları pazarlar dikkate alındığında, üretim ortak girişimlerinin aynı zamanda araştırma ve geliştirme faaliyetini de yürütmesi söz konusu olabilir. Böylelikle hakim teşebbüsler üretimi ve geliştirilmesi güç olan ürünlerin yarattığı riski ortaklaşa karşılama yoluna gitmekte, sahip oldukları üretim tekniklerini ve teknik bilgileri paylaşma imkanına kavuşmaktadır<sup>168</sup>. Ürünün mâliyetini ve kalitesini sabitleştirmesi itibariyle üretim ortak girişimleri, ortak girişimin diğer türlerine nazaran rekabet düzenine yönelik daha ciddi bir tehdit oluşturmaktadır<sup>169</sup>.

Üretim ortak girişimleri, bazen üretimden başka işlevleri de üstlenebilir. Bu bağlamda, hakim teşebbüsler, belirli bir ürünün geliştirilmesi, üretilmesi ve pazarlanması faaliyetlerini kendi bünyelerinden ayırarak ortak girişim bünyesinde bir araya getirebilirler. Bu olasılıkta, taraflar arasında her bir süreç, ayrı bir sözleşmeyle ele alınabilmekte, araştırma-geliştirme sözleşmesi, üretim sözleşmesi ve pazarlama sözleşmesi olmak üzere çeşitli sözleşmeler akdedilebilmektedir<sup>170</sup>.

### 3. Pazarlama ve Dağıtım Ortak Girişimleri

Üretim ortak girişimlerinin aksine burada üretimin hakim teşebbüslerce yapılması, fakat bu ürünlerin münhasıran ortak girişim tarafından pazara sunulması söz konusu olmaktadır. Böylelikle ortak girişim şirketi, münhasıran pazarlama ve dağıtım alanında uzmanlaşmaktadır. Gerek üretim ortak girişimlerinde gerek pazarlama ve dağıtım ortak girişimlerinde, ortak girişimle hakim teşebbüsler arasında dikey bir ilişki kurulmaktadır<sup>171</sup>. Hakim teşebbüsler, pazarlama ve dağıtım ortak girişimi bünyesinde yeni bir dağıtım kanalı yaratmakta, böylelikle bireysel faaliyetlerini üretim üzerinde yoğunlaştırabilmektedir.

---

<sup>168</sup> Allen, s. 717.

<sup>169</sup> Kısmi işlevli olarak nitelendirilmesi karşısında ATA.m. 81 ve RKHK.m. 4 ışığında değerlendirilen üretim ortak girişimlerin rekabet düzenine etkileri için bkz. Laurent **Nouvel**, Le nouveau traitement européen des entreprises communes : Une évolution vers une approche plus économique, Revue de droit des affaires internationales, Yıl : 2002, s. 542, ayrıca **Gansweid**, s. 35.

<sup>170</sup> **Altın Sieber**, s. 174.

<sup>171</sup> Teşebbüsler arasında dikey anlaşmalar, belirli bir ürünün veya hizmetin oluşum sürecinin farklı aşamalarında faaliyet gösteren teşebbüsler arasında yapılan ve rekabetin dikey anlamda kısıtlanmasına yol açan anlaşmalardır; benzer tanımlar için bkz. **Faul/Nikpay**, No. 7.360; buna karşılık teşebbüslerin farklı aşamalarda yer alması hususunu esaslı bir unsur olarak benimsemeyen : **Aslan**, Rekabet Hukuku, s. 213.

#### 4. İhracata Yönelik Ortak Girişimler

İhracata yönelik ortak girişimler, belirli bir ülkeden ibaret olan bir coğrafi pazarda faaliyet gösteren teşebbüslerin, ürettikleri ürün veya hizmetlerin başka ülkelere ihraç edilmesinde işbirliği yapma amacına yönelik olarak kurdukları ortak girişimlerdir. Sözleşmesel ortak girişimler de sermayeye katılmalı ortak girişimler de ihracat alanında teşebbüslerin işbirliği yapmalarına hizmet edebilir. Bununla birlikte ihracatın, doğrudan yatırımların ilk aşamasını oluşturması<sup>172</sup> ve teşebbüslerin ihracat yapılan yabancı pazarda kalıcı bir pazar payı edinme arzuları, her iki tür karşılaştırıldığında, sermayeye katılmalı ortak girişimleri daha cazip kılmaktadır.

Hakim teşebbüslerin ihracata yönelik ortak girişim kurmaları, ulusal ekonomilerin gelişimi açısından stratejik bir önem taşımaktadır. Gelişmekte olan ülkelerin teşebbüsleri, pazara giriş engellerinin bulunduğu gelişmiş yabancı ulusal veya bölgesel pazarlara, özellikle Amerika Birleşik Devletleri, Avrupa Birliği ve Uzakdoğu pazarlarına girmekte ve bu pazarlarda kalıcı bir pay edinmekte güçlük çekmektedir. Halbuki, bu teşebbüsler arasında kurulacak bir ortak girişim, hakim teşebbüslerin birbirlerine paralel olarak yürütecekleri öznel ihracat faaliyetlerinde karşılaşacakları engellerin aşılmasında elbirliğiyle hareket etmelerini sağlayabilecektir. Bu sayede, hakim teşebbüslerin birbirlerinin ihracat deneyimlerinden ve pazar bilgilerinden yararlanma imkanını elde etmeleri; ihracata yönelik mükerrer harcamaların yapılmasını önleyeceği gibi, ortak girişimin sağlayacağı sinerjiyle münferit hakim teşebbüslerin ayrı ayrı ulaşabilecekleri ihracat hacminin aşılması olanağı belirecektir.

İhracata yönelik sermayeye katılmalı ortak girişimlerde amaç, belirli bir coğrafi pazarda üretilen ürünlerin veya hizmetlerin, yurt dışına pazarlanmasını ve satılmasını belirli bir ortaklık çatısı altında sağlamaktır. Bu bağlamda, ortak girişimin kurucuları, çoğu zaman aynı veya yakın ürün pazarında faaliyet gösteren teşebbüslerdir. Bu teşebbüsler, hammaddesini sağladıkları, ürettikleri veya

---

<sup>172</sup> Ulaş, s. 12.



pazarladıkları ürünlerin ihracatında, bu ürünlerle ilgili belirtilen faaliyetlerden birini yürüten diğer teşebbüslerle ihracat alanında işbirliği yapmayı tercih edebilmektedir.

Bu anlamda, özellikle belirli bir ürünün üreticileri arasındaki ihracat yönelik ortak girişimler oldukça yaygındır. Üretici teşebbüsler, yerel pazarda işbirliği yapmaksızın karşılıklı rekabet ilişkilerini korurken, yabancı pazarlara yapılacak ihracat açısından işbirliği yapma yoluna gidebilirler. Yatay ortak girişim olarak nitelendirilmesi gereken bu işbirliğinde, hakim teşebbüsler üretim faaliyetlerini birbirine rakip olarak sürdürürken, ortak girişim şirketi münhasıran ihracat alanında uzmanlaşmaktadır. Bu tür ortak girişimlerin tipik bir örneği, bir başvuruda Rekabet Kurulu tarafından incelenmiştir<sup>173</sup>. Bu çerçevede, Ege Bölgesi çimento üreticileri tarafından münhasıran ihracata yönelik olarak kurulan bir ortak girişimin kurulmasına, rekabeti sınırlayıcı etkileri nedeniyle Rekabet Kurulu izin vermemiştir.

İhracata yönelik ortak girişimler, Rekabet Hukuku açısından çeşitli sorunları beraberinde getirmektedir. İlk olarak, kurulacak ortak girişim şirketinin belirli bir ürün pazarında sadece ihracat faaliyetini yürütecek olması, ortak girişimin tam işlevliliğini<sup>174</sup> tartışmalı hale getirebilir. İkinci olarak, hakim teşebbüsler arasındaki işbirliğinin yabancı pazarlara yönelik olması ilke olarak rekabet otoritesinin bu işbirliğine olumlu yaklaşmasını gerektirir ise de, söz konusu işbirliğinin hakim teşebbüslerin yerel pazardaki rekabet ilişkilerine yönelik etkileri, Rekabet Hukuku açısından sorun yaratabilir. Açık bir anlatımla, ortak girişimin kurulması, hakim teşebbüslerin pazar davranışlarını ortak girişimin faaliyet gösterdiği alan dışında da koordine etmelerine yol açabilir. Rekabet Hukuku'nda bu tür etkiler “yayılan etkiler<sup>175</sup>” (*spill-over effects*) olarak adlandırılmaktadır. Gerçekten de, yabancı pazarlarda pay edinilmesine yönelik olarak kurulan bu tür ortak girişimler, hakim teşebbüslerin yerel pazardaki rekabet davranışlarını da koordine etmelerine yol açabilir. Ortak girişimin bu tür etkiler yaratıp yaratmayacağı, rekabet otoritesinin

<sup>173</sup> Bkz. Rekabet Kurulu'nun 23.05.2000 tarihli Ege Çimento kararı (RG. 10.11.2000, S. 24266).

<sup>174</sup> Bu noktada çok genel olarak belirtmek gerekirse, tam işlevli ortak girişimler, belirli bir pazarda diğer teşebbüsler tarafından yerine getirilen tüm işlevleri üstlenebilecek durumda olan ortak girişimlerdir. Ayrıntılar için bkz. aşa. § 3, II, F, 1, ve § 7, II, B, 3.

<sup>175</sup> Yayılan etkiler, bir yoğunlaşma işlemine ilişkin olarak ilgili teşebbüsler arasında akdedilen sözleşmelerden kaynaklanan rekabet sınırlamaları olarak tanımlanmaktadır; bkz. **Faull/Nikpay**, No. 4.70, ortak girişimlerin bu etkisi için bkz. Henning **Schröer**, (Editör :Knut Werner **Lange**), Handbuch zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Heidelberg, 2001, s. 443, ayrıca bkz. Ian **Hewitt**, No. 6-31.

yapacağı somut incelemede pazarın yapısına ve rakiplerin pazar konumlarına ilişkin analizler marifetiyle açıklığa kavuşacaktır.

Diğer yandan, ihracatın doğrudan hakim teşebbüsler tarafından değil de, sermayeye katılmalı ortak girişim tarafından gerçekleştirilmesinin, hakim teşebbüslerin işletme organizasyonlarına yönelik olarak doğrudan etki icra ettiğini kaydetmek gerekir. Hakim teşebbüsler, ortak girişimin kurulmasıyla ihracat faaliyetinden çekilecek, her bir hakim teşebbüsün işletme örgütleri bünyesinde yer alan veya yer alması gereken ihracat bölümleri, ortak girişimin işletme organizasyonu bünyesinde bütünleştirilecektir<sup>176</sup>. Nitekim, temel sözleşmeye konulan hükümlerle, hakim teşebbüslerin doğrudan ihracat yapmaları veya en azından sermayeye katılmalı ortak girişimin ihraç edeceği ürün veya hizmetleri ihraç etmeleri yasaklanmakta; böylelikle taraflara sermayeye katılmalı ortak girişimle rekabet etmeme yükümlülüğü getirilmektedir.

Hakim teşebbüslerin ihracattan çekilmeleri ve bu faaliyeti ortak girişim üzerinden yürütmeyi aralarında yapacakları temel sözleşmeyle kararlaştırmaları, ortak girişimi uzmanlaşmaya yönelik bir stratejik ekonomik birim haline getirmektedir. Böylelikle ortak girişim, faaliyetini münhasıran ihracat alanına odaklayacak, ihracatın yapıldığı ve yapılacağı pazarlarla ilgili olarak veri toplamaya ve bu verileri işlemeye ağırlık verecektir.

Bu çerçevede, İkinci Dünya Savaşı'nın hemen ardından en büyük ihracatçı ülke konumunu elde eden ve bu konumu muhafaza eden ABD'nin ihracat yönelik ortak girişimler konusundaki yaklaşımlarına kısaca değinmek, ihracata yönelik ortak girişimlerin işlevlerinin anlaşılması açısından yararlı olabilir<sup>177</sup>. ABD Rekabet Hukuku'da ihracata yönelik ortak girişimler, özellikle yatay olarak kurulduklarında ihracata yönelik önemli avantajlar sağlamakla birlikte, iç pazarda rakip teşebbüslerin pazar davranışlarını koordine eden oluşumlar olarak değerlendirilmiş<sup>178</sup> ve uzun süre yasaklanmıştır. Ancak, rekabet otoritesinin bu yaklaşımının ABD Rekabet Hukuku

---

<sup>176</sup> Burada hakim teşebbüslerin ihracat birimleri, bu teşebbüslerden ayrılarak ortak girişim şirketi bünyesinde birleştirilmekte; hakim teşebbüsler arasında bir kısmi birleşme gerçekleşmektedir. Kısmi birleşme kavramı için bkz. a.ş. dn. 227.

<sup>177</sup> Bu konuda bkz. **Martinek**, s. 212.

<sup>178</sup> John E. **Shenefield**, Export Joint Ventures, Antitrust Law Journal, Yıl : 1985, Sayı : 54, s. 1040 vd.

mevzuatının ihracata yönelik ortak girişimleri tamamen yasakladığı yönünde yorumlanması ve teşebbüslerin bu nedenle ihracat alanında işbirliğinden kaçınmak zorunda kalmalarının ABD'nin ulusal ihracat kapasitesine yönelik olumsuz etkileri, ABD Kanunkoyucusu'nu belirli yasal düzenlemeleri yürürlüğe koyarak ihracata yönelik ortak girişimlerin kurulmasının belirli koşullar altında yasak olmadığını açıklığa kavuşturmak zorunda bırakmıştır<sup>179</sup>. Bu nedenle ihracata yönelik ortak girişimler rekabete yönelik yararları ile zararları karşılaştırılarak ve tartılarak değerlendirilmeli, *a priori* rekabeti sınırlayan anlaşmalar olarak nitelendirilmemelidir.

## D. İlgili Teşebbüslerin Pazar Konumları Bakımından

### 1. Yatay Ortak Girişimler

Ortak girişimi kuran hakim teşebbüslerin, belirli bir ürünün veya hizmetin oluşum aşamaları bakımından aynı düzeydeki pazarlarda yer almaları halinde yatay bir ortak girişimin varlığından söz edilir<sup>180</sup>. Bu yönden yataylık, işbirliğinin pazar konumları itibarıyla aynı düzeyde bulunan teşebbüsler arasında gerçekleştirilmesinden ileri gelmektedir. Örneğin, geniş tarım arazilerini işleten ve organik gıda üreten iki teşebbüsün, faal olmadıkları bir coğrafi pazarda aynı konuda faaliyet gösterecek bir sermayeye katılmalı ortak girişim kurmaları halinde yatay ortak girişimden söz edilir. Yatay ortak girişimler; yatay işbirliği anlaşmalarının ve yatay yoğunlaşmaların rekabet düzenine yönelik etkileri diğer oluşumlara nazaran farklı özellikler taşıdığı için, Rekabet Hukuku'nda özellikli bir denetleme rejimine tabi tutulmaktadır<sup>181</sup>.

### 2. Dikey Ortak Girişimler

Dikey ortak girişimlerde, hakim teşebbüsler ve ortak girişim şirketi, belirli bir ürünün veya hizmetin üretim ve pazarlanma sürecinin farklı aşamalarında yer

---

<sup>179</sup> Bu yasal düzenlemelere örnek olarak bkz. 1982 tarihli İhracat Şirketleri Kanunu (Export Trading Company act) ve Dış Ticaret Antitröst Kanunu (Foreign Trade Antitrust Improvements Act); her iki düzenlemenin hükümleri için bkz. **Shenefield**, s. 1039-1040.

<sup>180</sup> **Erdem**, Birleşme ve Devralmalar, s. 75, **Whish**, Competition Law, s. 722, Ingo **Schmidt**, s. 143.

<sup>181</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Ateş **Akıncı**, s. 109 vd.

almaktadırlar<sup>182</sup>. Üretim ve pazarlama süreci, belirli bir ürünün hammaddesinin temininden bu ürünün nihai tüketiciye ulaştırılmasına kadar uzanan bir süreçtir. Bu sürecin çeşitli aşamalarında yer alan teşebbüslerin ortak girişim kurmaları, özellikle hammadde temininin kolaylaştırılması ve ortak girişim sisteminde yer alan teşebbüsler tarafından üretilen ürünlerin daha güçlü dağıtım kanalları aracılığıyla pazarlanması amacına yönelmektedir<sup>183</sup>.

Dikey ortak girişimler, özellikle yeni teşebbüslerin pazara giriş sürecini zorlaştırması itibarıyla Rekabet Hukuku'nun inceleme alanına girmektedir<sup>184</sup>. Özellikle hakim teşebbüslerden birinin faaliyet gösterdiği pazarın bir tek pazarı veya oligopol pazar niteliğini taşıdığı hallerde, bu hakim teşebbüsle diğer hakim teşebbüsün yaptığı işbirliği, yeni teşebbüslerin pazara girmesini güçleştirebilir. Bu nedenle dikey anlaşmalar, yoğunlaşmalar ve bu çerçevede dikey ortak girişimler, Rekabet Hukuku'nda ağırlıklı olarak pazara giriş engeli yaratıp yaratmadıkları noktasından incelemeye tabi tutulmaktadır<sup>185</sup>.

### 3. Aykırı Ortak Girişimler

Aykırı ortak girişimlerde, hakim teşebbüslerle ortak girişim şirketi ne yatay ne de dikey ilişki içindedir; bilakis birbiriyle hiç ilgisi bulunmayan pazarlarda faaliyet göstermektedir<sup>186</sup>. Söz konusu teşebbüsleri aykırı bir ortak girişim kurmaya yönelten saik, çoğu zaman bu teşebbüslerin belirli bir alanda uzmanlığa sahip olmaları ve kurulacak ortak girişimin bu alanda uzmanlık gerektirmesi, hakim teşebbüslerin ortak girişime katkılarının konu bakımından birbirini tamamlamasıdır<sup>187</sup>.

---

<sup>182</sup> **Oertle**, s. 13, **Barlas**, Adi Ortaklık Temeli, s. 192; karş. **Dayımlarlı**, s.253. Yazar, iş sahibi ile ortak girişimin ortaklarından sadece birinin sözleşme yapması halinde dikey ortak girişimin söz konusu olacağını öne sürmektedir. Yazarın bu yaklaşımı, dikey ortak girişimlere ilişkin yerleşik yaklaşımlarla örtüşmemektedir.

<sup>183</sup> **Jones / Sufrin**, s. 167.

<sup>184</sup> Dieter **Krimphove**, Europäische Fusionskontrolle, Köln, 1992, s. 67.

<sup>185</sup> Pelin **Güven**, Rekabet Hukuku, Ankara, 2005, s. 380.

<sup>186</sup> Gary **Hewitt**, Background Note, Portfolio Effects in Conglomerate Mergers, OECD Journal of Competition Law and Policy, Yıl : 2002, s. 69, **Whish**, Competition Law, s. 722, **Oertle**, s. 13; **Na**, s. 25, **Erdem**, Birleşme ve Devralmalar, s. 76.

<sup>187</sup> Aykırı yoğunlaşmaların bu işlevi için bkz. Gary **Hewitt**, s. 67-68. Aykırı ortak girişimlere değinmeksizin ortak girişimler bakımından bu işleve işaret eden **Ian Hewitt**, No. 3-01.

Aykırı ortak girişimlerde, dış büyüme yoluyla pazar gücünün artırılmasından çok riskin yayılması düşüncesi etkili olmaktadır<sup>188</sup>. Örneğin, gözlük camı üreten bir teşebbüs ile süs balıkları ithal eden bir şirketin akvaryum imal etmek ve pazarlamak üzere bir ortak girişim şirketi kurmaları halinde aykırı bir ortak girişimden söz edilmelidir; zira hakim teşebbüsler arasında hiç bir rekabet ilişkisi mevcut değildir. Aykırı ortak girişimlerde, ortak girişimin kurulmasından sonra hakim teşebbüsler ortak girişimin pazarında kural olarak faaliyet göstermeyeceklerinden, bu tür ortak girişimlerin hakim ortaklar arasında ilke olarak rekabetin koordinasyonuna yol açmayacağı kaydedilmelidir. Bu nedenle bu tür ortak girişimler Rekabet Hukuku'nda daha hoşgörülü olarak karşılanmaktadır<sup>189</sup>.

## **E. Ortak Girişimin Pazar Yapısına (Rekabete) Yönelik Etkileri Bakımından**

### **1. İşbirliğine (Eşgüdüme) Yönelik Ortak Girişimler**

İdeal anlamda teşebbüslerin gelişimi ve güçlenmeleri için vazgeçilmez bir itici güç niteliğini taşıyan rekabet, mücadele gücünü oluşturamayan ve mücadele kültürünü geliştiremeyen teşebbüslerin varlığı<sup>190</sup> açısından büyük bir tehdit niteliğini taşımaktadır. Bir çok teşebbüs, rekabetin salt bu cephesini gözeterrek rekabetten kaçmanın veya Rekabet Hukuku'ndaki yasaklayıcı düzenlemelerin arkasından dolanmanın yollarını aramaktadır. Bu tür teşebbüsler, bu desteği, bazen kendisi gibi rekabetten yılan rakip teşebbüslerden görmektedir. Teşebbüsler arasında bu şekilde tezahür eden işbirliği girişimleri, rekabeti sınırlayıcı anlaşma olarak nitelendirilmekte ve yasaklanmaktadır (ATA m. 81, RKHK m. 4).

Bazen rakip teşebbüsler, çerçeve olarak seçtikleri ortak girişimi, görünüşte pazara yönelik verimler sağlayacak bir işbirliği olarak kurmakta; bununla birlikte gerçekte pazar davranışlarını koordine etmeyi tasarlamaktadır. Rekabetin koordine edilmesi, teşebbüslerin pazar davranışlarını, doğal rekabetin dikte ettiği şekilde değil kendileri

---

<sup>188</sup> Jones/ Suffrin, s. 705.

<sup>189</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Jones/Suffrin, s. 705.

<sup>190</sup> Rekabet ekonomisinde bu tür teşebbüsler “devekuşu davranışı geliştiren” veya “anamlı strateji oluşturamayan” teşebbüsler olarak adlandırılmaktadır; ayrıntılı açıklamalar için bkz. Türkkan, s. 469.

açısından en olumlu sonuçları doğuracak şekilde belirlemeleri olarak açıklanabilir. Bu anlamda koordinasyon, çoğu zaman teşebbüslerin birbirleriyle yaptıkları rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar çerçevesinde ortaya çıksa da, teşebbüslerin birbirleriyle anlaşmadan da pazar davranışlarını koordine etmeleri mümkün olabilir<sup>191</sup>. Her durumda, koordinasyondan söz edilebilmesi için, birden çok teşebbüsün davranışlarının Yasakoyucunun veya rekabet otoritesinin arzulamadığı bir şekilde yönlendirilmesi ve rekabetin bu yolla kısıtlanması söz konusu olmalıdır.

Hakim ortakların birbirlerinin pazar davranışları hakkında daha ayrıntılı şekilde bilgi sahibi olabilmelerine ve hatta bir adım daha ileri giderek pazar davranışları konusunda ortak bir strateji izlemelerine zemin oluşturan ortak girişimler, bu özellikleriyle rekabet otoriteleri tarafından daima ihtiyatla izlenen oluşumlardır. Bir çok hukuk sisteminde ortak girişimlerin avantajlı bir rekabet denetimine tabi tutulmasından kaçınılmış; eşgüdümeye yönelik sonuçlar doğurmayan ortak girişimlerin olumlu bir denetime tabi olması dahi, Avrupa Hukuku'nda 20. yüzyılın son yıllarında mümkün olabilmiştir<sup>192</sup>.

Ortak girişimlerin olumlu ekonomik işlevleri, bu oluşumların sınırlı da olsa rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar bünyesinde ayrı bir kesit olarak mütalaa edilmesini sağlamıştır. Eşgüdümeye yönelik ortak girişimlerle yoğunlaşmaya yönelik ortak girişimlerin tabi olduğu Rekabet Hukuku rejimleri arasındaki keskin ayrım, ekonomi çevrelerinin ve Rekabet Hukuku öğretisinin ağır eleştirilerini beraberinde getirmiş; bu gelişmelerin etkisiyle işbirliği ortak girişimleri- yoğunlaşma ortak girişimleri ayrımı; ortak girişimlere uygulanacak hukuki rejimin belirlenmesinde yegane ölçüt olmaktan çıkarılmıştır. Şu kadar ki, Avrupa Hukuku'nda ve onu izleyen hukuk sistemlerindeki yeni eğilim, ortak girişimleri rekabete yönelik etkileri bakımından analitik bir şekilde incelemek; bu oluşumun eşgüdümeye yönelik etkilerini rekabeti sınırlayıcı anlaşma olarak irdelemek, pazarın yapısına yönelik yönlerini ise yoğunlaşmalar rejimi ışığında ele almaktır. Meseleye hukuki açıdan yaklaşıldığında, tek bir ekonomik

---

<sup>191</sup> Uyumlu eylemler, teşebbüslerin rekabeti sınırlayıcı bir anlaşma yapmaksızın rekabet davranışlarını güdümlü olarak birbirlerine paralel hale getirmeleri ve bu suretle rekabeti kısıtlamalarıdır. Anlaşma unsurunun eksikliği nedeniyle rekabeti sınırlayıcı anlaşmalardan ayrılan uyumlu eylemler, rekabete yönelik olumsuz etkileri bakımından rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalarla benzeşirler ve bu nedenle aynı yaptırımlara tabi tutulurlar; bkz. **Richard Wish**, *Competition Law*, 4. Bası, Bath, 2001, s. 83-84; **Faull/Nikpay**, 2.45.

<sup>192</sup> Bu konudaki gelişmeler için bkz. § 7, II, B, 4.

olgu, yani ortak girişim, farklı etkileri itibariyle aynı anda birden fazla hukuki rejime göre değerlendirilmektedir<sup>193</sup>.

## 2. Yoğunlaşmaya Yönelik Ortak Girişimler

Rekabet Hukuku'nda eşgüdüm, teşebbüslerin pazar davranışlarını ve bu davranışların rekabetin sınırlandırılması amacına yönelip yönelmemesi sorununu ilgilendirirken, yoğunlaşma, ilgili teşebbüslerin yapısında ve pazarın yapısında değişikliklere yol açar. Gerçekten de, yoğunlaşma işlemini gerçekleştirmek isteyen teşebbüslerin yapısı, bizzat yoğunlaşma işleminden etkilenir ve yoğunlaşma işleminden sonra değişim gösterir. Bu değişim, rekabet otoriteleri tarafından olumlu görülmekte ve rekabeti sınırlayıcı anlaşmalara yönelik daha avantajlı bir denetimin uygulanması gündeme gelmektedir.

Yoğunlaşmaya yönelik ortak girişimlerde de durum bu şekildedir: Ortak girişimi kuran hakim ortaklar, kaynaklarının bir kısmını ortak girişime tahsis ettiklerinden, bu teşebbüslerin yoğunlaşma işlemi öncesindeki yapılarıyla bu işlemin sonrasındaki yapıları farklılaşır. Yoğunlaşmaya yönelik bir ortak girişim kurulduğunda, en azından hakim teşebbüslerin kaynaklarında bir azalma olur; azalan bu kaynaklar ortak girişimin malvarlığına dahil olur; böylelikle hakim ortakların ekonomik gücünün bir kısmı, özünden koparak yeni bir ekonomik birimde, yani sermayeye katılmalı ortak girişimde merkezileşir.

Ortaklıklar Hukuku açısından bakıldığında da bu değişim açık bir şekilde gözlenebilecektir. Hakim teşebbüslerin çoğunlukla ticaret ortaklığı niteliğini taşıdıkları düşünüldüğünde, her bir ortağın malvarlığının bir kısmı ortak girişim şirketine tahsis edilecek, böylelikle her bir ortağın malvarlığından ayrılan malvarlığı unsurları yerine, ortak girişim şirketindeki iştirak payları geçecektir.

---

<sup>193</sup> Bu denetim, çifte denetim olarak adlandırılmaktadır. Yoğunlaşmalar Hukuku'nda çifte denetime tabi tutulan yegane oluşum, sermayeye katılmalı ortak girişimlerdir. Bu nedenle, sermayeye katılmalı ortak girişimlerin denetimiyle sınırlı olmak üzere, her iki hukuki rejim birbirine yaklaştırılmış; bu amaçla hukuk güvenliği açısından çeşitli zaafklar içeren rekabeti sınırlayıcı anlaşmalara özgü denetim, belirli usul kuralları açısından yoğunlaşmalar denetiminin rejimine yaklaştırılmıştır.

Ekonomik gücün el değiştirmesi ve yeni bir ekonomik birimde yoğunlaşması, sadece ilgili teşebbüslerin yapılarını değiştirmez; pazarın yapısında da bazı değişikliklere neden olur<sup>194</sup>. Özellikle yoğunlaşmaya yönelik ortak girişimlerde, ilgili teşebbüslerin aynı pazarda faaliyet gösterdikleri hallerde, pazara yeni bir rakip dahil olabilir. Bu bakımdan bir başka ihtimal, hakim teşebbüslerden birinin veya bir kaçının pazardan çekilmesidir. Yoğunlaşma işleminin yarattığı bu tür değişiklikler, görüldüğü üzere sadece ilgili teşebbüsleri değil ilgili pazarın yapısını da etkilemektedir. Bununla birlikte, rekabet otoritelerinin pazarın yapısında bu tür değişiklikler yaratan ortak girişimlere yönelik yaklaşımları, olumlu bir şekilde tezahür etmektedir. Gerçekten de, pazar yapısına yönelik değişiklikler yaratan ortak girişimler, yoğunlaşma olarak nitelendirilerek, eşgüdümeye yönelik ortak girişimlere nazaran çok daha olumlu bir rekabet denetimine tabi tutulmaktadır<sup>195</sup>.

Bir ortak girişimin ilgili teşebbüslerin ve pazarın yapısına yönelik etkiler doğuran bir oluşum olarak nitelendirilebilmesi için, hakim teşebbüslerin ortak kontrolüne tabi olması ve tam işlevli bir ortak girişim olması gerekir<sup>196</sup>. Ortak girişimin tam işlevli olması, ekonomik gücün bu ortak girişimin pazarda bağımsız bir teşebbüs sıfatıyla hareket etmesini sağlayacak şekilde yoğunlaşması anlamına gelmektedir. Ekonomik güç gerçek anlamda yoğunlaşmazsa ve ortak girişim özerk bir pazar aktörü gibi donatılmazsa, hakim teşebbüslerden bağımsız olan bir ekonomik birimin varlığından söz edilemeyecektir.

---

<sup>194</sup> Yoğunlaşmaya yönelik ortak girişimlerin pazarın ve ilgili teşebbüslerin yapısında kalıcı değişiklikler yarattığı yönünde bkz. **Whish**, Competition Law, s. 728-729; **Ruchin**, s. 149.

<sup>195</sup> Eşgüdümeye yönelik ortak girişimlerle yoğunlaşmaya yönelik ortak girişimler ayırımının Rekabet Hukuku'ndaki izdüşümleri ve bu ayırımın etkilerini halen sürdürüp sürdürmediği konusunda bkz. aşa. §7, II, B, 1.

<sup>196</sup> Türk Hukuku'nda Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (RKHK) m. 7, ortak girişimin kurulmasının kurucular arasında rekabetin koordinasyonuna yol açmamasını da yoğunlaşma izni verilmesine ilişkin koşullardan biri olarak öngörmektedir. Bu konudaki eleştirel yaklaşımımız için bkz. aşa. §7, II, B, 4.



## F. Ortak Girişimin Pazarda Üstlendiği İşlevler Bakımından

### 1. Tam İşlevli Ortak Girişimler

Bir ortak girişimin yoğunlaşmaya yönelik bir oluşum olarak nitelendirilebilmesi için, söz konusu ortak girişimin kendi pazarında bağımsız bir şekilde faaliyet gösterebilecek ve rekabet edebilecek donanımına sahip olması ve bu donanımın ortak girişimin ilgili pazardaki rakiplerinin yerine getirdiği tüm işlevleri yerine getirmesini sağlayacak yeterlilikte olması gerekmektedir<sup>197</sup>. Bu özelliklere sahip olan ortak girişimler tam işlevli ortak girişimler (*full function joint ventures, Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen*) olarak adlandırılır. Tam işlevlilik, ortak girişimin bağımsız bir ekonomik birim olarak pazarda yer almasını gerekli kıldığından, sözleşmesel ortak girişimlerin tam işlevli olması söz konusu değildir. Her sermayeye katılmalı ortak girişim de kendiliğinden tam işlevli olarak nitelendirilemez; ancak bağımsız bir ekonomik birim olarak yapılandırılması ve ilgili pazardaki teşebbüslerin üstlendiği tüm işlevleri üstlenmesi kaydıyla tam işlevli olarak sınıflandırılabilir.

Tam işlevlilik özelliğinin belirlenmesinde ölçü, ortak girişimin faaliyet göstereceği pazardır. Bazı pazarlara giriş, özellikli bir sermaye ve işgücü gerektirmezken, yüksek teknoloji pazarlarının da aralarında bulunduğu bazı pazarlarda tam işlevli ortak girişim kurulması, ağır mâliyetlere katlanılmasını gerektirmektedir. Zira Rekabet Hukuku çerçevesinde yapacağımız incelemelerde ele alacağımız üzere<sup>198</sup> ortak girişimin yoğunlaşma imtiyazından yararlanabilmesi için tam işlevlilik niteliğinin geçici olmaması, ortak girişimin sadece kurulduğu dönemde değil, faaliyetinin ilerleyen süreçlerinde de bu niteliğini muhafaza edecek şekilde yapılandırılması esastır. Bu açıdan bakıldığında tam işlevlilik, bir anlamda ortak girişimin ilgili pazarda kalıcılığını sağlamaya ve muhafaza etmeye yönelik bir niteliktir.

---

<sup>197</sup> Ünal **Tekinalp** (Tekinalp/Tekinalp) Avrupa Hukuku, § 28, No. 196, **Baus**, s. 13.

<sup>198</sup> Bkz. aşa. § 7, II, B, 3.

## 2. Kısmi İşlevli Ortak Girişimler

Kısmî işlevlilik, tam işlevlilik özelliğinin karşısında yer alan, bu özelliğe zıt düşen bir niteliği simgelemektedir. Daha açık bir anlatımla, tam işlevliliği karakterize eden özelliklerin herhangi birini taşımayan ortak girişimler, kısmi işlevli ortak girişim konumundadır. Böylelikle, ilgili pazarın gerektirdiği sermaye ve işgücüyle donatılmayan veya ilgili pazardaki teşebbüslerin yerine getirdikleri işlevlerin tümünü kalıcı bir şekilde üstlenmeye ehil olmayan ortak girişimler, kısmi işlevli ortak girişimler olarak nitelendirilmektedir<sup>199</sup>.

Ortak girişimin kısmi işlevliliği; tam işlevli bir yapı kurmak isteyen hakim teşebbüslerin yeterli kaynakları ortak girişime tahsis etmemelerinden kaynaklanabileceği gibi, hakim teşebbüslerin doğrudan doğruya bir kısmi işlevli ortak girişim kurma iradelerinden de ileri gelebilir.

Avrupa Hukuku'nda benimsenen ekonomik menfaat birliği modeli<sup>200</sup> (*groupement d'intérêt économique*), tam işlevli ortak girişimlerin yapısal ihtiyaçlarına cevap vermekten uzak olmakla birlikte, kısmi işlevli ortak girişimler açısından elverişli olarak görülmektedir<sup>201</sup>.

<sup>199</sup> Ortak girişimin kısmi işlevliliği, Rekabet Hukuku'na özgü bir kavramdır. Bununla birlikte Alman Hukuku'nda Ticari İşletme Hukuku disiplini içinde teşebbüs kavramının irdelenmesinde, bir girişimin teşebbüs olarak nitelendirilebilmesi için aranan koşulları tam olarak barındırmayan ve dağıtım, üretim ve reklam gibi münferit faaliyetleri yürüten oluşumlara "*Funktionsgemeinschaft*" (işlev birliği) adı verilmiştir; bu konuda bkz. Hans Helmut **Klein**, *Gemeinschaftsunternehmen und Funktionsgemeinschaften im Verhältnis zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, Köln, 1966, s. 22 vd. ; **Koppensteiner**, s. 6; Gerhard **Rolfes**, *Gemeinschaftsunternehmen : Ziele ihrer Einrichtung sowie ihre betriebswirtschaftliche und rechtliche Probleme*, diss., Bochum, 1979, s. 24; **Oertle**, s. 12.

<sup>200</sup> Avrupa Ekonomik Menfaat Gruplaşması Hakkında 2137/85 Sayılı Konsey Yönergesi, ATRG. 31.07.1985, L199. Düzenlemenin Giriş kısmında belirtildiği üzere Yönerge'nin amacı, Avrupa Topluluğu'nda üye devletlerde mukim olan kişilerin sınır ötesi işbirliği anlaşmaları yapmalarını kolaylaştırmak amacıyla yeni bir Avrupa Hukuku enstrümanı yaratmaktır. Konsey'in amacı, işbirliği yapan özneler arasındaki sözleşmenin içeriğinin belirlenmesi anlamında sözleşme özgürlüğünü mümkün olduğunca geniş tutmak ve sözleşmenin taraflarına, oluşturacakları işbirliği modelinin örgütlenmesini özgürce biçimlendirme imkanını tanımaktadır (Yönerge, Giriş Kısmı). Avrupa ekonomik menfaat gruplaşması, ayırıcı özellikleri ve sermayeye katılmalı ortak girişimden farkları itibarıyla aşağıda incelenecektir; bkz. aşa. § 4, VI, G, 1.

<sup>201</sup> Bu yönde **Oertle**, s. 49, ayrıca müessesenin bir çok işleve hizmet ettiği yönünde **Öztek**, s. 37. Ian **Hewitt** (No. 4.80) de, Avrupa ekonomik menfaat gruplaşması modelinin kar elde etmeye yönelik faaliyetler açısından elverişli olmadığını, bu modelin daha çok mali müşavirler gibi meslek grupları tarafından oluşturulan veya araştırma ve geliştirmeye yönelik olarak meydana getirilen işbirliği modelleri açısından tercih edilmesinin akılcı olacağını ortaya koymaktadır. Yönerge'nin 3. maddesi incelendiğinde, yazarın yaklaşımının haklılığı ortaya çıkmaktadır. Hüküm, gruplaşmanın bizzat kar amacı gütmemesini yasaklamakta, ona üyelerinin ekonomik

Yukarıda sunulan araştırma ve geliştirme, üretim, dağıtım, pazarlama ortak girişimleri, nitelikleri itibariyle prensip olarak kısmi işlevli ortak girişimler kategorisine dahil olmaktadır. Kısmi işlevlilik, hukuki açıdan aslında sadece Rekabet Hukuku bağlamında ele alınması gereken özelliktedir. Bu hukuk disiplini açısından kısmi işlevlilik, ortak girişimin rekabeti sınırlayıcı anlaşma olarak sınıflandırılmasına ve bu tür anlaşmalara ilişkin denetleme rejimi ışığında irdelenmesine yol açmaktadır.

#### § 4. Sermayeye Katılnalı Ortak Girişimlerin Kavramsal Temelleri

##### I. Joint Venture Kavramı ve Sermayeye Katılnalı Ortak Girişim

Ortak girişim müessesesinin Anglo- Amerikan Hukuku'nda gelişen ve bu hukuk sisteminden diğer hukuk sistemlerine yayılan bir hukuki müessese niteliğini taşıması, bir çok hukuk sisteminin bu kavram için ayrı bir terim türetmemesine veya türetilen terimin ilgili hukuk sisteminin terminolojisinde benimsenmemesine yol açmıştır<sup>202</sup>. Şu kadar ki, bu müessese için özgün bir terim türeten hukuk sistemlerinde dahi bazı yazarlar, hem “joint venture” terimini hem de özgün terimi bir arada kullanmayı tercih etmişlerdir. Bu olgu, “joint venture”ın kavramsal bir berraklıktan uzak

---

faaliyetlerine işlerlik kazandırma görevini yüklemekte, başka teşebbüslere iştirak etmesini ve 500 işçiden fazlasını istihdam etmesini yasaklamaktadır. Nitekim uygulama da , bu işbirliği modelinin çoğunlukla araştırma ve geliştirme faaliyetleri için kullanıldığını doğrulamaktadır (Bu konudaki örnekler için bkz. Ian **Hewitt** No. 4-80). Bu itibarla, Avrupa ekonomik menfaat gruplaşması modeli, her türlü kısmi işlevli ortak girişim açısından değil, kâr amacını gütmeyen kısmi işlevli ortak girişimler açısından elverişlidir, ayrıca bkz. **Hewitt/Picot**, s. 30.

<sup>202</sup> Buna örnek olarak bkz. **Langefeld- Wirth**, Joint Ventures, Giriş Kısmı. Belirtilen eseri çeviren **Garcia**, Fransız Ticaret Bakanlığı'nın belirttiği bir Görüş'te “joint venture” terimine karşılık olarak “**entreprise commune**” teriminin önerildiğini, buna karşılık söz konusu terimin müesseseyi ifade etmekten uzak olduğu gerekçesiyle “**joint venture**” terimini tercih etmiştir. Türk Hukuku açısından bu yaklaşımı aynı gerekçeyle benimseyen **Akyol**, s. 75. Ortak girişim terimini isabetli bulmakla birlikte yerleşik olması nedeniyle **joint venture** terimini kullanan **Barlas**, Adi Ortaklık Temeli, s. 191. İsviçre Hukuku'nda, ortak girişim terimi yerine “joint venture” teriminin daha yerleşik olduğuna işaret eden ve bu terimi kullanan **Fellmann/ Müller**, Art. 530, No. 254. Buna karşılık ortak girişim terimini benimseyen Kerem Cem **Sanlı**, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, Ankara, 2000, s. 332; **Öztürk**, Ortak Girişim, s. 5.

Bu yaklaşımlardan ayrı olarak Kaan **Şahinalp** (Türk Hukuku'nda Joint Venture'ların Hukuki Yapısı ve Niteliği ile Joint Venture'larda Karşılaşılan Sorunlar, Yargıtay Dergisi, Temmuz, 2001, C. 27, S. 3, s. 483), ortak girişim kavramının joint venture'ı ve konsorsiyumu içine alan geniş bir kavram olarak değerlendirmektedir ki, yukarıdaki açıklamalarımız çerçevesinde bu görüşe katılmak mümkün değildir.

olduğunu göstermektedir<sup>203</sup>. Kavramın açıklığa kavuşturulması açısından, müessesenin kökenine inmek, “joint venture” teriminin Anglo Amerikan Hukuku’ndaki kullanımına kısaca göz atmak gerekecektir.

Anglo-Amerikan Hukuku’nda, “joint venture” terimi, tek başına kullanıldığında, en az iki teşebbüs arasında kurulan stratejik bir işbirliğini ifade etmekte, buna karşılık “*contractual joint venture*” olarak kullanıldığında sözleşmesel ortak girişimi, “*equity joint venture*” olarak kullanıldığında ise, sermayeye katılmalı ortak girişimi ifade etmektedir.

Sözleşmesel ortak girişim, incelendiği üzere taraflar arasında yapılan ortak girişim sözleşmesi uyarınca taraflar arasında kurulan işbirliği ilişkisini ve hukuki açıdan taraflar arasında kurulan adi ortaklığı simgelemektedir. Görüldüğü üzere, burada da “sözleşmesel ortak girişim”, üst kavram olan ortak girişimde olduğu gibi, taraflar arasındaki işbirliği ilişkisini vurgulamaktadır. Bunun nedeni, sözleşmesel ortak girişimin yalın bir sözleşmesel ilişkiden ibaret olmasıdır. Nitekim, sözleşmesel ortak girişim terimi de, bu yalın ilişkiyi ifade etmektedir.

Çok katmanlı bir hukuki yapıya sahip olan sermayeye katılmalı ortak girişimde (*equity joint ventures, Gemeinschaftsunternehmen, entreprise commune/ entreprise conjointe*<sup>204</sup>) ise durum biraz daha karmaşıktır. Sermayeye katılmalı ortak girişimde, en az iki teşebbüs arasında temel sözleşme olarak adlandırıldığımız bir ortak girişim sözleşmesi akdedilmekte, bu sözleşme uyarınca taraflar arasında ticaret ortaklığı niteliğinde olan bir ortaklık kurulmakta<sup>205</sup>, ayrıca kurucularla ortak girişim şirketi arasında uydu sözleşmeleri olarak adlandırılan çeşitli borç sözleşmeleri akdedilmektedir.

Özellikle İsviçre öğretisinde bir çok yazar tarafından, hem sermayeye katılmalı ortak girişimi ifade etmek üzere “*Gemeinschaftsunternehmen*” hem de *joint venture*

<sup>203</sup> Bu yönde **Barlas**, *Adi Ortaklık Temeli*, s.191.

<sup>204</sup> “*Gemeinschaftsunternehmen*”, “*entreprise commune/entreprise conjointe*” terimleri, esasen ortak girişim şirketini ifade etmek üzere kullanılmakla birlikte, çoğu zaman sermayeye katılmalı ortak girişimi betimlemek üzere de kullanılmaktadır. Alman ve Fransız hukuk terminolojisinde, Anglo-Amerikan Hukuku’ndaki “*equity joint venture*”- “*joint venture company*” terminolojik ayrımıyla örtüşecek bir terminolojik ayrım yapılmamış, her iki kavram için de belirtilen terimler kullanılmıştır.

<sup>205</sup> Bu konuda bkz. aşa, § 6, I, B.

terimlerinin bir arada kullanıldığını, bu iki terimin birinin bir diğeri yerine tercih edilmediği gözlemlenmektedir<sup>206</sup>. İlk olarak “*Gemeinschaftsunternehmen*”, sözcük anlamı itibariyle “ortak teşebbüs” anlamına gelmekte ve sermayeye katılmalı ortak girişim çerçevesinde kurulan ortak girişim şirketini ifade etmek üzere kullanılmaktadır<sup>207</sup>. *Joint venture* terimi ise, yine üst kavram olan ortak girişimde ve ortak girişimin diğeri ana türü olan sözleşmesel ortak girişimde olduğu üzere, taraflar – sermayeye katılmalı ortak girişim özelinde hakim teşebbüsler- arasındaki stratejik işbirliği ilişkisini ifade etmek üzere kullanılmaktadır. Görüldüğü üzere, taraflar arasındaki işbirliği ilişkisinin maddi ve ekonomik cephesini “joint venture”, hukuki cephesini ise “temel sözleşme” terimleri karşılamaktadır.

Sermayeye katılmalı ortak girişim terimi ise, temel sözleşmeden, bu sözleşme uyarınca kurulan ortak girişim şirketinden ve hakim teşebbüslerle ortak girişim şirketi arasında kurulan uydu sözleşmelerinden oluşan bütünü, yani kurumsal strateji modelini ifade etmek üzere kullanılmalıdır. Bu noktada, joint venture ile sermayeye katılmalı ortak girişimin ilişkisi ve karşılıklı konumu belirlemektedir : Ortak girişim şirketi, stratejik bir işbirliği modelini yansıtan ve ekonomik bir kavram olan joint venture (hakim teşebbüsler arasındaki stratejik işbirliği ilişkisi) üzerine inşa edilmiş, ortak kontrole tabi bir şirkettir. Farklı bir anlatımla, sermayeye katılmalı ortak girişim bakımından joint venture, sermayeye katılmalı ortak girişimin kökeninde yatan stratejik işbirliği ilişkisidir<sup>208</sup>.

<sup>206</sup> Bir kaç örnek için bkz. **Schluep**, Privatrechtliche Probleme, s. 341, **Zihlmann**, 317 vd., **Oertle**, s. 1.

<sup>207</sup> **Barlas**, Adi Ortaklık Temeli, s. 191.

<sup>208</sup> Nitekim Ateş **Akıncı**, ortak girişim şirketi ile “birlikte sahip olunan tâbî şirket” arasındaki farkın da bu noktada belirlediğini ortaya koymaktadır; bkz. Ateş **Akıncı**, s. 114; aynı yönde : Henning **Schröer**, (Editör : Knut Werner **Lange**), Handbuch zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Heidelberg, 2001, s. 412. **Mestmäcker/ Schweitzer** de, ortak kontrolün nadiren tesadüfi bir ortaklık bünyesinde ortaya çıkabileceğini, ortak kontrolün söz konusu olduğu durumlarda esas olanın, ortak kontrolün bir sözleşme marifetiyle bilinçli olarak tesis edilmesi olduğunu ileri sürmektedir, bkz. Ernst Joachim **Mestmäcker/ Heike Schweitzer**, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Völlig erneuerte Auflage, München, 2004, § 24, No. 28. Nitekim meseleyi Şirketler Topluluğu Hukuku açısından inceleyen **Na** da, bu olasılıkta bir saf katılımın (*blosse Beteiligung*) varlığından söz edilmesi gerektiğini, zira Şirketler Topluluğu Hukuku anlamında bağımlılığa yol açan ortak kontrolün söz konusu olabilmesi için, her bir hakim teşebbüsün münferit etkileyici güçlerinin koordine edilmesi yani ayrı ayrı belirleyici etkilerin birbirleriyle uzlaştırılması yoluyla ortak bir belirleyici etkinin elde edilmesi gerektiğini, bu nedenle saf katılımın varlığı halinde şirketler topluluğuna özgü kuralların uygulama alanı bulamayacağını ortaya koymaktadır, bkz. **Na**, s. 15. Buna karşılık, öğretilerde bir görüş, sermayeye katılmalı ortak girişimin kökeninde bir ortaklık sözleşmesinin (temel sözleşme) yer aldığı durumda tipik, ortak girişimin böyle bir ortaklık sözleşmesine dayanmadığı, sadece eşit oranda sermaye katılımına dayandığı durumda bir atipik ortak girişimin mevcut olacağını öne sürmektedir, bkz. Gerhard **Wiedemann**, Gemeinschaftsunternehmen im deutschen Kartellrecht, Heidelberg, 1981, s. 43,

Bu noktadan hareketle çalışmamızda, hakim teşebbüsler arasındaki stratejik ekonomik ilişkiyi yansıtmak ve *joint venture* terimini ikame etmek üzere “ortak girişim”, bu ilişkinin hukuki cephesini yansıtmak üzere “temel sözleşme”, temel sözleşme uyarınca kurulan şirketi “ortak girişim şirketi”, her bir hakim teşebbüs ile ortak girişim şirketi arasında yapılan borç sözleşmelerini ifade etmek üzere “uydu sözleşmeleri” ve nihayet temel sözleşme, ortak girişim şirketi ve uydu sözleşmelerinden oluşan bütünü ifade etmek üzere “sermayeye katılmalı ortak girişim” terimlerini kullanacağız. Bu ayrımın, çalışmamıza konu olan çeşitli hukuki kurumların daha net bir şekilde ortaya konulması, sermayeye katılmalı ortak girişim ve ortak girişim şirketi kavramlarının birbirinden ayrılması ve bu ayrımın her iki kurumun tanımına yansıtılması açısından yararlı olabileceği düşüncesindeyiz.

## II. Sermayeye Katılma Kavramı

Sermayeye katılma (equity), genel olarak, belirli bir yatırıma sermayeyle iştirak etme anlamına gelmekte ve niteliği itibariyle sözleşmesel ilişkiden ibaret olan işbirliği modellerinin karşısında yer almaktadır<sup>209</sup>. Kuşkusuz ki, sermayeye katılmanın kökeninde yer alan işlemler de sözleşmesel bir temele dayanmaktadır. Bununla birlikte, söz konusu işlemler, sözleşmesel bir yapıdan ibaret kalmamakta; işlemin kökeninde yatan sözleşme uyarınca kurumsal bir yapıyı meydana getirmektedir.

Sermayeye katılma işlemleri, yeni bir teşebbüsün oluşumuna yol açan ve yol açmayan işlemler olmak üzere ikiye ayrılır<sup>210</sup>. Yeni bir teşebbüsün oluşumuna yol açmayan yatırımlar, azınlık paylarının satın alınması ve yatırım sözleşmesinin taraflarının birbirleriyle varlıklarını trampa etmeleri (*equity swap*) şeklinde ortaya çıkarken; yeni bir teşebbüsün oluşumuna imkan tanıyan sermayeye katılmalı

---

Bu görüşe katılmak olanaklı değildir. Zira sermayeye katılmalı bir ortak girişimin varlığı, taraflar arasında bir stratejik işbirliği ilişkisinin kurulmasını, dolayısıyla bir temel sözleşmenin varlığını zorunlu kılmaktadır. Bu nedenle, temel sözleşmenin yapılmadığı durumlarda bir sermayeye katılmalı ortak girişimin varlığından söz etmek mümkün değildir. Bu durumda, ancak ortak kontrolün varlığından söz edilebilir ki, salt sermaye katılımına dayalı ortak kontrol sadece payların iki hakim paysahibi veya iki hakim paysahibi grubu arasında eşit bir şekilde dağıldığı durumlarda söz konusu olabilir; bu ayrımı yapmamakla birlikte aynı yönde bkz. **Baus**, s. 14 vd. Ayrıca bu konuda bkz. aşa. § 6, II, B.

<sup>209</sup> **Langefeld-Wirth**, Joint Ventures, s. 26, **Altin-Sieber**, s. 143.

<sup>210</sup> Bu temel ayrım için bkz. **Büchel/ Prange/ Probst/Rüling**, s. 12.

işlemler ise bağlı veya bağımsız teşebbüslerin meydana gelmesine yol açmaktadır. Sermayeye katılmalı ortak girişimler, bu ikinci kategoride yer almaktadır.

Sermayeye katılmalı ortak girişimler, hakim teşebbüslerin sermayesine katıldıkları bir ortak girişim şirketinin oluşumuna zemin hazırlamaktadır. Görüldüğü üzere sermayeye katılma, ortak girişimin bu türünde bağımsız ve kurumsal bir yapının ortaya çıkmasına yol açmaktadır<sup>211</sup> : Taraflar, sermayeye katılmalı ortak girişimde, aralarında yaptıkları sözleşmeyle yetinmemekte, bu sözleşmeyle çizdikleri strateji doğrultusunda yönetilecek bir de ortaklık kurmakta veya mevcut bir ortaklığı ortak kontrollerine tabi kılmaktadır.

Bu yönü dikkate alındığında, ortak girişimin bu türü “kurumsal ortak girişimler” olarak da adlandırılabilir. Bununla birlikte, hem kurumsallık özelliği Ortaklıklar Hukuku’nun terminolojisine yabancısıdır; hem de “sermayeye katılmalı ortak girişim” terimi Türk Hukuku’nda yerleşmiştir<sup>212</sup>. Ayrıca belirtmek gerekir ki, bu terim, ortak girişimin bu türünü, kanımızca Alman Hukuk terminolojisinde benimsenen “Gemeinschaftsunternehmen<sup>213</sup>” ve Fransız Hukuku’nda yaygın bir şekilde kullanılan “entreprise commune”, “entreprise conjointe” veya “filiale commune<sup>214</sup>” terimlerine nazaran daha iyi bir şekilde temsil etmektedir<sup>215</sup>.

---

<sup>211</sup> **Barlas**, Adi Ortaklık Temeli, s. 196.

<sup>212</sup> **Sanlı**, s. 332; **Öztürk**, Ortak Girişim, s. 5; ayrıca terimin isabeti konusunda bkz. **Barlas**, Adi Ortaklık Temeli s. 191.

<sup>213</sup> Bu terimin lafzi özelliklerini ön plana çıkaran Türkçe karşılığı, “elbirliği teşebbüsü” veya “müşterek teşebbüs” olarak önerilebilir.

<sup>214</sup> “Entreprise commune”, ortak teşebbüs; “filiale commune” ise “ortak yavru şirket” olarak dilimize çevrilebilir.

<sup>215</sup> Alman, Fransız ve bu sistemlerin etkisiyle İsviçre Hukuku’nda benimsenen bu terimler, sade bir anlayışla dilimize “ortak teşebbüs” olarak çevrilebilir. Terimi kullananların amacı, “joint venture” kurumunu ifade etmek olsa da, terim, bu Anglo- Amerikan terimini yansıtmaktan çok uzaktır. Anılan terimler, belirtilen hukuk sistemlerinde özellikle Türk Ticari İşletme Hukuku’nda merkez kavram konumunda bulunan “ticari işletme” kavramı yerine benimsenen “teşebbüs” kavramını içermektedir. Oysa Türk Hukuku’nda önerilen “ortak girişim” terimini oluşturan öğelerden “girişim” sözcüğü, birebir örtüşmese de “venture” kavramına yakınlaşmakta; ortak girişimi, “teşebbüs” ve “ticari işletme” kavramlarından uzaklaştırarak bu müessesenin kendine has yapısını yansıtmaktadır.

### III. Temel Yapısı

Sermayeye katılmalı ortak girişim, taraflar arasında akdedilen ve temel sözleşme olarak adlandırılan sözleşme uyarınca bir şirket kurulmasını ve bu şirketin ortaklaşa yönetilmesini temellendirmektedir. Buna ek olarak, bir de hakim ortaklarla ortak girişim şirketi arasında akdedilen ve ortakların ortak girişim şirketine karşı Ortaklıklar Hukuku'ndan doğan yükümlülükleri dışında kalan, ancak ortak girişim şirketinin faaliyetiyle ilintili olan edimler yerine getirmelerini öngören uydu sözleşmelerine de değinmek gerekir. Bu itibarla sermayeye katılmalı ortak girişimler deyim yerindeyse iki katmandan oluşmaktadır<sup>216</sup>. Birinci katman, taraflar arasında akdedilen temel sözleşmedir. İkinci katmanı, bu sözleşme uyarınca kurulan ortak girişim şirketi oluşturmaktadır. Nihayet bu iki katmanın öğeleri arasındaki ilişkileri ise, uydu sözleşmeleri tesis etmektedir. Böylelikle, sermayeye katılmalı ortak girişimler, sözleşmesel unsurla (temel sözleşme ve uydu sözleşmeleri) kurumsal unsuru (ortak girişim şirketi) kaynaştıran bir işbirliği modelidir<sup>217</sup>.

Sermayeye katılmalı ortak girişimlerde ortak girişim sözleşmesi “temel sözleşme” olarak adlandırılmaktadır. Bu sözleşmenin amacı, ortak girişim şirketi olarak nitelendirilecek bir şirketin kurulması ve ortaklaşa yönetilmesi olarak tezahür etmektedir<sup>218</sup>.

Yalın bir hukuki yapı ortaya koyan sözleşmesel ortak girişimlerdeki ortak girişim sözleşmesi ile sermayeye katılmalı ortak girişimlerdeki ortak girişim sözleşmesi, (temel sözleşme) birbiriyle özdeş değildir. İlkinde, taraflar arasındaki hukuki ilişkinin tüm yönleri, bu sözleşmeyle ele alınmakta; taraflarca ortaklaşa yürütülecek faaliyet ve bu faaliyetin ne şekilde yürütüleceğinin belirlenmesi önem taşımaktadır. Buna karşılık, sermayeye katılmalı ortak girişimin nüvesini oluşturan temel sözleşmede, taraflarca yürütülecek ekonomik faaliyete ilişkin hükümlerin yanı sıra, taraflarca kurulacak ve ortaklaşa kontrol edilecek teşebbüsün, yani ortak girişim şirketinin kurulmasına, yönetimine hatta sona ermesine ilişkin hükümler de yer

<sup>216</sup> **Djalali**, s. 27. Sermayeye katılmalı ortak girişimin, temel sözleşmeden ve ortaklıktan meydana gelen çift katlı bir yapıya sahip olduğu yönünde bkz. **Barlas**, *Adi Ortaklık Temeli*, s. 196, **Langefeld-Wirth**, *Joint Ventures*, s. 123; **Martinek**, s. 226; **Akkurt/Akgül**, s. 737.

<sup>217</sup> Otfried **Lieberknecht**, *United States Companies in Foreign Joint Ventures*, *Antitrust Law Journal*, C. 54, Yıl : 1985, s. 1052.

<sup>218</sup> **Fellmann/ Müller**, Art. 530, No. 255.



almaktadır<sup>219</sup>. Bu itibarla, temel sözleşmenin paysahipleri sözleşmesine ilişkin içeriği, temel sözleşme ile ortak girişim sözleşmesi arasındaki farkın belirlenmesi açısından ayırıcı niteliktedir. Temel sözleşmenin sözleşmesel ortak girişimin kökenindeki sözleşmeyle temel farkı, ilkinin bir sözleşmeler bütünü bir parçası olması ve bu bütün içinde bir anlam ifade etmesidir.

Kurucuların sermayeye katılmalı ortak girişimi tercih etmeleri, işbirliği yapmak isteyen teşebbüslerin kalıcı ve kurumsal bir yapı inşa etme iradelerinin yansımasıdır<sup>220</sup>. Gerçekten de, sermayeye katılmalı ortak girişimlerde, “hakim teşebbüs/hakim ortak” olarak adlandırılan kurucular, kaynaklarını veya faaliyetlerini ya da her ikisini kısmen birleştirmekte; kendi bağımsızlıklarını korumakla birlikte<sup>221</sup>, kuracakları işbirliğinin de sürekliliğini sağlamayı hedeflemektedir.

Sermayeye katılmalı ortak girişimlerde, her biri ayrı hukuki kişiler olan kurucular ve ortak girişim şirketi<sup>222</sup>, ekonomik anlamda bir sistemi oluşturmaktadır<sup>223</sup>. Ortaya çıkan ekonomik sistem, işletme öğretisinde “*ortak girişim sistemi*” olarak adlandırılmaktadır<sup>224</sup>. Gerçekten de, bu sistemin her bir unsuru arasında hukuki ilişkiler kurulmaktadır: İlk olarak, kurucular arasında yapılan temel sözleşme, tüm ortak girişimin iskeletini oluşturmakta ve kurulan ortak girişim şirketiyle hayata geçirilmektedir. İkinci olarak, taraflar arasındaki ilişki “ortak girişim şirketinin kurulmasından”, “bu şirkette karşılıklı olarak ortak sıfatını iktisap etmekten” ve “bu

<sup>219</sup> Temel sözleşmenin uygulamada tipikleşmiş içeriği için bkz. aşağıda § 8, II, B.

<sup>220</sup> Kalıcılığın sermayeye katılmalı ortak girişimi diğer işbirliği modellerinden ayırdığı yönünde bkz. **Rolfes**, s. 19.

<sup>221</sup> **Langefeld-Wirth**, Joint Ventures, s. 22. Birbirinden farklı teşebbüslerle birden çok işbirliği ilişkisine giren teşebbüsler, işbirliği modeli olarak sermayeye katılmalı ortak girişimi tercih ederek, farklı alanlarda bağımsız faaliyet gösterme imkanına kavuşmaktadır **Büchel/Prange/Probst/Rüling**, s. 5.

<sup>222</sup> Ortak girişim şirketinin adi ortaklık olarak yapılandırılmasının mümkün olup olmadığı yönünde bkz. aşağıda § 6, I, B.

<sup>223</sup> Bu ekonomik bütünlük, ortak girişim sistemini oluşturan her bir ögenin bağımsız bir ekonomik birim niteliğini haiz olduğu gerçeğini bertaraf etmemektedir. Hakim teşebbüslerden her biri ve adi ortaklık dışındaki ortaklık tiplerinin tercih edilmesi kaydıyla ortak girişim şirketi bağımsız birer ekonomik birimdir. Şu kadar ki, sermayeye katılmalı ortak girişimin stratejik bir işbirliği modelini taşıması, hakim teşebbüsleri ve ortak girişim şirketini ortak bir stratejik düzlemde bir araya getirir. Bu düzlemde söz konusu ögeler bir bütün oluşturmaktadır. Yoksa bu düzlemin dışında, yani sermayeye katılmalı ortak girişimin dışında yürüttüğü faaliyetler bakımından hakim teşebbüslerden her biri bu ekonomik bütünlüğün dışında da varlık sahibidir. Oysa ortak girişim şirketinin varlık gösterdiği yegane ekonomik düzlem, ortak girişim sistemidir.

<sup>224</sup> **Büchel/Prange/Probst/Rüling**, s. 13.

ortaklığı ortaklaşa kontrol etmekten” ibaret kalmamakta; hakim ortaklar ayrıca ortak girişim şirketinin varlığını sürdürebilmesi için kendi faaliyet alanlarına giren bazı edimleri şirkete karşı yerine getirmekle yükümlü kılınmaktadır.

#### IV. Oluşum Biçimleri

Sermayeye katılmalı ortak girişimlerde, ortak girişim şirketinin birden fazla kişi tarafından kurulduğundan ve ortaklaşa kontrol edildiğinden söz etmiştik. Bu anlamda, “ortak girişimin kurulması” terimiyle, aslında ortak girişimin meydana gelmesine yol açan her türlü görünüm biçimi kastedilmektedir. Gerçekten de, ortak girişimin kurucuları, işbirliği yapmak üzere kuracakları yeni bir şirketi ortak girişim olarak yapılandırabilecekleri gibi, önceden ortak girişim niteliğini taşımayan bir şirketi de, ortak girişim şirketine dönüştürebilirler<sup>225</sup>.

İlk olasılıkta, Ortaklıklar Hukuku’nda “ortak”, Rekabet Hukuku’nda “teşebbüs” olarak adlandırılan kurucular, kelimenin tam anlamıyla ortak girişim şirketini kuran kimselerdir. Gerçekten de, söz konusu işbirliği projesi hayata geçirilmeden önce, ortada bir “ortak girişim” veya ortak girişime dönüştürülmesi söz konusu olan bir ortaklık mevcut değildir. Kurucular, ortak girişimin çatısını oluşturacak ortaklık tipini belirledikten sonra, söz konusu ortaklığın kuruluşuna ilişkin işlemleri gerçekleştirmeye yönelirler.

Bir ortak girişim şirketinin kurulmasına ve ortaklaşa kontrol edilmesine yönelik bir sözleşme (temel sözleşme) akdedildiğinde, taraflar arasında bir işbirliği ilişkisi meydana gelir. Belirlenen ortaklık tipinin kendine has kuruluş usulü tamamlandığında ise, tarafların temel sözleşme uyarınca kurmayı arzuladıkları ortaklık (ortak girişim şirketi) kurulmuş olur. Bu çerçevede, ortak girişim sözleşmesinin tarafları, kurucu sıfatını kazanırlar ve bu sıfatın kendilerine yüklediği hak ve yükümlülüklerle tâbî kılınırlar<sup>226</sup>. Sermayeye katılmalı ortak girişimin bu

---

<sup>225</sup> Peter **Donovan**, Antitrust Considerations, in the Organization and Operation of American Business Abroad, Boston College Industrial and Commercial Law Review, C. 9, Yıl :1998, s. 283.

<sup>226</sup> Sermayeye katılmalı ortak girişimin anonim ortaklık olarak kurulması olasılığında, hakim teşebbüsler ve bu teşebbüsler dışında kuruluşta yer alan ve ortaklığın kurulmasıyla paysahibi sıfatını kazanan kimseler, TTK.m. 305 vd. hükümleri uyarınca kuruluşun doğan sorumluluk rejimine tâbî olacaklardır.

oluşum biçimi, “yeni kuruluş yoluyla oluşum” (*konsortiale Neugründung*) olarak adlandırılmaktadır<sup>227</sup>.

İkinci olasılıkta ise, yeni bir ortaklık kurulmamakta, önceden ortak girişim şirketi özelliğini taşımayan mevcut bir ortaklığın ortak girişim şirketine dönüşmesi söz konusu olmaktadır<sup>228</sup>. Ortak girişim şirketi, bağımsız bir “ortaklık tipi” olmadığından, bu olasılıkta teknik anlamda bir nev’i değişikliği veya diğer bir deyişle ortaklığın tipolojik yapısına yönelik bir dönüşüm söz konusu değildir<sup>229</sup>. Ortak girişimin bu oluşum biçimi, “katılım yoluyla oluşum” (*konsortiale Beteiligungsnahme, Beteiligungserwerb*) olarak adlandırılmaktadır<sup>230</sup>. Ortak girişim şirketinin yeni kuruluş yoluyla mı yoksa katılım yoluyla mı oluştuğu olgusu, bir kez ortak girişim şirketi kurulduktan sonra hukuki açıdan bir fark yaratmaz<sup>231</sup>.

Mevcut bir ortaklığın ortak girişim şirketine dönüşmesinde, çeşitli ihtimaller gündeme gelebilir. İlk olarak, önceden tekil kontrole tabi olan, daha açık bir anlatımla bir çoğunluk pay sahibinin kontrolünde bulunan bir ortaklığın payları, işbirliği iradesiyle hareket eden birden çok kimseye<sup>232</sup> ortak kontrol çatısını oluşturacak şekilde devredilirse, ortaklık üzerindeki tekil kontrol, ortak kontrole

---

<sup>227</sup> **Schlupe**, *Privatrechtliche Probleme* s. 485; yazarı izleyen **Tschäni**, s. 88, **Oertle**, s. 27; ayrıca bkz. **Tschäni**, *M& A*, s. 297. **Naegeli** ise, sermayeye katımlı ortak girişim kavramını “kısmi birleşme ve yeni kuruluş yoluyla oluşumu kapsayan bir üst kavram olarak kabul etmekte, hakim teşebbüslerin, kendi bünyelerindeki belirli bir işletme kolunu yeni bir teşebbüste birleştirmeleri halinde kısmi birleşmenin, kendi bünyelerinde yer almayan yeni bir iş koluna giren bir konuda ortak girişim şirketinin faaliyet göstereceği durumda ise yeni kuruluş yoluyla oluşumdan söz edilmesi gerektiğini kaydetmektedir, bkz. **Naegeli**, s. 249.

<sup>228</sup> **Martinek**, s. 219.

<sup>229</sup> Aynı yönde **Hewitt/ Picot**, s. 13, karşı. **Şahinalp**, s. 481.

<sup>230</sup> **Marchand**, s. 20, **Djalali**, s. 61.

<sup>231</sup> Ortak girişim şirketinin hangi oluşum biçimi görünümünde ortaya çıkacağı, bazen ortak girişim şirketinin kurulacağı ülkenin mevzuatına göre belirlenmektedir. Örneğin, gelişmekte olan bir ülkenin sadece yeni kuruluş yoluyla oluşuma izin vermesi veya özelleştirdiği kamu kuruluşlarına yabancı ortakların dahil olması yoluyla (katılım yoluyla) ortak girişimlerin oluşumuna imkan tanınması söz konusu olabilir, bu konudaki çeşitli eğilimler için bkz. Wolfgang J. **Friedmann**, *Antitrust Law and Joint International Business Ventures*, *Columbia Law Review*, Yıl : 1960, C. 60, s. 784.

<sup>232</sup> **Mestmäcker/ Schweitzer**, § 24 No. 29. Bir ortak girişim şirketinde birden çok ortak, tesadüfi sebeplerle, örneğin miras yoluyla pay edinmeleri sebebiyle hakim ortak konumuna yerleşmekle birlikte aslında işbirliği iradesiyle hareket etmiyorlarsa, burada ortak girişim değil, yalın anlamda bir “iki ortaklı şirket / çok ana ortaklı ortaklık” yapısı söz konusu olur. Zira sermayeye katımlı ortak girişimleri karakterize eden özelliklerden birisi de tarafların, işbirliği iradesiyle hareket etmeleridir. Bu işbirliği iradesini de temel sözleşme temsil etmektedir.

dönüşür<sup>233</sup>. Bu olasılıkta, her ne kadar yeni bir ortaklığın kurulması söz konusu değilse de, önceden bu niteliği taşımayan bir ortaklığın ortak girişim şirketi niteliğine bürünmesi nedeniyle “ortak girişimin veya ortak girişim şirketinin kurulmasından” söz edilmektedir.

Ortak kontrolün katılım yoluyla oluşumuna örnek gösterilen bir başka durum ise, tekil kontrole tabi olan iki şirketin birleşmesi sonucunda ortaya çıkan ortaklık üzerinde, birleşen ortaklıkları tekil kontrolleri altında bulunduran teşebbüslerin ortak kontrolü elde etmeleridir<sup>234</sup>.

Katılım yoluyla oluşumda, yeni hakim ortakların, ortak girişim şirketine dönüşen ortaklığı, kendi işbirliği stratejilerine tâbî kılmaları, bu amaçla, ortak girişim şirketinde bazı yapısal değişiklikleri gerçekleştirmeleri gerekmektedir<sup>235</sup>. Bu amaçla, taraflar arasında bir temel sözleşme akdedilmektedir. Bu olasılıkta, temel sözleşme, yeni bir şirketin kurulmasını sağlayıcı bir işlev üstlenmese de, ortak girişimin kurulması işlevini yerine getirmektedir<sup>236</sup>.

Ortak girişim şirketlerinin Ortaklıklar Hukuku’na özgü önemli hukuki sorunları doğurması, özellikle kuruluşundan itibaren “*kilitlenmeye elverişli ortaklık*” görünümünde olması<sup>237</sup>, bu işbirliği modelinin bazen başarısızlıkla sonuçlanmasına yol açmakta; bu nedenle, hakim ortaklar, paylarını birbirlerine veya üçüncü kişilere devretme yoluna gidebilmektedir.

Rekabet Hukuku ise, ortak girişimlerin oluşumuna, kontrolün el değiştirmesinin pazarların ve ilgili teşebbüslerin yapısına yönelik etkileri bakımından yaklaştığından, yoğunlaşma niteliğini taşıyan ortak girişimlere ilişkin hükümler, her iki olasılıkta da ayırım yapılmaksızın uygulama alanı bulmaktadır.

---

<sup>233</sup> Bu olasılıkta ortak girişim şirketinin oluşumunda, kontrolü elinde bulunduran öznelerde meydana gelen değişikliğin etkili olduğunu ortaya koyan Dirk **Staudenmayer**, Der Zusammenschlussbegriff in Artikel 3 der EG- FusionkontrollVO, Köln, 2002, s. 178.

<sup>234</sup> **Staudenmayer**, s. 179.

<sup>235</sup> **Djalali**, s. 62.

<sup>236</sup> Temel sözleşmenin çeşitli işlevleri için bkz. aşa. § 8, II, A.

<sup>237</sup> Hans Caspar **Von der Crone**, Lösung von Pattsituationen bei Zweimannesellschaften, SJZ, Yıl : 1989, C. 89, s. 38, 41.

Katılma yoluyla ortak girişimin kurulmasının görünülerinden birisi de, mevcut bir ortak girişimde, pay devri sebebiyle hakim ortaklardan bazılarının veya tamamının değişmesi ve bu suretle ortak girişim şirketi üzerindeki kontrolün el değiştirmesidir. Kuşkusuz ki, hakim ortakların sayısı, pay devri öncesinde ve sonrasında farklılık gösterebilir. Başka bir olasılık ise, ortak girişim şirketinin tüm pay sahiplerinin paylarını üçüncü kişilere devretmeleri ve böylelikle pay devri işlemlerinin ardından ortak girişim şirketinin yeni hakim ortakların ortak kontrolüne tâbî olmasıdır. Bu son iki olasılık, aslında ortak girişimin katılma yoluyla oluşumunun farklı görünüm biçimlerini oluşturmaktadır

Öğretide **Naegeli**<sup>238</sup>, yeni kuruluş ve katılma yoluyla oluşum dışında, bir de kısmi birleşme marifetiyle oluşumdan söz etmektedir. Kısmi birleşmenin özelliği, kurucuların kendilerine ait ticari işletme fonunun bir kısmını, ortak girişim şirketinde birleştirmeleridir<sup>239</sup>. Örnek olarak, süt ürünleri imal eden bir teşebbüsle meyva üreten bir teşebbüsün meyvalı yoğurt ve meyvalı içecekler üretecek yeni bir teşebbüs kurmaları varsayımında, süt ürünleri imalatçısının mevcut fabrikalarından birisini, meyva üreticisinin ise belirli bir yerdeki arazilerini ortak girişim şirketine aynı sermaye olarak tahsis etmeleri halinde kısmi birleşmeden söz edebilir. Kısmi birleşmenin yaygın görünüm biçimi, sermayeye katılmalı ortak girişimin ortaklarının anonim ortaklık olması ve söz konusu ortakların, bölünme yoluyla özvarlıklarının bir kısmını ortak girişim şirketine tahsis etmeleridir<sup>240</sup>. Bu uygulamayı somut bir örnekle açıklığa kavuşturmak gerekirse, iki otomotiv firmasının, kendi üretim tesislerinde araba motoru üretmeye ilişkin donanımlarını ortak girişim şirketine tahsis etmeleri ve motor üretiminden tamamen vazgeçmeleri, anonim ortaklıkların bölünmesi yoluyla gerçekleştirilebilir. Kısmi birleşme yoluyla kurulan ortak girişimler, hakim teşebbüslerin ortak girişime tahsis ettikleri

---

<sup>238</sup> **Naegeli**, I, s. 244 vd.

<sup>239</sup> **Oertle**, s. 27, **Baus**, s. 12-13, **Gansweid**, s. 50.

<sup>240</sup> Burada, ortak girişim şirketinin yeni kurulacak bir şirket olması halinde söz konusu bölünme, yeni kuruluş suretiyle bölünme olarak adlandırılmaktadır; bkz. Mehmet **Helvacı**, Anonim Ortaklıklarda Bölünme, İstanbul, 2004, s. 18. ayrıca **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, No. 1999. Bölünme, bir ortaklığın malvarlığının tamamını veya bir kısmını bir bütün halinde yeni kurulacak veya mevcut bir şirkete devretmesi ve bunun karşılığında bölünen ortaklığın veya onun ortaklarının bölünen malvarlığını edinen ortaklığın paylarını edinmeleri anlamına gelmektedir; bkz. **Poroy (Tekinalp/Çamoğlu)** No. 189h.

faaliyetleri daha verimli bir şekilde yürütmek üzere bütünleştirmelerine hizmet edebilir<sup>241</sup>.

**Naegeli** tarafından ortaya konulan kısmi birleşme, ortak girişimin bağımsız bir oluşum biçimi olarak nitelendirilmeyebilir. Gerçekten de, kısmi birleşme, yeni kuruluş yoluyla kurulmada da, katılım yoluyla kurulmada da söz konusu olabilir; diğer bir deyişle bu iki temel oluşum biçimi altında kategorize edilebilir<sup>242</sup>. Ancak kısmi birleşmenin önemi, sermayeye katılmalı ortak girişimin meydana gelmesinde Ortaklıklar Hukuku'na özgü ek bir sürecin, ortaklığın bölünmesine ilişkin hukuki sürecin uygulanması bakımından kendisini gösterir.

Oluşum biçimlerindeki farklılaşma, ortak girişim şirketinin kuruluş sürecinde uygulanacak işlemler ve yürütülecek usul bakımından farklılık yaratabilir. Yeni kuruluşta yeni bir ortaklığın kuruluşuna ilişkin işlemlerin yürütülmesi gerekirken, katılma yoluyla oluşumda buna ihtiyaç kalmayacak, temel sözleşmenin tarafları, pay devri marifetiyle mevcut bir şirkette pay sahibi sıfatını kazanacaklardır. Diğer yandan, bu iki oluşum biçiminden birinde ayrıca kısmi birleşme söz konusu ise, incelendiği üzere ayrıca ortaklıkların bölünmesine ilişkin sürecin uygulanması gündeme gelecektir.

Oluşum biçiminde farklılaşma, farklı avantajları da beraberinde getirebilir. Ortak girişimin yeni kuruluş yoluyla oluşumunda, hakim teşebbüsler, ortak girişimin kurulabileceği yeri özgürce seçebilecekleri gibi; yeni bir teşebbüsün örgütlenmesi ve gereken donanımla teçhiz edilmesi, mevcut bir teşebbüsün yeniden yapılandırmasına nazaran daha akılcı ve hesaplı olabilir<sup>243</sup>.

Öğretide, katılma yoluyla ortak girişimin kurulmasının görünüm biçimlerinden biri olarak, şirketler topluluğu bünyesinde bulunan ve böylelikle bu topluluğun hakim ortaklığının tekil yönetiminde bulunan bir ortaklığa bir başka şirketin ortak olması ve bu süreç sonucunda söz konusu ortaklığın ortak kontrole tabi kılınması da gösterilmektedir<sup>244</sup>. Sermayeye katılmalı ortak girişimin bu oluşum biçiminin,

---

<sup>241</sup> Christian **Berqvist**, The Concept of an Autonomous Economic Entity, ECLR, 2003, s. 498.

<sup>242</sup> Bu yönde **Oertle**, s. 27.

<sup>243</sup> **Na**, s. 22.

<sup>244</sup> **Na**, s. 21 vd.

katılma yoluyla oluşumun diğer alt görünüm biçimlerinden farkı yoktur. Şu kadar ki, bu oluşum biçimi, özellikle bir şirketler topluluğu bünyesindeki bir ortaklığa başka bir şirketler topluluğu bünyesindeki bir şirketin ortak olması sürecinde gündeme gelmektedir.

Bu süreç sonucunda hedef ortaklık, ortak girişim şirketine dönüşmektedir. Genellikle sonradan payları devralan teşebbüs, yabancı bir teşebbüs olmakta, bağlı ortaklık da uluslararası bir ortak girişime dönüşmektedir. Bu açıdan dikkate değer olan nokta, ortak girişim şirketinin hakim pay sahiplerinin her birinin ayrı şirketler topluluklarına dahil bulunmalarıdır. Bu noktada, sermayeye katılmalı ortak girişimin hakim pay sahipleri olan en az iki şirketler topluluğuna dahil olup olmadığı meselesi (Konzernzugehörigkeit) aşağıda ayrıca tartışılacaktır<sup>245</sup>.

Ortak girişim kurmak isteyen teşebbüslerin bu oluşum biçimlerinden hangisini tercih edecekleri, tamamen tarafların somut ihtiyaçlarıyla ve konumlarıyla ilişkilidir. Bu tercih, büyük ölçüde ekonomik niteliklidir. Ortak girişim şirketinin İdare Hukuku anlamında bir ruhsata dayanarak faaliyet gösterecek olması halinde, yeni kuruluş yerine bu ruhsata sahip olan bir şirketin ortak girişim şirketine dönüştürülmesi akılcı olabilir. Buna karşılık, diğer hallerde de yeni kuruluşun kurumsal yönetim açısından daha avantajlı olabileceği düşünülebilir. Zira, önceden kurumsal yönetim anlayışına göre yönetilmeyen bir şirketin sonradan bu anlayışa göre yeniden yapılandırılmasından yeni bir şirketin kurulmasının daha uygun olacağı savunulabilir.

Ortak girişimin oluşum sürecinin, son tahlilde Rekabet Hukuku açısından da bir fark yaratmayacağı ileri sürülebilir. Zira Rekabet Hukuku, irdeleneceği üzere<sup>246</sup> belirli müesseselerin oluşum biçiminden ziyade bu müesseselerin rekabete yönelik etkileriyle ilgilenmektedir. Ortaklıklar Hukuku açısından kontrolün el değiştirmesi, ortaklıktaki hakimiyet yapısının değişimi bakımından önem taşımaktadır. Rekabet Hukuku ise meseleye kontrolün el değiştirmesi olgusu açısından yaklaşmakta, bu olgunun ortak girişimin, müstakbel hakim ortakların ve nihayet ilgili pazarın yapısına

---

<sup>245</sup> bkz. a.ş. § 13, II.

<sup>246</sup> bkz. a.ş. § 7, II, B, 1.

yönelik kalıcı etkilerini irdelemekte ve söz konusu pay devrini yeni bir yoğunlaşma olarak ele almaktadır<sup>247</sup>.

## V. Pozitif Temelleri

### A. Avrupa Topluluğu Hukuku

Sermayeye katılmalı ortak girişimler, Avrupa Hukuku'nda birincil hukuk düzeyinde ele alınmamıştır. Rekabeti sınırlayıcı anlaşmalara yönelik hukuki rejimin asli kaynağını oluşturan ATA. m. 81 hükmünde ortak girişimlere değinilmemektedir. Sermayeye katılmalı ortak girişimlere uygulanabilecek nitelikteki ikincil düzenlemeler ise ; bu kavramın başlı başına ele alındığı 139/2004 Sayılı Avrupa Yoğunlaşmalar Tüzüğü m. 3/4 hükmündeki kavramsal yaklaşım esas alınmaktadır<sup>248</sup>. Avrupa Hukuku, sermayeye katılmalı ortak girişimlere Rekabet Hukuku açısından yaklaşmaktadır.

Esasen Yoğunlaşmalar Tüzüğü m. 3 hükmünde de sermayeye katılmalı ortak girişim kavramı tanımlanmamakta, bu müessese, yoğunlaşmanın türlerinden biri olarak sınıflandırılmaktadır. Nitekim YT. m. 3/1/b hükmünde, *“bir veya daha fazla kişinin doğrudan veya dolaylı olarak bir teşebbüs üzerinde kısmen veya tamamen kontrolü ele geçirmesinden”* söz edilerek, örtülü olarak ortak kontrole değinilmektedir. Diğer yandan YT.m. 3/4 hükmü ise, YT. m. 3/1/b hükmüne yollama yaparak, *“bağımsız bir teşebbüsün tüm işlevlerini kalıcı bir zeminde yerine getirmek üzere kurulan ortak girişimin”* yoğunlaşma sayılacağı vurgulanmaktadır. Görüldüğü üzere, söz konusu düzenleme, ortak girişimin ne olduğunu değil, hangi koşullarda yoğunlaşma olarak nitelendirileceğini belirlemektedir. Bu açıdan, Avrupa Yasakoyucusu ortak girişimi bir olgu olarak kabul etmekte, zengin görünüm biçimlerini dikkate alarak bu olguyu tanımlamamakta, bunun yerine bu olguya bağlanan hukuki sonuçları ortaya koymaktadır.

Yoğunlaşmalar Tüzüğü'ne ilişkin uygulamada hukuk güvenliğini tesis etmek ve bazı kavramları açıklığa kavuşturmak amacıyla Avrupa Komisyonu tarafından

<sup>247</sup> Bu konudaki ayrıntılı incelemeler için bkz. aşa. § 9, II, D, 2, a.

<sup>248</sup> Bu yönde, bkz. Beda **Wortmann**, Durchgriffshaftung im Joint Venture, Frankfurt, 1995, s. 40-41.



düzenlenen “*Yoğunlaşma Kavramı Hakkında Duyuru*<sup>249</sup>” (YKD.) ve “*Tam İşlevli Ortak Girişimler Hakkında Duyuru*<sup>250</sup>” (TİOGD.), ortak girişimlerin hukuki yönden irdelenmesi bakımından önemli verileri içermektedir. Bu duyurulardan ilkinde sermayeye katılmalı ortak girişim kavramı düzenlenmemiş; bunun yerine bu müessesenin asli unsuru olan ortak kontrol kavramı üzerinde ayrıntılarıyla durulmuştur<sup>251</sup> (YKD. par. 18 vd).

TİOGD. par. 3 hükmünde ise ortak girişim, “*iki veya daha fazla teşebbüs tarafından ortaklaşa kontrol edilen bir teşebbüs*” olarak tanımlanmış; ortak girişimlerin birleşmeye benzer oluşumlardan, münferit işlevlerin yerine getirilmesini konu edinen işbirliği anlaşmalarına değin uzanan geniş bir yelpazede ortaya çıktığı belirtilmiştir. Bu noktada dikkat çekici husus, söz konusu tanımın Avrupa Rekabet Hukuku anlamında ortak girişim kavramına özgü olduğunun hükümde vurgulanmasıdır. Böylelikle, Avrupa Yasakoyucusu, farklı görünüm biçimleri itibariyle çok çeşitli düzenlemelere konu olan ortak girişimler açısından farklı düzenlemelerde ortaya konulabilecek farklı tanımlamalardan en azından Rekabet Hukuku alanında kaçınmıştır<sup>252</sup>. Ancak, ortak girişimin zengin görünüm biçimlerine sahip olduğu dikkate alındığında, söz konusu tanım son derece genel ve soyuttur.

## **B. Alman Hukuku**

Alman Rekabet Sınırlamaları Hakkında Kanun’un (GWB<sup>253</sup>) eski § 23/2 hükmü, sermayeye katılmalı ortak girişimi, en az iki teşebbüsün her birinin aynı anda veya arka arkaya başka bir teşebbüsünün en az % 25 oranında payını iktisap etmesi olarak tanımlamıştır.

Görüldüğü üzere hüküm, sermayeye katılmalı ortak girişimi tanımlamaktan çok bu müessesenin oluşumunu ortaya koymaktaydı. Bu yönüyle hüküm, ortak girişimin

---

<sup>249</sup> ATRG., C 66, 02.03.1998.

<sup>250</sup> ATRG., C 66, 02.03.1998.

<sup>251</sup> Duyuru’da ortak kontrole ilişkin yaklaşımla ilgili değerlendirmeler için bkz. aşa. § 7, II, B, 2.

<sup>252</sup> Avrupa Hukuku’nda çeşitli hukuk disiplinlerinde ortaklaşa kullanılacak bir kontrol kavramına, diğer bir deyişle bu konuda bir “kavram birliğine;” gereksinim duyulduğu yönünde bkz. aşa. dn. 874.

<sup>253</sup> Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BGBl. I, 27.07.1957, S. 1081. Kanun’da son değişiklik, 13 Temmuz 2005 tarihinde yapılmıştır; bkz. BGBl. I, 15.07.2005, S. 2114 vd.

ancak mevcut bir teşebbüs üzerinde kurulabileceği izlenimini yaratsa da, Alman Rekabet Hukuku öğretisinde, yeni kurulan bir teşebbüs üzerinde en az iki teşebbüsün her birinin asgari % 25 oranında payların mülkiyetini kazanarak bir sermayeye katılmalı ortak girişim oluşturabilecekleri kabul edilmekteydi<sup>254</sup>. GWB § 23/2 hükmünde, sermayeye katılmalı ortak girişim tanımlanmadığı gibi, ortak kontrol kavramına da açıkça yer verilmemişti. Ayrıca hüküm, ortak kontrolün ancak payların devralınması marifetiyle kazanılabileceği yönünde izlenim yaratmakta, ortak kontrolün diğer oluşum biçimlerine de değinmemekteydi.

Avrupa Rekabet Hukuku'ndaki gelişmeler ışığında GWB'de yapılan değişiklikler<sup>255</sup> sonucunda GWB § 23 ilga edilmiş; sermayeye katılmalı ortak girişimler Kanun'un yeni düzenlemesinde bağımsız olarak ele alınmamıştır. Bununla birlikte, sermayeye katılmalı ortak girişim, Avrupa Hukuku'na paralel olarak yoğunlaşmalara ilişkin hukuki rejim çerçevesinde düzenlenmiştir (GWB § 35-43). Bu cümleden olarak, yoğunlaşmalara özgü bu düzenlemelerde, sermayeye katılmalı ortak girişim terimi anılmaksızın, "ortak kontrolün elde edilmesi" yoğunlaşma olarak sınıflandırılmıştır. Söz konusu düzenleme, tamamen Yoğunlaşmalar Tüzüğü'nün 3. maddesine koşut olup, Alman Hukuku'na özgü "ortak kontrolün payların devralınması marifetiyle tesisi" ve "hakim paysahiplerinden her birinin en azından % 25 oranında pay devralmaları zorunluluğu" gibi düzenlemeleri terk ederek, büyük ölçüde Avrupa Hukuku'na koşut bir Rekabet Hukuku rejimini yürürlüğe koymuştur<sup>256</sup>.

Alman Hukuku'nda, sermayeye katılmalı ortak girişimlerle ilgili ayrıntılı düzenlemeler mevcut değildir. Bununla birlikte, Alman Ticaret Kanunu'nda 1985 yılında yapılan<sup>257</sup> değişiklikle getirilen Muhasebe Hukuku'na özgü düzenlemeler arasında, sermayeye katılmalı ortak girişimlere özgü bir düzenleme de yer almaktadır (HGB § 310). Düzenlemede, şirketler topluluğu bünyesinde yer alan bir hakim ortaklığın veya bağlı ortaklığın başka bir teşebbüsle birlikte bir üçüncü teşebbüsü ortaklaşa yönetmeleri halinde, ortaklaşa yönetilen teşebbüsün ancak

---

<sup>254</sup> Wortmann, s. 43.

<sup>255</sup> GWB'nin son versiyonu için bkz. *BGBI. I/2005, S. 2114 ff.*

<sup>256</sup> Yine de, bu açıdan, tam anlamıyla Avrupa Hukuku'na koşut bir düzenlemeden söz etmek mümkün değildir. Buna örnek olarak, yoğunlaşmaların maddi etkilerinin değerlendirilmesinde ölçüt olarak halen hakim durumun oluşumu veya güçlendirilmesi ölçütünün korunması, (GWB § 36/1) Alman Hukuku'nu Avrupa Hukuku'ndan farklı kılan düzenlemelerden birisidir.

<sup>257</sup> BGBI.I, 19.12.1985, S. 2355.

şirketler topluluğu bünyesinde yer alan şirketin payı oranında şirketler topluluğu bünyesinde mütalaa edilebileceği öngörülmektedir (HGB § 310/1).

Söz konusu düzenleme, özellikle şirketler topluluklarının yaygın olduğu Almanya’da, hakim teşebbüslerden birinin bir şirketler topluluğu bünyesinde yer alması olasılığında, söz konusu ortak girişim şirketinin hangi sınırlar dahilinde söz konusu şirketler topluluğu dahilinde yer alacağını belirlemeye yönelik olarak sevk edilmiştir. Bu açıdan, hüküm, sermayeye katılmalı ortak girişim müessesesini açıklığa kavuşturucu bir işlev üstlenmemekte, sermayeye katılmalı ortak girişim müessesesini hukuken bilinen ve kavramsal sınırları belirgin olan (en az iki teşebbüs tarafından ortaklaşa kontrol edilen teşebbüs) bir müessese olarak kabul etmekte ve bu müessesenin şirketler topluluğu karşısındaki konumuna yönelik bir hüküm getirmektedir. Söz konusu konum, ortak girişim şirketini hakim teşebbüslerle olan bağımlılık ilişkisi açısından ele almamakta, sadece bu şirketin ne ölçüde şirketler topluluğunun mali konsolidasyonuna dahil olduğunu belirlemektedir.

### **C. Fransız Hukuku**

Fransız Ticaret Kanunu’nun Rekabet Hukuku’na ilişkin düzenlemeleri arasında yoğunlaşmalar da düzenlenmiş, bu çerçevede m. L-430-1 fıkra II hükmünde sermayeye katılmalı ortak girişimlere yer verilmiştir<sup>258</sup>. Hükümde, Avrupa Yoğunlaşmalar Tüzüğü’nün m. 3/4 hükmüne paralel olarak sermayeye katılmalı ortak girişimin bağımsız bir ekonomik birimin tüm işlevlerini yerine getirmesi halinde yoğunlaşma olarak nitelendirileceğini ortaya koymaktadır. Söz konusu düzenleme, Avrupa Hukuku’nda olduğu gibi sermayeye katılmalı ortak girişimi tanımlamamakta, bu oluşumun hangi koşullarda yoğunlaşma olarak nitelendirilebileceğini düzenlemektedir.

Buna karşılık, sermayeye katılmalı ortak girişimin esaslı unsurlarından birisi olan ortak kontrol, şirketler topluluğuna özgü hükümler çerçevesinde Fransız Ticaret Kanunu ’nda (FTK) pozitif bir düzenlemeye konu olmuştur<sup>259</sup>. FTK.m. 233-3 f. III

<sup>258</sup> Söz konusu düzenleme, 15 Mayıs 2001 tarihli Kanun’la (Fransız RG. 16.05.2001, Kanun No. 2001-420) Fransız Ticaret Kanunu’na eklenmiştir.

<sup>259</sup> Fransız Ticaret Kanunu’nun Ticaret Ortaklıklarına ve Ekonomik Menfaat Gruplarına İlişkin 2. Kitabı’nda, Çeşitli Ticaret Ortaklıklarına İlişkin Ortak Hükümler başlıklı 3. Faslı’nda yer alan

uyarınca, iki veya daha fazla kişinin, üçüncü bir kişi üzerinde ortak bir politika yürütülmesini öngören bir sözleşme uyarınca diğer kişinin genel kurulunda alınan kararları belirleyebilmesi halinde ortak kontrolden söz edilecektir<sup>260</sup>. Şirketler topluluğunu karakterize eden hakimiyet kavramının değerlendirilmesine ilişkin açıklamalarımızda ele alınacağı üzere<sup>261</sup>, Fransız Hukuku'nda ölçüt olarak “genel kurulda alınan kararları belirleyebilme” ölçütünün kabul edilmesi oldukça isabetlidir. Zira, bu organda alınacak kararları belirleyebilen kişi, hem genel kurulda alınacak olan stratejik kararları biçimlendirebilecek, hem de genel kurulda alınan yönetim kurulunun seçimine ilişkin kararı tek başına biçimlendirerek bu organda alınacak stratejik kararlar üzerinde de hakimiyet sağlayabilecektir<sup>262</sup>.

#### D. İsviçre Hukuku

İsviçre Hukuku'nda da sermayeye katımlı ortak girişimler, Borçlar Hukuku ve Ortaklıklar Hukuku yönünden düzenlenmemiş; doğrudan doğruya Rekabet Hukuku mevzuatında ele alınmıştır. İsviçre Hukuku'nda Rekabet Kanunu<sup>263</sup>, sermayeye katımlı ortak girişimleri tanımlamamıştır. Bununla birlikte KG.m. 9 ve 10. maddelerinde ifadesini bulan kontrol kavramından hareketle sermayeye katımlı ortak girişimleri yoğunlaşmanın bir türü olarak sayan İsviçre Yoğunlaşmalar Tüzüğü (İYT) m. 2, bu müesseseye özgü şu düzenlemeyi içermektedir :

*“ İki veya daha fazla teşebbüsün daha önceden ortaklaşa kontrol etmedikleri başka bir teşebbüs üzerinde ortaklaşa kontrolü ele geçirmeleri, sermayeye katımlı ortak girişimin kalıcı olarak bağımsız bir ekonomik birimin tüm işlevlerini yerine getirmesi kaydıyla Kanun'un 4. maddesinin 3. fıkrasının b bendi anlamında yoğunlaşma sayılır.*

*İki veya daha fazla teşebbüsün, ortaklaşa kontrol etmeyi arzuladıkları yeni bir teşebbüs kurmaları halinde, sermayeye katımlı ortak girişimin birinci fıkrada belirtilen işlevleri yerine getirmesi ve kontrol eden teşebbüslerden en az birinin faaliyetlerinin sermayeye katımlı ortak girişime aktarılması kaydıyla bir yoğunlaşmanın varlığından söz edilebilir”.*

---

“Yavru Şirketler, Paylar ve Bağlı Şirketler” başlıklı 3. Bölüm'de 233-1 ila 233-31 hükümleri arasında yer almaktadır.

<sup>260</sup> Hükümde, genel kuruldan söz edilmesine rağmen, “şirket” yerine “kişi” terimi kullanılmaktadır.

<sup>261</sup> bkz. aşa. § 9, II, A, 3, b, aa.

<sup>262</sup> Kontrolün içeriğine ilişkin bu yaklaşımın değerlendirilmesi için bkz. aşa. § 10, II.

<sup>263</sup> Karteller ve Diğer Rekabet Sınırlamaları Hakkında Kanun, SR. 251, 06.10.1995; kısaca “KG” olarak anılacaktır.

Anılan hükümde, sermayeye katılmalı ortak girişim tanımlanmamış; bu oluşumun hangi koşullar dahilinde yoğunlaşma olarak nitelendirilebileceği ortaya konulmuştur. Bununla birlikte, hükmün her iki fıkrası dikkatle incelendiğinde, sermayeye katılmalı ortak girişimin, örtülü olarak “ iki veya daha fazla teşebbüs tarafından ortaklaşa kontrol edilen teşebbüs” olarak tanımlandığı anlaşılmaktadır.

## **E. Türk Hukuku**

### **1. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun**

Türk Hukuku’nda sermayeye katılmalı ortak girişimlerin kavramsal açıdan ele alındığı yegane pozitif düzenleme, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un teşebbüsler arası birleşmeleri ve devralmaları düzenleyen 7. maddesi ve bu Kanun uyarınca Rekabet Kurulu tarafından yürürlüğe konulan 1997/1 Sayılı Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ<sup>264</sup>, dir.

RKHK.m. 7/1 hükmünde, “Bir ya da birden fazla teşebbüsün hâkim durum yaratmaya veya hâkim 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 mal varlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları, miras yoluyla iktisap durumu hariç olmak üzere, devralması hukuka aykırı ve yasaktır”

düzenlemesine yer verilmektedir. Hükümde, sermayeye katılmalı ortak girişim müessesesi anılmadığı gibi, bu müesseseye ilişkin esaslı unsurlara dahi yer verilmemiştir. Bu anlamda, kanunda sermayeye katılmalı ortak girişimlerin yoğunlaşma olarak nitelendirilmesine zemin hazırlayan bir norma açıkça yer verilmemesi karşısında, Rekabet Kurulu’nun Tebliğ’de sermayeye katılmalı ortak girişimi yoğunlaşmanın bir türü olarak değerlendirmesinin geçerliliği tartışılabilir. Ancak, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un mehzazının Avrupa Hukuku olması ve Rekabet Kurulu’nun Tebliğ’de öngörülen koşulları barındıran ortak girişimleri yoğunlaşma olarak nitelendiren uygulaması karşısında, bu tartışma

---

<sup>264</sup> Rekabet Kurulu’ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Tebliği, RG. 12.08.1997, 23078.

anlamsızdır. Ayrıca RKHK.m. 7/1 hükmünde, başka bir teşebbüsün malvarlığının, ortaklık paylarının veya yönetimde etkili olma imkanını sağlayan araçların kısmen elde edilmesinin öngörülmesi ve sermayeye katılmalı ortak girişimlerde hakim teşebbüslerden her birinin bu konumda olması karşısında, RKHK.m. 7/1 hükmünde örtülü olarak sermayeye katılmalı ortak girişimlerin de düzenlendiği savunulabilir.

Rekabet Kurulu, 1997/1 Sayılı Tebliğ m. 2/1 bent c hükmünde, *“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 girişimlerin”* yoğunlaşma oluşturacağını ortaya koymaktadır. Bu hükümle Rekabet Kurulu, ortak girişimi tanımlamaktan ziyade, ortak girişimlerin hangi koşullar dahilinde bir yoğunlaşma niteliğini taşıyacağını belirlemektedir. Buna göre *“işgücüne ve malvarlığına sahip olacak şekilde bağımsız bir iktisadi varlık olarak ortaya çıkan<sup>265</sup>”* ve hakim teşebbüsler ve ortak girişim arasında rekabetin koordinasyonuna yol açmayan ortak girişimlerin yoğunlaşma olarak nitelendirileceği tespit edilmektedir. Sermayeye katılmalı ortak girişim, bu hükümde esaslı unsurları itibariyle ele alınmamasına rağmen, hükmün bu müesseseye yaklaşımının irdelenmesinde yarar vardır.

İlk olarak, hükümde sermayeye katılmalı ortak girişimlerin yoğunlaşma niteliğini taşıyabileceği öngörülmektedir. Gerçekten de, bir ortak girişimin bağımsız bir iktisadi birim olarak nitelendirilebilmesi için, kendine ait bir işgücünün ve malvarlığının bulunması gerekmektedir. Ortak girişimin iki ana türü incelendiğinde, ortakların iştirak halinde mülkiyetine konu olan bir malvarlığının bulunmaması karşısında<sup>266</sup>, sadece sermayeye katılmalı ortak girişimlerin yoğunlaşma niteliğini taşıyabileceği ortaya çıkmaktadır. Nitekim sözleşmesel ortak girişimler, belirli bir organizasyon altında örgütlenebilmekle birlikte, bağımsız bir ekonomik varlık olarak ortaya çıkmazlar.

Hüküm, sermayeye katılmalı ortak girişimleri ele almakla birlikte, bu müessesenin esaslı unsurlarının tümüne yer vermemekte; bu unsurlardan sadece bağımsızlık

---

<sup>265</sup> Bu özellik, ortak girişimin tam işlevliliğini ortaya koymaktadır, bu konuda bkz. a.ş. § 7, II, B, 3.

<sup>266</sup> bkz. yuk. § 3, I, A, 2,c.

unsurunu barındırmaktadır. Rekabetin koordinasyonuna yol açmama ise, sermayeye katılmalı ortak girişimin kavramsal bir unsuru olmayıp, ancak bu müessesenin hangi koşullarda yoğunlaşmalar rejimine göre değerlendirilebileceğini ortaya koymaktadır. Bu nedenlerle, 1997/1 Sayılı Tebliğ m. 2/1 bent (c) hükmü, sermayeye katılmalı ortak girişimin tüm esaslı unsurlarını yansıtacak bir tanım açısından yeterli bir çıkış noktası oluşturmamaktadır.

## 2. Kurumlar Vergisi Kanunu

Sermayeye katılmalı ortak girişimler, rekabetin korunmasına ilişkin mevzuat dışında herhangi bir pozitif düzenlemede ele alınmamıştır. Ancak Kurumlar Vergisi Kanunu'nda yer alan iş ortaklığı kavramının sermayeye katılmalı ortak girişimlerle ilişkili olup olmadığının irdelenmesi gerekir.

Kurumlar Vergisi Kanunu'nun mükerrer 6. maddesi<sup>267</sup> iş ortaklıklarını düzenlemiş, ilk fıkrasında bu müesseseyi belirli bir işin müştereken taahhüt edilmesi ve kazancın paylaşılması amacıyla kurulan bir ortaklık olarak tanımlamış; ikinci fıkrasında ise bu ortaklıkların tüzel kişiliklerinin bulunmamasının vergi mükellefi olma sıfatını etkilemeyeceğini ortaya koymuştur. Hükmün ikinci fıkrası incelendiğinde, Kanunkoyucu'nun hem tüzel kişiliği bulunan hem de bulunmayan ortaklıkları düzenlediği izlenimi doğmakla birlikte, tüzel kişiliği bulunan ortaklıkların zaten Kanun'un 6. maddesi uyarınca vergi mükellefi olarak nitelendirildiği gözetildiğinde, Kanunkoyucu'nun bu hükümle tüzel kişiliği bulunmayan ve belirli bir işin gerçekleştirilmesine yönelik sözleşmesel işbirliği modellerini düzenlediği anlaşılmaktadır. Bu itibarla hükümde, sermayeye katılmalı ortak girişimler ele alınmamıştır.

Kurumlar Vergisi Kanunu'na ilişkin olarak Maliye Bakanlığı tarafından yürürlüğe konulan 31 Seri No.'lu Kurumlar Vergisi Genel Tebliği<sup>268</sup> aynı tanımı, kazanç paylaşma unsurunu ekleyerek genişletmiştir.

---

<sup>267</sup> 5422 Sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu, Resmi Gazete'nin 7229 Sayılı ve 10.06.1949 tarihli nüshasında yayımlanmıştır. Kanun'un mükerrer 6. maddesi ise, 04.12.1985 tarihli ve 3239 Sayılı Kanun'la yürürlüğe konulmuştur.

<sup>268</sup> RG. 03.04.1986, S. 19067.

KVK.m. mükerrer 6 hükmünde yer alan tanım, aslında adi ortaklığın unsurlarını içermektedir ve adi ortaklığın özellikli görünüm biçimleri olan konsorsiyuma ve sözleşmesel ortak girişime özgü ayırıcı öğeleri barındırmamaktadır. Ancak Kurumlar Vergisi Genel Tebliği'nde, ortaklardan her birinin işin belirli bir kısmından dolayı sorumluluk üstlendikleri konsorsiyumların iş ortaklığının kapsamına girmeyeceği düzenlenmiştir.

Kanunda ve Tebliğ'de verilen tanımlar ve kanun hükmünün gerekçesi incelendiğinde, iş ortaklığı kavramına, belirli bir işin gerçekleştirilmesine yönelik olarak geçici bir şekilde kurulan ortaklıkların , hukuken kişi niteliğini taşımamalarına rağmen adeta bir kişi gibi vergi mükellefi sayılmasını sağlamak başvurulduğu anlaşılmaktadır. Kanunda verilen ve Tebliğ'de genişletilen tanımın esaslı unsurları, belirli bir işin gerçekleştirilmesi ve kazanç paylaşma amacının benimsenmesidir<sup>269</sup>. Her iki unsur, hem konsorsiyumlarda, hem de sözleşmesel ortak girişimlerde mevcut bulunmaktadır. Ancak, Kurumlar Vergisi Genel Tebliği'nin açık düzenlemesi karşısında iş ortaklığı kavramının kapsamına konsorsiyumlar dahil değildir. Nitekim Danıştay'ın bir içtihadında<sup>270</sup> da iş ortaklığı kavramının konsorsiyumları kapsamayacağı öngörülmektedir.

Görüldüğü üzere, Kurumlar Vergisi Kanunu'nda ve Kurumlar Vergisi Genel Tebliği'nde yer alan iş ortaklığı kavramı, sözleşmesel ortak girişim kavramının ayırıcı özelliklerini ortaya koymamaktadır. Şu kadar ki, Kanunkoyucu'nun ve Maliye Bakanlığı'nın ağırlık verdiği “belirli bir işin üstlenilmesi” ve “kazanç paylaşımının amaçlanması” unurları sözleşmesel ortak girişimlerde mevcut bulunduğundan, her

---

<sup>269</sup> **Erdem**, Birleşme ve Devralamalar, s. 71.

<sup>270</sup> Danıştay 4. Dairesi, 30.11.2000, 1999/3414 E. , 2000/4998; kararın metni için bkz. [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr). Danıştay , Kurumlar Vergisi Genel Tebliği'nde konsorsiyumların iş ortaklığı kavramının kapsamına dahil olmadığını gözeterek, söz konusu karara konu olan ortaklığın bir konsorsiyum olduğunu, bu nedenle KVK. Mükerrer 6. madde ışığında değerlendirilemeyeceğini içtihat etmiştir. Ancak Danıştay, her bir ortağın taahhüt edilen işin ayrı bir kısmını üstlenmesi nedeniyle karara konu olan ortaklığın konsorsiyum niteliğini taşıdığına hükmetmiştir. Oysa, konsorsiyumla sözleşmesel ortak girişim arasındaki ayrımı ortaya koyan özellik, bu değildir. Sözleşmesel ortak girişimlerde de ortaklardan her biri, ortaklığın taahhüdünün ayrı bir kısmının gerçekleştirilmesini üstlenebilir. Şu kadar ki, bu müessesede ortakların her biri işin tamamının gerçekleştirilmesinden ve ortaklığın borçlarının tümünden sorumludur. Halbuki konsorsiyumda ortaklardan her biri taahhüdün belirli bir kısmını gerçekleştirmekten öte hiçbir sorumluluk altına girmemekte, ortaklığın borçlarından da müteselsilen sorumlu olmamaktadır, zira ortaklık adına üçüncü kişilerle bir hukuki işlem yapılması ve ortaklığın borç altına sokulması söz konusu olmamaktadır.



türlü sözleşmesel ortak girişim Vergi Hukuku açısından iş ortaklığı olarak mütalaa edilecektir. KVK.m. mükerrer 6 hükmünün, bundan öte bir hukuki işlevi bulunmamakta, söz konusu hükümde yer alan tanım, ”sözleşmesel ortak girişim” müessesesinin hukuki yapısının ortaya konulmasına yönelik bir katkı sağlamamaktadır.

Bu açıdan, iş ortaklığı kavramının sözleşmesel ortak girişimle özdeş görülmesi de isabetli değildir. Kanunkoyucu'nun terminolojik olarak isabetli bir tercihine dayanmayan bu kavram, teknik anlamda sözleşmesel ortak girişimin esaslı unsurlarının tamamını içermediğinden, her iki kavramı –Vergi Hukuku'nun sınırları dışında- özdeş görmek yerinde olmayacaktır. Nitekim KVK. m. mükerrer 6 hükmünde yer alan tanım itibariyle, iş ortaklığı sayılması gereken konsorsiyumların Tebliğ'in açık düzenlemesiyle kapsam dışı bırakılması karşısında, belirli bir işin gerçekleştirilmesine yönelik olarak yapılan ve kazanç paylaşma esasına dayanan her türlü adi ortaklık, söz konusu hükmün uygulama alanına girecektir ve sözleşmesel ortak girişimler de bu kapsamdadır.

## VI. Öğretinin Ortak Girişimlere Yaklaşımı

### A. Anglo-Amerikan Hukuku

Ortak girişimlerin Amerika Birleşik Devletleri'nde 19. yüzyıldan itibaren yaygın bir şekilde kullanılması ve ekonomik kalkınmanın önemli araçlarından biri olarak değerlendirilmesi<sup>271</sup>, Amerikan hukuk öğretisinin de meseleye eğilmesine yol açmıştır.

**Dixon**<sup>272</sup>, ortak girişimi, iki veya daha fazla kişinin finans kaynaklarını ve hünelerini birleştirerek ekonomik bir faaliyet yürütmeleri olarak tanımlamaktadır. Yazarın tanımı, ortak girişimi ve onun özel türlerini ortaya koymaktan ziyade her türlü işbirliği modeline uygun düşen bir tanımdır ve adeta ortak girişimi değil, işbirliği modeli kavramını tanımlamaktadır.

<sup>271</sup> Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. yuk. § 1.

<sup>272</sup> Rand Paul **Dixon**, Joint Ventures : What is Their Impact on Competition, The Antitrust Bulletin, C. 7, Yıl : 1962, s. 398.

**Friedmann/Kalmanoff**<sup>273</sup>, sermayeye katılmalı ortak girişimi geçici bir süreyi aşacak bir işbirliğini öngören her türlü işbirliği olarak tanımlamaktadır. Yazarların tanımında da “*joint venture*”, işbirliği kavramıyla bir tutulmaktadır. Tanımın sermayeye katılmalı ortak girişimin kavramsal yapısının incelenmesine yönelik katkısı, bu müessesenin geçici bir işbirliği modeli olmadığına ortaya konulmasıdır.

**Backmann**<sup>274</sup>’ın tanımı ise, “iki veya daha fazla teşebbüse ait olan yeni bir ekonomik birimin (*business organization*) kurulması” şeklindedir. Yazarın tanımı, ortak girişim kavramının açıklanması bakımından bir kaç yönden değerlendirilmelidir. İlk olarak yazar, ortak girişimin teşebbüsler tarafından kurulabileceğini öne sürmektedir. İkinci olarak yazar, en az iki teşebbüse ait ortak bir teşebbüsten söz ederek örtülü biçimde ortak kontrolden söz etmektedir. Bu açıdan, “aidiyet” veya “yeni ekonomik birimin en az iki teşebbüsün mülkiyetinde olması”, hukuki değil, ekonomik bir ifadedir. Bu ifadeyle kastedilen, yeni kurulan bağımsız ekonomik birimin en az iki teşebbüsün kontrolü altında bulunmasıdır. Üçüncü olarak yazar, ortak girişimin ancak yeni kurulan bir ekonomik birim olabileceğine işaret etmektedir<sup>275</sup>.

**Weiser**<sup>276</sup> de, ortak girişimi, belirli işlerin ortaklaşa gerçekleştirilmesi amacıyla yönelik olarak mevcut bir kaç teşebbüs tarafından kurulan yeni bir işletme olarak tanımlamaktadır. Yazarın tanımı, hakim teşebbüslerin bağımsızlığını ve ortak girişimin kurulmasıyla yeni bir ekonomik birimin meydana gelmesini vurgulaması açısından yerindedir. Şu kadar ki, ortak kontrol kavramı, söz konusu tanımda yer bulmamaktadır.

Buna karşılık ortak kontrol kavramına özgü unsurlara tanımlarında yer veren **Berg/Duncan/Friedman**<sup>277</sup>’a göre sermayeye katılmalı ortak girişim, iki veya daha

---

<sup>273</sup> Wolfgang G. **Friedmann**/George **Kalmanoff**, *Joint International Business Ventures*, New York, 1961, s. 259.

<sup>274</sup> **Rolfes**, s. 21’den naklen.

<sup>275</sup> Oysa, sermayeye katılmalı ortak girişimde, ortak girişim şirketi, hakim teşebbüsler tarafından yeni bir ekonomik birim olarak kurulabileceği gibi, önceden ortak girişim şirketi olmayan mevcut bir şirket de ortak kontrole tabi kılınarak ortak girişim şirketine dönüştürülebilecektir; bkz. a.ş. §4, IV.

<sup>276</sup> **Weiser**, s. 421.

<sup>277</sup> Sanford **Berg**/ Jerome **Duncan**/ Philip **Friedman**, *Joint Venture Strategies and Corporate Invention*, Cambridge, Massachusetts, 1982, s. 3.

fazla bağımsız ekonomik birim ve genellikle sermaye ortaklıkları tarafından kurulan, kurucuların, kontrol bahşeden paylar marifetiyle “mülkiyetini” paylaştığı bir ortaklıktır. Yazarların yaklaşımı uyarınca, sermayeye katılmalı ortak girişim, sadece teşebbüsler tarafından kurulabilir. İkinci olarak, sermayeye katılmalı ortak girişim, bir “ortaklığın” (şirketin) kurulması anlamına gelmektedir. Üçüncü olarak, bu şirket üzerindeki ekonomik mülkiyet ilişkileri, kontrol esasına göre biçimlenir. Diğer bir anlatımla, ortak girişim şirketini kuran teşebbüsler, bu şirketi ortaklaşa kontrol ederler. Yazarlar, ortak kontrol unsurunu bir adım daha somutlaştırmakta, sermayeye katılmalı ortak girişimde ortak karar alma sürecinin, sözleşmesel ortak girişimin aksine bağımsız bir ekonomik birimde ifadesini bulduğunu vurgulamaktadırlar<sup>278</sup>.

Yazarların tanımı, özellikle ilk iki noktaya işaret etmeleri bakımından oldukça önemlidir. Ancak, üçüncü özellik üzerinde özellikle durmak gerekir. Sermayeye katılmalı ortak girişimde, bütün kurucuların veya bütün ortakların değil, sadece hakim teşebbüslerin veya diğer bir deyimle hakim ortakların kontrolü elinde bulundurmaları söz konusudur. Diğer bir açıdan, sermayeye katılmalı ortak girişimi kuran veya ortak girişim şirketinde sonradan ortak olan özneler arasında, kontrolü elinde bulundurmayanlar da olabilir. Ortak girişimlerin bir çoğunda, sadece hakim ortakların ortak sıfatını haiz olduğu göz önünde bulundurulduğunda, yazarların tanımı, ekonomik gerçekliğe uygun düşmektedir. Şu kadar ki, kontrolü elinde bulundurmayan ortakların da mevcut bulunabileceği gerçeği; “kurucuların veya ortakların her birinin kontrol yetkisini bahşeden payları elinde bulundurmaları” hususunun, hukuki açıdan sermayeye katılmalı ortak girişimin bir unsuru olarak benimsenmesine engeldir.

Sermayeye katılmalı ortak girişim müessesesinin filizlendiği Anglo Amerikan Hukuku’nda, bu müesseseye ilişkin en yetkin tanımı, **Brodley**<sup>279</sup> ortaya koymuştur. Yazarın kavramsal yaklaşımı, sentetik bir tanım sunmak yerine, ortak girişim müessesesinin unsurlarını ayırıştırarak müessesenin hukuki yapısını analiz etme anlayışına dayanmaktadır. Yazar, sermayeye katılmalı ortak girişimi; a) (kurulacak

---

<sup>278</sup> **Berg/Duncan/Friedman**, s. 3. Sermayeye katılmalı ortak girişimde, ortak kontrol, kanımızca hakim teşebbüslerin ortak iradelerinin bir tezahürüdür ve bu itibarla daha net olarak “ortak kontrol iradesi” kavramında ifadesini bulmaktadır. Ortak kontrol iradesinin oluşum süreci için bkz. aşa. § 10, III, A.

<sup>279</sup> Joseph **Brodley**, Joint Ventures and Antitrust Policy, Harvard Law Review, Yıl : 1981-1982, C. 95, s. 1523, yazarın kavramsal yaklaşımını benimseyen **Correia**, s. 738.

olan) teşebbüsün birbiriyle herhangi bir kontrol ilişkisi içinde bulunmayan hakim teşebbüslerin ortak kontrolü altında bulunması, b) her bir hakim teşebbüsün kurulacak olan teşebbüse esaslı katkılarda bulunmaları, c) (kurulacak olan) teşebbüsün hakim teşebbüslerden bağımsız bir teşebbüs olarak yapılandırılması ve nihayet d) (kurulacak olan) yeni teşebbüsün yeni bir üretim kapasitesi yaratılmasına, yeni bir teknolojinin oluşumuna veya yeni bir ürünün imal edilmesine veya yeni bir pazara girilmesine zemin hazırlaması kaydıyla faaliyetlerini bütünleştirmeleri olarak tanımlamaktadır.

Yazarın tanımı, bağımsızlık, ortak kontrol ve tam işlevlilik unsurlarını bünyesinde barındırmaktadır ve sermayeye katılmalı ortak girişimin maddi yapısını ortaya koyduğu kadar, bu müessesenin Rekabet Hukuku merceğinden görünümüne de ışık tutmaktadır.

İşletme öğretisinde önemli bir yer tutan ve müessesenin unsurlarını yetkin bir şekilde yansıtan bir başka tanım, **Harrigan**<sup>280</sup> tarafından ortaya konulmuştur. Yazara göre ortak girişim, iki veya daha fazla teşebbüsün, sermaye, pazarlama teknikleri, teknoloji ve personel sağlayarak ekonomik bir üretim faaliyetini yürütmek üzere kurdukları ve karar alma mekanizmalarına aktif olarak katıldıkları bağımsız bir teşebbüstür.

ABD Hukuku'nda ortak girişim kavramına ilişkin en geniş incelemelere, Rekabet Hukuku alanında rastlanmaktadır. Bu alanda ortak girişim kavramına ilişkin olarak sunulan tanımların bir çoğunda çıkış noktası, Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin 1964 yılında verdiği *Penn Olin* kararıdır<sup>281</sup>. Kararda, ortak girişim, “iki veya daha fazla bağımsız teşebbüsün yeni bir üretim veya hizmet biriminin organizasyonu veya kurulması için yürüttükleri işbirliği” olarak tanımlanmaktadır.

---

<sup>280</sup> Kathryn Rudie **Harrigan**, Joint Venture and Global Strategies, Columbia Journal of World Business, C. 19, Yıl : 1984, s. 7.

<sup>281</sup> ABD v. Penn Olin Chemical Co. 378 U.S. 158 (1964), bu yollama için bkz. Don T. **Hibner**, Antitrust Considerations of Joint Ventures, Teaming Agreements, Co-Production and Leader-Follower Agreements, Antitrust Law Journal, C. 51, Yıl : 1982, s. 710.

Bu çerçevede **Pitofsky**<sup>282</sup>, ortak girişimlerin gevşek işbirliği modellerinden birleşmelere değin uzanan yelpazede birbirinden çok farklı konumlarda yer alabileceğini, bu oluşumların “yarı birleşme” (*quasi- merger*) şeklinde adlandırılmasının, kavramın içinde bulunduğu belirsizliği daha da keskinleştireceğini belirtmektedir. Yazar, bu nedenle her somut durumda, ortak girişimin taraflarının yaptıkları işbirliğinin niteliğine göre hareket etmenin gerektiğini vurgulamakta, sermayeye katılmalı ortak girişimleri örtülü olarak, “üretim, dağıtım veya araştırma ve geliştirme alanında faaliyet gösterecek yeni bir ekonomik birimin ortaklaşa kurulması” olarak tanımlamaktadır.

**Hewitt**<sup>283</sup>, sermayeye katılmalı ortak girişimi, ortakların, kendi teşebbüslerinden bağımsız olan, ortakların ortak mülkiyetine konu olan ve belirli ölçüde bağımsız bir yönetime sahip olan bir teşebbüse sermaye tahsis etmeleri olarak tanımlamaktadır.

## B. Alman Hukuku

**Klein**<sup>284</sup>,a göre sermayeye katılmalı ortak girişim, ekonomik ve hukuki açıdan bağımsız konumda olan teşebbüslerin bağımsızlıklarını korumak kaydıyla, bir teşebbüsün tüm işlevlerini yerine getirecek nitelikte olan ve herhangi bir ortaklık tipinin çatısı altında yapılanan, yeni kuruluş veya sonradan katılma (*konsortiale Neugründung*) yoluyla yeni bir “hukuk ve ekonomi öznesi” oluşturmalarını konu edinen, ekonomik bir işbirliğidir. Yazarın tanımı, hakim teşebbüslerin bağımsızlığını vurgulaması ve sermayeye katılmalı ortak girişimin oluşum biçimlerine değinmesi yönünden önemlidir.

**Benisch**<sup>285</sup>, sermayeye katılmalı ortak girişimleri, bağımsız bir hukuki kişiliğe sahip olan, iki veya daha fazla sayıda sermaye katılımında bulunan teşebbüse bağlı olan ve bu teşebbüslerin belirli bir alanda gerçekleştirdikleri işbirliğine hizmet eden bir yavru şirket olarak tanımlamaktadır. Yazarın tanımı, ortak girişim şirketinin bağımlı bir şirket olma özelliğine ağırlık vermektedir.

---

<sup>282</sup> Robert **Pitofsky**, A Framework for Antitrust Analysis of Joint Ventures, Antitrust Law Journal, C.54, Yıl: 1985, s. 894.

<sup>283</sup> Ian **Hewitt**, No. 1.05.

<sup>284</sup> **Klein**, s. 22.

<sup>285</sup> Werner **Benisch**, Kooperationsfibel,-Bundesrepublik und EWG,4. Auflage, Bergisch-Gladbach,1973, s. 273 (**Rolfes**, s. 18, dn. 3'ten naklen).

**Gansweid**<sup>286</sup>, ortaklar arasında kurulan hukuki ve fiili ilişkilerden kaynaklanan ve ortaklara üçüncü bir teşebbüs üzerinde ortaklaşa etki icra etme imkanının tanındığı her türlü durumun müşterek yavru şirketi oluşturacağını ortaya koymaktadır. Yazarın yaklaşımı, ortak kontrolün söz konusu olduğu her türlü ortaklığın ortak girişim şirketini oluşturabileceği izlenimini vermesi itibariyle yerinde değildir.

**Koppensteiner**<sup>287</sup>, sermayeye katılmalı ortak girişimleri, sadece hakim teşebbüslerin organı olarak faaliyet göstermeyen, hakim teşebbüslerin yer almadığı veya ileride yer almayacağı pazarlarda kendisine özgü amaçları takip eden teşebbüs olarak tanımlamaktadır. Tanımda, ortak girişim şirketinin hakim teşebbüslerden ayrı bir teşebbüs olduğu fikrinden hareket edilmesi yerindedir. Yazarın bu anlayışı, özellikle sermayeye katılmalı ortak girişimlerin bir çifte ortaklığa vücut verip vermediği meselesi bakımından irdelenmelidir<sup>288</sup>.

**Rolfes**<sup>289</sup>, sermayeye katılmalı ortak girişimin iki veya daha fazla birbirinden bağımsız teşebbüs tarafından kurulan veya devralınan bir teşebbüs olduğunu ortaya koymakta, belirsiz süreli olarak faaliyet göstermesi söz konusu olan bu teşebbüsün, ortak konumunda bulunan teşebbüsler tarafından ortaklaşa yönetildiğini belirtmektedir. Yazarın tanımında eleştirilmesi gereken husus, ortak girişim şirketinin belirsiz bir süre için kurulmasının, bir esaslı unsur olarak benimsenmesidir. Oysa önemli olan, ortak girişim şirketinin kalıcı bir ticari faaliyetin yürütülmesi amacıyla kurulmasıdır, yoksa süresiz olarak kurulması değildir.

**Staudenmeyer'e**<sup>290</sup> göre bu müessese, en az iki bağımsız teşebbüsün ortak bir amaca erişmek üzere hukuken bağımsız bir şirket kurmalarını konu edinen ortaklık ilişkisidir. Yazarın tanımında, ortak kontrol unsuru yer almamaktadır.

---

<sup>286</sup> **Gansweid**, s. 23.

<sup>287</sup> **Koppensteiner**, s. 290.

<sup>288</sup> bkz. aşa. § 8, II, C, 5, c.

<sup>289</sup> **Rolfes**, s. 39.

<sup>290</sup> Carola **Staudenmayer**, Das Wirtschafts- und Vertragsrecht transnationaler Gemeinschaftsunternehmen in Entwicklungsländern, Bern, 1990, s. 8.

**Baus**<sup>291</sup> ise, “ortak yavru şirketin” (*gemeinsame Tochtergesellschaft*) bir görünüm biçimi olarak gördüğü sermayeye katılmalı ortak girişimi, birbirinden bağımsız olan teşebbüslerin bir ortak yavru şirket marifetiyle herhangi bir ortaklık tipinin çatısı altında kurdukları özel bir işbirliği modeli olarak tanımlamaktadır. Söz konusu tanım da, hakim teşebbüslerin bağımsızlığı dışında sermayeye katılmalı ortak girişimlerin ayırıcı özelliklerini yansıtmamaktadır.

**Martinek**<sup>292</sup>, sermayeye katılmalı ortak girişimlere özgü bir tanım vermek yerine, bu müessesenin projeyi üstlenecek ortaklık (*Projekträgersgesellschaft*) konumuna yerleşecek bir ortak girişim şirketinin kurulmasını ve taraflar arasında ayrıca uydu sözleşmelerinin (*Seperatverträge*) akdedilmesini öngören bir yapıya sahip olduğunu ortaya koymaktadır. Yazar, bu yaklaşımını, ortak girişim şirketinin genel olarak hakim teşebbüsler tarafından ortaklaşa amaçların izlenmesi için kurulan bir teşebbüs olarak anlaşılması gerektiğini belirterek tamamlamaktadır<sup>293</sup>.

**Altın Sieber**<sup>294</sup>, iki veya daha fazla teşebbüsün paylarına ortaklaşa sahip oldukları ve ortaklaşa yönettikleri hukuken bağımsız bir şirket bünyesinde işbirliği yapmaları halinde sermayeye katılmalı ortak girişimden söz edileceğini ortaya koymaktadır. Yazarın tanımı, ortak girişim şirketinin hakim teşebbüslerden ayrı bir teşebbüs olmasına ve ortak yönetim altında bulunmasına işaret etmesi bakımından önemlidir.

**Zacher**<sup>295</sup>, sermayeye katılmalı ortak girişimi, iki veya daha fazla birbirinden ekonomik açıdan bağımsız nitelikteki teşebbüsün kalıcı bir şekilde işbirliği yürütmek üzere, bu teşebbüsler tarafından sağlanmış katılım payları sayesinde kendisine ait bir malvarlığı bulunan bir üçüncü teşebbüsü kurmaları olarak tanımlamaktadır. Bu tanım, tanımlama tekniği ve Ortaklıklar Hukuku açısından elverişli olmadığı gibi, ortak kontrol unsurunu da esas almamaktadır.

---

<sup>291</sup> **Baus**, s. 5, 9.

<sup>292</sup> **Martinek**, s. 219.

<sup>293</sup> **Martinek**, s. 235.

<sup>294</sup> **Altın Sieber**, s. 143.

<sup>295</sup> Thomas **Zacher**, Grundlagen der Gestaltung der Internationalen Joint Ventures, Internationales Steuerrecht, Yıl : 1997, S.13, s. 408.

**Schmidt**<sup>296</sup>e göre sermayeye katılmalı ortak girişimler, iki veya daha fazla hakim şirketin yeni bir üretim birimi kurmak, mevcut üretim kapasitelerini bünyelerinden ayırarak birleştirmek veya mevcut bir başka teşebbüsü ortaklaşa iktisap etmek suretiyle kurdukları ortak yavru şirketlerdir. Yazarın tanımı, sermayeye katılmalı ortak girişimlere ilişkin tüm öğeleri ortaya koymaktan ziyade, ortak girişim şirketinin oluşum biçimine ve donanımına ağırlık vermektedir.

Ortak girişimlere ekonomi öğretisi ve özellikle organizasyon kuramı açısından yaklaşan **Kabst**<sup>297</sup>, sermayeye katılmalı ortak girişimi, ekonomik açıdan ve hukuken bağımsız en az iki teşebbüs tarafından kurulan, karar alma süreçlerinde hakim teşebbüslerin eşit ağırlıkta yer almasının zorunlu olmadığı, bununla birlikte ortaklaşa hareket etmek zorunda oldukları hukuken bağımsız bir organizasyon olarak tanımlamaktadır. Yazarın tanımında, hakim teşebbüslerin bağımsızlığı, ortak girişim şirketinin hakim teşebbüslerden ayrı bir ekonomik birim olması hususlarına yer verilmektedir. Yazarın ortak yönetim konusundaki yaklaşımı ise, aslında örtülü olarak ortak kontrolün çeşitli oluşum biçimlerine işaret etmektedir<sup>298</sup>.

Nihayet **Na'ya**<sup>299</sup> göre sermayeye katılmalı ortak girişim, birbirinden ekonomik ve hukuken bağımsız olan iki teşebbüs tarafından, bu teşebbüslerin ortak menfaatlerini ilgilendiren işlerin yürütülmesi amacıyla kurulan ve ortaklaşa yönetilen teşebbüstdür. Yazarın özlü tanımı, hakim teşebbüslerin bağımsızlığına ve sermayeye katılmalı ortak girişimin, hakim teşebbüslerinin menfaatlerinin ortak paydasını oluşturduğu hususuna yer vermektedir.

### C. Fransız Hukuku

Ortak girişim müessesini özellikle Anglo Amerikan Hukuku'ndaki gelişim çizgisini esas alarak irdeleyen **Baptista**<sup>300</sup>, sözleşmesel bir zemine dayandığını ve kendine özgü esnek bir işbirliği modeli niteliğini taşıdığını belirlediği ortak girişimin tanımını yapmak yerine esaslı unsurlarını sıralamayı tercih etmektedir. Yazarın esas aldığı

---

<sup>296</sup> Ingo **Schmidt**, s.143.

<sup>297</sup> **Kabst**, s. 12.

<sup>298</sup> Bu konudaki ayrıntılı değerlendirmelerimiz için bkz. § 9, III.

<sup>299</sup> **Na**, s. 19.

<sup>300</sup> **Baptista**, s, 53-54.



unsurlar, tarafların ekonomik değer taşıyan katkı paylarını getirmeyi üstlenmeleri, ekonomik bir amaca yönelmeleri ve bu bağlamda özellikle riskli bir faaliyetten kazanç paylaşma hedefini gütmeleri, ortak yönetim esasına dayanan ve taraflar arasındaki anlaşmaya göre belirli bir özerk hareket alanına sahip olan bir teşebbüsün varlığı olarak sıralanabilir.

**Poillot- Peruzetto/ Luby**<sup>301</sup>, birbirinden bağımsız iki teşebbüsün ortak kontrolüne tabi olan sermayeye katılmalı ortak girişimin, yeni bir oluşum olarak ortaya çıkabileceği gibi mevcut bir şirketin dönüştürülmesi yoluyla da oluşabileceğini, kurucu teşebbüslerin varlıklarını ve faaliyetlerini kısmen ortak girişime aktarmalarının söz konusu olabileceğini belirtmektedir. Yazarların tanımı, ortak kontrol unsurunu barındırmakta, sermayeye katılmalı ortak girişimin oluşum biçimlerine temas etmektedir.

**Trochon/ Curtis**<sup>302</sup>, kurucu ortakların yapısal bir zeminde işbirliği gerçekleştirmek amacıyla faaliyetlerini bir araya getirmeleri ve kurulan teşebbüste stratejik kararları ortaklaşa vermeyi kararlaştırdıkları hallerde sermayeye katılmalı ortak girişimden söz edilebileceğini, farklı hukuki biçimlerde meydana gelecek bu teşebbüste kurucu ortakların yönetme haklarının bir kısmından, stratejik kararların ortaklaşa alınmasını sağlayacak şekilde vazgeçtiklerini belirtmektedirler. Yazarların tanımı, ortak kontrolün oluşum sürecine temas etmesi bakımından dikkat çekicidir.

**Mestre/Velardoccio/Blanchard-Sebastien**<sup>303</sup>, sermayeye katılmalı ortak girişimi, iki veya daha fazla şirketin aralarında yaptıkları bir şirket sözleşmesine istinaden çabalarını bir araya getirmeleri olarak tanımlamakta; bu şirketin ortak bir şirket olacağını belirtmektedir. Yazarlar, tanımlarında, sermayeye katılmalı ortak girişimin kökenindeki adi ortaklık ilişkisine değinmekte, şirketin ise ortak yönetime tabi olduğunu vurgulamaktadır.

---

<sup>301</sup> Sylvaine **Poillot-Peruzetto**/Monique **Luby**, Le droit communautaire appliqué à l'entreprise, Paris, 1998, No. 2046- 2048.

<sup>302</sup> Jean Yves **Trochon**/ Neil **Curtis**, Négotiation et rédaction des pactes d'actionnaires, Revue de droit des affaires internationales, Yıl : 2002, s. 135.

<sup>303</sup> Jacques **Mestre**/Dominique **Velardoccio**/Christine **Blanchard-Sebastien**, Société Commerciales, Paris, 2002, No. 1665.

## D. İsviçre Hukuku

Teşebbüsler arası yoğunlaşmalar ve işbirliği anlaşmaları çerçevesinde sermayeye katılmalı ortak girişimleri ele alan **Schluep**<sup>304</sup>, “ekonomik bir olgu” olarak sınıflandırdığı ve hukuki bir kavram niteliğini taşımadığını ileri sürdüğü sermayeye katılmalı ortak girişimi, iki veya daha fazla bağımsız teşebbüsün kendi faaliyet alanlarıyla ilintili olarak birbirleriyle bir ortaklık çatısı altında işbirliği yapmaları şeklinde tanımlamaktadır. Yazara göre sermayeye katılmalı ortak girişimin karakteristik özelliği, ortakların ortak girişim dışında kendi ticari faaliyetlerini sürdürmeleri ve ortak girişimin konusunun bir şekilde ortakların ortak girişimden ayrı olan faaliyetlerinin konusu ile ilintili olmasıdır. Yazar, sermayeye katılmalı ortak girişimin tüzel kişiliği haiz bulunmasının zorunlu olmadığını ortaya koymaktadır. Yazarın, sermayeye katılmalı ortak girişimi dahi saf ekonomik bir kurum olarak nitelendirme eğilimini, daha önce eleştirmiştik<sup>305</sup>. Diğer yandan yazarın sermayeye katılmalı ortak girişimin tüzel kişiliği haiz bulunmasının zorunlu bulunmadığı görüşü üzerinde de durmak gerekir<sup>306</sup>. Ancak yazarın, hakim teşebbüslerin sermayeye katılmalı ortak girişim dışında da bağımsız ticari faaliyetlerini yürüteceklerini ortaya koyması ve ortak girişimin hakim teşebbüslerin menfaatlerinin ortak paydasını meydana getirdiğini vurgulaması önemlidir.

Bu iki olguyu kendi tanımlarında da vurgulayan **Reymond**<sup>307</sup> ve onun kavramsal yaklaşımını benimseyen **Tercier** ise , ortak girişimi, iki veya daha fazla ortağın, kendi faaliyetlerini sürdürmek kaydıyla, geçici veya sürekli nitelik taşıyan belirli bir faaliyeti yürütmek üzere ortak bir teşebbüs kurmaları ve bu teşebbüsü kendi teşebbüslerinin teknik, finansal ve ticari desteğinden yararlandırmaları olarak

---

<sup>304</sup> **Schluep**, s. 481.

<sup>305</sup> bkz. yuk. § 1, I.

<sup>306</sup> İsviçre Hukuku’nda adi ortaklıkların yanısıra kolektif ortaklıklar da tüzel kişiliği haiz bulunmazken, Türk Hukuku’nda kabul edilen ortaklık tipleri içinde sadece adi ortaklıkların tüzel kişiliği bulunmamaktadır. Ancak kanımızca, ortak girişim şirketinin adi ortaklık olarak yapılandırılması mümkün değildir; bu konudaki değerlendirmelerimiz için bkz. aşağıda § 6, I, B.

<sup>307</sup> Claude **Reymond**, Le contrat de joint venture, Innominatverträge, Festgabe zum 60. Geburtstag von Walter R. Schlupe, Zürich 1988, s. 385; aynı tanımları benimseyen, **Tercier**, No. 6614. **Tercier**, belirtilen tanımları benimsemekle birlikte, eserinde tanımın yanında parantez içinde yer verdiği « *l’entreprise commune, Gemeinschaftsunternehmen* » terimleriyle, tanımları sermayeye katılmalı ortak girişimler için benimsediği yönünde bir izlenim yaratmaktadır.

tanımlamaktadır. Yazarlar, ortak girişimin her iki görünüm biçimini kapsayan ve hakim teşebbüslerin bağımsızlığını vurgulayan bir tanım sunmaktadır. Ayrıca bu tanımda, hakim teşebbüslerle ortak girişim şirketi arasındaki maddi ilişki de yer bulmaktadır.

**Schluép'ün** yaklaşımını benimseyen **Tschäni**<sup>308</sup> ve **Oertle**<sup>309</sup> de, ortak girişimi hukuki bir kavram olarak nitelendirmemektedir. Yazarlar, ortak girişimin birbirinden çok farklı işlevler üstlenen farklı türlere ayrıldığı noktasından hareketle, tanım vermekten kaçınmakla birlikte sermayeye katılmalı ortak girişimin unsurlarını belirlemektedirler<sup>310</sup>. **Tschäni**,<sup>311</sup> sermayeye katılmalı ortak girişimin bir ortaklık çatısı altında yapılandığını, ortak girişimin kurucularının hukuken ve ekonomik açıdan birbirlerinden bağımsız olduklarını, ortak girişimin kurucu teşebbüslerce (*Gründerunternehmen*) ortaklaşa yönetildiğini, ortak girişimin hakim teşebbüslerden bağımsız bir varlığa sahip olması gerektiğini, bununla birlikte ortak girişimin faaliyet konusu ile hakim teşebbüslerin faaliyet konuları arasında bir ilişki bulunmasının zorunlu olduğunu ortaya atmaktadır.

**Munz**<sup>312</sup>, sermayeye katılmalı ortak girişimleri, iki veya daha fazla sayıda ortak tarafından kurulan ve hakim teşebbüslerin işbirliğine hizmet etmek şeklinde tezahür eden genel amaç doğrultusunda faaliyet gösteren bir yavru şirket olarak nitelendirmektedir. Yazarın ortak kontrol unsuruna yer vermemesi eleştirilmelidir. Ayrıca yavru şirket benzetmesi, sermayeye katılmalı ortak girişim ile şirketler topluluğu arasındaki kavramsal sınırı belirsizleştirmektedir.

**Oertle**<sup>313</sup> ise, sermayeye katılmalı ortak girişimin en azından iki hakim teşebbüs tarafından bağımsız bir ortaklık çatısı altında yapılandırıldığını ve ortaklaşa

---

<sup>308</sup> Rudolf **Tschäni**, Gesellschafts- und kartellrechtliche Probleme der Gemeinschaftsunternehmen (Joint Ventures), die europäisch-gemeinschaftsrechtlichen Versuche einer rechtlichen Einordnung, SAG, 1977, s. 88 vd., (Zurkinden, s. 5, dn.17'den naklen).

<sup>309</sup> **Oertle**, s. 4 vd.

<sup>310</sup> Alman Hukuku'nda bir çok yazar tarafından benimsenen aynı yaklaşımın analizi için bkz. **Na**, s. 9.

<sup>311</sup> **Tschäni**, s. 89.

<sup>312</sup> Hans **Munz**, Zwischenbetriebliche Zusammenarbeit aus der Sicht des schweizerischen Kartellprivatrechts,, Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Heft 497, Bern, 1985, s. 43 (Zurkinden, s. 6, dn.20'den naklen).

<sup>313</sup> **Oertle**, s. 4 vd.

yönetildiğini, birbirinden ekonomik ve hukuki açıdan bağımsız olan hakim teşebbüslerin ortak girişim dışında bağımsız faaliyetlerini sürdürdüklerini ve ortak girişimin konusunun hakim teşebbüslerin faaliyet konusu ile maddi bakımdan ilişkili olduğunu öne sürmektedir.

**Djalali**<sup>314</sup>, ortak girişimin, ortak girişim sözleşmesi akdeden ve ortaklaşa bir şirket kurmak veya mevcut bir şirkete ortak olmak suretiyle bu şirket üzerinde ortaksal kontrol tesis eden en az iki ortağın, bu şirketin finansal riskini ortaklaşa üstlenmek suretiyle oluşturdukları bir işbirliği modeli olduğunu ortaya koymaktadır. Yazarın tanımı, ortak girişim şirketinin iki oluşum biçimini yansıtmakla birlikte, yazarın sermayeye katılmalı ortak girişim veya ortak girişim şirketi (*Gemeinschaftsunternehmen*) yerine, hakim teşebbüsler arasındaki stratejik işbirliğini yansıtan “joint venture” (ortak girişim) terimini kullanması yerinde değildir; zira yazar bu terimi kullanmakla birlikte, ortak girişimin bir türü olan sermayeye katılmalı ortak girişimleri tanımlamaktadır.

**Böckli**<sup>315</sup> ise, bir joint venture’da, hukuken ve ekonomik açıdan bağımsız olan iki ekonomik birimin ortaklaşa olarak temin ettikleri kaynaklarla belirli bir amaca erişmek üzere yarı yarıya sahip oldukları bir sermayeye katılmalı ortak girişimi (*Gemeinschaftsunternehmen*) kurlmalarının ve yönetmelerinin söz konusu olduğunu belirtmektedir. Yazarın tanımı, işbirliği yapan taraflar arasındaki ilişkiyi ifade eden “joint venture” ile bu işbirliği uyarınca kurulan “sermayeye katılmalı ortak girişim” müessesesi arasındaki ilişkiyi isabetli bir şekilde ortaya koymamaktadır.

**Zäch**<sup>316</sup>, sermayeye katılmalı ortak girişimi iki veya daha fazla teşebbüs tarafından ortaklaşa kontrol edilen teşebbüsler olarak tanımlamakta, ortak kontrolün, kontrol eden teşebbüslerin önemli kararlarda uzlaşması anlamına geldiğini belirtmektedir. Yazarın tanımı, ortak kontrolün maddi içeriği bakımından dikkate alınmalıdır<sup>317</sup>.

---

<sup>314</sup> **Djalali**, s. 9.

<sup>315</sup> **Böckli**, No. 1635 a.

<sup>316</sup> Roger **Zäch**, Schweizerisches Kartellrecht, Bern,1999, s. 241.

<sup>317</sup> Aşağıda § 9, III, A bölümünde açıklanacak olmakla birlikte, kontrolün maddi içeriğiyle, hakim teşebbüsün belirleyici etkisiyle bağlı teşebbüsün organlarında alınacak stratejik kararlar kastedilmektedir.

**Von Büren**<sup>318</sup>, hukuki ve ekonomik açıdan birbirinden bağımsız iki veya daha fazla sayıda ortağın, ortaklaşa kontrol etmek ve ortaklar için müşterek nitelik taşıyan bir amaç doğrultusunda işletmek üzere yeni bir teşebbüsü kurmaları veya mevcut bir teşebbüs üzerinde ortak kontrolü elde etmeleri olarak tanımlamaktadır. Yazarın tanımı; hakim teşebbüslerin bağımsızlığını, ortak girişim şirketinin hakim teşebbüslerden ayrı bir teşebbüs olduğunu ve ortak kontrol altında bulunduğunu ortaya koyması bakımından özlü bir tanımdır.

### **E. Türk Hukuku**

**İmregün**<sup>319</sup>, ortak girişimlerin sınırlı bir konu veya kısa ve belli süreli bir iş için meydana getirildiğini belirtmekte; bununla birlikte bu oluşumların bir teşebbüsü idare etmek üzere de kurulabileceğini ifade etmektedir. Yazarın yaklaşımı, ortak girişimin her iki türünün temel özelliklerine değinmektedir.

**Öztek**<sup>320</sup>, sermayeye katılnalı ortak girişimi, sermayesi bağımsız ortaklıklar veya gruplar ya da rakiplere ait olan, bunlardan hiç birinin tek başına kontrolüne tabi olmayan bir ortaklık olarak tanımlamakta, sermayeye katılnalı ortak girişimin hakim şirketlere veya gruplara, faaliyetlerinin bir kısmını bağımsız bir şirket bünyesinde yoğunlaştırma imkanını tanıdığını vurgulamaktadır. Yazarın yaklaşımı, ortak kontrolün ayırıcı özelliğini ve sermayeye katılnalı ortak girişimin yoğunlaşmanın bir türü olduğuna işaret etmesi bakımından yerindedir.

**Tekinalp/Tekinalp**<sup>321</sup>, sermayeye katılnalı ortak girişimi, ortakların bir ortaklık kurarak sermayesine katıldıkları müşterek teşebbüsler olarak tanımlamakta, bu ortaklığın joint venture sözleşmesi uyarınca kurulduğunu, bu ortaklığın tüzel kişiliğinin bulunmasının zorunlu olmadığını, ancak limited ortaklıkların ve anonim ortaklıkların tercih edildiğini ortaya koymaktadır. Yazarların tanımı, sermayeye katılnalı ortak girişimin kökenindeki sözleşmesel ilişkiyi çıkış noktası olarak

---

<sup>318</sup> Roland **Von Büren**, Der Konzern, Rechtliche Aspekte eines wirtschaftlichen Phänomens, Schweizerisches Privatrecht, VIII/6, Zweite erweiterte Auflage, Basel, 2005, s. 25.

<sup>319</sup> **İmregün**, Amerikan Ortaklıklar Hukuku, s. 32.

<sup>320</sup> **Öztek** s. 36.

<sup>321</sup> **Tekinalp/Tekinalp**, Joint Venture, s. 166.

benimsemesi bakımından yerindedir. Ancak aşağıda inceleyeceğimiz<sup>322</sup>, ortaklığın tüzel kişiliğinin bulunmasının zorunlu olmadığı yönündeki görüş, Türk Hukuku'nda ortak girişim şirketinin adi ortaklık olarak yapılandırılabileceği sonucunu beraberinde getirdiğinden, bu görüşe katılmıyoruz.

**Poroy**<sup>323</sup>, sermayeye katılmalı ortak girişimin malvarlığının bulunduğunu ve ortakların bu malvarlığına katıldıklarını, ortak girişimin bu türünde çoğu kez bir ticaret ortaklığı kurulduğunu; söz konusu oluşumun adi ortaklık olarak örgütlenmesinin de mümkün olabileceğini, ancak bunun için ortakların ortaklığa getirdikleri katkı paylarının konusunu oluşturan malvarlığı üzerinde iştirak halinde veya müşterek malik olmalarının gerektiğini belirtmektedir. Yazarın bu yaklaşımı, - adi ortaklıkların sermayeye katılmalı ortak girişimlere elverişliliğine ilişkin görüşlerimiz saklı kalmak kaydıyla- özellikle sözleşmesel ortak girişimlerle adi ortaklık olarak kurulan sermayeye katılmalı ortak girişimlerin birbirinden ayrılması bakımından müesseseye ışık tutmaktadır.

Lerzan **Yılmaz**<sup>324</sup>, sermayeye katılmalı ortak girişimlere özgü olarak verdiği tanımda, sermayeye katılmalı ortak girişimin, iki veya daha fazla sayıda birbirinden hukuki ve ekonomik açıdan bağımsız şirketlerin, ortak bir menfaati elde etmek ve riski paylaşmak amacıyla yeni bir şirket kurmak veya mevcut bir şirkete ortak olmak yoluyla gerçekleştirdikleri bir iş ortaklığı modeli olduğunu ortaya koymaktadır<sup>325</sup>. **Öztürk** de aynı yaklaşımı benimsemektedir<sup>326</sup>. Tanımda, uygulamada sermayeye katılmalı ortak girişimlerin ağırlıklı olarak şirketler tarafından kurulduğu dikkate alınmıştır. Yazarın kavramsal yaklaşımında, ortak girişimlerin karakteristik özelliği olan riskin paylaşılması ögesi yer tutmaktadır. Ayrıca, hakim teşebbüslerin birbirinden bağımsızlığı tanımda vurgulanmıştır. Bununla birlikte, ortak bir menfaatin elde edilmesi unsuru, zaten şirkete veya şirket sözleşmesine özgü bir unsur olduğundan, bu unsurun tanımda ayrıca belirtilmemesi düşünülebilir. Ayrıca,

<sup>322</sup> bkz. aşa. § 6, I, B.

<sup>323</sup> **Poroy (Tekinalp/Çamoğlu)**, No. 19b.

<sup>324</sup> Lerzan **Yılmaz**, Die Verantwortlichkeit im Konzern nach schweizerischem türkischem und deutschem Recht, Bern 1988, s. 10. Eserde yer alan tanımın Türkçesi için doğrudan doğruya yazarın, Joint Venture Anlaşmaları, s. 477'de yer alan tanımı aktarılmıştır; ayrıca aynı kavramsal yaklaşım için bkz. Lerzan **Yılmaz**, Türk ve AT Rekabet Hukuku'nda Teşebbüslerin ve Bankaların Birleşme ve Devralınmaları, in : Şirket Birleşmeleri, İstanbul, 2004, s. 158.

<sup>326</sup> **Öztürk**, Ortak Girişim, s. 20-21.

sermayeye katılmalı ortak girişimin tanımında, hakim şirketlerin hukuken bağımsızlığına yer verilip verilemeyeceği, aşağıda tartışılacaktır<sup>327</sup>.

**Kaplan**<sup>328</sup>, ortak girişimin iki veya daha fazla hukuken bağımsız kişi veya tüzel kişiliği haiz şirketlerin müştereken belirli bir amacı gerçekleştirmek ve kâr elde etmek için kurdukları ve müştereken yönettikleri, tüzel kişiliği bulunan veya bulunmayan bir ortaklık olduğunu ortaya koymuştur. Tanım, hakim ortakların bağımsızlığını ve ortak kontrolü vurgulamaktadır. Bununla birlikte, bu tanıma çeşitli yönlerden eleştiri getirilmelidir. İlk olarak hakim ortakların ”kişi veya tüzel kişiliği haiz şirketler” olarak ifade edilmesi yerinde değildir. Bu bağlamda sadece “kişi” ibaresinin kullanılması yerinde olurdu. Aynı eleştiri “tüzel kişiliği bulunan veya bulunmayan bir ortaklık” terimi açısından da getirilebilir. Bu noktada, sadece ortaklık ibaresinin kullanılması; hem adi ortaklığı, hem de ticari ortaklığı kapsadığından yeterli görülebilir. Ayrıca, kişilerin hukuken bağımsızlığından söz edilmesi isabetli değildir<sup>329</sup>.

Ejder **Yılmaz**<sup>330</sup>, ortak girişimin iki veya daha fazla sayıda ortağın, kendi faaliyetlerini sürdürürken belirli bir işi görmek üzere sürekli veya geçici olarak bir şirket kurup, bu şirkete kendi işletmelerinden teknik, mali ve ticari destek sağlamak üzere anlaşmaları olarak tanımlamaktadır. Yazarın sunduğu tanım, ortak girişimin iki karakteristik görünüm biçimi olan sözleşmesel ve sermayeye katılmalı ortak girişimleri kapsamaktadır. Zira, ortak girişimin her iki türünde de, sözleşenler arasında bir ortaklık ilişkisi kurulmaktadır. Yazar ayrıca, kurulacak olan şirkete, hakim teşebbüsler tarafından sağlanacak desteği vurgulamakta, bu itibarla örtülü olarak uydu sözleşmelerine değinmektedir.

**Akyol**<sup>331</sup>, hakim teşebbüslerin ve ortak girişimin ekonomik konumuna ağırlık vererek ortak girişimi, iki veya daha fazla sayıda gerçek veya tüzel kişinin, uygulamada büyük iş yapma gücüne sahip olan iki firmanın, genelde biri teknoloji ve

---

<sup>327</sup> Bkz. aşa. § 2, VI, F, 2, c.

<sup>328</sup> İbrahim **Kaplan**, s. 6.

<sup>329</sup> Bu konudaki değerlendirmeler için bkz. aşa. § 2, VI, F, 2, c.

<sup>330</sup> Ejder **Yılmaz**, Hukuk Sözlüğü, Ankara, 1996, s. 424 .

<sup>331</sup> Şener **Akyol**, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri. Know How, Management, Ortak Girişim ve Büyük Çaplı İnşaat Sözleşmeleri, İstanbul, 1997, s. 58.

sermaye taşıyan yabancı, diğeri emek ve işletmenin veya inşaatın bulunduğu yerdeki şartları bilen ve emek gücünü sağlayan yerel firmanın aralarında bir birlik meydana getirerek ortak amaca ulaşmak ve elde edilecek kârı paylaşmak üzere kurdukları şirket olarak tanımlamaktadır. Yazarın tanımı, prensip olarak sözleşmesel ortak girişimlere ilişkin olmakla birlikte, sözleşmesel ortak girişimle sermayeye katılmalı ortak girişimin ortak özelliklerine yer vermesi ve buna karşılık sözleşmesel ortak girişimi sermayeye katılmalı ortak girişimden ayıran temel özelliklere değinmemesi itibariyle her iki türün ortak özelliklerine değinen , ancak bu türlerin hususiyetini ortaya koymayan bir tanım olarak göze çarpmaktadır.

Kavrama ekonomik açıdan yaklaşan **Oktay**<sup>332</sup>, sermayeye katılmalı ortak girişimin stratejik işbirliği vasıtalarından birisi olup, hukuki ve ekonomik açıdan birbirlerinden bağımsız iki veya daha çok şirketin ortaklaşa bir kararla yönetimi ve denetimi kendilerinde olan, ancak kendilerinden bağımsız konumda bulunan yeni bir şirket kurmaları anlamına geldiğini; hakim şirketlerden birinin merkezinin ortak girişim şirketinin kurulduğu ülkenin dışında olması olasılığında uluslararası ortak girişimden söz edildiğini belirtmektedir. Hakim teşebbüslerin bağımsızlığına ilişkin görüşümüz saklı kalmak kaydıyla, yazarın tanımı, ortak girişim şirketinin hakim teşebbüslerden ayrılığı ile ortak kontrol unsurlarına değinmesi ve uluslararası ortak girişimlere ilişkin ayırıcı özelliği vurgulaması bakımından önemlidir.

Ortak girişimin zengin görünüm biçimlerinin tamamını kapsayacak bir tanım verilmesinin neredeyse imkansız olduğunu vurgulayan **Barlas**<sup>333</sup>, söz konusu görünüm biçimlerinin karakteristik vasıflarını ortaya koyan bir tanım vererek ortak girişimi, hukuken ve iktisaden birbirinden bağımsız olan birden fazla gerçek veya tüzel kişinin belirli bir işi ya da süreklilik arz eden bir faaliyeti, bir ticaret ortaklığı kurarak veya böyle bir ortaklığı kurmaksızın gerçekleştirmek ve kazanç elde etmek amacıyla bir sözleşme çerçevesinde bir araya gelmeleri ve bu faaliyetten ileri gelen riskleri müteselsil sorumluluk ekseninde üstlenmeleri olarak tanımlanmaktadır. Yazarın benimsediği kavramsal çıkış noktası, ortak girişimin asli iki görünüm biçimini oluşturan sözleşmesel ve sermayeye katılmalı ortak girişimin karakteristik nitelikleridir. Gerçekten de, her ikisinin de kökeninde bir sözleşme yatmakta;

---

<sup>332</sup> **Oktay**, s. 25.

<sup>333</sup> **Barlas**, *Adi Ortaklık Temeli*, s. 188.



sözleşmesel ortak girişim yalın bir sözleşmesel ilişkinin ötesinde bir yapıya yer vermemekte, buna karşılık sermayeye katılmalı ortak girişimde, söz konusu sözleşmesel temel üzerinde ticaret ortaklığı niteliğini taşıyan bir ortak girişim şirketi kurulmaktadır.

**Sanlı**<sup>334</sup>, ortak girişimin, birbirinden hukuken ve iktisadi anlamda bağımsız teşebbüslerin ortak bir gaye etrafında bir araya gelerek müşterek kontrolü elinde tuttukları bir organizasyon vasıtasıyla iktisadi faaliyet gösterdikleri bir ortaklık ilişkisini ifade ettiğini ortaya koymaktadır. Yazarın tanımı, ortak girişimin her iki türünün ortak özelliklerini yansıtmaktadır.

**Tekinalp**<sup>335</sup>, ortak girişimin her iki türünü birden çok anası olan, diğer bir deyişle en az iki bağımsız teşebbüsün ortak kontrolü altında bulunan yavru teşebbüs olarak tanımlamaktadır. Yazarın özlü tanımı, özellikle ortak girişimin her iki türünde de ortak kontrolün varlığına işaret etmesi bakımından önemlidir.

Rekabet Hukuku'nda birleşme ve devralmalar kapsamında ortak girişim kavramını irdeleyen **Erdem**<sup>336</sup>, ortak girişim müessesesinin hukuki yapısını ve bu müesseseye ilişkin olarak öğretilerde verilen tanımlarda ağırlık noktalarının farklılaşmasını gözetenek, bu müesseseye ilişkin olarak bir tanım vermek yerine, bu müessesenin unsurlarını ortaya koymanın daha yararlı olacağı düşüncesindedir. Bu çerçevede yazar, ortak girişimin sürekliliğinin herhangi bir önem taşımadığını, ortak girişimin kurucularının bağımsızlığını, ortakların müteselsil sorumluluk rejimine tabi bulduklarını ve ortak girişim sözleşmesinin daima temel sözleşme olarak adlandırılan bir sözleşmesel temele dayandığını ortaya koymaktadır. Yazarın kavramsal yaklaşımı, ortak girişimin her iki türünün ortak paydasını oluşturan esaslı unsurlara ağırlık vermektedir.

Sermayeye katılmalı ortak girişimlere Rekabet Hukuku açısından yaklaşan **Güven**<sup>337</sup>, ortak girişimin belirli bir şekilde bağlı olmaksızın ortak bir irade altında, adi ortaklık

---

<sup>334</sup> **Sanlı**, s. 332.

<sup>335</sup> Ünal **Tekinalp** (Tekinalp/Tekinalp) AB Hukuku, § 28, No. 196.

<sup>336</sup> **Erdem**, Birleşme ve Devralmalar, s. 72-73.

<sup>337</sup> Pelin **Güven**, Türk Rekabet Hukuku ve Avrupa Birliği Rekabet Hukuku'nda Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi, 2. Baskı, Ankara, 2003, s. 228.

şeklinde veya tüzel kişiliğe sahip olarak kurulabilen, bağımsız birden fazla hakim teşebbüsün ortak kontrolü altında bulunan, alacaklılarına karşı müteselsilen sorumlu, kar elde etmek amacına yönelik, ortaklarının menfaatleri müşterek olan bir ortaklık niteliğini taşıdığını öne sürmektedir. Yazar, ortak girişimleri yoğunlaşmaların bir türü olarak incelediğinden, söz konusu tanımın sermayeye katılmalı ortak girişimleri izah etmek üzere ortaya konulduğunu varsaymak gerekir. İlk olarak ortak girişimin belirli bir şekle bağlı bulunmadığı görüşü, münhasıran temel sözleşme açısından geçerlidir. Bu sözleşme uyarınca kurulacak olan ortak girişim şirketi ise, tercih edilen ortaklık tipinin gerektirdiği şekli kuralların yerine getirilmesini gerekli kılar. Ayrıca tanımdan, alacaklılarına karşı kimin müteselsilen sorumlu bulunduğu anlaşılmamaktadır. Tanıma bakılırsa, ortaklığın sorumluluğundan söz edilmektedir<sup>338</sup>, ancak kimler arasında teselsülün cari olduğu anlaşılamamaktadır.

Kaldı ki, ortak girişim şirketinin bir sermaye ortaklığı olması olasılığında, söz konusu şirketin ortaklarının ortaklığın borçlarından dolayı sorumlu olmaları da, sınırlı sorumluluğun istisnaları dışında söz konusu olmayacaktır. Diğer yandan, ortak girişim şirketinin kâr elde etmeye yönelik bir şirket olduğu konusunda herhangi bir tereddüt bulunmazken, temel sözleşmenin doğrudan amacı, kâr elde etmek değil, bir ortak girişim şirketi kurmak ve bu şirketi temel sözleşmenin taraflarının ortak kontrolüne tabi kılmaktır. Bu itibarla, temel sözleşme bizatihi kâr elde etme amacına yönelmemekte, kâr elde etme amacına yönelik bir şirketin kurulmasına ve ortaklaşa yönetilmesine yönelik olarak yapılmaktadır. Son olarak, gerek adi ortaklık olarak nitelendirilen temel sözleşme gerek ortak girişim şirketi açısından bakıldığında, bir ortaklığın varlığı, tüm ortaklarının müşterek menfaatleri doğrultusunda kurulur. Bu nedenle, söz konusu oluşumun bir ortaklık olduğu vurgulandıktan sonra ayrıca bir de müşterek menfaat unsuruna değinilmesine gerek yoktur.

---

<sup>338</sup> Oysa ortaklık, adi ortaklık dışındaki bir ortaklık tipinin çatısı altında yapılandırıldığı zaman tüzel kişiliği haiz olmakta ve borçlarının tümünden malvarlığının tamamıyla şahsen sorumlu olmaktadır. Bu açıdan ortaklığın sorumluluğundan söz ederken bu sorumluluğun müteselsil olduğunu ileri sürmek isabetli değildir, çünkü ortaklıkla başka bir kişi arasında bir teselsül ilişkisi söz konusu değildir. Buna karşılık, ortaklığın limited veya anonim olması olasılığı dışında, ortaklığın borçları açısından ortaklar arasında ortaklığın niteliğine göre müteselsil bir sorumluluk rejiminin cari olacağı açıktır. Şu kadar ki, kimin müteselsil sorumluluğa tabi bulunduğu, yazarın tanımından anlaşılmamaktadır.

## **F. Kişisel Yaklaşımımız**

### **1. Tanım**

Sermayeye katılmalı ortak girişimlerin kavramsal sınırlarının ortaya konulmasını güçleştiren en önemli sorunlardan birisi, sermayeye katılmalı ortak girişim ve ortak girişim şirketi kavramlarının bir arada mütalaa edilmesidir. Oysa sermayeye katılmalı ortak girişim, stratejik işbirliği modelinin bütünüdür, ortak girişim şirketi ise bu model çerçevesinde kurulan şirketi ifade etmektedir. Bu itibarla, bu iki müessese, yukarıda çeşitli tanımlara yönelik değerlendirmeler de gözetilerek ayrı ayrı tanımlanmalıdır.

Sermayeye katılmalı ortak girişim, stratejik bir işbirliğine zemin oluşturan ve temel sözleşme olarak adlandırılan bir sözleşme uyarınca ekonomik açıdan bağımsız en az iki kişi tarafından kurulan ve ortaklaşa kontrol edilen, kalıcı ekonomik faaliyetleri yürütme ve özellikle riski tasfiye etme amacına yönelik olarak bir ticaret ortaklığının kurulmasını öngören bir işbirliği modelidir.

Ortak girişim şirketi ise, temel sözleşme ekseninde örgütlenen, yeni kuruluş yoluyla veya mevcut bir şirketin ortak kontrole tabi bir ortaklığa dönüştürülmesi yoluyla oluşan, ekonomik açıdan bağımsız en az iki kişinin ortak kontrolü altında bulunan ticaret ortaklığıdır.

Söz konusu tanımların öğeleri, sermayeye katılmalı ortak girişimin esaslı unsurlarına ilişkin incelemelerimiz ışığında irdelenecektir.

### **2. Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimin Esaslı Unsurları**

#### **a. Kalıcı Ekonomik Faaliyetlere Yönelik Olarak Kurulması**

Sermayeye katılmalı ortak girişimler, geçici olmayan ekonomik faaliyetlerin yürütülmesine yönelik olarak kurulur<sup>339</sup>. İlk bakışta belirli bir ortaklığın, faaliyet

---

<sup>339</sup> Klaus **Langefeld-Wirth**, Rechtsfragen des internationalen Gemeinschaftsunternehmens, Recht der Internationalen Wirtschaft, Ocak 1990, C. 36, s.1.

konusunun ekonomik açıdan nasıl değerlendirileceği, hukuki açıdan herhangi bir önem taşımaz. Bununla birlikte, faaliyet konusunun kalıcılığı, sermayeye katılmalı ortak girişimi hukukun inceleme alanına giren diğer işbirliği modellerinden ayıran özelliktir ve bu müessesenin hukuki yapısına yönelik doğrudan etkiler icra etmektedir<sup>340</sup>. Bu özellik, sermayeye katılmalı ortak girişimi sözleşmesel ortak girişimden ayıran özelliklerden birisidir.

Kalıcılıktan kasıt, ortak girişim tarafından yürütülecek faaliyetin zaman bakımından hiç bir sınıra tabi olmaması anlamına gelmemektedir<sup>341</sup>. Önemli olan, yürütülecek olan faaliyetin kurumsal bir örgütlenmeyi gerektirmesi ve geçici ekonomik faaliyetlere nazaran nispeten daha uzun bir süre devam edecek olmasıdır. Örnek olarak, otuz yıl sonra tükenmesi tahmin edilen bir doğalgaz rezervinin işletilmesi, süre açısından kısıtlı olsa da geçici bir ekonomik faaliyet teşkil etmemektedir. Kalıcı olarak yürütülecek olan faaliyetin “ekonomik olma niteliğinin” önemli bir yansıması, sermayeye katılmalı ortak girişimlerin kâr elde etme amacına yönelik olarak kurulmasıdır<sup>342</sup>.

Bu özelliği tamamlayan bir başka öge, sermayeye katılmalı ortak girişimlerin büyük riskleri tasfiye etmeye hizmet etmesidir. Her türlü ekonomik girişim risk doğurmakla birlikte; sermayeye katılmalı ortak girişimlerin önde gelen işlevi, stratejik nitelikteki risklerin asgariye indirilmesi, mümkünse tasfiye edilmesidir. Sermayeye katılmalı ortak girişimlerin bu ekonomik yönü, bağımsızlık unsuruyla da yakından ilişkilidir. Faaliyetin sürekliliği, ortak girişimin hakim teşebbüslerden ayrı bir teşebbüs olarak yapılandırılmasını zorunlu kılmaktadır.

---

<sup>340</sup> Faaliyetin kalıcılığı, ortak girişimin bağımsız bir ekonomik birim olarak yapılandırılmasını zorunlu kılmaktadır. Bu özellik, sermayeye katılmalı ortak girişimin hakim teşebbüslerden ayrı teşebbüs olması unsurunu ilgilendirdiği gibi, ortak girişimin Rekabet Hukuku’nda bir yoğunlaşma olarak değerlendirilmesi bakımından da kritik bir önem taşımaktadır; bkz. § 7, II, B, 3.

<sup>341</sup> karşı. Rolfes, s. 39.

<sup>342</sup> Baptista, s. 40, Şahinalp, s. 497.

## b. Hakim Teşebbüslerden Ayrı Bir Teşebbüs Olması

Sermayeye katılmalı ortak girişimin hakim teşebbüslerden ayrı bir teşebbüs olarak örgütlenmesi gerekir<sup>343</sup>. Sırf bu özellik dahi, sermayeye katılmalı ortak girişimin diğer işbirliği modellerinden ayırmsanması açısından yeterli olabilir. Zira, burada hakim teşebbüslere ait kaynakların, onlardan ayrı bir teşebbüs oluşturacak şekilde bir araya getirilmesi söz konusu olmaktadır<sup>344</sup>. Söz konusu yapı, temel sözleşme ekseninde inşa edilir. Bu çerçevede, “teşebbüs” kavramı, belirli bir faaliyeti yürütmek üzere kurulan ve ticari bir faaliyeti yürütmek üzere gerekli maddi ve gayrimaddî unsurlarla donatılan, bağımsız ekonomik birimi ifade etmek üzere bilinçli olarak kullanılmaktadır<sup>345</sup>.

Ortak girişimin hakim teşebbüslerinden ayrı bir teşebbüs oluşturması, hakim teşebbüsler tarafından kurulmakla birlikte, onlardan ayrı bir ekonomik birim oluşturan bir ortak girişim şirketinin kurulmasına yol açmasından ileri gelir. Özellikle, bir ortak girişimin yoğunlaşma olarak nitelendirilmesi ve daha avantajlı bir rekabet denetimine tabi tutulması için, ortak girişim şirketinin pazarda kalıcı bir ekonomik faaliyet yürütebilecek ve rakip teşebbüslerle aynı işlevleri yerine getirebilecek şekilde yapılandırılması gerekir<sup>346</sup>. Bu özellik, Rekabet Hukuku’nda “tam işlevlilik” olarak adlandırılmaktadır<sup>347</sup>. Bu noktada, ortak girişimin diğer işbirliği modellerinden önemli bir farkı ortaya çıkmaktadır : Sermayeye katılmalı ortak girişimi kuran hakim teşebbüsler, bu örgütlenme modelinde kaynaklarının bir kısmını ortak girişimde birleştirmekte ve kalan kaynaklarıyla bağımsız ekonomik faaliyetlerini sürdürmekte, söz konusu kaynakların birleştirilmesiyle de yeni bir teşebbüs ortaya çıkmaktadır.

---

<sup>343</sup> Altın Sieber, s. 148.

<sup>344</sup> Na, s. 11, Öztürk, Ortak Girişim, s. 21.

<sup>345</sup> Aynı yaklaşımı benimseyen Oertle, s. 1 vd.

<sup>346</sup> Bu konuda bkz. aş. § 7, II, B, 3.

<sup>347</sup> bkz. aş. § 7, II, B, 3.

### c. Birbirinden Bağımsız Konumda Bulunan Hukuk Öznelerinin Ortak Kontrolüne Tabi Bulunması

Sermayeye katılmalı ortak girişimin karakteristik özelliği, en az iki hakim teşebbüs tarafından kurulmasıdır; zira bu işbirliği modelinin kökeninde yer alan girişim, ortaklaşa gerçekleştirilmektedir. Sermayeye katılmalı ortak girişim bünyesinde ortaya çıkan ortak girişim şirketinin hakim ortakları, birbirinden bağımsız olmalıdır. Zira ortak kontrol, en azından iki bağımsız iradenin varlığını gerekli kılmaktadır. Öğretide, “teşebbüslerin ekonomik ve hukuki bağımsızlığından” söz edilmektedir<sup>348</sup>. Teşebbüs kavramının Ticaret Hukuku’nda yerleşik bir kavram olmaması ve Rekabet Hukuku’nda tüzel kişiliği haiz olsun veya olmasın her türlü ekonomik birimi ifade etmek üzere kullanılması, “hakim teşebbüslerin bağımsızlığı” kavramının somutlaştırılmasını gerektirmektedir.

İlk olarak, öğretide<sup>349</sup>, sermayeye katılmalı ortak girişimin ortaklarının mutlaka teşebbüs olması gerektiğini belirtilmektedir. Bu yaklaşımın dayanağı, ortak girişimin stratejik bir model olması ve hakim öznelerin stratejilerinin bir parçası olarak kurulmasıdır<sup>350</sup>. Bu olgunun, tamamen ekonomik nitelikli olduğu<sup>351</sup>, hakim öznelerin gerçek kişiler veya teşebbüs olarak nitelendirilmeyen tüzel kişiler olması ile bir teşebbüs olması durumlarının, sermayeye katılmalı ortak girişimin hukuki yapısı açısından bir değişiklik yaratmayacağı düşüncesindeyiz. Bu itibarla, sermayeye katılmalı ortak girişimlerin en az iki gerçek veya tüzel kişi tarafından kurulduğunu kaydetmek hatalı olmayacaktır<sup>352</sup>. Ancak uygulamada, sermayeye katılmalı ortak girişimlerin çoğunlukla teşebbüsler tarafından kurulması gerçeğini dikkate alarak (ekonomik gerçeklik) ve bu olasılıkta ortak girişim şirketi ile hakim özneler arasındaki hukuki ilişkinin “teşebbüsler arası ilişki olduğu” olgusunu gözeterek, yeri geldikçe “hakim teşebbüs”, bu ilişkide hakim öznelerin ortak olma konumuna değinirken ise “hakim ortak” terimlerini kullanacağız.

<sup>348</sup> **Oertle**, s. 5; **Von Büren**, s. 25; **Barlas**, *Adi Ortaklık Temeli*, s. 188; **Baptista**, s. 11.

<sup>349</sup> **Altin Sieber**, s. 148.

<sup>350</sup> **Na**, s. 2; **Altin Sieber**, s. 148

<sup>351</sup> Bu noktayı vurgulayan **Altin Sieber**, s. 148.

<sup>352</sup> Aynı noktadan hareket eden **Barlas**, *Adi Ortaklık Temeli*, s. 188.

Temel sözleşmeye, ancak kişiler taraf olabildiğine göre, kanımızca, ayrıca ortakların hukuki bağımsızlığından söz etmek yerinde olmayacaktır. zira her kişi, zaten hukuken birbirinden bağımsızdır<sup>353</sup>. Öyle ki, ekonomik yoğunlaşmanın önemli görünüm biçimlerinden biri olan şirketler topluluğu bünyesinde yer alan ortaklıklar dahi, hukuken birbirinden bağımsızdır<sup>354</sup>. Bu nedenle, gerçek kişi veya tüzel kişi olan hakim teşebbüslerin hukuken bağımsızlığından söz edilmesi yerinde olmayacaktır.

Buna karşılık, ortak kontrolden ve en az iki hakim hukuk öznesinden söz edebilmek için, hakim öznelerin birbirinden ekonomik açıdan bağımsız olmaları gerekmektedir. Zira, hakim teşebbüslerin birbirine ekonomik açıdan bağımlı olmaları halinde<sup>355</sup> örneğin bir şirketler topluluğu bünyesinde yer alan iki şirketin ortaklaşa yönetecekleri bir şirket kurmaları halinde ortak kontrolden ve dolayısıyla bir ortak girişim şirketinin varlığından söz edilemeyecektir; çünkü ortada tek bir irade mevcut olacaktır<sup>356</sup>. Gerçek kişiler ise, birbirlerinden hem hukuki hem de ekonomik açıdan bağımsızdır.

Hakim teşebbüslerin ortak girişimle ve birbirleriyle ilişkileri sürekli. Bu ilişkiyi kontrol ilişkisi karakterize eder. İlk bakışta ortak girişimin hakim teşebbüslerden ayrı bir teşebbüs olması ile bu oluşumun hakim teşebbüslerin ortak kontrolünde bulunması birbiriyle çelişir gözükmektedir. Halbuki aşağıda inceleyeceğimiz

---

<sup>353</sup> Teşebbüs, aslında ticari bir girişimin ekonomik cephesini ifade etmektedir. Bu nedenle çoğu zaman ticari işletme veya onu işleten tüzel kişi taciri ifade etmek üzere “Unternehmen” terimi kullanılmaktadır. Buna karşılık, ticari işletmeyi işleten tacirin somut bir şekilde ifade edilmesine gerek duyulduğu hallerde “Unternehmesträger” (işletme sahibi) terimi kullanılmakta, bununla “ticari işletmenin sahibi olan hukuk öznesi” kastedilmektedir, örnek olarak bkz. **Oertle**, s. 19. Böylelikle netleştirmek gerekirse, ticari işletme kavramının tam karşılığını “Gewerbe”, hem tüzel kişi tacirin hem de onun tarafından işletilen ticari işletmenin belirtilmesi, böylelikle ticari bir girişimin ekonomik cephesini ortaya koymak için “Unternehmen”, hukuki açıdan bu işletmeyi işleten tüzel kişileri ifade etmek üzere de “Unternehmesträger” terimleri kullanılmaktadır. Rekabet Hukuku’nda ise , doğrudan doğruya hukuk öznelerinin ekonomik cephesi dikkate alındığı için yukarıdaki verilerden hareketle “teşebbüs” terimi tercih edilmekte, böylelikle Rekabet Hukuku’nun hukuki müesseselerden ziyade ekonomik oluşumlara ve dinamiklere ağırlık verdiği anlaşılmaktadır. Kuşkusuz ki, teşebbüs kavramı ekseninde yapılanmasına rağmen Rekabet Hukuku denetiminin öznesi ve yaptırımlarının konusu, söz konusu teşebbüsü işleten gerçek kişi veya tüzel kişi tacirdir. Tüzel kişilere hakim olan bağımsızlık ilkesi için bkz. aşa. § 9, I, B.

<sup>354</sup> **Von Büren**, s. 78; Karl **Hofstetter**, Corporate Governance im Konzern, Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht, Festschrift für Forstmoser zum 60. Geburtstag, Zürich, 2003, s. 303. Hukuken bağımsız konumda olan yavru ortaklıkların ekonomik açıdan bağımsız olmamaları, **Hofstetter’in** belirttiği üzere, yavru ortaklıkların alacaklılarının mağdur olmamaları için tepe ortaklıkların özel bir sorumluluk rejimine tabi tutulması gerekmektedir.

<sup>355</sup> Bağımlılık kavramının incelenmesi için bkz. § 9, I, B.

<sup>356</sup> **Von Büren**, s. 25, dn. 125.

üzere<sup>357</sup>, ortak girişim şirketinin hakim teşebbüslerden ayrı bir teşebbüs olması ile kontrole tabi olması, birbirleriyle çelişmez ; bilakis birbirlerini tamamlar.

#### d. Temel Sözleşme Ekseninde Yapılanma

Ortak kontrolün işleyişi, ortak girişimin iradesinin oluşumunda ortak kontrolü paylaşan hakim teşebbüsleri uzlaşmaya yöneltmektedir. Bu itibarla sermayeye katılmalı ortak girişimler, kuruldukları andan itibaren “*kilitlenmeye elverişli ortaklık*” konumundadır. Bu özellik, hakim teşebbüsler arasında ortak kontrolün oluşumunun ve icra edilmesinin ayrıntılarıyla düzenlenmesini gerektirir ki, bunun aracı temel sözleşmedir. Payları iki ortak arasında eşit bir şekilde paylaşılan ortak girişim şirketlerinde, temel sözleşmenin akdedilmesinin zorunlu olmadığına ilişkin görüş bir kenara bırakılırsa<sup>358</sup>, ortak kontrolün bir temel sözleşme ekseninde inşa edilmesi, kaçınılmaz bir ihtiyaçtır, aksi takdirde sermayeye katılmalı ortak girişimin kalıcılığı tesadüflere kalır.

Ortak kontrole tabi olan bir teşebbüsün hakim teşebbüslerden ayrı olması ve kalıcı bir ekonomik faaliyete yönelmesi, bu teşebbüsü tek başına sermayeye katılmalı ortak girişim haline getirmez. Aksi takdirde, payları iki ortak arasında paylaşılan her ortaklığın (iki kişilik ortaklık)<sup>359</sup> veya tesadüfi olarak ortak kontrole tabi olan her ortaklığın, ortak girişim olarak nitelendirilmesi gerekecektir. Sermayeye katılmalı ortak girişimin stratejik açıdan bir ekonomik birim niteliğini taşıdığı dikkate alındığında, bu stratejinin temel sözleşme ile tasarlandığı göz ardı edilmemelidir<sup>360</sup>. Bu ekonomik olgunun hukuki izdüşümü ise şu şekilde açıklanabilir : Sermayeye katılmalı ortak girişim, bağımsız bir ortaklığın kurulmasına zemin oluşturan bir temel sözleşme üzerine inşa edilir. Temel sözleşme, kurulmasına esas oluşturduğu ortaklığın ortakları arasında da hukuki ilişkiler kurulmasını sağlamakta<sup>361</sup>, böylelikle sermayeye katılmalı ortak girişimin çok katmanlı yapısının nüvesini

---

<sup>357</sup> bkz. a.ş. § 9, I, B.

<sup>358</sup> Bu görüşün eleştirel değerlendirilmesi açısından bkz. a.ş. § 9, III, A.

<sup>359</sup> Kavram için bkz. **Von der Crone**, Zweimannesgesellschaften, s. 37-38 ; **Poroy (Tekinalp/Çamoğlu)** No. 478c. Çok ortaklı bir ortaklığın ortak girişim olarak nitelendirilebilmesi için ilişkisinin bir temel sözleşme uyarınca yapılanması gereğine işaret eden **Na**, s. 14.

<sup>360</sup> **Djalali**, s. 12.

<sup>361</sup> **Na**, s. 12.



oluşturmaktadır<sup>362</sup>. Bu veriler ışığında, sermayeye katımlı ortak girişim, temel sözleşmede ifadesini bulan ve *joint venture/ ortak girişim* olarak adlandırılan stratejik bir ilişki ekseninde kurulan ve ortaklaşa kontrol edilen bir şirketin (ortak girişim şirketi) oluşumuna zemin oluşturur.

Rekabet Hukuku'na ilişkin açıklamalarda irdeleneceği üzere<sup>363</sup>, ekonomik oluşumların rekabet düzenine yönelik etkilerini denetleme amacını taşıyan ve endüstriyel ekonomiyle yakından ilintili olan Rekabet Hukuku'nda temel sözleşme yapılmadan da ortak girişimin oluşabileceği savunulsa da, sermayeye katımlı ortak girişimin Ortaklıklar Hukuku cephesini simgeleyen özellik, ortak girişim şirketinin de içinde yer aldığı ortak girişim sisteminin temel sözleşmede tasarlanması ve ortak girişim şirketinin bu temel sözleşme ekseninde yönetilmesidir<sup>364</sup>. Bu noktadan hareketle, birden çok hakim pay sahibi bulunan bir ortaklığın sermayeye katımlı ortak girişim olarak nitelendirilebilmesi için, bu teşebbüsün temel sözleşmenin oluşturduğu hukuki zemin üzerinde inşa edilmesi gerekmektedir. Bu itibarla, temel sözleşmenin bulunması da, sermayeye katımlı ortak girişimin esaslı unsurlarındandır.

## **G. Sermayeye Katımlı Ortak Girişimin ve Ortak Girişim Şirketinin Çeşitli Hukuki Müesseselerle Karşılaştırılması**

### **1. Avrupa Ekonomik Menfaat Gruplaşması**

Avrupa Topluluğu'nun, yürürlüğe koyduğu Avrupa Ekonomik Menfaat Gruplaşması Hakkında 2137/85 Sayılı Konsey Yönergesi<sup>365</sup>, Avrupa'da sınır ötesi bir işbirliği modeli yaratma düşüncesinin bir eseridir. Bu kurumun sermayeye katımlı ortak

---

<sup>362</sup> **Oertle**, bir ortak girişimden söz edilebilmesi için, hakim teşebbüslerle ortak girişimin faaliyet alanı arasında bir maddi bağıntı (*materielle Verknüpfung*) bulunması gerektiğini savunmaktadır; bkz. **Oertle**, s. 6.

<sup>363</sup> bkz. aşa. § 7, I, A.

<sup>364</sup> **Oertle**, s. 6; temel sözleşme yerine hakim pay sahipleriyle ortak girişim şirketinin menfaatleri arasında maddi bir bağıntının sermayeye katımlı ortak girişimin esaslı unsuru olduğu iddiasını ileri sürmektedir. Kanımızca yazarın yaklaşımı, hukuki bir unsurdan ziyade ekonomik bir unsur ortaya koymaktadır. Bu ekonomik unsurun hukuk alanındaki izdüşümü ise, temel sözleşmedir. Nitekim, ortak girişim şirketi, ancak hakim pay sahiplerinin ortak stratejisi ekseninde yapılandırıldığı ve yönetildiği zaman gerçek anlamda stratejik bir işbirliği modeline dönüşmektedir. Bu itibarla, temel sözleşmenin, sermayeye katımlı ortak girişimin esaslı unsuru olarak nitelendirilmelidir.

<sup>365</sup> ATRG. 31.07.1985, L199.

girişimle karşılaştırılmasına geçmeden önce belirtmek gerekir ki, ekonomik menfaat birliği modeli, hukuki olmaktan çok ekonomi bilimine özgü bir müessese niteliğini arz etmektedir. Ekonomik menfaat birliğinin bağımsız bir ekonomik birim olarak yapılanmaması ve bu kurumun faaliyet konusunun bir çok yönden sınırlandırılması, söz konusu kurumu sermayeye katılmalı ortak girişimler açısından elverişsiz kılmaktadır<sup>366</sup>.

Üye devletlerde mukim olan gerçek ve tüzel kişilerin sınır ötesi işbirliği yapmalarını güçleştiren faktörleri bertaraf etme amacıyla oluşturulan bu modelin, Kıta Avrupası ve Türk Tüzel Kişiler Hukuku'nda sınırlı sayı ile belirlenmiş olan tüzel kişilik tiplerinden herhangi birisinin çatısı altında örgütlenmesi söz konusu değildir. Söz konusu işbirliği, kurumsal bir yapıya sahip olmayacak, merkezinin bulunduğu ülkede oluşturulacak sicil nezdinde “ Avrupa ekonomik menfaat birliği “ olarak tescil edilecektir (Yönerge m. 6). Müessesenin sermayeye katılmalı ortak girişimlerden birinci belirgin farkı, kurumsal bir yapıdan yoksun olmasıdır<sup>367</sup>.

Ekonomik menfaat birliğine getirilen sınırlandırmalar, bu modelin, onu oluşturan teşebbüslerden bağımsız bir ekonomik birim oluşturmaya engeldir. Bu bağlamda, ekonomik menfaat birliğinin kazanç elde etme amacını izleyememesi ve münhasıran kurucularının faaliyetini kolaylaştırıcı bir işlev üstlenmek zorunda tutulması<sup>368</sup> (Yönerge m. 3/1), başka teşebbüslere iştirak edememesi (Yönerge m. 3/2/b), 500 kişiden fazla kimseyi istihdam edememesi (Yönerge m. 3/2/c) gibi unsurlar, ekonomik menfaat gruplaşmasının, hakim teşebbüslerden ayrı bir teşebbüs niteliğini kazanmasını ve kurumsallaşmasını engelleyen ve onu sermayeye katılmalı ortak girişimlerden ayıran özelliklerdir. Sırf bu özellikler dahi her iki kurum arasındaki farklılıkları ortaya koyduğundan, çalışmamızın sınırları itibariyle Avrupa ekonomik menfaat gruplaşmasına ilişkin ayrıntılara girilmeyecektir.

---

<sup>366</sup> Yukarıda dn. 200- 201'de incelendiği üzere, Avrupa ekonomik menfaat gruplaşması, kâr elde etme amacı gütmeyen kısmi işlevli ortak girişimler açısından elverişli bir işbirliği modeli olarak nitelendirilebilir.

<sup>367</sup> Bu yönde **Öztek** s. 36.

<sup>368</sup> Bu konuda özellikle bkz. Maurice **Cozian**/ Alain **Viandier**, *Droit des sociétés*, 10. Bası, Paris, 1997, s.525.

## 2. Birleşme

Birleşme, çeşitli sermaye ortaklıklarının tasfiye edilmeksizin külli halefiyet ilkesi ekseninde tek bir ortaklık haline gelmesi ve bu süreç sonucunda bu ortaklıkların pay sahiplerine, ortaya çıkan tek ortaklığın paylarının belirli bir ölçüye göre verilmesidir<sup>369</sup>.

Birleşmeler de sermayeye katılmalı ortak girişimler de ekonomik gücün yoğunlaşmasına hizmet eden müesseselerdir. Şu kadar ki, birleşmede, işbirliği yapan teşebbüslerin tüm hukuki varlığı, külli halefiyet ve tasfiyesiz infisah hükümleri uyarınca bir araya getirilirken, bu süreç sonucunda yeni bir teşebbüs ortaya çıkmaktadır. Böylelikle birleşme işlemi öncesindeki ortaklıklar –katılma yoluyla birleşmede katılan ortaklık hariç olmak üzere- birleşme işlemleri sonrasında mevcut olmamakta, bu ortaklıklar hukuki varlıklarını yeni ortaklık veya katılan ortaklığın tüzel kişiliğinde kaybetmektedir<sup>370</sup>. Sermayeye katılmalı ortak girişimlerde ise, hakim teşebbüsler, kaynaklarını kısmen bir araya getirmekte, ayrıca ortak girişim şirketinin kurulmasından sonra da bağımsızlıklarını sürdürmektedir<sup>371</sup>. Böylelikle, sermayeye katılmalı ortak girişimin birleşmeden karakteristik farklılığı, sermayeye katılmalı ortak girişimde ilgili teşebbüslerin bağımsız hukuki varlıklarını ve yoğunlaşma sonucunda oluşan ekonomik birim dışında farklı menfaatlerini korumaları ve sürdürmeleridir<sup>372</sup>.

---

<sup>369</sup> **Yasaman**, Birleşme, s. 7, **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, No. 141; **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku, s. 72, Peter **Altenburger** (Massimo **Calderon** / **Lederer** Werner, Schweizerisches Umstrukturierungsrecht, Zürich, 2004, s. 7.

<sup>370</sup> **Gansweid**, s. 25, **Altın Sieber**, s. 149.

<sup>371</sup> Bu fark için bkz. Lerzan **Yılmaz**, Birleşme ve Devralmalar, s. 159. Aksi takdirde, ortak girişim şirketinin hakim teşebbüslerin ortak kontrolünde yönetilmesi söz konusu olmazdı.

<sup>372</sup> **Donovan**, Antitrust Considerations, s. 282. Yazar, bu karakteristik farklılığı, “ilgili teşebbüslerin özgün kimliğini korumaları” şeklinde ortaya koymaktadır. Kanımızca bu karakteristik farklılığı mutlak bir şekilde algılamamak gerekir : Sermayeye katılmalı ortak girişim şirketi kurulmadan önce tek bir pazarda faaliyet gösteren ve ortak girişimin kurulmasıyla hakim teşebbüs konumuna yerleşen hakim teşebbüsün ortak girişim şirketi kurulduktan sonra bu pazardaki faaliyetini sona erdirmesi ve münhasıran ortak girişime katılmak dışında herhangi bir ekonomik faaliyet yürütmemesi, böylelikle saf bir katılım şirketi olarak faaliyetini yürütmesi mümkün olabilir. Bu olasılıkta, hakim teşebbüsün, ortak girişim şirketinden bağımsız nitelikte olan, ortak girişim şirketinin amacı dışında kalan başkaca ekonomik amaçlar izlemesi söz konusu olmayacaktır. Bu olasılıkta hakim teşebbüsün konumu, özellikle sermayeye katılmalı ortak girişimin Rekabet Hukuku açısından değerlendirilmesinde önem taşımaktadır.

### 3. Bağlı Ortaklık

Aşağıda<sup>373</sup> şirketler Topluluğu Hukuku ışığında ortak girişim şirketinin bir bağlı ortaklık niteliğini taşıyıp taşımadığı sorunu ve ortak girişim şirketinin şirketler topluluğuna dahil edilmesi meselesi ayrıntılı olarak ele alınacaktır. Ancak bu noktada kısaca belirtmek gerekirse, bağlı ortaklıklar, tekil kontrole tabi iken, sermayeye katılmalı ortak girişim bünyesinde kurulan ortak girişim şirketi ise ortak kontrole tabi olan bir ortaklıktır. Her iki müesseseyi birbirinden ayıran temel özellik, kendisini bu noktada göstermektedir. Bu özelliğe bağlı olarak, şirketler topluluğu bünyesinde yer alan tüm ortaklıklar, ekonomik bir bütün oluştururken, sermayeye katılmalı ortak girişim, hakim teşebbüslerle bir ekonomik bütün oluşturmaz<sup>374</sup>; bilakis bağımsız bir ekonomik birim oluşturur. Bu noktada, bağımsızlıktan kasıt, ortak girişim şirketinin haim teşebbüslerden ayrı bir teşebbüs oluşturmasıdır.

### 4. Adi Ortaklığın Çeşitli Görünüm Biçimleri

Adi ortaklıklar, esnek hukuki yapıları itibariyle kişiler arasında kurulan işbirliğine ilişkin hukuki düzende önemli bir yer tutmaktadır. Bu görünüm biçimleri arasında sözleşmesel ortak girişim, kartel ve konsorsiyum yaygın uygulama alanına sahip olan oluşumlardır.

İlk aşamada, ortak girişimin ayrı kategorilerini oluşturan sözleşmesel ve sermayeye katılmalı ortak girişimlerin karşılaştırılmasında yarar vardır. Sözleşmesel ortak girişimlerin hukuki yapısına ilişkin incelemelerimizde, bu oluşumların yalın bir sözleşmesel ilişkiden ibaret olduğunu, ortakların müşterek mülkiyetine tahsis edilmiş bir malvarlığına sahip olmadığını, ortaklarının müşterek yönetimlerine tabi olduğunu ve bu işbirliği modelinin genellikle tek bir iş geçici işler için tercih edildiğini ortaya koymuştuk<sup>375</sup>. Buna karşılık sermayeye katılmalı ortak girişimler; temel sözleşmeden, bu sözleşme ekseninde yapılan ortak girişim şirketinden ve hakim teşebbüslerle ortak girişim şirketi arasında akdedilen uydu sözleşmelerinden oluşması itibariyle çok katmanlı bir hukuki yapıya sahiptir. Böylelikle ortak girişimin

---

<sup>373</sup> bkz. aşa. §13, I.

<sup>374</sup> Altın Sieber, s. 150.

<sup>375</sup> bkz. aşa. § 1, II, A, 1.

iki türü, hem hukuki yapıları hem de ekonomik işlevleri itibariyle birbirinden farklılaşmaktadır.

Kökeninde yer alan temel sözleşmenin adi ortaklık sözleşmesi niteliğinde bulunduğu dikkate alındığında, sermayeye katılmalı ortak girişimin, adi ortaklığın sözleşmesel ortak girişim dışında kalan diğer görünüm biçimleriyle de karşılaştırılmasında yarar vardır. Ancak biz bu karşılaştırmaya bu noktada değil, temel sözleşmeye ilişkin değerlendirmelerimizde yer vereceğiz<sup>376</sup>. Zira, adi ortaklığın çeşitli görünüm biçimleriyle karşılaştırılması gereken, esasında sermayeye katılmalı ortak girişim değil, bu müessesenin özünde yer alan temel sözleşmedir.

---

<sup>376</sup> bkz. a.ş.a. § 8, I, B, 4.

**İkinci Bölüm**  
**SERMAYEYE KATILMALI ORTAK GİRİŞİMLERİN HUKUKİ KONUMU**  
**VE TEMEL YAPISI**

**§ 5. Hukuki Konumun Belirlenmesinde Temel Yaklaşımlar**

Sermayeye katımlı ortak girişimin esaslı unsurları, bu hukuki müesseseyi üç hukuk disiplininin ortak alanına yerleştirmektedir : Borçlar Hukuku, Ortaklıklar Hukuku ve Rekabet Hukuku. Kökeninde bir Borçlar Hukuku sözleşmesi olan temel sözleşmenin yer alması karşısında Borçlar Hukuku; ortak girişim şirketi olarak adlandırılan bir şirketin kurulmasını beraberinde getirmesi ve ortak kontrole tâbi olması itibariyle Ortaklıklar Hukuku ve nihayet, ilgili teşebbüslerin ve pazarın yapısında meydana getirdiği değişiklikler nedeniyle Rekabet Hukuku, sermayeye katımlı ortak girişimi çevreleyen hukuki sorunların kaynağını oluşturmaktadır.

Bu bağlamda, sermayeye katımlı ortak girişim varlığını sürdürdüğü müddetçe hakim teşebbüsler arasında kurulan temel sözleşmenin etkisini sürdürmesi ve ortak girişim şirketini biçimlendirmesi; hakim teşebbüslerin birbirleriyle ve ortak girişim şirketiyle olan ilişkiler, hatta bu şirketi ortaklaşa kontrol etmeleri nedeniyle giderek üçüncü kişilere karşı üstlendikleri sorumluluk açısından, sermayeye katımlı ortak girişimlerin Borçlar Hukuku penceresinden ele alınmasını gerekli kılmaktadır. Bu itibarla, sermayeye katımlı ortak girişimlere özgü sorunların değerlendirilmesinde Borçlar Hukuku problemiği daima dikkate alınmalıdır.

Diğer yandan, sermayeye katımlı ortak girişimlerin Ortaklıklar Hukuku ile Rekabet Hukuku'nun kesişim alanına özgü sorunlar doğurduğu da göz önüne alınmalıdır. Bu yaklaşım, şu şekilde somutlaştırılabilir: Sermayeye katımlı ortak girişimin oluşumu, bir ortak girişim şirketinin varlığını zorunlu kılmaktadır. Bu şirket, ortak kontrole tabi bir şirkettir. Bu açıdan, sermayeye katımlı ortak girişimlere özgü Ortaklıklar Hukuku problemiğinin ardında, ortak kontrol ilişkisi yatmaktadır. Rekabet Hukuku ise, doğrudan doğruya sermayeye katımlı ortak girişimin ekonomik etkileriyle ilgilenmektedir. Bir sermayeye katımlı ortak girişim kurulduğunda, hem hakim teşebbüslerin yapısında bir değişiklik meydana gelmekte;

hem de yeni bir ekonomik birim olan sermayeye katılmalı ortak girişim şirketinin oluşumu, pazarın yapısında değişiklik yaratmaktadır.

Görünüşte, Ortaklıklar Hukuku'nun ve Rekabet Hukuku'nun ele aldığı "sermayeye katılmalı ortak girişim" problemlerinin birbiriyle bir ilintisinin olduğu tespit edilememektedir. Oysa, bu müessesenin bu iki hukuk disiplininin kesişim alanında yer almasının nedeni, sermayeye katılmalı ortak girişimin her iki alanda yarattığı hukuki sorunların odağında, kontrol kavramının bulunmasıdır. Zira, her iki disiplinin kontrol kavramına yaklaşımını birbirinden bağımsız ve ilgisiz şekilde incelemek, sermayeye katılmalı ortak girişimlere özgü hukuki sorunların doğru tespit edilmesini ve sağlıklı bir çözüme kavuşturulmasını önleyecektir.

Bu noktadan hareketle, sermayeye katılmalı ortak girişimlerin Ortaklıklar Hukuku'ndaki ve Rekabet Hukuku'ndaki konumları, ilk aşamada ayrı ayrı olarak ele alınacaktır. Bu sayede, bir sonraki aşamada, sermayeye katılmalı ortak girişimin hukuki yapısı, bu iki hukuk disiplininin verileri ışığında irdelenebilecek, bir sonraki bölümde ise her iki hukuk disiplini arasında köprü oluşturan ortak kontrol kavramı incelenebilecektir.

## **§ 6. Ortaklıklar Hukuku'nda Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimler**

### **III. Ortaklık Tiplerinin Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimlere Elverişliliği**

#### **A. Genel Yaklaşım**

Genel olarak, sermayeye katılmalı ortak girişimin herhangi bir ortaklık tipinin çatısı altında kurulmasına engel yoktur. Sözleşme özgürlüğü prensibinin Ortaklıklar Hukuku'ndaki yansımalarından birisi de, kurucuların ortaklık tipinin seçilmesinde özgür iradeleriyle hareket edebilmelerinde kendisini göstermektedir. Bu ilke, sermayeye katılmalı ortak girişimler bünyesinde kurulan ortak girişim şirketi bakımından da geçerlidir. Bununla birlikte, kamu menfaati açısından özellik arz

eden ve bu nedenle regülasyona<sup>377</sup> tabi olan faaliyetlere ilişkin düzenlemelerde, belirli bir faaliyeti yürütecek olan öznelere belirli bir şirket tipini tercih etmeleri zorunlu kılınmaktadır. Örnek olarak bir bankayı veya aracı kurumu ortak girişim şirketi olarak yapılandırmak isteyen kişiler, anonim ortaklık tipini tercih etmekle yükümlüdür (BankK.m. 7/1 bent (a), SerPK.m.33/a ). Ancak, bu tür istisnalar dışında hakim teşebbüsler, ortak girişim şirketini tip serbestisi ilkesi çerçevesinde tercih edecekleri tipte yapılandırabileceklerdir.

Belirli bir ekonomik faaliyetin yürütülmesine yönelik olarak tercih edilecek olan ortaklık tipi, söz konusu faaliyetin organizasyonuna ve yönetimine doğrudan doğruya etki etmektedir<sup>378</sup>. Bu nedenle, ortaklık tipinin seçilmesinde, ortak girişim şirketinin en az iki kişinin ortak hakimiyetinde bulunduğu ve baştan itibaren kilitlenmeye elverişli olduğunu göz ardı etmemek gerekir.

Tip seçme serbestisi, sermayeye katılmalı ortak girişim açısından hangi ortaklık tipinin elverişli olduğu meselesini ortaya çıkarmaktadır. Bu işbirliği modelinin asli amaçlarından birisi riskin paylaşılması olduğuna göre, hakim ortakların ortaklık tipine yönelik tercihlerinde, ortaklık tipini çevreleyen sorumluluk rejimi önem kazanmaktadır. Zira, hakim teşebbüslerin riski göğüsleyebilmeleri, büyük ölçüde sorumluluklarının sınırlandırılmasına bağlıdır.

Sermayeye katılmalı ortak girişimler bakımından tezimiz, bu işbirliği modelinin başarıya ulaşabilmesi ve rekabet potansiyeli güçlü bir teşebbüse dönüşebilmesinin, kaçınılmaz olarak kurumsallaşmaktan geçtiği yönündedir. Bu itibarla, tercih edilecek ortaklık tipinin elverişli bir sorumluluk rejimini beraberinde getirmesi yeterli olmayacak, aynı zamanda söz konusu tipin hakim ortakların ortak girişim şirketini kişiselleştirme eğilimlerini bir ölçüde frenleyecek özellikte olması gerekecektir. Kanımızca, sermayeye katılmalı ortak girişimlerin hukuki açıdan istikrarı, hakim pay sahiplerinin ortak girişim şirketini kişiselleştirme eğilimleri ile

---

<sup>377</sup> Regülasyon, modern hukukun gelişen kavramlarından birisi olup, belirli bir pazarın kamu açısından arz ettiği önem itibarıyla özellikli bir düzenlemeye ve denetime tabi tutulması anlamına gelmektedir. Ekonominin işleyişi açısından kritik önem taşıyan bu pazarlara ilişkin hukuki rejimin çerçevesi bir kanun ile belirlenirken (örneğin Bankalar Kanunu, Sermaye Piyasası Kanunu, Telekomünikasyon Kanunu gibi) bu çerçevenin içeriği, pazarı düzenlemek üzere kurulan bağımsız idari otorite tarafından çıkarılan ikincil düzenlemelerle doldurulmaktadır.

<sup>378</sup> **Fatih Bilgili**, İsviçre ve Alman Hukuku Işığında Türk Ortaklıklar Hukuku'nda Gizli Ortaklık İlişkileri, Ankara, 2003, s. 29.



ortak girişim şirketinin “ kurumsallığı ve hakim teşebbüslerden ayrı bir ekonomik birim olma” özellikleri arasında sağlıklı bir denge kurulmasına bağlıdır. Hukuki istikrardan kasıt, ortak girişim sisteminin unsurları ( hakim teşebbüsler ve ortak girişim şirketi) arasında hukuki ihtilafların ortaya çıkmasının önlenmesi, ortak girişim şirketinin basiretli bir tacir gibi hareket etmesi (TTK.m. 20/2) ve de bu şirketin kurumsal bir şekilde yapılandırılması ve yönetilmesidir.

Çalışmamıza esas teşkil eden temel çıkış noktası, sorumluluğa ilişkin yaklaşımın limited ve anonim ortaklıklar dışında kalan tüm ortaklıkları, kurumsallaşma özelliğinin ise anonim ortaklık dışında kalan tüm ortaklık tiplerini dışladığı görüşüdür. Bu aşamada, anonim ortaklığın da tüm yönleriyle ortak girişim şirketine uygun bir yapı arz edip etmediği araştırılmalıdır. Diğer yandan, anonim ortaklık dışında kalan ortaklık tiplerinin, sorumluluk ve kurumsallaşma ögeleri dışında belirli özellikleri itibariyle ortak girişim şirketleri bakımından elverişli olup olmadığının araştırılması, bu yönde olumlu sonuçlara bu özelliklerden yararlanılarak giderilip giderilemeyeceği de irdelenmelidir.

Bu incelemeler çerçevesinde, Türk Hukuku’nda ortaklık tipolojisine egemen olan *numerus clausus* ilkesi çerçevesinde tercih edilmesi mümkün olmayan, bununla birlikte Fransız Hukuku’nda büyük rağbet gören basitleştirilmiş paylı ortaklıkların sermayeye katılmalı ortak girişimlere yatkın bir yapı arz edip etmediği de araştırılacaktır.

Tüm bu hukuki sorunlar, aslında anonim ortaklıkların sermayeye katılmalı ortak girişimlere elverişliliğinin bir bütün olarak saptanması amacıyla yönelik olarak irdelenecektir. Zira, uluslararası ticarete ve bu çerçevede sermayeye katılmalı ortak girişimlerde çoğunlukla anonim ortaklıkların tercih edilmesinin<sup>379 380</sup> yerindeliği araştırılmalı ve temellendirilmelidir. Bu ekseninde yapılacak incelemeler sonucunda elverişlilik açısından elde edilecek veriler, ilerleyen bölümlerde Anonim Ortaklıklar

---

<sup>379</sup> Bu yönde bkz. Rudolf **Tschäni** , M& A Transaktionen nach Schweizer Recht, Zürich, 2003, s. 294.

<sup>380</sup> Bu noktada, Alman Hukuku’nda, ortak girişimlerin önemli bir çoğunluğunun limited ortaklık olarak yapılandığı önemle vurgulanmalıdır. Bu olgu, bir yandan Alman Hukuku’nda anonim ortaklığın çifte yönetim yapısı, işçilerin yönetime katılması gibi kategorik özelliklerinden diğer yandan da paysahipleri sözleşmesinin yer aldığı yan ortaklık düzeninin limited ortaklıklar çevresinde oluşmasından kaynaklanmaktadır.

Hukuku düzleminde sermayeye katılmalı ortak girişimlerin arz ettiği hukuki sorunlar irdelenirken göz önünde bulundurulacaktır.

## B. Adi Ortaklıklar

Adi ortaklık, en az iki kişinin müşterek bir amaç ekseninde emeklerini, ticari itibarlarını veya sahip oldukları malvarlığı unsurlarını birleştirdikleri ve bu amaca erişmek için bilfiil çaba göstermeyi taahhüt ettikleri, bu birliği oluşturan kişilerin tüm borçlarından müteselsilen sorumlu bulunduğu, tüzel kişiliği bulunmayan kişi birliğidir<sup>381</sup>. Adi ortaklık ilişkisinin sözleşmesel yapıya dayanması, bu ilişkide de tarafların iradelerinin karşılıklı olmasını gerektirir. Bununla birlikte diğer borç sözleşmelerinden farklı olarak adi ortaklığın karakteristik özelliği, tarafların edimlerini değil tokuş etmemeleri, bilakis bu edimleri müşterek amaç doğrultusunda birleştirmeleridir<sup>382</sup>.

Adi ortaklıklarda, mevcut bulunması halinde ortaklık malvarlığı üzerinde ortakların elbirliğiyle mülkiyete sahip olması ve müteselsil sorumluluk rejimi, ortaklar arasında oldukça sıkı ilişkilerin kurulmasına zemin hazırlamaktadır<sup>383</sup>. Kişi birliğini oluşturan özneler arasındaki bu sıkı ilişki, kişisel öğelerin ortaklığı kuşatmasına zemin hazırlamaktadır.

Türk Hukuku'nda adi ortaklıklar, tüzel kişiliği bulunmayan yegane ortaklık tipidir. Bu özelliği, adi ortaklığın kuruluş ve tasfiye sürecini diğer ortaklık tiplerine nazaran nispeten kolaylaştırmakta ve hızlandırmaktadır. Adi ortaklığın, iktisadi olmayan amaçlara yönelik olarak faaliyet göstermesi söz konusu olabileceği gibi, iktisadi gayeyle kurulması ve bu çerçevede bir ticari işletme işletmesi de mümkündür<sup>384 385</sup>.

<sup>381</sup> Adi ortaklığa yönelik kavramsal yaklaşımlar için özellikle bkz. **Barlas**, Adi Ortaklık Temeli, s. 13; **Doğanay**, s. 5, **Poroy (Tekinalp/Çamoğlu)** No. 70a.

<sup>382</sup> Hartwig **Sprau**, Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 61. Auflage, München, 2002, § 705, No.13.

<sup>383</sup> **Sprau**, Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, § 705, No. 5.

<sup>384</sup> Bu yönde, **Poroy (Tekinalp/Çamoğlu)**, No. 78. **Karayalçın**, (Şahıs Şirketleri, s. 132) adi ortaklıkların geçici nitelikli bir kişi birliği olduğunu ve bu nedenle bu ortaklıkların ticari işletme kurmalarının ve işletmelerinin mümkün olmadığı görüşündedir. Kanımızca bu görüşe katılmak mümkün değildir. Her ne kadar adi ortaklığın kurumsal bir yapıya sahip olmaması ve ortakları açısından sorumluluğun sınırlandırılmaması, ekonomik açıdan adi ortaklıkların sürekli ilişkilerde tercih edilmemesini mantıklı kılsa da, bu olgu, adi ortaklıkların sürekli ilişkiler için tercih edilmesine ve ticari işletme işletmelerine engel oluşturmamaktadır.

Adi ortaklıklar, esnek bir hukuki yapıya sahiptir. Adi ortaklıklara ilişkin düzenlemelerde emredici hükümlerin azlığı, ortakların ortaklığın hukuki yapısını belirleme özgürlüklerini genişletmektedir. Bu yönüyle, bu ortaklık tipinin, ortakların kişisel etkilerinin yoğun etkisi altında bulunan sermayeye katılmalı ortak girişimlere elverişli olduğu düşünülebilir. Bununla birlikte, ortaklığın bir tüzel kişiliği haiz bulunmaması ve ortaklığın borçlarından dolayı ortakların birinci derecede , müteselsil olarak ve tüm malvarlıklarıyla sorumlu tutulmaları, ortak girişimlerin stratejik risk içeren bir faaliyeti yürütmek üzere kuruldukları dikkate alındığında ciddi bir dezavantaj teşkil etmektedir<sup>386</sup>. Ancak bu olgular, ortak girişim şirketinin adi ortaklık olarak kurulmasını önlemez, sadece adi ortaklığı bu müessese açısından elverişsiz kılar.

Oysa, ortak girişim şirketinin adi ortaklık olarak kurulmasını önleyen nokta, sermayeye katılmalı ortak girişimin iki katmanlı hukuki yapısından ileri gelmektedir. Hakim teşebbüsler arasındaki temel sözleşme, ortak girişim şirketinin kurulmasını ve ortaklaşa kontrol edilmesini sağlama işlevini üstlenmektedir ve kanımızca bir adi ortaklık sözleşmesi niteliğindedir<sup>387</sup>. Sermayeye katılmalı ortak girişimin adi ortaklık olarak kurulması varsayımında, temel sözleşme tahtında oluşacak adi ortaklık ile sermayeye katılmalı ortak girişimin çatısını oluşturacak adi ortaklığın birbirinden bağımsız hukuki ilişkiler ve yapılar oluşturması mümkün olmayacaktır. Buna bağlı olarak, sermayeye katılmalı ortak girişimlere özgü çifte katmanın meydana gelmesi söz konusu olmayacaktır. Zira, bu varsayımında, temel sözleşmeyi ve ortak girişim

---

<sup>385</sup> İsviçre Hukuku'nda ise adi ortaklıkların ticari işletme işletemeyeceği kabul edilmekte, ticari işletme işleten adi ortaklıklar, kolektif ortaklıklara ilişkin hukuki rejime tabi kılınmaktadır; bu konuda bkz. Arthur **Meier-Hayoz**/ Peter **Forstmoser**, Grundriss des schweizerischen Gesellschaftsrechts, 7. Bası, Bern,1993, s. 199.Nitekim. İsviçre Hukuku'nda kolektif ortaklıkların tüzel kişiliği haiz bulunmadığı göz ardı edilmemelidir. Buna karşılık, ortakları arasında tüzel kişi bulunan adi ortaklıkların, ticari işletme işletmeleri halinde kolektif ortaklıkların hukuki rejimine göre değerlendirilmeleri mümkün olmamaktadır, çünkü İsviçre Hukuku'nda da (İBK.m. 552), Türk Hukuku'nda (TTK.m.153) olduğu gibi tüzel kişilerin kolektif ortaklığa ortak olmaları mümkün değildir. Bu nedenle, ortakları arasında tüzel kişiler bulunan adi ortaklıkların, ticari işletme işletilmesine ilişkin yasağa aykırı hareket etmelerine rağmen adi ortaklık olarak nitelendirilmesi zorunlu olmaktadır; **bkz. Oertle**,s. 32. Görüldüğü üzere, İsviçre Hukuku'nda adi ortaklıklara getirilen ticari işletme kurma ve işletme yasağının bu şekilde delinmesi, tüzel kişilerin taraf olduğu adi ortaklıkların, özellikle stratejik işbirliği (*strategic alliance*) olarak adlandırılan modern işbirliği örgütlenmelerinin giderek yaygınlaşması karşısında, bir anlamda istisnanın kurala dönüşmesine yol açmaktadır. Açık bir anlatımla, İsviçre Hukuku'nda adi ortaklıkların önemli bir çoğunluğu bu nedenle ticari işletme işletebilmektedir.

<sup>386</sup> Aynı yönde **Oertle**, s. 33.

<sup>387</sup> Bu yöndeki değerlendirmeler için bkz. aşa. § 8, I, B, 3.

şirketinin kökeninde yatan ortaklık sözleşmesini ayrı ayrı düzenlemek söz konusu olmayacaktır, çünkü adi ortaklıklarda bunlar özdeştir. Bu nedenle, adi ortaklığın ortak girişim şirketine elverişli olmadığı kanaatindeyiz<sup>388</sup>.

Teorik bir olasılık olarak, taraflar arasındaki ortak girişim ilişkisinin ayrı bir sözleşmeyle düzenlenmesi, buna karşılık taraflar arasında ayrıca bir de ortak girişim şirketini düzenlemek üzere ikinci bir sözleşmenin akdedildiği varsayımında dahi, bu olasılıkta ortak girişim şirketi olarak kurulan adi ortaklık, her iki sözleşmeye birden tabi olacaktır ki, bu tür bir yöntemin sermayeye katılma kavramıyla bağdaşmadığı açıktır.

### C. Diğer Kişi Ortaklıkları

İlk olarak, kolektif ortaklıkların ve adi komandit ortaklıkların, artık pek tercih edilmeyen ortaklık tipleri olduğunu, sermayesi paylara bölünmüş komandit ortaklığın ise hiç tercih edilmediğini kaydetmekte yarar vardır. Buna rağmen, söz konusu ortaklık tiplerinin neden sermayeye katılmalı ortak girişimlere uygun olmadığı kısaca ortaya konulacak, ardından limited ortaklıklara değinilecektir.

**Kollektif ortaklıkların** ortak girişimler açısından değerlendirilmesi gereken ilk özelliği, bu ortaklıkların ortaklarının gerçek kişi olmalarına ilişkin zorunluluktur (TTK.m. 153). Bizzat bu hüküm dahi, sermayeye katılmalı ortak girişimlerin stratejik ekonomik birim niteliğini taşıması ve özellikle tüzel kişi tacirler arasında yaygın bir şekilde kullanılan bir işbirliği modeli olması karşısında, kolektif ortaklığın tipinin ortak girişimler açısından elverişsiz olduğunu ortaya koymaktadır<sup>389</sup>. Buna rağmen, sermayeye katılmalı ortak girişimlerin gerçek kişiler tarafından da kurulabileceği dikkate alındığında, kolektif ortaklıkların diğer özelliklerinin elverişliliği sınanmalıdır.

---

<sup>388</sup> Aksi görüşte **Tekinalp/Tekinalp**, Joint Venture, s. 166, **Barlas**, Adi Ortaklık Temeli, s. 199, **Öztürk**, Ortak Girişim, s. 21.

<sup>389</sup> Bu yönde TTK m. 153 hükmünde değişiklik yapılması ve böylelikle ortak girişimler açısından yeni bir alternatif yaratılması görüşü, öğretileri sürülmüştür; bkz. Ünal **Tekinalp**, Kollektif Ortaklık, 40. Yılında Türk Ticaret Kanunu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku ile Deniz Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyelerinin ve Araştırma Görevlilerinin Değerlendirmeleri, İstanbul, 1997, s. 56. Ancak, TTK.m. 153'e karşılık gelen TTK Tasarısı m. 211'de bu yönde bir değişikliğe yer verilmemiş, yine kolektif ortaklığın gerçek kişiler arasında kurulacağı öngörülmüştür.

Ortakların gerçek kişi olması zorunluluğu dışında, sermayeye katılmalı ortak girişimler açısından kollektif ortaklıkların elverişliliğini zedeleyen bir diğer olgu, bu ortaklık tipini kuşatan sorumluluk sistemidir (TTK.m. 178-182). Ortaklığın borçlarından dolayı birinci derecede ortaklığın sorumlu kılınmasına rağmen (TTK.m. 179/1), ortaklığın borçlarının ortaklık kaynaklarından karşılanamaması halinde ortaklar, ortaklığın borçlarının tamamından müteselsilen ve tüm malvarlıklarıyla sorumlu tutulmaktadır (TTK.m. 178/1). Ayrıca, belirli koşulların gerçekleşmesi halinde, ortaklığın borçlarının ödenmemesinden dolayı ortakların şahsen iflasına karar verilmesi de öngörülmüştür (TTK.m. 182/1).

Sermayeye katılmalı ortak girişimlerin büyük risklerin tasfiye edilmesine hizmet etmesi nedeniyle, bu oluşumların varlığını sürdürmesi, ekonomi biliminde riskin henüz ortak girişim kurulurken saptanmasına ve mümkün olduğunca sınırlandırılmasına bağlanmaktadır<sup>390</sup>. Risk ne kadar sınırlandırılırsa sınırlandırılısın, sermayeye katılmalı ortak girişimlerde hakim ortakların ortak girişime tahsis ettikleri kaynaklar, daima tehlike altındadır. Oysa kollektif ortaklıklar, sadece hakim ortakların sermaye paylarını değil, sorumluluk rejimi itibariyle onların tüm malvarlıklarını da tehdit etmektedir. Bu nedenle, kollektif ortaklıklar, sermayeye katılmalı ortak girişimlere elverişli değildir.

**Adi komandit ortaklıklarda**, ortaklık borçlarından dolayı ortaklardan bir kısmının sorumluluğu belirli bir sermayeyle sınırlı iken (komanditer ortak) ortakların komandite ortak olarak adlandırılan diğer kısmı, şirketin borçlarından dolayı tüm malvarlığıyla sorumludur (TTK.m. 243). Komandite ortakların gerçek kişi olması zorunlu tutulmuştur (TTK.m. 243/3).

Komanditer ortağın sorumluluğu, münhasıran şirkete taahhüt ettiği sermaye miktarıyla sınırlı iken (TTK.m. 258), komandite ortak, şirket borçlarının şirket varlıklarıyla karşılanmayan kısmından, tüm malvarlığıyla sorumludur (TTK.m. 264).

---

<sup>390</sup> Ulaş, s. 76.

TTK. m. 247, ortaklar arasındaki ilişkilerin şirket sözleşmesinde düzenlenmesine imkan tanımaktadır. Kollektif ortaklıklarda olduğu gibi (TTK.m. 155/2), komandit ortaklıklarda da, ortakların şirket sözleşmesini BK.m. 19 ve 20 hükümlerinin getirdiği sınırlar dahilinde özgürce biçimlendirmeleri mümkün olabilecektir.

Adi komandit ortaklıklara özgü yönetim rejimi de, ortak girişimlerin arz ettiği hukuki ihtiyaçlara cevap vermekten uzaktır. TTK. m. 257 uyarınca, sadece komandite ortaklar şirketi yönetmeye ve temsile yetkilidir; komanditer ortaklar ise şirket sözleşmesinde aksine hüküm bulunmadıkça bağlı tacir yardımcısı olarak atanabilecektir (TTK.m. 257/2).

Komandit ortaklığın bu özellikleri dikkate alındığında, hakim teşebbüslerin tümünün şirkette komandite ortak olarak yer almaları ve bazı saman adamların komandit ortak konumunda bulunması, hakim teşebbüsler açısından kollektif şirkette ortaya çıkan durumdan farklı bir durum yaratmayacaktır. Diğer yandan, bir saman adamın komandite ortak olarak şirkette yer alması, hakim teşebbüslerin ise komandit ortak konumunda bulunmaları, hayatın gerçekleriyle ve ortak girişimin kökeninde yatan ortak kontrol mantığıyla örtüşmemektedir.

Tüzel kişilerin komandite ortak olamaması, yönetim düzeni ve farklı kategorideki ortaklar için farklı bir sorumluluk rejiminin getirilmesi, adi komandit ortaklıkların da sermayeye katılmalı ortak girişimler bakımından uygun bir model oluşturmadığı düşüncesini desteklemektedir.

**Sermayesi paylara bölünmüş komandit ortaklık** ise, bir veya bir kaç ortağın ortaklığın alacaklılarına karşı kollektif şirket ortağı gibi, diğer ortaklarının ise anonim ortaklık ortağı gibi sorumlu olduğu bir sorumluluk rejimi ekseninde örgütlenmiştir (TTK.m 475). TTK.m. 476, ortaklığın kısmen adi komandit ortaklık kısmen de anonim ortaklık rejimine tabi olduğunu ortaya koymaktadır.

Komandit ortaklığın bu türü, sermayenin tabana yayılmasında anonim ortaklığa alternatif oluşturması amacıyla adi komandit ortaklıkla anonim ortaklığın bileşiminden meydana gelen, bu itibarla deyim yerindeyse kendi hukuk karakterini bulamamış bir ortaklık tipidir.

Gerek ortakların sorumluluk rejimi arasındaki dengesizlik, gerek ortaklığın aynı anda iki ayrı ortaklığın hukuki rejimine tabi kılınması olguları, sermayesi paylara bölünmüş komandit ortaklıkların sermayeye katılmalı ortak girişimler açısından elverişli olmadığını belirlemektedir. Nitekim bu ortaklık tipine uygulamada hemen hiç başvurulmaması da, bu ortaklık tipinin kurumsal işbirliğine uygun olmadığı görüşünü doğrulamaktadır.

**Basitleştirilmiş paylı ortaklık** (*société par actions simplifiée*), Fransız Hukuku'na özgü bir ortaklık tipidir ve hukukumuzda kabul edilmemiştir. Türk Ortaklıklar Hukuku'nda ortaklık tipolojisi bakımından *numerus clausus* ilkesinin benimsenmesi karşısında, Türk Hukuku'nda bir sermayeye katılmalı ortak girişimin basitleştirilmiş paylı ortaklık olarak kurulması mümkün değildir. Bununla birlikte, söz konusu ortaklık tipinin sermayeye katılmalı ortak girişimler açısından elverişli bir model olduğu tespit edilebilirse, bu tespit, Türk Hukuku'nda bu ortaklık tipinin kabul edilebilmesi açısından *de lege feranda* önem taşıyacaktır.

Fransız Hukuku'nda basitleştirilmiş paylı ortaklık, anonim ortaklıkların ortak girişimler açısından gereken esnekliğe sahip olmamaları nedeniyle oluşturulmuş bir ortaklık tipidir<sup>391</sup>. Fransız Anonim Ortaklıklar Hukuku'nun katı düzenleniş tarzı, sözleşme serbestisi anlayışına sınırlı olarak imkan tanıdığından ve işbirliği yapmak isteyen teşebbüslerin “ortaklığı şekillendirme” gayeleriyle örtüşmediğinden, basitleştirilmiş paylı ortaklıklar ortaya çıkmıştır<sup>392</sup>.

Basitleştirilmiş paylı ortaklıklarda, ortaklığın yapısı, doğrudan doğruya pay sahiplerinin kişisel beklentileri yönünde biçimlendirilebilmekte, özellikle ortak girişimlerin yönetiminde hakim ortakların ortak kontrolünü tesis etmeye yönelik düzenlemelere yer verilebilmektedir<sup>393</sup>. Bu özelliği itibarıyla basitleştirilmiş paylı ortaklıklar, gerçekten de sermayeye katılmalı ortak girişimlerde temel sözleşmenin ortak girişim şirketini kişiselleştirme özelliğine uygun düşmektedir. Anonim ortaklık olarak yapılandırılan sermayeye katılmalı ortak girişimlerde ortaklığın

---

<sup>391</sup> **Cozian/ Viandier**, s. 413.

<sup>392</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Müge **Tekil**, Fransız Ortaklıklar Hukuku'nda Bir Yenilik, Basitleştirilmiş Paylı Ortaklık, Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul, 1998, s. 613-614.

<sup>393</sup> Fahiman **Tekil**, Adi- Kollektif- Komandit, s. 102-103, **Cozian/Viandier**, s. 416.

kişiselleştirilmesi, pay sahipleri sözleşmesinin bir görünüm biçimini oluşturan<sup>394</sup> temel sözleşme marifetiyle gerçekleşmektedir. Uygulama, Anonim Ortaklıklar Hukuku'nun emredici hükümlerin karakterize ettiği katı yapısına rağmen, temel sözleşmelerde çok yönlü düzenlemelere yer vererek ortak girişim şirketini kişiselleştirme ve böylelikle anonim ortaklığın katı yapısını yumuşatma amacına erişebilmektedir. Ne var ki, temel sözleşme, bir borçlandırıcı sözleşme olması itibarıyla, sözleşmenin taraflarına ortaklık düzenine özgü yükümlülükler getirememekte, söz konusu yükümlülüklerin yaptırım borçlandırıcı işlemlerinden doğan yükümlülüklerin ihlaline bağlanan yaptırımlardan ibaret kalmaktadır.

Buna karşılık, yukarıdaki incelemeler ışığında basitleştirilmiş paylı ortaklıklar, ortak girişim kurmak isteyen teşebbüslerin ortaklığı kişiselleştirme iradesini yansıtan düzenlemelerine ortaklık düzeni içinde yer vermektedir. Böylelikle hakim pay sahiplerinin esas sözleşmede öngörülmesi söz konusu olan sermaye borcu dışındaki yükümlülüklerini ihlal etmeleri, ortaklık düzenine özgü yaptırımlara bağlanabilecektir. Bu yönden basitleştirilmiş paylı ortaklıkların, sermayeye katılmalı ortak girişimler yönünden anonim ortaklıklara nazaran daha elverişli bir hukuki yapı arz ettiği aşikardır.

Bununla birlikte, anonim ortaklıklara ilişkin kuralların bir bütün halinde korunmasına rağmen<sup>395</sup>, basitleştirilmiş paylı ortaklıkta sözleşme serbestisi ilkesine ağırlık verilmesi ve pay sahiplerine esas sözleşmenin içeriğinin belirlenmesi ve bu suretle ortaklığın kişiselleştirilmesi açısından tanınan geniş hareket alanının, ortaklığı kurumsal yapıdan uzaklaştırdığı açıktır. Bu itibarla, tüzel kişiliği haiz bulunan ve ortaklarının şirketin alacaklılarından dolayı sınırlı bir şekilde sorumlu tutulduğu basitleştirilmiş paylı ortaklık, bir anlamda adi ortaklığın ve anonim

<sup>394</sup> **Tercier** (Les contrats speciaux, No. 6617), sermayeye katılmalı ortak girişimin dört esaslı unsura sahip olduğunu, bu unsurların temel sözleşme, ortak girişim şirketi, pay sahipleri sözleşmesi ve uydu sözleşmesinden oluştuğunu ortaya koymakta, böylelikle, sermayeye katılmalı ortak girişimde hem temel sözleşmenin hem de pay sahipleri sözleşmesinin akdedildiğini öne sürmektedir. Uygulamada, pay sahipleri sözleşmesine özgü düzenlemelere, temel sözleşmede yer verilmekte, böylelikle her iki sözleşme ayrı ayrı akdedilmemektedir. Şu kadar ki, pay sahipleri sözleşmesinin sermayeye katılmalı ortak girişimlerde bağımsız bir unsur niteliğini taşıyıp taşımadığı meselesi, son tahlilde şekli bir meseledir; zira her durumda ortak girişim şirketinde pay sahipliği haklarının kullanılmasına ilişkin olan ve esasen pay sahipleri sözleşmesine özgü olan unsurlara, hakim pay sahipleri arasında akdedilen sözleşmelerde yer verilmektedir. Bu tür bir düzenlemelerin temel sözleşmede mi yer aldığı yosa bağımsız bir sözleşmeyle mi ele alındığı sorunu, sermayeye katılmalı ortak girişimin mahiyeti açısından belirleyici bir etkiye sahip değildir.

<sup>395</sup> Bu tespit için bkz. Müge **Tekil**, s. 631.



ortaklığın özelliklerini kaynaştırarak “kişiselleştirmeye elverişli olan ancak sınırlı sorumluluk esasına dayanan bir tüzel kişilik” yaratarak hem hakim teşebbüslerin beklentilerine uygun düşen hem de riski sınırlandıran esnek bir ortaklık tipi niteliğini taşısa da, kanımızca son tahlilde sermayeye katılmalı ortak girişimler açısından ideal ortaklık tipi değildir. Zira, basitleştirilmiş paylı ortaklık tipinin anonim ortaklıktan farklılaşan özellikleri, bu tipin, kurumsal bir mali yapıya ve yönetim yapısına sahip olması açısından engel teşkil etmektedir. Oysa kanımızca, sermayeye katılmalı ortak girişime elverişlilik için, ortaklık tipinin sadece kişiselleştirmeye elverişli olması yeterli olmayacak; aynı zamanda bu ortaklık tipinin belirli bir düzeyde kurumsallaştırılmaya elverişli olması gerekmektedir. Aksi takdirde, ortak girişim şirketinin istikrarı tehlikeye düşecektir.

#### **D. Limited Ortaklıklar**

Limited ortaklıklar ise, Ortaklıklar Hukuku öğretisine egemen olan kişi ortaklığı-sermaye ortaklığı ayrımının sermaye ortaklıkları cephesinde yer alan, bununla birlikte kişi ortaklıklarına özgü bir çok özelliği<sup>396</sup> itibarıyla bir tür “*melez ortaklık*” olarak nitelendirilen bir ortaklık tipidir<sup>397</sup>. Limited ortaklıkların sermayeye katılmalı ortak girişimler açısından tercih edilmesini temellendiren başlıca iki olgu, ortaklarla şirket arasında anonim ortaklığa nazaran daha sıkı bir bağın oluşması<sup>398</sup> ve ortakların şirket borçlarından ancak şirkete yönelik sermaye taahhütleriyle sınırlı olarak sorumlu bulunmalarındır (TTK.m. 503/1).

Limited ortaklıkların en az iki ortakla kurulması ve hem gerçek kişilerin hem de tüzel kişilerin ortak olarak yer alabilmesi (TTK. m. 503) sermayeye katılmalı ortak girişimlere uygun bir özelliktir. Bu ortaklık tipini sermayeye katılmalı ortak girişimler bakımından cazip kılan özelliklerden bir diğeri ise, anasözleşmeyle

---

<sup>396</sup> Bu özelliklerin tümüne genel bir bakış için bkz. **Meier-Hayoz/Forstmoser**, s. 345, **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, No. 1638a. Bu bağlamda, özden organ ilkesi (TTK.m. 540/1), haklı sebeplere istinaden ortaklıktan çıkma ve çıkarılma (TTK.m. 551,552), ortaklık payının devrinin ağırlaştırılmış koşullara şekil şartlarına bağlanması (TTK.m. 520) gibi düzenlemeler, limited ortaklığın kişi ortaklıklarına özgü cephesini ortaya koymaktadır.

<sup>397</sup> İsviçre Hukuku’nda limited ortaklığın saf kişi ortaklıklarıyla saf sermaye ortaklıkları arasında bir model oluşturulması amacıyla öngörüldüğü yönünde **Meier-Hayoz/Forstmoser**, s. 343. İsviçre Hukuku’nda 1991 İBK Değişikliklerinin yapılmasının ardında ise, limited ortaklıkların sermaye ortaklığı niteliğini pekiştirme düşüncesi yer almaktadır; bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Hirsch Alain/ Nobel Peter**, Projekt einer privaten Aktiengesellschaft, SZW 1997, s. 127.

<sup>398</sup> **Meier-Hayoz/Forstmoser**, s. 349 vd., **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu** No. 1658 vd.

ortaklara, sermaye borcu dışında ek ödeme yükümlülükleri ve yan edim yükümlülükleri getirilebilmesidir<sup>399</sup>. TTK Tasarısı m. 573/2 hükmünde, ortaklık sözleşmesinde ek ödeme ve yan edim yükümlülüklerinin öngörülebileceği açıkça düzenlenmiştir. Tasarı'nın bu düzenlemesi de, limited ortaklıkla ortak arasındaki kişisel bağın pekiştirilmesine, sermaye taahhüdü dışında kalan borçların da ortaksal düzene dahil edilmesine hizmet etmektedir. Böylelikle, limited ortaklık olarak kurulan bir sermayeye katılmalı ortak girişimde, hakim ortaklara sermaye taahhüdü dışında kalan yükümlülükler ortaklık sözleşmesiyle yüklenebilecek; bu yükümlülüklerin ihlali halinde ise ortaksal yaptırımlar uygulanabilecektir. Limited ortaklıkların bu özelliği, uydu sözleşmelerine özgü bir çok düzenlemenin şirket sözleşmesine yansıtılmasına olanak tanımaktadır.

Limited ortaklık, ortakların şirket borçlarından dolayı sorumluluğunun sınırlandırılması (TTK.m. 503/1), ortaklara tanınan ortaklık sözleşmesinin içeriğini biçimlendirme özgürlüğünün genişliği, ortaklık organlarında yetki dağılımının anonim ortaklığın aksine katı kurallara tabi olmaması, böylelikle hakim ortakların ortaklığı doğrudan yönetme ve denetleme yetkilerinin anonim ortaklığa nazaran çok daha geniş olması yönleri dikkate alındığında, sermayeye katılmalı ortak girişimler açısından tercih edilmektedir. Bunun başlıca nedeni, sermayeye katılmalı ortak girişimlerde ortak kontrolün, ortaklığın kişiselleştirilmesini gerektirmesidir. Büyük risklerin tasfiye edilmesine yönelik olan ortak girişimlerde sorumluluğun sınırlandırılması ihtiyacı ile ortaklığın ortakların kişisel özelliklerine uyarlanması ihtiyacı, diğer ortaklık tiplerine göre en çok limited ortaklıklarda bir arada karşılanmaktadır<sup>400</sup>.

Limited ortaklık olarak kurulan sermayeye katılmalı ortak girişimlerde temel sözleşmenin ortaklık sözleşmesini biçimlendirme işlevi güçlenmekte, tamamlama

---

<sup>399</sup> TTK'da ek ödeme yükümlülükleri açıkça öngörülmemekle birlikte, ortaklık sözleşmesinde yapılacak düzenlemelerle ortakların sermaye taahhüdü dışında ek ödeme taahhütleri ve çeşitli yan edim yükümlülükleri altına girmeleri geçerlidir. Nitekim, anonim ortaklıklar açısından yan yükümlülükleri payların devrinin ortaklığın onayına bağlı tutulduğu durumlara ve para borcu dışındaki yükümlülüklere hasreden TTK.m. 405/3 hükmüne paralel bir düzenleme, limited ortaklıklar bakımından öngörülmemiştir.

<sup>400</sup> Diğer yandan **Martinek** (s. 227), Alman Hukuku'nda POK. § 76 uyarınca yönetim kurulu ortaklığı kendi sorumluluğu dahilinde yönetmesi karşısında bu organın karar alırken başka organların talimatına tabi kılınmamasını, buna karşılık limited ortaklıklarda Alman LOK. § 37, 45 hükümleri uyarınca müdürlerin ortaklar kurulunu talimatlarına tabi kılınabilmesini, limited ortaklıkların ortak girişimlere elverişliliği bakımından olumlu bir öge olarak nitelendirmektedir.

işlevi<sup>401</sup> ise zayıflamaktadır; çünkü ortaklık sözleşmesi, temel sözleşmenin üstlendiği işlevlerin önemli bir kısmını üstlenmektedir. Buna karşılık, uygulamada şirket sözleşmelerinin sadece tescil ve ilana tabi olan kısımlarının değil, tümünün yayınlanmakta olduğu<sup>402</sup> dikkate alındığında, hakim ortakların gizli kalmasını arzu ettikleri hususların ortaklık sözleşmesinde değil de temel sözleşmede yer bulacağı göz ardı edilmemelidir<sup>403</sup>.

Limited ortaklıkların sermayeye katılmalı ortak girişimlere elverişliliği açısından, TTK Tasarısı'nda yer alan düzenlemeler de önemli bir katkı sağlamaktadır. TTK Tasarısı'nda şirket sözleşmesine ilişkin olarak getirilen düzenlemeler, ortaklığın kişiselleştirilmesine hizmet etmekte, bir anlamda kişisel öğelerin şirket sözleşmesinde daha geniş yer bulmasına imkan tanımaktadır. Nitekim, TTK Tasarısı m. 576 hükmünde, şirket sözleşmesinde yer alması gereken zorunlu kayıtlara yer verilmiş; bunun dışında ortaklara şirket sözleşmesinin içeriğini belirleme konusunda geniş bir özgürlük tanımıştır. Ayrıca, belirli düzenlemelerin ortaklık düzeninde bağlayıcı olabilmesi için şirket sözleşmesinde yer almasını zorunlu kılan Tasarı m. 577, sermayeye katılmalı ortak girişimlerde ortaklığın kişisel öğelerin etki alanına girmesini ve ortak kontrolün tesis edilmesini kolaylaştırıcı bazı yöntemlere yer vermektedir. Bu bağlamda, ek ödeme ve yan edim yükümlülüklerinin şirket sözleşmesine dahil edilmesi (bent c, d), belirli ortaklara veto hakları ve üstün oy hakları tanınması (bent e) ve kanunda belirtilenler dışında sona erme sebepleri öngörülebilmesi (bent m) gibi düzenlemeler, temel sözleşmenin içeriğinin şirket sözleşmesine büyük ölçüde yansıtılmasına imkan tanımaktadır.

Bu açıdan, TTK Tasarısı'nın yeni düzenlemelerinin limited ortaklık olarak yapılandırılan ortak girişim şirketlerinde temel sözleşmeyle şirket sözleşmesi arasındaki ayrılığı zayıflatacağı kaydedilmelidir. Ek ödeme ve yan edim

---

<sup>401</sup> Kişiselleştirilmiş ortaklıklarda ortaklık düzeninin sözleşmelerle tamamlanmasına yönelik ihtiyaç için ve sözleşmelerin bu düzendeki yeri için bkz. Peter **Forstmoser**, Der Aktionärbindungsvertrag an der Schnittstelle zwischen Vertragsrecht und Körperschaftsrecht, Festschrift für Heinz Rey, Zürich, 2003, s. 379.

<sup>402</sup> Kuşkusuz ki bu olgu, tescile ve ilana tabi olmayan hususlar bakımından sicilin olumlu işlevini icra etmesini sağlamayacaktır; bu konuda bkz. Reha **Poroy**/ Hamdi **Yasaman**, Ticari İşletme Hukuku, 11. Tıpkı Bası, İstanbul, 2006, s.190, Sabih **Arkan**, Ticari İşletme Hukuku, 7.Bası, Ankara, 2004, s. 241.

<sup>403</sup> Bu yönde, Wolfgang **König**, Zur Willensbildung im Stimmenpool, Zeitschrift für Gesellschaftsrecht, Yıl : 2005, s. 419, **Gansweid**, s. 62.

yükümlülüklerinin öngörülebilmesi karşısında [Tasarı m. 573/2, 577 bent (c), (d)], uydu sözleşmelerinin içeriğinin de büyük ölçüde şirket sözleşmesine yansıtılabileceği gözlemlenmektedir. Bu itibarla, TTK Tasarısı hükümlerinin kanunlaşması olasılığında, limited ortaklık olarak kurulan sermayeye katılmalı ortak girişimlerin yapısının “çift katlı” bir yapı olmaktan ziyade tek katlı bir yapıya yaklaşacağı kaydedilmelidir.

TTK Tasarısı'nın getirdiği yenilikler arasında, sadakat yükümlülüğüne ilişkin düzenlemenin de belirtilmesi gerekir. Tasarı m. 613/2 hükmünde açıkça, ortaklara şirket çıkarlarını zedeleyebilecek davranışlarda bulunmaktan ve kendilerine özel menfaat sağlayan ve şirketin amacına zarar veren işlemlerden kaçınma yükümlülüğü öngörülmüştür. Anonim ortaklıklarda paysahibine sadakat yükümlülüğü yüklenmemesi karşısında<sup>404</sup> ve hakim ortaklarla ortak girişim şirketi arasında ortak kontrolün yol açtığı sıkı bağ dikkate alındığında, ortakların şirkete karşı sadakat yükümlülüğü altında bulunmaları, ortak girişim şirketinin istikrarı açısından elverişli bir düzenleme olarak nitelendirilebilir. Şu kadar ki, sadakat yükümlülüğünün kabul edilmemesi, hakim ortaklar açısından limited ortaklık yerine bu yükümlülüğün kabul edilmediği anonim ortaklığın tercih edilmesine yol açabilecek bir olgudur.

Kanımızca, bu özelliklerine rağmen, limited ortaklıkların sermayeye katılmalı ortak girişimler açısından ideal ortaklık tipi niteliğini taşıdığını ileri sürmek yerinde olmayacaktır. İlk olarak, limited ortaklıkta ortağın sınırlı sorumluluğunu zayıflatan önemli bir istisna mevcuttur. Bu istisna, ortaklığın kamu borçlarından dolayı ortakları payları oranında kişisel olarak sorumlu kılan 6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun<sup>405</sup>,un (AATHK) 35. maddesinde öngörülmektedir<sup>406</sup>. İkinci olarak, limited ortaklıklar, kurumsal ve şeffaf bir örgütlenme yapısına sahip değildir. Bu olgu, stratejik risklerin tasfiyesine yönelmesi itibariyle sermayeye katılmalı ortak girişimler açısından bir dezavantaj oluşturmaktadır.

---

<sup>404</sup> Bu konudaki değerlendirmeler ve sermayeye katılmalı ortak girişimlerin arz ettiği sadakat yükümlülüğü sorunu açısından bkz. aşa. § 14, III, B, 2.

<sup>405</sup> RG. 28.7.1953. 8469.

<sup>406</sup> Anılan hüküm uyarınca, limited ortaklığın kamu borçlarının ödenmemesi halinde, şirketin ortakları, borcun tamamının ödenmesinden şahsen sorumlu olacaktır Söz konusu sorumluluk, müteselsil niteliktedir. Limited ortaklığın kamu borçlarından sorumluluğuna ilişkin koşullar için bkz. **Rıza Ayhan**, Limited Şirketlerde Ortakların Sorumluluğu, Ankara,1992, s. 66 vd.

Limited ortaklıkları büyük çaplı uluslararası ortak girişimler açısından elverişsiz kılan üçüncü özellik, ortaklığın sürekli finansman gerektiren bir ekonomik faaliyet yürütmesi halinde, limited ortaklığın sermaye piyasasına özgü finansman yöntemlerinden yararlanamaması ve bu nedenle ortakların sürekli finansmanına gereksinim duymasındır.

## E. Anonim Ortaklıklar

### 6. Anonim Ortaklıkların Tipolojik Yapısı Açısından Sermayeye Katımlı Ortak Girişimlerin Durumu

#### e. Genel Olarak

Öğretide anonim ortaklıklar, tipolojik yapıları itibariyle küçük- büyük anonim ortaklıklar, kapalı anonim ortaklıklar-halka açık anonim ortaklıklar, tek kişi anonim ortaklığı, iki kişilik anonim ortaklık şeklinde çeşitli ayrımlar ışığında ele alınmaktadır<sup>407</sup>. Bu tür ayrımlar, anonim ortaklığın tâbî olduğu özellikli hukuki rejimi belirleyebileceği gibi (kapalı anonim ortaklıklar-halka açık anonim ortaklıklar ayrımı) , anonim ortaklığın farklı görünüm biçimlerinin her birinin kendine özgü hukuki sorunlar yarattığı olgusuna da işaret etmektedir. Kuşkusuz ki, bu görünüm biçimlerinin anonim ortaklığın karakteristik özelliklerinin oluşturduğu ortak paydada birleştiği ve bu itibarla dar anlamda tip farklılaşmasına yol açmadığı göz ardı edilmemelidir<sup>408</sup>. Son tahlilde, bu görünüm biçimlerinin her biri birer anonim ortaklıktır.

---

<sup>407</sup> **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, s. 253 No. 473 vd.

<sup>408</sup> Anonim ortaklığın değişik görünüm biçimleri, tip öğretisi açısından bağımsız bir tipe tekabül etmemektedir, zira dar anlamda tip, bizzatıhi anonim ortaklıktır; bkz. **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, No. 165. Ortaklıklar Hukuku'nda dar anlamda tip, kanunun *numerus clausus* ilkesine tâbî kıldığı, hukuki yapısı emredici hükümlerle örgütlenmiş ortaklık modelini simgelemektedir. Bu bağlamda, anonim ortaklığın çeşitli ayrımlar ışığında ortaya çıkan görünüm biçimleri, dar anlamda tiplere değil, anonim ortaklığın çeşitli sınıflarına karşılık gelmektedir. Bununla birlikte, Tüzel Kişiler Hukuku'nda dar anlamdaki tipin hukuki yapısını düzenleyen emredici hükümler, ilgili tüzel kişiliğin kurucularına, üyelerine ve ortaklarına, yine ilgili tüzel kişiliğin hukuki mahiyetine göre belirli bir özgürlük tanımakta, bu sayede ilgililer, kendilerine tanınan sözleşme özgürlüğünün sınırları dahilinde kalarak bir anonim ortaklığın halka açık anonim ortaklık olarak nitelendirilebilmesi için, tüzel kişiliğin yapısını biçimlendirebilmektedir. Bu olgu ise, geniş anlamda tip kavramını ortaya çıkarmaktadır. Bu açıdan geniş anlamda tip, kanunun emredici hükümler marifetiyle bir tüzel kişiliğin hukuki yapısını belirlemeye yönelik

Sermayeye katılmalı ortak girişimlerin, daha doğru bir anlatımla bu ortak girişim türü çerçevesinde kurulan ortak girişim şirketinin, ortaklık tipolojisi kuramında bir yer tuttuğundan söz edilemez. Diğer bir anlatımla, ortak girişim şirketi, dar anlamda bağımsız bir ortaklık tipi oluşturmaz. Bununla birlikte bu şirketlerin özellikle ortak kontrole tabi bulunması, sermayeye katılmalı ortak girişimi çevreleyen hukuki sorunların tipoloji kuramı ışığında ele alınmasını gerekli kılmaktadır. Ortak girişim şirketi, ortak kontrole tabi olan bir ortaklık olması nedeniyle anonim ortaklık tipolojisinde bir yer tutar. Bu yerin belirlenebilmesi için, ortak girişim şirketinin, anonim ortaklığın çeşitli görünüm biçimleri ışığında ele alınmasında yarar vardır.

#### f. Küçük Anonim Ortaklık-Büyük Anonim Ortaklık Ayrımı

İsviçre- Türk Hukuku'nda kapalı anonim ortaklıklara ilişkin düzenlemesinin deyim yerindeyse tek tip bir ortaklığın varlığından hareket ettiğini ve ideal model olarak sermayesi tabana yayılmış anonim ortaklıkları esas aldığı vurgulamakta yarar vardır<sup>409</sup>. Anonim ortaklıklar bakımından sermayenin tabana yayılması, ideal model olarak benimsenmiş; anonim ortaklıklara özgü kurallar, anonim ortaklığın kapalı bir pay sahibi çevresine sahip olabileceği olgusu dikkate alınarak sevk edilmiştir<sup>410</sup>. Nitekim ekonomik gerçeklik de, anonim ortaklıkların büyük bir kesiminin kapalı anonim ortaklık olduğunu ortaya koymaktadır.

Bu itibarla, pozitif hukuk açısından küçük anonim ortaklık- büyük anonim ortaklık ayrımının yapıldığından söz etmek mümkün değildir. Şu kadar ki, TTK Tasarısı m.

---

olarak çizdiği sınırlar dahilinde ortaya çıkan, o tüzel kişiliğin dar anlamda tipik nitelik taşıyan ancak birbirinden farklı özellikler gösteren çeşitli görünüm biçimleridir.

<sup>409</sup> Oğuz **İmregün**, Anonim Ortaklıklar, İstanbul,1989, s. 1 vd. Kanunkoyucu tarafından esas alınan model ile ekonomik gerçekliğin farklılaşma konuları için bkz. **Forstmoser**, Schnittstelle, s.377., Theo **Guhl**/ Jean Nicholas **Druey**, Schweizerisches Obligationenrecht, 9. Auflage, St. Gallen, 2000, s. 704. Buna karşılık Fahiman **Tekil** (Anonim Şirketler Hukuku, İkinci Bası, İstanbul, 1998, s. 45), bu varsayımı kabul etmekle birlikte (aynı eser s. 42 vd.), anonim ortaklığın hukuki niteliğini açıklamaya yönelik teorileri değerlendirirken, anonim ortaklığın “yalnız sermayelerin birbiri üzerine yığılmasından doğan ve çoğunluktaki sermaye kanunun rastgele hükümlerine bulunduğu katı ve formel bir topluluk olmadığını”, kişi unsurunun da belirli bir ölçüde etkili olduğunu ortaya koymaktadır.

<sup>410</sup> Yönetim kurulunun asgari üye sayısına ( TTK.m. 312) ve yetersayılara (TTK.m. 330, 372, 378) özgü hükümleri buna işaret etmektedir. TTK Tasarısı ise bir adım daha ileri gitmekte, tek ortaklık anonim ortaklığı (Tasarı m. 338/1) ve tek kişilik yönetim organını (Tasarı m. 359/1) kabul etmektedir.

1501 hükmünde, “küçük sermaye şirketi-büyük sermaye şirketi” ayırımına yer verilmiştir<sup>411</sup>. Ancak söz konusu ayırım, sadece ilgili sermaye ortaklığına uygulanacak muhasebe kurallarına ilişkin belirleyici bir rol oynamakta, yoksa sermaye ortaklığının çapına göre tamamen farklı bir hukuki düzene tabi kılınmasını öngörmemektedir.

Küçük-büyük anonim ortaklık ayırımının sermayeye katılmalı ortak girişimler açısından herhangi bir önemi yoktur. Zira, bir şirketin ortak girişim şirketi olarak nitelendirilebilmesi için, söz konusu şirketin bir temel sözleşme ekseninde yapılandırılması ve ortak kontrole tabi olması yeterlidir. Şu kadar ki, küçük anonim ortaklıkların pozitif bir düzenlemeyle ele alınması, sermayeye katılmalı ortak girişimlere elverişli bir ortaklık modelinin oluşturulmasına hizmet edebilir. Bu açıdan kişisel özelliklere bir nebze daha fazla yer verilecek ve ortaklıkla ortaklar arasındaki ilişkinin sıklığını gözeterek aynı ölçüde pay sahiplerinin sadakat yükümlülüğünü öngörebilecek bir küçük anonim ortaklık modelinin pozitif bir düzenlemeyle ele alınması, sermayeye katılmalı ortak girişimlere elverişli bir ortaklık modelinin oluşturulması bakımından yararlı olabilir<sup>412</sup>.

Anonim ortaklıklar açısından güncel olan bu ihtiyaç, Alman Hukuku’nda dikkate alınmış ve bu amaca yönelik olarak “Küçük Anonim Ortaklıklar ve Anonim Ortaklıkların Deregülasyonu Hakkında Kanun<sup>413</sup>” yürürlüğe konulmuştur.

Anonim Ortaklıklar Hukuku’nun “sermayesi tabana yayılmış olan “ ve “sermaye piyasasından finansman sağlayan” ortaklık modeli dikkate alınarak yapılandırılması ve esnek bir hukuki yapıya sahip olmaması, söz konusu hukuk düzeninin katı hükümlerine tâbî olmak istemeyen girişimcileri limited ortaklıklara yöneltmiş, ancak bu ortaklık tipinin yukarıda belirtilen zaafı, bu ortaklık tipinin çatısı altında yapılanan girişimlerden beklenen yararların elde edilmesini zorlaştırmıştır. Bu itibarla Alman Kanunkoyucusu’nun çıkış noktası, anonim ortaklıkları orta

---

<sup>411</sup> Hükümde üç ölçüte yer verilmiştir, bu üç ölçütten en az ikisini yerine getirmeyen ortaklıklar küçük sermaye ortaklıkları olarak nitelendirilmiştir. Bu ölçütler, şirketin zarardan ari bilanço toplamının 6 Milyon TL’yi aşması, son bilanço dönemindeki satışlar toplamının 12 Milyon TL’yi aşması ve nihayet yıllık ortalama çalışan sayısının en az 250 kişi olmasıdır.

<sup>412</sup> İsviçre Hukuku’nda benzer bir yaklaşımı savunan **Hirsch / Nobel**, s. 127-128.

<sup>413</sup> BGBl.I,02.08.1994, S. 1961.

büyüklerdeki işletmeler için elverişli hale getirmektedir<sup>414</sup>. Ancak “küçük anonim ortaklık” terimi, aslında kurulacak anonim ortaklığın çapını belirtmemekte, söz konusu ortaklığın sermaye piyasasından finansman sağlamayacağına işaret etmektedir<sup>415</sup>.

Küçük anonim ortaklık modeli, büyüme ve finansman modeli olarak sermaye piyasasından yararlanmayı planlamayan girişimciler açısından elverişlidir. Alman Hukuku’ndaki bu düzenlemeyle, özellikle genel kurul toplantılarına ilişkin zahmetli usul hafifletilerek pay sahiplerinin ortaklık üzerindeki hakimiyeti pekiştirilmiş; bu sayede anonim ortaklığın kişiselleştirilmesine bir nebze daha fazla imkan tanınmıştır<sup>416</sup>.

Böylelikle, sermayeye katılmalı ortak girişimlerin ihtiyaçlarına cevap verebilecek bir ortaklık tipinin oluşturulması bakımından iki ayrı yöntem benimsenebilir : İlk yöntem, Fransız Kanunkoyucusu’nun tercih ettiği ve basitleştirilmiş paylı ortaklık olarak adlandırdığı klasik ortaklık tiplerinin dışında kalan yeni bir ortaklık tipinin yaratılmasıdır. İkinci yöntem ise, Alman Kanunkoyucusu’nun tercih ettiği gibi mevcut ortaklık tiplerinden birinin, örneğin anonim ortaklığın bir alt türünün yaratılması ve bu alt türün kişisel öğelere nispeten daha açık hale getirilmesidir.

Son tahlilde, bu yöntemlerden hangisinin benimseneceği meselesi, Kanunkoyucu’nun güttüğü hukuk politikasıyla doğrudan ilişkilidir. Şu kadar ki, anonim ortaklığın yeni bir türüne yer verilmesi veya basitleştirilmiş paylı ortaklık modelinin kabul edilmesi, kanımızca limited ortaklığa nazaran önemli bir avantaj sağlamamakta, belirgin bir fark yaratmamaktadır. Gelişen pay sahipleri sözleşmesinin pay sahiplerine tanıdığı geniş hareket alanı dikkate alındığında, belirtilen yöntemlerin tercih edilmemesi ve ortak girişim şirketinin mevcut ortaklık tipleri içinde – küçük/büyük şirket ayırımına tabi tutulmamış- anonim ortaklığın çatısı altında yapılandırılması veya limited ortaklıkların tercih edilmesi, kanımızca sermayeye katılmalı ortak girişimin arz ettiği ihtiyaçları daha yetkin bir şekilde karşılayacaktır.

---

<sup>414</sup> Veliye **Yanlı**, Alman Anonim Ortaklıklar Hukuku’nda “Küçük Anonim Ortaklıklar ve Anonim Ortaklıklar Hukuku’nun Kuralılaşdırılması Hakkında Kanun” İle Yapılan Değişiklikler, İÜHFEM, Prof. Dr. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu’nun Anısına Armağan Sayısı, Yıl : 1998, C. LVI, S. 1-4, s. 271.

<sup>415</sup> **Yanlı**, Küçük AO, s. 271.

<sup>416</sup> **Yanlı**, Küçük AO, s. 273-274.



Hakim teşebbüsler, paysahipleri sözleşmeleriyle BK. m. 19 ve 20'nin ve bu bağlamda anonim ortaklığa egemen olan ilkelerin çizdiği sınırlar dahilinde tercih ettikleri kişisel öğeleri, aralarındaki ortaklık ilişkisine yansıtabilecekler; bu öğeleri ortaklık düzenine dahil edemeseler de, bu düzeni önemli bir ölçüde etkileyen paysahipleri sözleşmesine dahil edebileceklerdir.

Böylelikle, sermayeye katılmalı ortak girişimlerde paysahipleri sözleşmesinin bir görünüm biçimi olan temel sözleşme, kişisel öğelerin öngörülmesi bakımından sözleşme özgürlüğünün tanıdığı geniş hareket alanında ortaya çıkarken, kişisel öğelerden büyük ölçüde soyutlanan anonim ortaklık düzeni ise, bu özelliğiyle "hakim teşebbüslerin/paysahiplerinin" kontrolü kötüye kullanmaya eğilimli subjektif iradelerini sınırlandırarak, sermayeye katılmalı ortak girişime istikrar kazandıran bir hukuki zemini oluşturacaktır. Bu yaklaşımımızın dayanağı, sermayeye katılmalı ortak girişimlerin anonim ortaklık olarak yapılandırılması olasılığında, temel sözleşme uyarınca oluşacak hukuk düzeni ile ortak girişim şirketinin çatısını oluşturan anonim ortaklık arasında bir diyalektik dengenin olduğu yönündeki düşüncemizdir<sup>417</sup>.

#### **g. Kapalı Anonim Ortaklık-Halka Açık Anonim Ortaklık Ayrımı**

İlk olarak, sermayeye katılmalı ortak girişimler, kapalı anonim ortaklık- halka açık anonim ortaklık ayrımı bakımından herhangi bir özellik taşımaz. Bir ortak girişim şirketi, kapalı anonim ortaklık olarak örgütlenebileceği gibi, halka açık bir anonim ortaklık olarak da yapılandırılabilir<sup>418</sup>. Bununla birlikte, kaydetmek gerekir ki,

<sup>417</sup> Bu düşüncemizin ayrıntıları için bkz. aşağıda § 6, I, F.

<sup>418</sup> Bir anonim ortaklığın halka açık bir anonim ortaklık olarak nitelendirilmesi için, bu ortaklığın paylarının en azından 250 kişi arasında dağılması gerekmektedir (SPK.m.11/1) Öğretide salt kanunda öngörülen paysahibi sayısına ulaşılması halinde anonim ortaklığın halka açılmış sayılacağı yönünde bkz. Ömer **Teoman**, Anonim Ortaklığın Hisse Senetlerinin Halka Arzolanmış Sayılması ve Çoğunluğun İradesi, Otuz Yıl Ticaret Hukuku, Tüm Makalelerim, C. II, 1982-2001, s.287; buna karşılık anonim ortaklığın halka açılması için ortaklık organlarının bu yönde karar alması gerektiği hususunda bkz. Ünal **Tekinalp**, AO Tipi İçinde Sınıf Değiştirme, Anonim Ortaklığın Hisse Senetlerinin Halka Arzolanmış Sayılması ve Çoğunluğun İradesi, Batider, C. XVII, S. 2, Aralık 1993, s. 32, 33). Sermayeye katılmalı ortak girişimlerin halka açık anonim ortaklık olarak yapılandırılması mümkündür. Bu bağlamda, ortak sayısının belirtilen sınırı aşması halinde, en az iki hakim paysahibinin ortak kontrolü tesis edecek enstrümanlardan yararlanmalarına ve ortak kontrolü oluşturmalarına herhangi bir engel yoktur. Şu kadar ki, bir ortaklığın halka açık anonim ortaklık konumunda bulunması halinde, kamuyu aydınlatma yükümlülüğü altına gireceği, bu bağlamda ortaklık organlarının bazen hakim paysahiplerinin

sermayeye katılmalı ortak girişimlerde hakim paysahiplerinin ortaklığı mümkün olduğunca kişiselleştirme ve ortaklığın kanunla belirlenmiş temel yapısından uzaklaştırma eğilimleri, anonim ortaklığın bu iki sınıfı açısından kapalı anonim ortaklıkları daha elverişli kılmaktadır. Nitekim, hakim paysahiplerinin bu eğilimleri, halka açık anonim ortaklığın kamuyu aydınlatma ilkesinin baskın etkisi altındaki hukuki yapısıyla tam anlamıyla bağdaşmamaktadır<sup>419</sup>.

Şu kadar ki, bu özellik, ortak girişim şirketinin halka açık bir anonim ortaklık olarak yapılandırılmasına tamamen engel oluşturmamaktadır. Hakim paysahipleri, Sermaye Piyasası Hukuku'nun halka açık anonim ortaklıklar bakımından öngördüğü düzenlemelere uygun hareket etmek kaydıyla, ortak girişim şirketini halka açabilirler; hatta şirketin çıkaracağı menkul kıymetleri menkul kıymetler borsasına kote edebilirler. Pazarda belirli bir pay elde eden ve giderek büyüyen anonim ortaklıklar açısından halka açılma, ekonomik açıdan zorunlu bir strateji haline gelebilir.

Bu açıdan, hakim paysahiplerinin henüz ortak girişimin oluşum aşamasında bir büyüme ve finansman stratejisi olarak ileride halka açılma yoluna gidilip gidilmeyeceğini değerlendirmelerinin ve ortaklığı buna göre yapılandırmalarının yararlı olacağı düşünülebilir. Kuşkusuz ki, önceden tekil kontrole tabi olan bir halka açık anonim ortaklık, hakim paysahibinin paylarının bir kısmını devretmesi ve ortaklığı ortak kontrole tabi kılması yoluyla da ortak girişim şirketi niteliğini kazanabilir.

Sermayeye katılmalı ortak girişimin halka açık anonim ortaklık olarak örgütlenmesi halinde, ortaklığın halka açık olan payları dışında kalan paylar, ortak kontrolün tesis edilmesinde değerlendirilmektedir. Diğer bir anlatımla, “işleten paysahibi”<sup>420</sup> “

---

gizli tutmayı tercih edeceği bilgileri kamuya açıklamakla yükümlü kılınacağı göz ardı edilmemelidir.

<sup>419</sup> Sermaye Piyasası Hukuku'na egemen olan kamuyu aydınlatma ilkesi, Sermaye Piyasası Hukuku'na tabi olan anonim ortaklıkların mali yapısı ve faaliyeti hakkında kamunun ve özellikle bu ortaklığa ilişkin ilgililer çevresinin bilgilendirilmesini konu edinen ilkelerin tümü olarak tanımlanmaktadır; bkz. Veliye **Yanlı**, Sermaye Piyasası Hukuku Çerçevesinde Halka Açık Anonim Şirketler ve Kamunun Aydınlatılması, İstanbul, 2005, s. 96-97; Hamdi **Yasaman**, Menkul Kıymetler Borsası Hukuku, İstanbul, 1992, s. 170-171.

<sup>420</sup> İşleten paysahibi, anonim ortaklığı hakimiyeti altında bulunduran, ortaklığın faaliyetini yürütmesi üzerinde doğrudan veya dolaylı etki sahibi olan paysahibidir. Kavram için bkz. **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, No. 819; Asuman **Yılmaz**, Alman Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda

konumunda bulunan hakim paysahipleri ortaklığı ortaklaşa kontrol etmekte ve yönetmekte, ortaklığın halka arz edilmiş olan paylarını edinen paysahipleri ise “yatırımcı paysahibi” konumunda yer almaktadır.

#### **h. İki Ortaklı Anonim Ortaklık veya “Çok Hakim Ortaklı” Anonim Ortaklık Sorunu**

Sermayeye katılmalı ortak girişimde iki hakim paysahibinin bulunması halinde, ortak girişim şirketi, tipik bir iki kişilik ortaklık özelliğini arz etmektedir<sup>421</sup>. Sermayeye katılmalı ortak girişimde, hakim paysahibi sayısının ikiden fazla olması da gündeme gelebilir. Hakim paysahibi sayısının iki veya daha fazla olmasının ortaklığın yapısı üzerinde ortak kontrolün oluşumu (ortak kontrolü sağlayan hukuki araçlar) dışında bir etkisi yoktur.

Ortak girişim şirketinin çok hakim ortaklı bir yapı ortaya koyması; bu ortaklığın, Kanunkoyucu'nun varsayımının aksine bağımsız bir yönetime sahip olmadığını, kendisi dışında başka öznelerin iradelerine tabi kılındığını ortaya koymaktadır<sup>422</sup>(*Fremdststeuerung*). Sermayeye katılmalı ortak girişiminin merkezinde yer alan ortak girişim şirketi, Ortaklıklar Hukuku'nun ortaya koyduğu çetrefil sorunlara rağmen, Kıta Avrupa Hukuk sistemlerinde herhangi bir pozitif düzenlemeye konu olmamıştır. Alman Hukuku'nda Bağlı Ortaklıklar Hukuku, adeta özel bir hukuk disiplini oluşturacak şekilde Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu'nda düzenlenmişse de (APOK § 17 vd.), söz konusu hükümler, şirket topluluklarını

---

Hissedarın Oy Hakkı : Oy Hakkının Teorik Esasları, İstanbul Ticaret Üniversitesi Dergisi, Yıl : 2004 S 5., s. 84. Her iki yazar, işleten paysahibinin, ortaklığın yönetim organlarında doğrudan görev almasını gerekli görmektedir. Oysa, kanımızca, paysahibinin ortaklığın yönetimi üzerinde doğrudan veya dolaylı olarak söz sahibi olması, bu sıfatı kazanması açısından önem taşımaz. Zira, paysahibi, her iki durumda da ortaklığın yönetimini yönlendirmektedir.

<sup>421</sup> İki kişilik anonim ortaklık, eşit güçte iki paysahibinin yer aldığı ortaklıktır; bkz. **Von der Crone**, *Zweimannengesellschaften*, s. 37. İki hakim ortaklı sermayeye katılmalı ortak girişimde, her iki hakim paysahibinin şirketin yönetiminde ve kontrolünde birbirine eşit şekilde söz sahibi olması, bu anlamda ortaklığın yönetim organında eşit sayıda görevli ile temsil edilmesi ve ortaklığın daha kuruluşundan itibaren kilitlenmeye elverişli nitelik taşıması, iki adam ortaklığının tipik özellikleridir ( **Schlupe**, *Privatrechtliche Probleme*, s. 490). Şu kadar ki, iki hakim paysahibinin bulunduğu her ortak girişim şirketi bir iki kişilik ortaklık niteliğini taşıırken, her iki kişilik ortaklık bir ortak girişim şirketi niteliğini taşımamaktadır; çünkü sermayeye katılmalı ortak girişimden söz edebilmek için ortaklığın paysahipleri arasında akdedilen bir temel sözleşme üzerine inşa edilmesi gerekmektedir; bu konuda bkz. yuk. dn. 208.

<sup>422</sup> Sermayeye katılmalı ortak girişimin tanımında çoğul bağımlılığa (en az iki hakim ortağın varlığına) yer veren ve ortak girişimin kendisine ait bir iradesinin bulunmadığını ileri süren **Ünal Tekinalp** (Tekinalp/Tekinalp) Avrupa Birliği Hukuku, § 28, No. 196; yazarın görüşünün değerlendirilmesi için bkz. aşa. § 9, I, B.

düzenlemeye yönelik olup, çok hakim ortaklı oluşumların arz ettiği hukuki sorunları cevapsız bırakmaktadır<sup>423</sup>.

Alman Kanunkoyucusu'nun bu yaklaşımını, kanımızca yadırgamamak gerekir. Şirketler topluluğunun kanunda düzenlenmesinin başlıca amaçlarından biri, bağlı ortaklıkların tekil bir iradeye, yani topluluk menfaati doğrultusunda oluşan şirketler topluluğu iradesine tabi kılınması nedeniyle, bu tekil iradeyi oluşturan öznenin sorumluluğuna gidilmesini sağlamaktır<sup>424</sup>. Sermayeye katılmalı ortak girişimlerde de, ortak girişim şirketi yabancı bir iradeye tabi kılınmaktadır<sup>425</sup>. Ancak, ortak girişim şirketinin, şirketler topluluğu bünyesinde yer alan yavru ortaklıklar gibi hakim teşebbüslerle bir ekonomik bütün oluşturduğu ileri sürülemez<sup>426</sup>. Zira, ortak kontrol buna engeldir.

Diğer yandan, benimsediğimiz sermayeye katılmalı ortak girişim tanımı uyarınca, hakim teşebbüslerin birbirinden ekonomik açıdan bağımsız olmaları, bu teşebbüslerin bir ekonomik bütün bünyesinde bir arada yer aldıklarının ileri sürülmesine de engeldir. Bu nedenle, şirketler topluluğu müessesesinin ortaya attığı bağımlılık sorunuyla, sermayeye katılmalı ortak girişimlerin ortak kontrole tabi olması durumunu özdeş olarak nitelendirmek mümkün değildir<sup>427</sup>. Meseleye böyle yaklaşıldığında, hakim teşebbüslerin ortak iradesine tabi olan sermayeye katılmalı ortak girişimlerde ortak girişimin yabancı bir iradeye tabi olmasının hakim teşebbüslerin sorumluluğu açısından nasıl etkiler icra edeceğini de irdelemek gerekecektir<sup>428</sup>.

İki veya daha çok hakim pay sahibi bulunan anonim ortaklıkların tipik özelliği, kilitlenmeye elverişli olmalarıdır. Bu bağlamda, kilitlenme, aslında pay sahiplerinin

---

<sup>423</sup> **Tekinalp/Tekinalp**, Joint Venture, s. 172; Alman Hukuku bakımından aynı tespit için bkz. **Na**, s. 10.

<sup>424</sup> Şirketler topluluğu hukukunun düzenlenmesinin ardında yatan saikler için bkz. **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)** No. 1992 vd.

<sup>425</sup> Bu irade, hakim pay sahiplerinin ortak iradesi olup, söz konusu irade, pay sahipleri uzlaştığı müddetçe oluşmakta, kilitlenme olasılığında oluşmamaktadır; bu konudaki ayrıntılar için bkz. a.ş.a. §12, II, A.

<sup>426</sup> Aynı yönde bkz. **Djalali**, s. 49.

<sup>427</sup> Bu meseleye, aşağıda §13, I' de daha ayrıntılı olarak değineceğiz.

<sup>428</sup> Bu konuyu, hem ortak girişimin şirketler topluluğu karşısındaki hukuki konumu (bkz. § 13, I, A) hem de tüzel kişilik perdesinin aralanması teorisinin ortak girişimlere uygulanmasına ilişkin değerlendirmeler (bkz. § 14, II, C, 1) çerçevesinde irdeleyeceğiz.

iradesinin bir eseridir<sup>429</sup> : Hiç bir hakim paysahibi, ortak girişim şirketinde kendi iradesine aykırı bir karar alınmasını arzulamamaktadır. Ortaklığın işleyişi, hakim paysahiplerinin birbiriyle uzlaşmasına ve anlaşmasına bağlıdır. Bu paysahipleri arasında çıkabilecek uyuşmazlıklar, doğrudan doğruya anonim ortaklığın faaliyetini ve varlığını tehdit etmektedir. Bu itibarla, hakim paysahipleri, henüz ortak girişim şirketinin kurulması aşamasında akdedecekleri temel sözleşmeyle ortak girişim stratejilerini belirlemeli; taraflar arasında anlaşmazlığa yol açabilecek hususları önceden saptayarak kilitlenmeyi önleyecek bazı tedbirlere temel sözleşmede yer vermelidir. Bu konu ileride ayrıntılarıyla ele alınacaktır<sup>430</sup>.

## **7. Anonim Ortaklığa Egemen Olan İlkeler Açısından Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimler**

### **a. Yaklaşım**

Anonim ortaklıklara egemen olan ilkeler, bu ortaklık tipinin tabi olduğu pozitif hukuk rejimini biçimlendiren, Kanunkoyucu'nun anonim ortaklıklarla ilgili yaklaşımını karakterize eden temel kurallardır.

Ortak girişim şirketi, dar anlamda bağımsız bir ortaklık tipini oluşturmamakla birlikte, geniş anlamda bir tip, diğer bir anlatımla anonim ortaklığın bir görünüm biçimi olarak nitelendirilebilir. Bu görünüm biçimini, ortaklığın “ortak hakimiyete tâbî olma” özelliği karakterize etmektedir. Bu açıdan, ortak girişim şirketi, Anonim Ortaklıklar Hukuku'na egemen olan bir çok ilke açısından herhangi bir özellik arz etmez<sup>431</sup>.

Buna karşılık, ortak girişim şirketinin ortak hakimiyet altında bulunan bir ortaklık niteliğini taşıması, bazı ilkelerin bu müessese üzerindeki etkilerinin irdelenmesini gerektirir. Bu bağlamda, azınlık paysahiplerinin ortak kontrolü paylaştığı ortak girişim şirketlerinde içeriği değiştirilen “çoğunluk ilkesi”, ortak kontrolün tesis

---

<sup>429</sup> **Von der Crone**, Zweimanngesellschaften, s. 38.

<sup>430</sup> bkz. a.ş. § 12, II, C.

<sup>431</sup> Örnek olarak malvarlığının korunması ilkesi, dışarıdan denetleme ilkesi, devletin ilgilenmesi ilkesi ve kamuyu aydınlatma ilkesi gibi ilkeler açısından ortak girişim şirketi herhangi bir özellik arz etmemektedir.

edilmesi bakımından berntaraf edilmesi söz konusu olabilen “sermayeye oranla hak sahibi olma (oransallık) ilkesi”, hakim paysahiplerinin ortaklığa karşı sermaye taahhüdü dışında başka yükümlülükler altına girmesi karşısında “tek borç ilkesi”, tüzel kişilik perdesinin aralanması kuramının etkisiyle “sınırlı sorumluluk ilkesi”, hakim paysahipleriyle ortak girişim şirketi arasındaki sıkı kişisel bağların varlığına rağmen söz konusu öznelerin ayrılık ilkesi gereği bağımsız hukuk özneleri olması karşısında “yabancı bir malvarlığının işletilmesi ilkesi”, sermayeye katılmalı ortak girişimin önemli riskleri bertaraf etmeye yönelik bir stratejik işbirliği modeli niteliğini taşıması karşısında, söz konusu risklerin asgariye indirilmesi açısından “kurumsal yönetim ilkesi”, sermayeye katılmalı ortak girişimler açısından özellik taşıyan ilkelerdir.

Anonim ortaklığın sermayeye katılmalı ortak girişimlere elverişliliğinin sınanmasında, bu ilkelerin ortak girişim şirketleri açısından ortaya koyduğu özelliklere kısaca göz atmakta yarar vardır. Bu incelemede, özellikle çoğunluk ilkesi ve sermayeye katılmaya oranla hak sahibi olma ilkesi, ortak kontrolün oluşumu bakımından birbirleriyle yakından ilişkili olmaları nedeniyle bir arada incelenecektir.

#### **b. Çoğunluk İlkesi ve Sermayeye Katılmaya Oranla Hak Sahibi Olma İlkesi**

Anonim ortaklıkların katı sermaye ortaklığı niteliğine bağlı olarak, paysahiplerinin ortaklık nezdindeki konumlarını pay kavramı belirler<sup>432</sup>. Bu bağlamda, sermayenin belirli bir bölümünü temsil eden pay, paysahibine bahsettiği yönetim hakları marifetiyle paysahibinin ortaklık üzerindeki hakimiyet imkanını da belirlemektedir. Payın ve pay dağılımının yarattığı denge başka araçlarla bozulmadığı müddetçe, sermayeyi temsil eden payların çoğunluğuna sahip olan paysahibi, ortaklığın hakimiyetini elinde bulunduracaktır<sup>433 434</sup>. Kural, oy çoğunluğunun sermaye çoğunluğu ile örtüşmesidir<sup>435</sup>. Ancak bu denge, çeşitli araçlarla bozulabilir.

<sup>432</sup> Pay kavramının paysahipliği mevkiini belirleme işlevi için bkz. **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, No. 760; **Fahman Tekil**, Anonim Şirketler, s. 375; **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku, s. 538.

<sup>433</sup> İsviçre Federal Mahkemesi, **BGE 102 II 269** sayılı kararında, çoğunluk ilkesini değerlendirirken, anonim ortaklıklarda kişi ortaklıklarının aksine oybirliği esasının söz konusu olmadığını, bir kez anonim ortaklığa dahil olan bir paysahibinin, kendi iradesini çoğunluğun iradesine feda ettiğini, en iyi kararı vermese dahi kararın genel kurulda çoğunluk tarafından alınacağını içtihat etmektedir.

<sup>434</sup> Nitekim bir ortaklığın başka bir ortaklığı hakimiyeti altında bulundurması sonucunda hakim ortaklık ile bağlı ortaklık veya bağlı ortaklıklar arasındaki ilişkiyi inceleyen ve buna hukuki

Bu olgu, anonim ortaklıklara egemen olan “sermayeye katılmaya oranla hak sahibi olma” ilkesinin bir sonucudur. Sermayeye katılmaya oranla hak sahibi olma ilkesi , pay sahibinin ortaklık nezdindeki konumunun sermayenin tamamını temsil eden payların ne kadarlık bir kısmını elinde bulundurduğuna göre belirlenmesini ilgilendirmektedir<sup>436</sup>.

Diğer yandan, ortaklık organlarında karar alma sürecine “çoğunluk ilkesi” hakimdir. Genel kurulda sermayeye oranla (TTK.m. 372, 388); yönetim kurulunda<sup>437</sup> (TTK.m. 330) ve birden çok denetçinin seçilmesi olasılığında denetim kurulunda (TTK.m. 347/1) ise üye sayısına oranla etkisini doğuran çoğunluk ilkesi, kanunun nitelikli yetersayı öngördüğü haller (TTK.m. 388) ve anasözleşmeyle daha ağır yetersayıların getirilmesi durumu dışında, sermayenin yarısından fazlasını temsil eden paylara sahip olan pay sahiplerinin<sup>438</sup> karar alınması sürecine egemen olmasını sağlamaktadır<sup>439</sup>. Ancak çoğunluk ilkesi, mutlaka payların yarıdan fazlasına sahip

---

sonuçlar bağlayan Şirket Toplulukları Hukuku da, çoğunluk paylarına sahip olan pay sahibinin bağlı ortaklık üzerinde tekil kontrolü elinde bulunduracağı noktasından hareket etmektedir; bu konudaki ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. § 9, II, A, 3, b, aa.

<sup>435</sup> Arslan **Kaya**, Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı, Ankara, 2001, s. 6, dn. 12.

<sup>436</sup> Oy hakkı bakımından ilkenin gerekçelerini ve etkilerini ortaya koyan Ömer **Teoman**, Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda Payın Birim (İtibarî-Nominal) Değerinin Oy Hakkının Saptanmasındaki İşlevi ve Türk Sistemi, Makalelerim, 1971-1982, İstanbul, 2000, s. 81 vd; pay sahiplerinin yeni pay alma hakları bakımından ilkenin uygulama alanını ortaya koyan Erdoğan **Moroğlu**, Anonim Ortaklıklarda Esas Sermaye Artırımı, 2. Baskı, İstanbul, 2003, s. 167, buna karşılık, özellikle bir anonim ortaklığın farklı itibari değerlere sahip olan paylar çıkarması halinde her payın mutlak olarak bir oy vereceği ve oy hakkının sermayeye katılmaya oranla belirlenmediği yönünde bkz. Hüseyin **Ülgen**, Anonim Ortaklıklarda Genel Kurul Başkanının Üstün Oyu, Batider, C. XVI, S. 4, s. 684-685; ayrıca bkz. **Fahiman Tekil**, Anonim Şirketler, s. 47 vd.; **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, No. 878; **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku, s. 211; Abuzer **Kendigelen**, Anonim Ortaklıklarda Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz, İstanbul, 1999, s. 28.

<sup>437</sup> karş. **Fahiman Tekil**, (Anonim Şirketler, s. 49), yönetim kurulunda karar alınması sürecinde “oransallık ilkesinin değil, eşitlik ilkesinin egemen olduğu görüşündedir. Kanımızca, yönetim kurulunda karar alınma sürecini karakterize eden ilke, çoğunluk ilkesidir. Şu kadar ki, kanunun aradığı (TTK.m. 330/1) nitelikli yetersayının sağlanmasında ve bu suretle ortaklığın iradesinin oluşumunda belirli bir çoğunluğa erişilmesi aranmakta, bununla birlikte söz konusu çoğunluk belirlenirken, her bir yönetim kurulu üyesinin eşitlik ilkesi ekseninde tek bir oy hakkına sahip olduğu göz önüne alınmalıdır.

<sup>438</sup> Bir pay sahibinin, genel kurulda alınacak kararları belirleyebilmesi için mutlaka sermayenin yarısından fazlasına sahip olması zorunlu değildir. İlk olarak, payların çok sayıda pay sahibi arasında dağıldığı anonim ortaklıklarda bir pay sahibi, bu oranda paylara sahip olmaksızın da genel kurulda alınacak kararları biçimlendirebilir, bkz. **Kaya**, s. 6, dn. 12. Diğer yandan, anonim ortaklıklarda kanunun sermayeye oranla kurduğu güç yapısının, ortaklığın anasözleşmesinde oy hakkında imtiyaz veya yönetim organında temsil edilme hakları marifetiyle değiştirilmesi mümkün olabilir. Bu çerçevede yönetime katılma imtiyazı marifetiyle ortak kontrol tesis edilmesi konusunda bkz. §11, IV, D, 4.

<sup>439</sup> **Poroy (Tekinalp/Çamoğlu)**, No. 750, **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku, s. 209.

olan pay sahiplerinin karar alma sürecine etkili olmasını zorunlu kılmamaktadır. Kanun (TTK.m. 388) veya anasözleşmenin nitelikli yetersayıların oluşumunu zorunlu kıldığı haller dışında, genel kurulda ilk toplantıda sermayenin % 25'inin mevcut bulunması aranmakta (toplantı yetersayısı) ve istisnalar dışında bu oranın yarıdan fazlasını temsil eden oylarla karar alınabilmekte, ikinci toplantıda ise hazır bulunan pay sahiplerinin elinde bulundurdukları payların sermayeye oranına herhangi bir önem izafe edilmemekte, her iki durumda da belirtildiği şekilde toplantı yetersayısının sağlanması kaydıyla, çoğunluk ilkesi uyarınca temsil edilen payların çoğunluğunun olumlu oyuyla karar alınabilmektedir.

Bu itibarla çoğunluk ilkesinin, kanunun ve anasözleşmenin aradığı asgari yetersayılar sağlanmak kaydıyla payların yarıdan fazlasına sahip olan pay sahiplerinin karar alma sürecine egemen olmaları anlamına gelmediğini, özellikle güç boşluğunun<sup>440</sup> söz konusu olduğu anonim ortaklıklarda çoğunluk paylarına sahip olmayan pay sahiplerinin genel kurulda alınacak kararları kendi oylarıyla belirledikleri kaydedilmelidir. Bu noktada, ortaklık organlarının karar almasında çoğunluk ilkesi ile sermayeye katılmaya oranla hak sahibi olma ilkesinin birbirinden farklı ilkeler olduğu doğrulanmaktadır.

Buna karşılık, genel kurulda güç boşluğunun oluşmadığı durumlarda, pay sahiplerinin tümünün genel kurula katılarak oy haklarını kullanmaları varsayımında, her iki ilke birlikte etki doğuracaktır: Sermayenin tümünü temsil eden payların yarıdan fazlasını elinde bulunduran pay sahibi veya paylarının toplamı çoğunluk paylarına karşılık gelen ve birlikte hareket eden pay sahipleri, yukarıda anılan belirli istisnai durumlar dışında genel kurulda alınacak kararı kendi iradeleriyle biçimlendirebilecek; bu bağlamda, yönetim kurulunu ve denetçiyi veya denetçileri de seçme imkanına kavuşacaktır. Kapalı anonim ortaklıklarda ve özellikle ortaklarla ortaklık arasındaki bağın sıkı olduğu ortak girişim şirketlerinde, hakim pay sahiplerinin ortak kontrolü bilfiil icra etmek amacıyla ortaklık organlarının toplantılarına katıldıkları dikkate alındığında, ortak kontrolün oluşum biçimine göre, söz konusu ilkeler farklı etki yaratabilecektir.

---

<sup>440</sup> Güç boşluğu, çok ortaklı anonim ortaklıklarda, pay sahiplerinin genel kurula katılmaması nedeniyle yetersayıların oluşmaması veya azınlığın ya da yabancı bir gücün hakimiyeti altına girmesidir; bkz. **Poroy (Tekinalp/Çamoğlu)** No. 692-693.



İlk olarak, payların yarı yarıya iki paysahibi veya iki paysahibi grubu arasında dağıldığı ortak girişim şirketlerinde, paysahiplerinden hiç birisi tek başına çoğunluk paysahibi olarak nitelendirilemeyecek, sermayeye katılmaya oranla hak sahibi olma ilkesinden sapma olmadığı sürece, hakim paysahipleri arasındaki güç dengesi muhafaza edilecektir.

İkinci olarak, hakim paysahiplerinden birinin çoğunluk paylarına, diğerinin azınlık paylarına sahip olduğu durumlarda, ortak kontrolün tesis edilmesi, sermayeye katılmaya oranla hak sahibi olma ilkesinden ayrılmayı, çoğunluk ilkesi bakımından ise adi çoğunluk yerine nitelikli çoğunluk kuralının benimsenmesini gerektirmektedir. Zira, her iki ilke de, kural olarak çoğunluk paysahibinin tek başına ortaklığa hakim olmasına zemin hazırlamaktadır. Oysa, bir ortak girişim şirketinde, ortak kontrolün tesis edilmesi zorunlu olduğundan, temel sözleşmede ve anasözleşmede yer alacak oyda imtiyaz, yönetime katılma hakları, veto hakları ve oy sözleşmesi gibi araçlar, her iki ilkenin uygulanma biçimini etkilemektedir.

Bir örnekle somutlaştırmak gerekirse, bir çoğunluk paysahibinin bulunduğu, diğer paysahiplerinin azınlık paysahibi konumunda bulunduğu bir anonim ortaklığın ortak kontrole tabi kılınabilmesi için, yetersayıların ağırlaştırılması yoluyla çoğunluk paysahibinin ortaklık üzerinde tek başına hakimiyet kurmasının önlenmesi, bu anlamda toplantı ve karar yetersayılarının salt çoğunluğu aşacak ve tüm hakim paysahiplerinin iradesini kapsayacak şekilde ağırlaştırılması gerekecektir. Bu olasılıkta da, yine çoğunluk oylarıyla karar alınacaktır; ancak bu çoğunluk nispi çoğunluk olmayıp nitelikli çoğunluk olarak belirlenecektir. Aynı örnekte, ortak kontrolün ağırlaştırılmış yetersayılar marifetiyle değil de, oyda imtiyaz marifetiyle tesis edildiği durumlarda, bu kez oransallık ilkesi bertaraf edilecek, aynı zamanda çoğunluk ilkesi de bu nedenle etkisini yitirecektir.

Üçüncü olarak, hakim paysahiplerinin her birinin azınlık paysahibi olması durumunda, bu paysahiplerinin güç birliği yaparak ortaklık üzerinde hakimiyet kurabilmeleri için, yetersayıların bu paysahiplerin iradelerini kapsayacak şekilde ağırlaştırılması veya temel sözleşmesinde oy sözleşmelerine özgü taahhütlere yer verilmesi ve söz konusu paysahiplerinin birlikte hareket etmelerinin teminat altına alınması zorunlu hale gelmektedir. Toplam payları, tüm payların çoğunluğuna

karşılık gelen iki veya daha fazla pay sahibinin ortak kontrolü elde edebilmeleri için, bu pay sahiplerinin pay sahipliği haklarını, özellikle yönetsel pay sahipliği haklarından oy haklarını belirli bir strateji doğrultusunda birlikte değerlendirmeleri gerekmektedir. Bu amaçla, oy hakkında imtiyazdan, yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazından ve oy sözleşmelerinden yararlanmak mümkündür. Bu son olasılıkta, sermayeye oranla hak sahibi olma ilkesinin ve çoğunluk ilkesinin bertaraf edilmesi değil, bilakis bu ilkelerden yararlanılabilmesi için pay sahiplerinin belirli araçlara başvurmaları söz konusudur.

Görüldüğü üzere, bir ortaklık üzerinde tekil veya ortak kontrolün bulunup bulunmadığı meselesinin irdelenmesinde çoğunluk ilkesi ve sermayeye oranla hak sahibi olma ilkesi önem taşımaktadır. Bu iki ilkenin etkileri, özellikle ortak kontrolün tesis edilmesinde kendisini göstermektedir. Bu itibarla, söz konusu ilkeler, ortak kontrolün oluşumuna ilişkin incelemelerimizde yeri geldikçe ele alınacaktır<sup>441</sup>.

### c. Sınırlı Sorumluluk İlkesi

Sermayeye katılmalı ortak girişimler açısından anonim ortaklıkları uygun bir ortaklık tipi olarak ortaya çıkaran temel özellik, pay sahiplerinin ortaklığın borçlarından sınırlı bir şekilde sorumlu olmaları ve limited şirketinin aksine sınırlı sorumluluğun istisnalarının da sınırlı olmasıdır. Nitekim, TTK.m. 269/2, pay sahiplerini ortaklığın borçlarından ötürü ancak ortaklığa taahhüt etmiş buldukları sermaye payı ile sınırlı olarak sorumlu tutmaktadır. Zaten kendi risk kapasitelerini aşan bir riski ortaklaşa gidermek veya en azından asgariye indirmek amacıyla işbirliği yapan ortaklar, bu risk için tahsis ettikleri malvarlığı unsurlarının ötesinde ek bir sorumluluk altına girmeyi tercih etmeyecektir. Bu itibarla, anonim ortaklıkların pay sahipleri açısından oluşturduğu bu sorumluluk zırhı, hakim pay sahiplerinin maruz kaldıkları riskler nazara alındığında ideal bir koruma sağlamaktadır.

Bununla birlikte, anonim ortaklık olarak kurulan ortak girişim şirketlerinde, özellikle iki olgunun sınırlı sorumluluk ilkesini etkisiz kılıp kılmayacağını irdelenmesi gerekmektedir. Bunlardan ilki, sermayeye katılmalı ortak girişimin bir

---

<sup>441</sup> bkz. aşa. § 11, IV, B.

çifte ortaklık ilişkisine yol açıp açmadığıdır. İncelendiği üzere, sermayeye katılmalı ortak girişim bünyesinde iki ayrı ortaklık mevcuttur : Birinci ortaklık, hakim pay sahipleri arasında temel sözleşme uyarınca kurulan ortaklık iken, ikinci ortaklık ise temel sözleşme uyarınca kurulan ve ortak girişim şirketi olarak adlandırılan ortaklıktır. Bu iki ortaklık arasındaki sıkı ilişki, sermayeye katılmalı ortak girişimlerde bir çifte ortaklık ilişkisinin varlığının sınanmasını gerekli kılmaktadır.

Bu çerçevede, sermayeye katılmalı ortak girişimlerin bir çifte ortaklık ilişkisine yol açtığı kanaatine varılırsa, organ ortaklık olarak nitelendirilecek ortak girişim şirketinin borçlarından temel ortaklığın da sorumluluğu gündeme gelecek, temel ortaklığın bir adi ortaklık olarak nitelendirilmesi olasılığında ise, temel ortaklığa taraf olan ortakların, diğer bir anlatımla ortak girişim şirketinin hakim pay sahiplerinin temel ortaklığın da sorumlu olduğu “organ ortaklığın borçlarından”, kişisel olarak tüm malvarlıklarıyla sorumlu olmaları gündeme gelecektir<sup>442</sup>.

Sınırlı sorumluluk ilkesini etkisiz kılacak bir başka müessese ise, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisidir. Nitekim, sermayeye katılmalı ortak girişimlerde ortak girişim şirketinin hakim pay sahiplerinin ortak kontrolünde bulunması ve ortak girişim şirketinin bağımsızlığının ve ayrılığının sağlanamadığı durumlarda bu şirketin hakim pay sahiplerinin dürüstlük kuralına aykırı tasarruflarına hizmet eden bir araca dönüşmesi, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin uygulanmasına ve hakim pay sahiplerinin ortak girişim şirketinin borçlarından şahsen sorumlu tutulmalarına yol açabilir<sup>443</sup>.

#### **d. Tek Borç İlkesi**

Anonim ortaklıkların gerçek anlamda bir sermaye ortaklığı niteliğini taşıması ve kişisel ögeler yerine nesnel bir kavram olan pay ekseninde yapılanması, pay sahibinin anonim ortaklığa karşı üstlendiği borcun da nesnelleştirilmesini ve sınırlandırılmasını gerektirmektedir. Bu noktadan hareketle, anonim ortaklıkta pay sahibinin ortaklığa karşı sadece sermaye taahhüdünü yerine getirmekle yükümlü

---

<sup>442</sup> Sermayeye katılmalı ortak girişimlerin bir çifte ortaklık ilişkisine yol açıp açmayacağı konusunda bkz. a.ş. § 8, II, C, 5, c.

<sup>443</sup> Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. § 14, II, A.

kılınması, tek borç ilkesi olarak adlandırılmaktadır<sup>444</sup>. Tek borç ilkesini öngören TTK. m. 405 hükmü emredici nitelikte olduğundan, ortaklık düzeninin temelini oluşturan anasözleşmede bu ilkeyi ihlal eden düzenlemelere yer verilemeyeceği gibi, bu ilkeyi ihlal eden genel kurul kararları da kesin hükümsüzlükle sakat olacaktır<sup>445</sup>.

Diğer yandan, modern Anonim Ortaklıklar Hukuku'nun geliştirdiği paysahipleri sözleşmesinde, sözleşmeye taraf olan paysahiplerinin anonim ortaklığa karşı, sermaye taahhüdünün karakterize ettiği tek borç dışında yükümlülükler altına girmeleri, söz konusu sözleşmenin bir borç sözleşmesi niteliğini taşıması<sup>446</sup> ve ortaklık düzenine dahil sayılmaması nedeniyle geçerli kabul edilmektedir<sup>447</sup>. Paysahipleri sözleşmesinin ortak girişim şirketlerine özgü görünüm biçimi olan temel sözleşmede de, hakim paysahiplerinin ortaklığa karşı üstlendiği ek yükümlülükler, sözleşmenin ağırlık noktasını oluşturmaktadır.

#### e. **Yabancı Bir Malvarlığının İşletilmesi İlkesi**

Yabancı bir malvarlığının işletilmesi ilkesinin sermayeye katılmalı ortak girişimlere yansımaları da, kendine has özellikler arz etmektedir. Hakim paysahipleri tarafından ortak girişim şirketine sermaye olarak tahsis edilen malvarlığı unsurları, artık hakim paysahiplerinin mülkiyetinden çıkmakta ve ortaklığın malvarlığına dahil olmaktadır. Bu yönden, ortak girişim şirketinin hakim paysahipleri tarafından belirlenecek olan yönetim kurulu, hakim paysahiplerine değil, ortak girişim şirketine ait olan hakim paysahiplerine yabancı olan bir malvarlığını yöneteceklerdir.

Ancak bu noktada, ortak girişim şirketinin hakim teşebbüslerden ayrı bir teşebbüs olarak yapılandırılması zorunluluğu ve ortak kontrole tabi olması, ilkeyi ortak girişim şirketleri bakımından önemli kılmaktadır. Hakim paysahiplerinin ortak

<sup>444</sup> Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), No.1019.

<sup>445</sup> Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), No.1019.

<sup>446</sup> Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), No.1021.

<sup>447</sup> Paysahiplerinin ortaklığa karşı sermaye taahhüdünü yerine getirme borcu dışında başkaca borçlar üstlenmeleri ve bu borçlara ortaklık düzenini karakterize eden anasözleşmede yer verilmesi olasılığında dahi, söz konusu borçların korporatif karakter kazanmayacakları ancak bir borç sözleşmesi olarak geçerli kabul edilebilecekleri ilk olarak Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin bir kararında öngörülmüştür; RGZ. 26, 86 vd. Söz konusu içtihat, uygulamaya çok sonra yerleşecek olan paysahipleri sözleşmelerinin hukuki zeminini hazırlamıştır.

girişim şirketini gerçek anlamda bağımsızlaştırmamaları ve kurumsallaştırmamaları, somut durumda hakim teşebbüslerle ortak girişim şirketinin malvarlıklarının karışmasına, diğer bir anlatımla bunların adeta tek bir malvarlığı gibi yönetilmesine yol açabilir. Bu bağlamda, malvarlıklarının karışması durumu da, tüzel kişilik perdesinin aralanmasını temellendiren tipik olgulardan birisidir<sup>448</sup>.

#### f. Kurumsal Yönetim İlkesi

Türk hukuk terminolojisinde “kurumsal yönetim”<sup>449</sup> veya “iyi yönetim”<sup>450</sup> terimleriyle ifade edilen *corporate governance*, Anglo-Amerikan Hukuku’nda gelişen ve son dönemde büyük bir hızla dünyada çeşitli hukuk sistemlerinde benimsenen bir müessesedir. Türk Hukuku’nda da SPK, 2003 yılında “*Kurumsal Yönetim Temel İlkeleri*” başlığı altında bir taslak hazırlamış ve 2005 yılında bu çalışmayı yeniden ele alarak geliştirmiştir. SPK’nın bu konudaki çalışmaları da devam etmektedir. Diğer yandan, Bankacılık Kanunu<sup>451</sup> m. 22 hükmü de, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu’na, bankalar açısından kurumsal yönetim ilkelerini geliştirme görevini yüklemiştir.

Kurumsal yönetim ilkeleri, menfaat çevresinin genişliği dikkate alınmak suretiyle kural olarak halka açık anonim ortaklıklar açısından gündeme gelen bir ilkedir<sup>452</sup>. Bununla birlikte bu ilkenin, kapalı anonim ortaklıkların kurumsallaşması, şeffaflaşması ve iyi yönetilmesi açısından büyük katkılar sağlayacağı açıktır. Nitekim, TTK Tasarısı, kapalı anonim ortaklıklar bakımından da bu ilkeyi esas almış, bu ortaklıkların bünyesine uygun düştüğü ölçüde bu ilkeye yer vermiştir.

Öğretide, kurumsal yönetim ilkesinin sermayeye katılmalı ortak girişimlere uygulanması konusunda herhangi bir yaklaşım ortaya konulmamaktadır. Kanımızca,

---

<sup>448</sup> Veliye **Yanlı**, Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Paysahiplerinin Ortaklık Alacaklılarına Karşı Sorumlu Kılınması, İstanbul, 2000, s. 238 vd. Bu konudaki incelemelerimiz için bkz. aşa. § 14

<sup>449</sup> Bu konuda özellikle bkz. Ali **Paslı**, Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi, 2. Bası, İstanbul, 2005.

<sup>450</sup> Türkiye Sanayici İşadamları Derneği, Kurumsal Yönetim, En İyi Yönetim Kodu, İstanbul, 2000.

<sup>451</sup> 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu, RG. 01.11.2005, 25983 mükerrer.

<sup>452</sup> Nitekim TTK Tasarısı m. 1507 hükmü de halka açık anonim ortaklıkların tabi olacağı kurumsal yönetim kurallarının Sermaye Piyasası Kurulu tarafından belirleneceğini ortaya koymaktadır. Bu ilkeler için bkz. Sermaye Piyasası Kurulu Kurumsal Yönetim İlkeleri, Ankara, 2005.

bu ilkenin anonim ortaklıkların yönetimine ve yapılanmasına yönelik katkıları, anonim ortaklık olarak yapılandırılan sermayeye katılmalı ortak girişimler bağlamında farklı bir anlam kazanmaktadır. Sermayeye katılmalı ortak girişimler bir yandan büyük risklerin tasfiyesinde kullanılmaları, diğer yandan ortak kontrole tabi bulunmaları itibariyle ciddi bir istikrarsızlık tehlikesiyle karşı karşıyadır. Diğer yandan, ortaklık düzenini çeşitli yönlerden değiştirme amacını güden temel sözleşme, Ortaklıklar Hukuku'na yansıyan modern anlayışın etkisiyle anonim ortaklığı anonim ortaklık yapan esaslı özellikleri zayıflatabilmektedir. Özellikle hakim pay sahiplerinin ortaklığı kişiselleştirme gayeleri, anonim ortaklıkta Anglo-Amerikan Hukuku'nda benimsenen “*stakeholders*” teriminin karşılığını oluşturan menfaat sahiplerinin, ortaklıktan umdukları haklı beklentilerin gerçekleşmesini tehlikeye düşürebilmektedir. Bu bakımdan, kurumsal yönetim ilkesi, sermayeye katılmalı ortak girişimlerin istikrarı ve iyi yönetimi açısından değerlendirilebilir.

Bu yaklaşımı ortaya koyarken, kurumsal yönetim ilkelerinin sermayeye katılmalı ortak girişimler açısından *de lege feranda* zorunlu olarak uygulanması savunulmamaktadır. Bu çerçevede görüşümüz, hakim pay sahiplerinin ve ortak girişim şirketinin yönetiminin kurumsal yönetim ilkelerini, ortak girişimin bünyesiyle örtüştüğü ölçüde benimsemelerinin, anonim ortaklık olarak örgütlenen ortak girişim şirketinin istikrarına hizmet edeceği yönündedir.

Kuşkusuz ki, kurumsal yönetimin sermayeye katılmalı ortak girişimler açısından hangi anlamda fayda sağlayacağını açıklıkla ortaya konulması gerekir. İlk olarak, önceden ortaya konulduğu üzere<sup>453</sup> ortak girişim şirketi, hakim teşebbüslerden ayrı bir teşebbüs niteliğini taşımaktadır. Nitekim, sermayeye katılmalı ortak girişimin Rekabet Hukuku anlamında bir yoğunlaşma olarak nitelendirilebilmesi için de ortak girişimin bu özelliğe sahip olması aranmaktadır. Rekabet Hukuku anlamında ortak girişim şirketinin bağımsız bir ekonomik birim olması, onun hakim teşebbüslerden ayrı bir teşebbüs olarak yapılandırılmasını ve bu şekilde yönetilmesini gerektirmektedir. Kuruluş aşamasında hakim pay sahiplerinin gereken kaynakları şirkete tahsis etmeleri, ortak girişimin bağımsız bir ekonomik birim olarak yapılandırılması için yeterli olsa da, ortak girişimin bu niteliğini koruması için kurumsal yönetim ilkelerinden yararlanılması, akılcı bir yaklaşım olabilir.

---

<sup>453</sup> bkz. yuk. § 4, VI, F, 2, b.

İkinci olarak, ortak girişimin varlığını sürdürmesi açısından önem taşıyan bir başka olgu, ortak girişimin yönetim yapısıdır. Kurumsal yönetim ilkeleri çerçevesinde, ortak girişim şirketinin yönetiminde bağımsız yöneticilere yer verilmesi ve yönetimin kendi içinde denetim mekanizmalarını geliştirmesi, ortak girişimin istikrarını teminat altına alacaktır. Bu yöntemin uygulanması, ortak kontrol mekanizmasını ortadan kaldırmaz, zira yönetime atanan kimselerin bir kısmının bağımsız olması halinde dahi, hakim pay sahiplerinin menfaatlerini temsil eden diğer yöneticilerin stratejik kararların alınması sırasında doğrudan doğruya hakim teşebbüslerin talimatlarına göre hareket etmeleri söz konusu olacaklardır<sup>454</sup>. Şu kadar ki, bağımsız yöneticilerin varlığı, ortak girişim şirketinde alınacak stratejik kararlarda hakim teşebbüsler tarafından verilen talimatların yerindeliğinin sınanmasını sağlayabilir. Sonuç itibarıyla kurumsal yönetimin gereği, anonim ortaklığın yönetiminde profesyonel yöneticilere yer verilmesi ve yönetimin çeşitli katmanlarının birbirini denetlemesidir<sup>455</sup>. Bu yaklaşımdan, ortak girişim şirketinin hakim teşebbüslerin “ortak girişim şirketinin menfaatleriyle çelişir nitelikteki” kişisel çıkarlarından uzak tutulması yönünden yararlanılabilir.

Kurumsal yönetim müessesesinin ağırlık noktalarından birisi de bağımsız denetimdir. Halka açık anonim ortaklıklar<sup>456</sup>, bankalar (BankK.m. 33) ve genellikle kamuyu aydınlatma anlayışının etkin olduğu alanlarda faaliyet gösteren teşebbüsler açısından zorunlu tutulan bağımsız denetim, TTK Tasarısı’nda kapalı anonim ortaklıklar açısından da çeşitli yönlerden öngörülmüştür (Tasarı m. 400). Bu düzenlemenin önerilmesinin ardında yatan düşünce, anonim ortaklıklarda iç denetim organının işlevsizliğidir<sup>457</sup>. Tasarı’nın kanunlaşmasıyla, anonim ortaklık olarak yapılandırılan sermayeye katılmalı ortak girişimler de bu düzenlemelere tabi

---

<sup>454</sup> Bu konumdaki yöneticiler, “bağlı yönetici” olarak adlandırılmaktadır; bu konuda bkz. Veliye **Yanlı**, İnançlı Yönetim Kurulu Üyeleri ve Konzernlerdeki Durumu, Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Armağan, İstanbul, 1998, s. 655, 673.

<sup>455</sup> **Pash**, s. 315 vd.

<sup>456</sup> Sermaye Piyasası Kurulu tarafından düzenlenen Seri : X No : 16 Sayılı Sermaye Piyasasında Bağımsız Denetim Hakkında Tebliğ (RG: 04.03.1996, 22570) halka açık anonim ortaklıkları ve sermaye piyasası kurumlarını bağımsız denetime tabi kılmakta, Sermaye Piyasasındaki Bağımsız Dış Denetleme Hakkında Yönetmelik (RG. 13.12.1987,19663) de menkul kıymetleri halka arz edilen veya halka arz edilmiş sayılan ortaklıkların bağımsız dış denetimine yönelik düzenlemeler getirmektedir.

<sup>457</sup> Bu konuda bkz. TTK Tasarısı , Gerekeçe, Üçüncü Bölüm, Denetleme, s. 524.

olacak, böylelikle kurumsal yönetim ilkesinin bağımsız denetimle ilgili olarak getirdiği yaklaşımdan ortak girişim şirketlerinde de yararlanmak mümkün olacaktır.

Bağımsız denetimle ilgili bu ihtiyacın, anonim ortaklığın malvarlığının korunması ilkesiyle de yakından ilişkisi vardır. Sermayeye katılmalı ortak girişimlerde hakim pay sahiplerinin ortak girişim şirketiyle pay sahipliği dışında uydu sözleşmeleri marifetiyle başka hukuki ilişkiler içine girmesi, hakim teşebbüslerin malvarlığıyla ortak girişim şirketinin malvarlığının birbirine karışması durumuna yol açabilmektedir<sup>458</sup>. Tüzel kişilik perdesinin aralanmasına yol açabilen bu olgunun önlenmesi açısından, bağımsız denetim önemli bir rol oynayabilir.

Gerçekten de, bağımsız denetim kuruluşu, denetim faaliyetini hakim teşebbüslerin herhangi bir etkisi altında kalmadan, malvarlığının korunması ilkesini de gözeterek yürüteceğinden, malvarlıklarının birbirine karışması olgusunun ortaya çıkması engellenebilecektir. Hatta, bu noktada bir adım daha ileri giderek, Tasarı'nın anonim ortaklıklarda bağımsız denetime ilişkin hükümlerinde (Tasarı m. 397 vd.) başka teşebbüslerin tekil veya ortak kontrolünde bulunan anonim ortaklıkların, kontrol eden teşebbüsleri denetleyen bağımsız denetim kuruluşları dışında kalan bağımsız denetim kuruluşları tarafından denetlenmesi *de lege feranda* düzenlenmelidir.

Kurumsal yönetim ilkesinin sermayeye katılmalı ortak girişimler açısından sağladığı bu yararlar, ortak girişim şirketleri açısından en elverişli örgütlenme modelinin anonim ortaklıklar olduğunu temellendiren faktörlerden birisidir.

Son olarak, sermayeye katılmalı ortak girişimlerde kurumsal yönetim ilkelerinin ne şekilde etkin kılınabileceği de incelenmelidir. Zira, kapalı anonim ortaklık olarak yapılandırılan sermayeye katılmalı ortak girişimler açısından, halka açık anonim ortaklıklar için öngörülecek kurumsal yönetim düzenlemelerinin bağlayıcı olmayacağı açıktır. Bu bağlamda, hakim pay sahipleri, sermayeye katılmalı ortak girişimin istikrarı açısından ortak girişim şirketi kurumsal yönetim ilkelerine tabi kılabilirler. Bunun yolu, temel sözleşmeye ve anasözleşmeye konulacak hükümlerle, kurumsal yönetim ilkelerini ortaklığın düzenine ilişkin normlar hiyerarşisine dahil

---

<sup>458</sup> Bu noktada bkz. yuk. § 8, I, D,1.



etmektedir<sup>459</sup>. Bir başka alternatif ise, hakim pay sahiplerinin somut sermayeye katılmalı ortak girişime özgü bir kurumsal yönetim rejimini oluşturmalarıdır ki, büyük teşebbüsler tarafından kurulan sermayeye katılmalı ortak girişimlerde temel sözleşme uyarınca ortaklık düzenini ve yönetimini biçimlendirmek amacıyla düzenlenen yönergeler, bu yöntemin en belirgin örneğidir.

## F. Değerlendirme

Çeşitli ortaklık türlerinin tipolojik özelliklerine ilişkin bu incelemeler, mevcut ortaklık tipleri içinde sermayeye katılmalı ortak girişimler açısından ideal bir ortaklık tipinin bulunmadığı sonucunu ortaya çıkarmaktadır<sup>460</sup>.

İlk olarak, sermayeye katılmalı ortak girişimin temel sözleşmeden ve ortak girişim şirketinden oluşan çift katmanlı bir hukuki yapıya sahip olması karşısında, adi ortaklıkların sermayeye katılmalı ortak girişimler açısından elverişli olmadığı tespit edilmektedir. Zira, hakim pay sahipleri arasındaki temel sözleşme, ortak girişim şirketinin ortaklaşa kontrol edilmesine yönelik bir adi ortaklığın oluşumuna zemin oluşturduğundan, ortak girişim şirketinin de adi ortaklık olarak yapılandırılması halinde, iki ayrı adi ortaklığın varlığı söz konusu olacak; temel sözleşme uyarınca meydana gelen adi ortaklığın, ortak girişim şirketi olan adi ortaklığı kontrol etmesi gündeme gelecektir.

Oysa, bu olasılıkta, her iki adi ortaklık özdeş olacak, sermayeye katılmalı ortak girişimin esaslı unsuru olan “temel sözleşme uyarınca yapılanma” ve “ hakim teşebbüslerden ayrı bir teşebbüs olma” unsurlarından kaynaklanan çift katmanlılık söz konusu olamayacaktır. Bu itibarla, ortak girişim şirketinin adi ortaklık olarak yapılandırılmayacağı düşüncesindeyiz. Bu noktadan hareketle, “kurulacak olan ortak girişim şirketinin bir ticaret ortaklığı niteliğini taşıması gerektiği hususu” sermayeye katılmalı ortak girişimlere ilişkin tanım açısından esaslı bir unsur olarak kabul edilebilir.

---

<sup>459</sup> Georg **Borges**, Selbstregulierung im Gesellschaftsrecht, -zur Bindung an Corporate Governance Kodizes, Zeitschrift für Gesellschaftsrecht, Yıl : 2003, S. 4, s. 521 vd. Yazar, bu yöntemi, kurumsal yönetim ilkelerini getiren düzenleyici tasarrufların bağlayıcılığının tartışılabildiği hallerde bu ilkelerin anonim ortaklık açısından bağlayıcı kılınmasına yönelik olarak önermektedir.

<sup>460</sup> Aynı görüşte, **Oertle**, s. 49.

Ortaklık tiplerinin karakteristik özellikleri incelendiğinde, özellikle TTK Tasarısı ile benimsenen anlayış ışığında, limited ortaklıkların sermayeye katılmalı ortak girişimlere daha elverişli bir yapıya sahip olduğu gözlemlenmektedir. Söz konusu elverişliliği, limited ortaklıkların kişiselleştirilmeye eğilimli olması, bu bağlamda özellikle temel sözleşmeye ve uydu sözleşmelerine özgü içeriğin şirket sözleşmesine yansıtılabilmesi ve ortaklara ortaklığa karşı yüklenen sadakat yükümlülüğü somutlaştırmaktadır. Anonim ortaklığın katı tipolojik yapısı ise, hakim pay sahiplerine bu denli geniş bir hareket alanı tanımamaktadır. Bu katı yapı, temel sözleşme uyarınca hakim pay sahipleri arasında oluşan hukuki düzen ile anasözleşme uyarınca inşa edilen ortaklık düzeni arasındaki ayrılığı keskinleştirmektedir<sup>461</sup>.

Diğer yandan, çeşitli ortaklık tiplerinin elverişliliğine ilişkin incelemede eksen olarak kabul edilen sorumluluk ve kurumsallaşma öğeleri mevcut ortaklık tipleri içinde anonim ortaklıkların, sermayeye katılmalı ortak girişimlere en yakın ortaklık tipi olduğunu ortaya koymaktadır<sup>462</sup>.

Sorumluluğun sınırlandırılması, en etkin şekilde anonim ortaklıklarda mümkün olmaktadır. Komandit ortaklıklarda komanditer ortağa tanınan sorumluluk avantajı bir yana bırakılırsa, kişi ortaklıklarında ortakların ortaklığın borçlarından ötürü sınırsız şekilde sorumlu tutulmaları, ortak girişimlerin bünyesinde barındırdığı riskin, hakim teşebbüslerin varlığını tehdit etme özelliğini pekiştirmektedir. Bu itibarla ortak girişim şirketi açısından kişi ortaklıklarının rasyonel bir tercih olacağı savunulamaz.

Sorumluluk açısından, limited ortaklıklar da pek olumlu bir tablo çizmemektedir. Pay sahiplerinin ortaklığın kamu borçlarından ötürü şahsen tüm malvarlıklarıyla sorumlu tutulmaları (AATUHK.m. 35), açığı kapama yükümlülüğü (TTK.m. 532/3), çıkarılan ortağın payına ilişkin açıklardan dolayı seleflerin ikinci derecede sorumluluğu (TTK.m. 531/2), limited ortaklığı, pay sahiplerinin sırtına yükleyeceği

---

<sup>461</sup> Peter **Westermann**, Das Verhältnis von Satzung und Nebenordnungen in der Kapitalgesellschaft, Heidelberg, 1995, s. 32-33.

<sup>462</sup> İsviçre Hukuku bakımından aynı görüşü benimseyen ve sermayeye katılmalı ortak girişimlerde limited ortaklıklara nazaran anonim ortaklıkların tercih edildiğini belirten **Vogt/Watter**, s. 15. Ayrıca, ortakların sorumluluğunun sınırlandırılmadığı kişi ortaklıklarının sermayeye katılmalı ortak girişimlere elverişli olmadığı yönünde bkz. **Öztek**, s. 37.

yüklerin belirlenebilir ve sınırlandırılabilir olduğu bir ortaklık tipi olma niteliğinden uzaklaştırmaktadır. Halbuki, zaten başlı başına ciddi bir riski ortaya koyan ortak girişim şirketinin başarısızlığının veya diğer ortakların borçlarını yerine getirmemelerinin yarattığı külfetin de pay sahiplerine yüklenmesi, önemli bir dezavantaj oluştururdu.

Sermayeye katılmalı ortak girişimlerin kalıcılığına ilişkin araştırmalar, hakim ortakların ortak girişim şirketini kişiselleştirme çabalarının ve ortak girişimin bertaraf edilemez nitelikteki kilitlenme eğiliminin , bu işbirliği modelinin ömrünü kısalttığını saptamaktadır. Bu anlamda, gelişen kurumsal yönetim doktrini, anonim ortaklıkların kurumsallaşma anlayışını temellendiren ve yansıtan yegane ortaklık tipi olduğunu açıklıkla ortaya koymaktadır. Kurumsallaşma, hakimiyeti elinde bulunduran pay sahiplerinin bu erki kötüye kullanma imkanını sınırlandıran, ortaklığın kalıcılığını sağlayan ve ayrılık ilkesinin uygulama alanını pekiştiren bir süreçtir. Bu bağlamda, hakim pay sahipleri tarafından kurulan temel sözleşme örgüsünün, ortaklığı kişiselleştirmeye ilişkin bir araç olduğundan kuşku duyulmamalıdır. İşte anonim ortaklıklar, tarafların kişiselleştirme eğilimine olabildiğince set çeken bir görünüm arz etmektedir<sup>463</sup>.

Anonim ortaklığın nüvesini oluşturan ve ortaklığın anayasası olarak nitelendirilen anasözleşmesel düzenin yanısıra, sadece taraflarını bağlayan ancak ortaklık düzenini etkileyen özelliklere sahip olan bir sözleşmesel düzenin tarafları arasında geçerli sayılması, bu savı zayıflatmamaktadır. Zira, borç sözleşmesi olarak nitelendirilen<sup>464</sup> pay sahipleri sözleşmesinin ve bu sözleşmenin sermayeye katılmalı ortak girişimlere özgü görünüm biçimi olan temel sözleşmenin ortaklık düzenine dahil edilmemesi, anonim ortaklığın katı sermaye ortaklığı niteliğinin zayıflamasını engellemektedir. Sermayeye katılmalı ortak girişimler, hakim pay sahipleri bakımından kendi stratejilerinin uzantısı olan bir ekonomik birim olarak değerlendirilmektedir. Bu yönden, hakim pay sahipleri, anonim ortaklığın katı yapısını mümkün olduğunca yumuşatma ve kendi istekleri doğrultusunda biçimlendirme eğilimindedir. Oysa bu

---

<sup>463</sup> **Na**, temel sözleşme uyarınca oluşan ortaklığı “ortakların ortaklığı” olarak tanımlamakta ve bu ortaklığa duyulan ihtiyacı şu şekilde açıklamaktadır : Yazara göre, tüzel kişi ortaklıklarında anasözleşmenin yapısı, tüzel kişinin menfaati ile hakim pay sahiplerinin menfaatlerinin tam olarak özdeşleştirilmesine elverişli değildir, bkz. **Na**, s. 20.

<sup>464</sup> **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)** No. 1021.

yaklaşım, sermayeye katılmalı ortak girişimin bağımsız bir ekonomik birim olarak yapılanması gerekliliğine ters düşmektedir.

Ekonomi bilimine özgü araştırmalarda ortaya konulduğu üzere<sup>465</sup>, sermayeye katılmalı ortak girişimlerin başarıya ulaşması, söz konusu teşebbüsün bağımsız bir teşebbüs olarak örgütlenmesine, ortak girişim şirketinin kurulmasından belirli bir süre geçmesinden itibaren hakim teşebbüslerin desteği olmadan da pazarda bağımsız bir teşebbüs olarak yer almasına ve ortak girişim şirketinin kurumsallaştırılmasına bağlıdır.

Buna karşılık, sermayeye katılmalı ortak girişimler açısından uygulamada çoğunlukla anonim ortaklığın tercih edilmesi, sermayeye katılmalı ortak girişimlere elverişlilik açısından limited ortaklıkla anonim ortaklık arasında yapılan karşılaştırmada hangi tipolojik özelliklere ağırlık verileceği meselesini ortaya çıkarmaktadır. Açık bir anlatımla, ortaklık tiplerinin elverişliliğinin belirlenmesinde ortaklığın kişiselleştirilebilme kabiliyetine mi yoksa sorumluluk ve kurumsallaşma öğelerine mi ağırlık verileceği değerlendirilmelidir.

Kanımızca, bu meseleye yönelik yaklaşım belirlenirken, söz konusu öğelerden hiç birisi bir diğerine feda edilmemelidir. Sermayeye katılmalı ortak girişim, kişisel öğelerin (*intuitus personae*) kendisine yer bulabileceği bir ortaklık tipini gerektirmektedir<sup>466</sup>. Buna karşılık, ortak girişimlerin büyük çaplı ve riskli faaliyetlerin yürütülmesine hizmet etmesi, hakim pay sahiplerinin tabi olacakları sorumluluğun sınırlandırılmasını zorunlu kılmaktadır. Ayrıca, ortak girişim şirketinin ortak kontrole tabi olması, söz konusu işbirliği modelinin istikrarını tehdit ettiğinden, ortak girişim şirketinin bağımsız bir teşebbüs olarak yapılandırılması, hakim pay sahipleri arasındaki işbirliğinin kurumsallaştırılmasını gerektirmektedir. Kanaatimizce sermayeye katılmalı ortak girişimin bağımsız bir teşebbüs olarak ortaya çıkması, onun hakim pay sahiplerinin desteği olmadan pazarda faaliyet gösterebilecek şekilde örgütlenmesini zorunlu kılmaktadır. Nitekim Rekabet

---

<sup>465</sup> Ulaş, s. 100 vd.

<sup>466</sup> Schlupe, Privatrechtliche Probleme, s. 486, Oertle, s. 31.

Hukuku da, sermayeye katılmalı ortak girişimlerin yoğunlaşma olarak nitelendirilmesi açısından bu anlayıştan hareket etmektedir<sup>467</sup>.

Kanımızca, hakim teşebbüslerin ortak girişim şirketini kişiselleştirme eğilimlerinin ortak girişim şirketinin istikrarını tehdit etmesi, ancak temel sözleşme uyarınca oluşan hukuk düzeni ile ortak girişim şirketinin ortaklık düzeni arasında diyalektik bir dengenin kurulmasıyla önlenabilir. Bu denge, ortak girişim şirketinin anonim ortaklık çatısı altında yapılandırılmasıyla tesis edilebilir.

Sermayeye katılmalı ortak girişim anonim ortaklık çatısı altında yapılandırıldığında, temel sözleşmenin oluşturduğu adi ortaklık düzeni ile anonim ortaklık düzeni arasında diyalektik bir etkileşim doğacaktır. Bu yaklaşımımız şu şekilde açıklanabilir : Hakim teşebbüsler, ortak girişim şirketini mümkün olduğunca temel sözleşmeye tabi kılma gayreti içindedir. Zira amaç, ortak girişim şirketini mümkün olduğunca kişiselleştirmek ve tarafların ortak menfaatlerine tabi kılmaktır. Şu kadar ki, pay sahipleri sözleşmesinin geçerli sayılması karşısında hukuken de himaye gören bu eğilim, ekonomik gerçekliğin zorunlu bir tezahürü olmakla birlikte, kişisel görüşümüzce ortak girişim şirketinin istikrarını tehdit etmektedir. Oysa, hem gerçek anlamda ortak kontrolün varlığından söz edilebilmesi için, hem de sermayeye katılmalı ortak girişimin Rekabet Hukuku'nda bir yoğunlaşma olarak nitelendirilebilmesi için, ortak girişim şirketinin "hakim teşebbüslerden ayrı bir teşebbüs" olarak yapılandırılması ve işlev görmesi gerekmektedir. Kanımızca sermayeye katılmalı ortak girişimin bu özelliği, hakim teşebbüslerin "ortak girişim şirketini kişiselleştirme" eğiliminin belirli ölçüler içinde sınırlandırılmasını gerektirmektedir.

Kişisel görüşümüzce, ortak girişim şirketi bakımından elverişli olarak nitelendirilebilecek olan anonim ortaklık ve limited ortaklık arasında anonim ortaklığın tercih edilmesini gerekli kılan özellik de budur. Özellikle gelişen kurumsal yönetim ilkesinin anonim ortaklığın yapısal ve işlevsel cephelerine katkıları ve bu ortaklık tipinin limited ortaklığa nazaran kişiselleştirilmeye daha az yatkın olması, kanımızca dikkate alınmalıdır. Nitekim, kanaatimizce, sermayeye katılmalı ortak

<sup>467</sup> 1997-1 Sayılı Tebliğ, m. 2/1 bent (c), 139/2004 Sayılı AT Yoğunlaşmalar Tüzüğü, m.3/4, **Whish**, Competition Law, s. 808, **Faull/Nikpay**, No. 4.53-4.54, **Reiser**, s. 46; **Aslan**, Rekabet Hukuku, s.534 vd., Ünal Tekinalp (**Tekinalp/Tekinalp**), Avrupa Birliği Hukuku, § 28, No.196.

girişimde temel sözleşmenin oluşturduğu hukuk düzeni ile ortak girişim şirketinin oluşturduğu hukuk düzeni arasındaki diyalektik denge, ancak anonim ortaklık tipinin tercih edilmesi halinde kurulabilir. Açık bir ifadeyle, bu düzenlerden ilki, hakim teşebbüslerin kişisel menfaatlerini ön plana çıkarırken (temel sözleşme), bir ikincisi (anonim ortaklık olarak kurulan ortak girişim şirketi) sermayeye katılma fikrini ve kurumsal anlayışı esas almakta, böylelikle sermayeye katılmalı ortak girişimin bu iki ayrı katmanın çatışmasından bir denge ortaya çıkmaktadır. Kanımızca, bu dengenin belirgin bir şekilde ortaya çıktığı, sermayeye katılmalı ortak girişimin katmanları arasındaki ayrımın da en berrak şekilde saptanabildiği yegane durum, ortak girişim şirketinin anonim ortaklık çatısı altında yapılandırılmasıdır.

Bu açıdan bakıldığında, paysahipleri sözleşmesi teorisinin anonim ortaklığa getirdiği açılımlar, bu diyalektik dengenin doğru algılanması halinde, kişiselleştirilmiş ortaklık ilişkilerinin anonim ortaklık çatısı altında yapılandırılmasına daha geniş bir şekilde imkan vermektedir. Kuşkusuz ki, bu çatışma, temel sözleşme uyarınca kurulan adi ortaklık ile anonim ortaklık olarak kurulan ortak girişim şirketinin kaderlerinin birbirinden ayrılmasına ve özellikle temel sözleşmenin sona ermesine rağmen ortak girişim şirketinin devam etmesi gibi, ortaklığın kökenindeki anlayışa, daha doğru bir anlatımla “ ortaklığı kurma iradesini temellendiren saike” ters düşen bir sonuca imkan tanımamalıdır<sup>468</sup>. Çalışmamızın hareket noktasını da bu yaklaşım oluşturmaktadır.

Bu faktörler de göz önüne alındığında, anonim ortaklıklar, hakim paysahiplerinin eğilimlerinin gerekli kıldığı ölçüde kişiselleştirilmeye elverişli bulunmamakla birlikte, gerçek anlamda bir sermaye ortaklığı olması, sınırlı sorumluluk bakımından diğer ortaklık tiplerine nazaran paysahibinin hukuki konumunu güvenceye alan bir anlayışa yer vermesi, kurumsallaşmaya elverişli yegane ortaklık tipi olarak sermayeye katılmalı ortak girişimleri çevreleyen risklerle mücadele etmeyi kolaylaştıran bir yapıya sahip olması ve nihayet hakim paysahiplerinin ortak girişim şirketinin bağımsızlığını ve varlığını tehdit edecek düzeye ulaşan kişiselleştirme eğilimlerini frenlemesi itibariyle kanımızca sermayeye katılmalı ortak girişimler açısından en elverişli ortaklık tipidir.

---

<sup>468</sup> Bu mesele, özellikle ortak girişim ilişkisinin ve ortak girişim şirketinin haklı sebeple sona ermesi meselesi bağlamında daha ayrıntılı olarak ele alınacaktır; bkz. aşa. § 15, III, F ; §16, IV, C, 2, a.

#### **IV. Anonim Ortaklık Olarak Kurulan Ortak Girişimlerin Yapısal Oluşum Biçimleri**

##### **A. Yaklaşım**

Sermayeye katılnalı ortak girişimleri kuşatan Anonim Ortaklıklar Hukuku sorunlarının incelenebilmesi için, anonim ortaklık olarak kurulan ortak girişimlerin oluşum biçimlerinin ele alınması gerekmektedir. Zira, bu farklı oluşum biçimleri, farklı hukuki sorunların ortaya çıkmasına yol açmaktadır.

Ortak girişimin esaslı unsurlarından biri olan ortak kontrolün söz konusu olabilmesi için, kontrolün birden fazla paysahibi tarafından paylaşılması, paysahiplerinden hiç birisinin ortak girişim şirketine tek başına hükmedememesi ve hakim paysahibi olarak tanımlanan paysahiplerinden hiç birinin iradesinin ortaklığın iradesinin oluşumunda etkisiz kalmaması gerekmektedir. Diğer bir bakış açısıyla, bir ortaklıkta birden fazla tekil kontrol bulunamayacağı gibi, tekil kontrol ve ortak kontrol de birbirleriyle bağdaşmayan kavramlardır; birinin egemen olduğu yerde diğerinin varlığından söz edilemez<sup>469</sup>.

Bu çerçevede, ortak kontrolü paylaşan ortaklar “ana ortak”, “kontrol eden ortak” veya “hakim ortak” olarak anılmaktadır. Bir şirkette ortak kontrolü paylaşan hakim ortakların yanısıra, yönetime hiç bir surette katılmayan ve kontrolü paylaşmayan ortakların da bulunması, o ortaklığın “ortak girişim şirketi olma” niteliğini zedelemes. Zira, ortak girişim açısından kurucu unsur, kontrolün tek bir paysahibi tarafından icra edilmemesi, bilakis birden fazla ortak tarafından paylaşılmasıdır; yoksa ortak girişim şirketinin tüm ortakların ortak hakimiyetinde bulunması değildir.

---

<sup>469</sup> Tekil kontrolle ortak kontrol arasındaki nitelik farklılığına Rekabet Hukuku düzleminde yapılan tartışmalar özellikle ışık tutmaktadır; bu konuda bkz. §9, II, D, 2, a.

Anonim ortaklıklarda, pahasahipliği haklarının kaynağı olan pay, ortaklığın iradesinin oluşunu bakımından belirleyici bir rol üstlenir. Nitekim, sermayeye katılmaya oranla hak sahibi olma ilkesinden sapmaya yol ačan oy hakkında imtiyaz ve yönetim kurulunda temsil edilme hakkı gibi istisnalar öngörülmediği müddetçe ve bu ilkenin kurduğu denge zedelenmedikçe, bir ortaklığın kimin kontrolünde bulunduğu, pay dağılımına göre belirlenebilir. Oy hakkında imtiyaz ve yönetim kurulunda temsil edilme hakkı gibi mekanizmalar ise, oransallık ilkesinin pay oranı ile oy gücü arasında kurduğu dengeyi zedeleyebilir. Daha açık bir anlatımla, bir anonim ortaklığın yönetimine kimlerin hakim olduğu olgusu, payların ve oy haklarının dağılımına ve anasözleşmeyle, çoğunluk ilkesini ağırlaştıran veya sermayeye katılmaya oranla hak sahibi olma ilkesini bertaraf eden mekanizmalara yer verilip verilmediğine bakılarak tespit edilebilir. Ancak irdeleneceği üzere, ortak kontrol, pahasahiplerinin yönetime katılma gücünü ilgilendirdiğinden, ortak kontrolün söz konusu olup olmaması bakımından belirleyici olan, her bir hakim pahasahibinin sahip olduğu oy haklarının toplamı veya başka bir deyişle oy gücüdür<sup>470</sup>.

Hakim pahasahipleri arasında pay dağılımının farklı şekillerde gerçekleşmesi halinde dahi, kontrolün paylaşılması ve ortaklaşa bir şekilde icra edilmesi temin edilebilir. Kuşkusuz ki, pay dağılımının yaratacağı hukuki duruma göre ortak kontrol, temel sözleşmeye konulacak ve pay dağılımında farklı denge konumlarında bulunan pahasahiplerini kontrole ortak koşacak mekanizmalar aracılığıyla sağlanacaktır. Bu aşamada, sermayeye katılmalı ortak girişimlerde oy haklarının dağılımının ne şekilde ortaya çıkabileceğini araştırmak gerekecektir. Bu araştırma, pay dağılımı eksen alınarak yapılacak, ancak oransallık ilkesinin bertaraf edildiği ve bu suretle pay dağılımı ile oy haklarının dağılımının birbiriyle örtüşmediği durumlarda hangi koşullarda ortak kontrolün söz konusu olduğu irdelenmek gerekecektir.

## **B. Payların İki Hakim Ortak Arasında Yarı Yarıya Dağıldığı Ortak Girişimler**

Sermayeye katılmalı ortak girişimlerin tipik görünüm biçiminde, şirketin payları iki hakim ortak arasında eşit bir şekilde dağılmaktadır. Model olarak aldığımız anonim ortaklıklarda, eşit pay dağılımı, “iki ortaklı anonim ortaklık” (“*dual and equal*

---

<sup>470</sup> Bu konuda bkz. § 9, III, A.



*ownership*<sup>471</sup>”, “*Zweimanngesellschaft*”) sorunsalını ortaya koymaktadır<sup>472</sup>. Bu tür ortaklıklarda her iki ortak, şirketin ortak kontrolünü paylaştığından “hakim ortak” olarak adlandırılır. Şirket, hakim ortaklardan hiç birinin tekil kontrolünde değildir; ortaklık üzerinde tarafların ortak kontrolü elde etmelerini sağlayan stratejik kararlar, ancak her iki hakim ortağın uzlaşması yoluyla alınabilir<sup>473</sup>.

Anonim ortaklıkların en az beş ortağının bulunması zorunluluğu dikkate alındığında (TTK m. 277, 434, 435), “iki ortaklı anonim ortaklık” terimiyle, gerçek anlamda ortak sayısının değil, payların büyük bir kısmına iki ortağın sahip olduğu ortaklığın kastedildiği vurgulanmalıdır. Kastedilen durumda, payların önemli bir kısmı iki pay sahibi veya uygulamada yaygın olduğu şekilde iki pay sahibi grubu arasında dağılmaktadır ve hiç bir pay sahibi veya pay sahibi grubu tek başına payların çoğunluğunu elinde bulundurmamakta, toplam payların yarısına sahip olmaktadır. Üstelik, oy haklarının dağılımı da yarı yarıyadır. Ortaklığın en az beş pay sahibinin bulunması zorunluluğu, uygulamada çeşitli yöntemlerle sağlanmaktadır. En sık uygulanan yöntem, iki hakim ortak dışında kalan ortakların saman adamlardan oluşmasıdır. Bu olasılıkta, payların önemli bir kısmını eşit bir şekilde elinde tutan iki hakim ortağın dışında, bir kaç paya malik olan ve şirketin en az beş pay sahibinin bulunması zorunluluğunu yerine getirmekten öte bir işlevleri bulunmayan pay sahipleri de şirkete ortak olmaktadır.

Bir başka olasılık, hakim ortakların şirket toplulukları içinde yer almaları ve hakim ortakların iştiraklerinin de pay sahibi olarak sermayeye katılmalı ortak girişime katılmalarıdır. Bu olasılıkta, ortak girişim şirketinin payları, deyim yerindeyse eşit bir şekilde iki şirketler topluluğu arasında dağılmaktadır. Bu dağılım, asgari pay sahibi sayısını sağlamaya yönelik olarak gerçekleştirileceği gibi, bundan başka gayelerle de gündeme gelebilir. Örnek olarak, iki şirketler topluluğunun tepesinde yer alan iki tepe ortaklık tarafından kurulacak ve bilişim alanında faaliyet gösterecek olan sermayeye katılmalı ortak girişime, her iki şirketler topluluğunun bilgi teknolojileri alanında uzmanlaşmış iki bağlı ortaklığının pay sahibi olarak katılması, söz konusu olabilir. Bu durumda, hakim ortak konumunda bulunan tepe ortaklıklar

---

<sup>471</sup> Terim için bkz **Dobkin**, s. 84, dn. 8.

<sup>472</sup> **Schluep**, *Privatrechtliche Probleme*, s. 491, **Poroy (Tekinalp/Çamoğlu)** No. 478c.

<sup>473</sup> Ortak kontrolün temel sözleşmede öngörülen çeşitli mekanizmalar aracılığıyla sağlanmasına ilişkin olarak bkz. aşa. §11, I.

şirketin ortak kontrolünü birlikte icra edecekler; şirkete ortak olan yavru şirketler ise, ortak girişime teknoloji aktaracak ve şirketin araştırma ve geliştirme çalışmalarını destekleyeceklerdir.

Sunduğumuz örnekte, bağlı ortaklıklar yerine hakim ortaklarla hukuki ve ekonomik herhangi bir ilişki içinde bulunmayan başka kişilerin de pay sahibi sıfatıyla ortak girişim şirketinde yer almaları mümkün olabilir. Akıllı kart üretmek ve pazarlamak üzere iki hakim ortak tarafından kurulan bir ortak girişim şirketinde, akıllı kart matbaacılığında uzmanlaşmış bir kimseye belirli sayıda pay verilmesi, buna örnektir. Görüldüğü üzere, bazen kurulacak ortak girişim şirketinin faaliyet alanı da, hakim ortaklar dışında başka ortakların da pay sahibi olmalarına zemin hazırlayabilmektedir.

Bununla birlikte, ortak girişim şirketi üzerinde ortak kontrolü paylaşma gayesini gütmeyen, şirketin faaliyet alanına da teknik anlamda katkı sağlaması söz konusu olmayan kimselerin de, payları iki hakim ortak arasında yarı yarıya dağılan ortak girişim şirketinde pay sahibi olmaları akla gelen bir başka olasılıktır. Örneğin Türkiye’de petrol çıkarma ve işleme alanında kurulacak olan bir ortak girişim şirketinde, sermayenin % 10’u oranında pay edinen ve şirketin faaliyet alanında hiç bir donanıma sahip olmayan bir pay sahibi, ortak kontrolü paylaşmak konusunda da istekli hareket etmeyebilir. Amacı itibariyle “saf sermayeye katılımdan” öte bir anlamı olmayan bu pay sahipliği, yatırımcı pay sahipliği olarak adlandırılabilir. Yüksek sermaye ve teminat gerektiren alanlarda faaliyet gösterecek olan ortak girişim şirketlerinde, bu tür pay sahiplerine gereksinim duyulabilir. Yatırımcı pay sahiplerinin yatırımlarından umdukları yararların elde edilmesi, pay sahipleri sözleşmesine konulacak çeşitli hükümlerle teminat altına alınmaktadır.

TTK Tasarısı’nın 338/1 hükmünde, artık tek kişilik anonim ortaklığa<sup>474</sup> (*one man company, Einmanngesellschaft*) cevaz verildiğinden, Tasarı’nın mevcut haliyle

<sup>474</sup> Ortaklık, birden çok kişinin işbirliğini ve böylelikle *animus contrahende societatis*’i gerektirdiğinden, tek kişi ortaklık, ortaklık kavramıyla bağdaşmamaktadır; bkz. **Poroy (Tekinalp/Çamoğlu)**, No. 45; Fahiman **Tekil**, Adi, Kollektif ve Komandit, s. 21, Kemal **Çevik**, Fransız ve Türk Hukuku’nda Tek Ortaklı Şirket, Sınırlı Sorumlu Ticari İşletme, Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan, Ankara, 1998, s. 51. Bununla birlikte tek ortaklı şirketin oluşumuna imkan tanınmasının kökeninde, fiili olanı hukukileştirme ve hukuk güvenliğini tesis etme anlayışının yattığı açıktır. Zira uygulamada, gerçekte tek bir kişinin güdümünde olan, bununla birlikte TTK.m. 277 hükmünün öngördüğü asgari koşulu sağlamak üzere beş pay sahibine sahip olan bir çok anonim ortaklık mevcuttur. Tek kişilik anonim ortaklıkta kişi unsurunun (*intuitus personae*) ön plana çıktığı yönünde Fahiman **Tekil**, Anonim Şirketler, s. 36.

kanunlaşması halinde iki ortaklı sermayeye katılmalı ortak girişimlerde bu formüllere gereksinim kalmayacaktır<sup>475</sup>. Bu itibarla, iki ortaklı anonim ortaklığın asgari pay sahibi sayısı bakımından yarattığı hukuki sorunlar, aşağıda anonim ortaklık olarak kurulan ortak girişim şirketlerine özgü sorunlar çerçevesinde ayrıca irdelenmeyecektir. Bununla birlikte, pay sahibi sayısını sağlama zorunluluğundan başka işlevler de yerine getirdiği için birinci olasılık dışında kalan formüllerde öngörülen pay dağılımı modelleri, geçerliliklerini ve işlevlerini koruyacaktır.

Payların yarı yarıya dağıldığı anonim ortaklıklarda, sermayeye katılmalı ortak girişimler bakımından önem taşıyan sorun, salt pay dağılımının tek başına ortak kontrolü sağlayıp sağlamayacağıdır. Bu soru, esas itibariyle ortak kontrol kavramına ilişkin incelemelerimizde ele alınacaktır<sup>476</sup>. Şu kadar ki, salt pay dağılımına konu olan, diğer bir deyişle payların iki pay sahibi veya iki pay sahibi grubu arasında dağıldığı anonim ortaklıklarda, payların bahsettiği oy haklarının oluşturduğu güç dengesi başka bir unsurla zedelenmemişse, her bir hakim pay sahibinin iradesi bir diğerininin ortaklık iradesine dönüşmesini önleyecek güçtedir ve hakim

---

<sup>475</sup> Öğretide **Arkan**, tek kişilik anonim ortaklık konusunda daha ihtiyatlı hareket edilmesi gerektiğini, Tasarı m. 573'te öngörülen tek kişilik limited ortaklığın, tek kişilik anonim ortaklıktan beklenen işlevleri yerine getirebileceği düşüncesindedir; bkz. Sabih **Arkan**, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Türk Ticaret Kanunu Konferansı, Bildiriler, Tartışmalar, Ankara, 2005, s. 51. Buna karşılık **Tekinalp**, (bkz. aynı eserde Tartışmalar s. 66), tek kişilik ortaklığın kabulünün bir yandan Türk Hukuku'nun Avrupa Hukuku ile uyumlaştırılması süreci diğer yandan ekonomik gerçeklikle hukukun zıtlaşmasının ortadan kaldırılması açısından gerekli olduğunu, tek kişilik anonim ortaklığın kabulü halinde, ortaklığı kişi (paysahibi) sayısının değil organizasyonun karakterize edeceği düşüncesini ortaya koymaktadır. **Moroğlu** ise, tek kişilik anonim ortaklığı faydalı bulmakla birlikte, kişi ortaklıklarının tek kişilik anonim ortaklığın yarattığı sorumluluk zırhından yararlanmalarının önlenmesi amacıyla anonim ortaklık sermayesinin önemli bir oranda yükseltilmesini savunmaktadır; bkz. Erdoğan **Moroğlu**, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Türk Ticaret Kanunu Konferansı, Bildiriler, Tartışmalar, Ankara, 2005, s. 82.

Kanımızca, tek kişilik anonim ortaklığın kabulü, tek bir kişinin iradesinin ortaklık iradesine mutlak bir biçimde hakim olmasına yol açacak, anonim ortaklığın bünyesinde kendisine sınırlı bir yer bulabilen *intuitus personae*'yi pekiştirecektir. Ayrıca anonim ortaklığın "ortaklık" vasfı da tartışmalı hale gelecektir. Ne var ki, ekonomik gerçekliğin bu yapıyı fazlasıyla barındırması ve hukukun saman adamlar aracılığıyla bu ekonomik gerçeği perdelemesi de yapay bir durum yaratmaktadır. Bir kez tek kişilik anonim ortaklık kabul edildiğinde, özellikle yeni düzende anonim ortaklıklarda "kamuyu aydınlatma" ve "bilgi toplumu hizmetlerinin" güçlendirilmesi karşısında ortaklığın çevresindeki menfaat sahipleri, ortaklığın yapısıyla yüzleştiklerinde ortaklığın "tek ortaklı" yapısını görerek bu olgunun gerektirdiği biçimde hareket etme imkanına kavuşabileceklerdir. Bu itibarla, kurumsal yönetim ilkesi çerçevesinde ilgili menfaat çevrelerinin bilgilendirilmesini sağlayan hükümlerle desteklenmesi kaydıyla tek kişilik anonim ortaklığın yararlı bir yenilik olduğu görüşündeyiz.

<sup>476</sup> bkz. aşa. § 9, III, A.

paysahipleri uzlaştığı müddetçe, payların ve oy haklarının yarı yarıya dağılımı ortak kontrolü sağlar.

Ancak, bu olasılıkta ortak kontrolün istikrarı ve kalıcılığı tehlike altındadır. Payların bu şekilde dağıldığı ortaklığın kilitlenmeye elverişli konumu ve ortak kontrolün karmaşık oluşum süreci dikkate alındığında, ortak kontrolün bu şekilde sağlandığı bir ortaklık, bir ortak girişim şirketi olmaktan ziyade tesadüfi olarak ortak kontrol altında bulunmaktadır<sup>477</sup>. Ortak girişim şirketinin tesadüfi olarak ortak kontrol altında bulunan şirketten farkı, ilkinin kökeninde stratejik bir işbirliği ilişkisinin (*joint venture*) bulunmasıdır. Bu açıdan, payların yarı yarıya dağıldığı ortak girişim şirketlerinde pay dağılımının sağladığı güvence (hakim paysahiplerinin birbirlerinin zıt iradelerini “etkisiz kılabilmek” ve dolayısıyla stratejik kararları veto etme imkanı) yeterli görülmemekte; temel sözleşmede ortak kontrolün tesis edilmesine hizmet eden başka Ortaklıklar Hukuku araçlarından yararlanılmaktadır<sup>478</sup>.

Payların yarı yarıya dağıldığı bir anonim ortaklık, kuruluşundan itibaren bir “kördüğüm ortaklığının” (*deadlock company*<sup>479</sup>) özelliklerini ortaya koymaktadır. Daha açık bir anlatımla, bu tür ortaklıklarda hakim payların, organ görevlilerinin ve kontrolün iki taraf arasında paylaşılması nedeniyle, şirketin her an kilitlenmesi tehlikesi mevcuttur. Genel anlamda şirketin kilitlenmesi, şirket organlarının karar alamaması nedeniyle şirketin faaliyetinin hatta varlığının tehlikeye düşmesi anlamına gelmektedir. İki hakim ortaklı ortak girişimlerde de, stratejik kararların alınması temel sözleşmeyle her iki tarafın uzlaşması koşuluna bağlandığından, uzlaşmanın sağlanamaması halinde, özellikle ortaklardan birisinin menfaatlerini temsil eden organ görevlilerinin organ toplantılarına katılmaktan kaçınması veya hakim

---

<sup>477</sup> **Baus**, s. 28.

<sup>478</sup> Bunun önemli bir ihtiyaç olduğuna işaret eden **Kozyris**, s. 509. Ortak kontrolün pay dağılımından değil paysahipleri sözleşmesinden kaynaklandığı konusunda bkz. Ateş **Akıncı**, s. 114.

<sup>479</sup> Anglo- Amerikan hukuk terminolojisinin hukuk dünyasına kazandırdığı “*deadlock company*” erimi, “faaliyetlerini yerine getiremeyen, felce uğramış şirketi” ifade etmektedir. “*Deadlock*” sözcüğü, kilitlenmiş, felce uğramış, çıkmaza girmiş anlamına gelmektedir. Türk Hukuku’nda, kavramı ifade etmek üzere, “kilitlenme terimi kullanılmaktadır; bkz. Ali **Dural**, Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulunun Kilitlenmesi ve Hukuki Sonuçları, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2005, s. 31. Biz de, anonim ortaklık organlarının işlevlerini yerine getiremeyecek duruma düşmesi hali için “kilitlenme” terimini benimsiyoruz. Buna karşılık, “kilitlenmeye elverişli veya kilitlenmiş ortaklık” kavramını ifade eden “*deadlock company*” teriminin karşılığı olarak “kördüğüm ortaklığı” terimini de öneriyoruz.

ortakların farklı yönlerde oy kullanmaları halinde şirket organlarında karar alınamaması durumu ortaya çıkabilir. Söz konusu olgu, ortak girişimin varlığı açısından çok ciddi bir tehlike olarak nitelendirilmelidir.

Payların yarı yarıya dağıldığı anonim ortaklıklarda kilitlenme, bizzat her bir hakim ortağın arzusu doğrultusunda ortaya çıkmaktadır<sup>480</sup>. Zira, hakim pay sahiplerinden her biri, ancak her iki hakim pay sahibinin de uzlaşması halinde ortaklık organlarının karar alabilmesini tercih etmektedir.

Kilitlenme olgusunun, şirketin faaliyetlerini hatta varlığını tehdit eden bir risk olduğu konusunda tereddüt yoktur. Bununla birlikte, payların yarı yarıya dağıldığı anonim ortaklıklarda, söz konusu riskin hakim ortaklarca şirketin kurulmasından itibaren doğru bir biçimde algılanması halinde, ortak girişim şirketinin faaliyetinin tehlikeye uğraması ihtimali azalacaktır<sup>481</sup>. Şu kadar ki, hakim ortakların henüz kuruluş sürecinden itibaren ortak girişimden umdukları yararları açık bir şekilde diğer tarafa bildirmeleri; ortak girişimin amacını ve yönetim modelini isabetli bir şekilde belirlemeleri ve en önemlisi hakim ortakların “birbirlerinin şirket kültürlerini ve pazar anlayışlarını” derinlemesine sınamaları halinde, kilitlenme riskinin asgariye indirilmesi mümkün olabilecektir. Öngörülemeyen nedenlerden dolayı ortaya çıkacak kilitlenme durumları ise, kilitlenmeyi ortadan kaldırmaya yönelik olarak taraflarca oluşturulacak etkin çözüm yöntemleriyle bir ölçüde giderilebilecektir.

Bu noktada belirtmek gerekir ki, kilitlenmeye elverişlilik, sadece iki ortaklı ortak girişim şirketlerine özgü olmayıp, daha çok hakim ortaklı ortak girişim şirketlerini de yakından ilgilendirmektedir. Hatta, iki ortaklı ortak girişim şirketlerinin, daha çok hakim ortaklı ortak girişim şirketlerine nazaran daha istikrarlı olacağı ileri sürülebilir; zira sermayeye katılmalı ortak girişim, tüm hakim teşebbüslerin münferit şirket kültürlerinin birbiriyle uzlaştırılmasını zorunlu kıldığından, hakim teşebbüs sayısı arttıkça, kilitlenme olasılığı da artar.

---

<sup>480</sup> Hakim pay sahipleri, stratejik kararların diğer hakim pay sahibinin veya diğer hakim pay sahiplerinin arzuları doğrultusunda ortaya çıkmasındansa, hakim pay sahipleri arasında uzlaşma sağlanana değin ortaklığın kilitlenmesini tercih etmektedirler, bkz. Andrew **Comben**, *Joint Ventures and Shareholders' Agreements*, London, 2000, No., s. 141.

<sup>481</sup> Sermayeye katılmalı ortak girişimlerin sürekliliği ve istikrarı açısından en verimli modelin yarı yarıya ortaklık olduğunu savunan Ian **Hewitt**, No. 1-17.

### C. Hakim Ortaklardan Her Birinin Azınlık Paylarına Sahip Olduğu Ortak Girişimler

Sermayeye katılmalı ortak girişimin tipik görünüm biçimi, yarı yarıya ortaklık şeklinde ortaya çıksa da, bu durum sermayeye katılmalı ortak girişimin yegane görünüm biçimi değildir<sup>482</sup>. Ortak girişim şirketinin büyüklüğü, faaliyet alanı ve amacı, ikiden fazla hakim ortağın bulunmasını gerekli kılabilir. Örnek olarak enerji sektöründe kurulacak ve ancak devasa bir yatırım yapılması halinde kârlı faaliyet gösterebilecek olan bir ortak girişim şirketi, fazla sayıda hakim ortak tarafından kurulabilir. Başka bir örnek olarak, yakın zamana değin yabancı yatırımlara kapalı olan ve söz konusu engellerin kaldırılması sonucunda doğrudan yatırıma elverişli hale gelen bir ülkede ortak girişim şirketi kurmayı tasarlayan iki büyük şirket, o ülkede başarıya ulaşabilmek için yerli bir ortağın da ortak girişiminde yer almasını tercih edebilirler. Tüm bu olasılıklarda, ortak kontrol, ikiden fazla hakim ortak tarafından paylaşılabilir.

İlke olarak, hakim ortaklar arasında ortak kontrolün ne şekilde oluşturulacağı ve nasıl paylaşılacağı kararlaştırılmamışsa, paylarının sermayeye oranının toplamı % 50'yi aşan iki veya daha fazla hakim ortak, diğer hakim ortakları devre dışı bırakarak stratejik kararları almaya muktedir olabilir; zira anonim ortaklıklara çoğunluk ilkesi ve sermayeye oranla hak sahibi olma ilkeleri egemendir. Örnek olarak, eşit pay dağılımına istinaden üç hakim ortağın ortak girişim şirketini ortaklaşa kontrol etmesi olasılığında, pay dağılımı dışında başka araçlara başvurulmaması halinde, hakim ortaklardan "toplamda oy haklarının çoğunluğunu elinde bulunduran" herhangi ikisi, diğerini saf dışı bırakarak stratejik kararları alabilecektir. Bu gerekçeyle, bu tür ortak girişimlere özgü temel sözleşmede ve mümkün olduğu ölçüde anasözleşmede, şirketin stratejik kararlarının tüm hakim ortakların katılımıyla alınmasını sağlayacak önlemlere başvurulur. Bu bağlamda, hakim ortaklarının her biri azınlık paylarına sahip olan ortak girişim şirketlerinde de, hakim ortakların uzlaşmaması nedeniyle

---

<sup>482</sup> Tercier, No. 6618.

kördüğüm ortaklığı sorunu ortaya çıkabilir; çünkü kilitlenme pay dağılımından değil hakim paysahipleri arasındaki mutlak güç dengesinden kaynaklanmaktadır.

Bu çerçevede son olarak söz konusu pay dağılımı açısından dikkate alınması gereken bir olasılık, bir paysahibinin % 50 oranında paya sahip olması, diğer hakim ortakların toplam paylarının da % 50 oranında olmasıdır<sup>483</sup>. Kanımızca bu olasılıkta, paylarının toplamı % 50'yi oluşturan azınlık paysahiplerinin istikrarlı olarak birlikte hareket etmeleri halinde, payların yarı yarıya dağıldığı ortak girişimlere benzer bir yapı ortaya çıkacaktır. Kuşkusuz ki, bu olasılıkta da, bir sermayeye katılmalı ortak girişimin varlığından söz edebilmek için, yarı yarıya pay dağılımının kökeninde bir stratejik işbirliği ilişkisinin yer alması gerekecektir.

#### **D.Hakim Ortaklardan Birinin Çoğunluk Paylarına Diğerlerinin Azınlık Paylarına Sahip Olduğu Ortak Girişimler**

Ortak girişimin esaslı unsuru olan ortak kontrolü sağlayabilmek için, şirketin paylarının hakim ortaklar arasında mutlaka eşit bir şekilde dağılması zorunlu değildir. Hakim ortaklardan birisi çoğunluk payına sahip olup, diğeri veya diğerleri azınlık paysahibi konumunda bulunabilir. Modern Ortaklıklar Hukuku'nun özellikle paysahipleri sözleşmesi alanında kaydettiği gelişmeler, azınlık paysahiplerinin şirket üzerinde ortak kontrolü paylaşmasına zemin hazırlayabilmektedir<sup>484</sup>. Ayrıca, stratejik kararlar bakımından yetersayıların ağırlaştırılması ve yönetim kurulunda temsil edilme hakkının tanınması yoluyla<sup>485</sup>, diğer bir anlatımla anasözleşmede yer alacak araçlar marifetiyle de, azınlık paysahiplerine ortak kontrolü paylaşma imkanını tanınabilmektedir. Bu araçların tümü, sermayeye katılmaya oranla hak sahibi olma

---

<sup>483</sup> Anonim ortaklıklarda çoğunluk, kısaca “ sermayenin % 50'sine karşılık gelen paylar +1 pay” olarak formüle edilmektedir. Buna göre sermayenin yarısına tekabül eden paylara sahip olan hakim ortak, teknik ve dar anlamda çoğunluk paysahibi sayılmaz. Söz konusu yaklaşım için bkz. **Von der Crone**, Zweimangesellschaften, s. 38. Kuşkusuz ki, çoğunluk paysahipliğini sağlayan % 50+1 payın kontrolü bahşedebilmesi için, pay sayısı ile oy haklarının sayısı ve dağılımı arasındaki dengenin bozulmamış olması gerekmektedir. Bu açıdan, bir anonim ortaklıkta çoğunluk paysahipliğinin kontrolü bahşedip bahşetmediği, bu payların içerdiği oy haklarının sayısına göre belirlenmelidir; nitekim bkz. Carsten **Koblin**, Wertsteigernde Konzernstrukturen, diss, Freiburg, 2002, s. 132.

<sup>484</sup> Paysahipleri sözleşmesinin kontrolü sağlamaya yönelik işlevi için bkz. Gül **Okutan**, Anonim Ortaklıklarda Paysahipleri Sözleşmesi, İstanbul, 2003, s. 78.

<sup>485</sup> Yönetim kurulunda temsil edilme hakkının niteliği ve etkileri konusundaki tartışmalar için genel olarak bkz. **Kendigelen**, s. 230 vd. Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. aşa. § 12, IV, B.

ilkesinin çoğunluk paysahibi ile azınlık paysahibi arasında yarattığı güç dengesizliğinin giderilmesi amacına yönelmektedir.

Sermayeye oranla hak sahibi olma ilkesinin bu yöntemlerle aşılmasının ardında, genel olarak azınlık paysahibinin söz konusu ortak girişim şirketi açısından kritik bir önemi haiz olması, diğer bir deyişle azınlık paysahibinin stratejik ortak konumunda bulunması ve ancak ortak kontrolü paylaşacak bir konuma sahip olabilmek kaydıyla ortak girişim şirketine katılması olguları yatmaktadır.

## § 7. Rekabet Hukuku'nda Sermayeye Katılnalı Ortak Girişimler

### I. Rekabet Hukuku'nda Ortak Girişimlerin Konumuna Genel Bakış

#### A. Rekabet Denetiminin Konusu

RKHK. m. 3, rekabeti, mal ve hizmet piyasalarındaki teşebbüsler arasında özgürce ekonomik kararlar verilmesini sağlayan bir yarış olarak tanımlamaktadır. Çok genel bir yaklaşımla, iyi işleyen bir rekabet düzeninde, teşebbüslerce sunulan malların ve hizmetlerin kalitesi yükselir ve fiyatlar mümkün olan en düşük seviyede belirlenir<sup>486</sup>. Bu açıdan, rekabetin korunmasına yönelik düzenlemeler, rekabet düzeninin varlığını ve sağlıklı işleyişini hedeflediği gibi, rekabet özgürlüğünü de güvence altına almayı amaçlar<sup>487</sup>. Bu noktada devletin işlevi, müdahale etmek yerine, rekabet düzeninin varlığını tehdit eden oluşumlara karşı önlem almaktır<sup>488</sup>.

Özel Hukuk'un ve Kamu Hukuku'nun çeşitli disiplinlerine ilişkin kesitler içeren<sup>489</sup> Rekabet Hukuku, genel bir yaklaşımla, Maddi Rekabet Hukuku ve Usul Hukuku

<sup>486</sup> Rekabetin ekonomik kalkınmaya yönelik işlevi için bkz. David J. Gerber, Law and Competition in Twentieth Century Europe : Protecting Prometheus, Oxford, 1998, s. 420, rekabetin teşebbüsler üzerinde yarattığı baskının çeşitli cepheleri için bkz. Türkkın, s. 74.

<sup>487</sup> Sabih Arkan, Haksız Rekabet ve Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Hükümleri Arasındaki İlişki, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan, Ankara, 2003, s. 12; Ercüment Erdem, Rekabet Hukuku ve Haksız Rekabet İlişkisi, Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, İstanbul, 2002, s. 383. Rekabetin işlevlerinin şematik bir incelemesi için bkz. Krimphove, s. 27 vd.

<sup>488</sup> Erdem, Birleşme ve Devralmalar, s. 7. Rekabet Hukuku'nda devletin müdahalesi, bireylerin ve teşebbüslerin girişim özgürlüğü ile ekonomik kamu düzeni arasındaki dengenin tesis edilmesine yönelik olarak işlev görmektedir; bu konuda özellikle bkz. Müslüm Akıncı, Ekonomik Kamu Düzeni ve Rekabet Kurumu, Rekabet Dergisi, Yıl : 2001, S. 5, s. 4-5.

<sup>489</sup> Rekabet Hukuku, rekabet otoritesi konumunda olan Rekabet Kurumu'nun hukuki konumu açısından İdare Hukuku'na, öngördüğü idari cezalar itibarıyla İdare Hukuku'nun ve Ceza



olmak üzere iki başlık altında incelenebilir. Rekabet düzenini tehdit eden oluşumlar Maddi Rekabet Hukuku'nun konusunu oluştururken, Usul Hukuku ise rekabet otoritesinin söz konusu oluşumlarla ilgili olarak yürüteceği incelemelerin ve kişilerin rekabet ihlallerine karşı izleyeceği hukuki yolların şekli hukuk açısından çerçevesini çizmektedir.

Maddi Rekabet Hukuku temel olarak üç ana müessese üzerine inşa edilmiştir. Bunlar, sırasıyla rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar, kararlar ve uyumlu eylemler (ATA.m. 81, RKHK.m. 4), hakim durumun kötüye kullanılması (ATA.m. 82, RKHK.m. 6) ve yoğunlaşmalardır<sup>490</sup> (139/2004 Sayılı YT.m. 3, RKHK.m. 7).

Rekabet otoritesinin, rekabet düzenini tehdit eden eylem ve anlaşmalara ilişkin olarak yürüttüğü denetleme, iki şekilde ortaya çıkar. Bunlardan ilki pazardaki teşebbüslerin davranışlarının denetlenmesidir (*davranış denetimi*). Teşebbüslerin davranışlarından kasıt, teşebbüslerin pazarı etkileyen uygulamalarıdır<sup>491</sup>. Bu bağlamda, teşebbüslerin pazarda rekabeti kısıtlayıcı etki doğuran eylem ve anlaşmaları<sup>492</sup> yasaklanmakta ve belirli yaptırımlara tâbî kılınmaktadır<sup>493</sup>. Rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar, uyumlu eylemler ve hakim durumun kötüye kullanılması davranış denetimine tabi kılınmıştır. Genel bir yaklaşımla, hakim teşebbüslerin yapısında ve dolayısıyla pazarın yapısında bir değişiklik yaratmayan ortak girişim anlaşmaları, davranış denetimine tabi tutulur. Bunun en tipik örneği, ortaklaşa araştırma ve geliştirme çalışmaları yürütmek amacıyla yapılan ortak girişim

---

Hukuku'nun kesişim alanına, usule ilişkin düzenlemeleri itibariyle Usul Hukuku'na ve rekabet düzeninin ihlalinden dolayı zarar gören kişilerin rekabet düzenini ihlal eden kişilere karşı açacağı özel hukuk davaları açısından Borçlar Hukuku'na ve yine Usul Hukuku'na ilişkin kesitler içermektedir.

<sup>490</sup> Hükümde, yoğunlaşma terimi yerine “birleşme ve devralmalardan” söz edilmektedir. Çalışmamızda, sermayeye katılmalı ortak girişimin pazara yönelik etkilerinin vurgulanması amacıyla yoğunlaşma terimi tercih edilecektir.

<sup>491</sup> Pazar davranışı ve davranış denetimi kavramları için bkz. **Faull/Nikpay**, No. 1.06 vd.

<sup>492</sup> Rekabeti sınırlayıcı etki doğuran eylem ve anlaşmalar ve eylemler, rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar, teşebbüs birlikleri kararları ve teşebbüsler arası uyumlu eylemler (RKHK.m. 4) olmak üzere üç ana kategoride incelenmektedir; bu konuda özellikle Metin **Topçuoğlu**, Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, Ankara, 2001, s. 168 vd.

<sup>493</sup> Bu yaptırımları genel olarak geçersizlik (RKHK.m. 4, 56), Rekabet Kurulu tarafından uygulanması söz konusu olan idari para cezaları (RKHK.m. 16 vd.) ve rekabetin ihlal edilmesinden zarar gören kişilerin tazminat talep etme hakkı (RKHK.m. 56 vd.) olmak üzere üç başlık altında incelemek mümkündür. Rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaların tabi olduğu geçersizliğin askıda hükümsüzlük olduğu yönünde bkz. Osman **Gürzumar**, 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. Maddesine Aykırı Sözleşmelerin Tabi Olduğu Geçersizlik Rejimi, Rekabet Dergisi, Yıl : 2002, S. 12, s. 53, **Sanlı**, s. 402.

anlaşmalarıdır<sup>494</sup>. Bir ortak girişimin davranış denetimine tabi kılınmasında, onun sözleşmesel ortak girişim- sermayeye katılmalı ortak girişim ayrımının hangi tarafında yer aldığı da sınırlı bir rol oynamaktadır. İlk olarak, tüm sözleşmesel ortak girişimlerin davranış denetimine tabi kılındığı ve rekabeti kısıtlayıcı bir anlaşma niteliğini taşıyıp taşımadığının araştırıldığı belirtilmelidir<sup>495</sup>. Diğer yandan, aşağıda inceleneceği üzere, sadece sermayeye katılmalı ortak girişimlerin yoğunlaşma olarak nitelendirilmesi ve yapısal denetime tabi tutulması söz konusu ise de, bunun için bu oluşumların belirli özellikleri taşıması aranmakta; her sermayeye katılmalı ortak girişim, yoğunlaşma olarak nitelendirilmemektedir<sup>496</sup>. Böylelikle, belirli özellikleri taşıyan sermayeye katılmalı ortak girişimler dışında her türlü ortak girişim, davranış denetimine tabi kılınmaktadır.

Denetimin diğer türü ise pazarın ve teşebbüslerin yapılarının denetimini konu edinir ve kontrolün pazarın yapısını bozacak şekilde el değiştirmesini önlemeyi amaçlamaktadır (*yapısal denetim*<sup>497</sup>). İncelememize konu oluşturan temel sorun, hakim teşebbüslerden ayrı bir şekilde yapılandırılan ve onların ortak kontrolüne tabi kılınan sermayeye katılmalı ortak girişimlerdir. Bu tür sermayeye katılmalı ortak girişimler, yoğunlaşma niteliğini taşımaktadır ve yapısal denetime tabi kılınmaktadır.

---

<sup>494</sup> Araştırma ve geliştirmeye yönelik ortak girişimler, “araştırma ve geliştirmeye yönelik anlaşma” olarak nitelendirilmekte ve rekabet düzenine yönelik olumlu etkileri itibariyle grup muafiyetine tabi tutulmaktadır. Grup muafiyeti, belirli türdeki anlaşmaların rekabeti sınırlayıcı anlaşma olarak nitelendirilmekle birlikte belirli özellikleri yerine getirmeleri nedeniyle RKHK.m. 4 ve ATA.m. 81 hükmünün öngördüğü yasaklamadan muaf kılınmaları anlamına gelmektedir, bkz. **Aslan**, Rekabet Hukuku, s. 290. Araştırma ve geliştirme anlaşmaları da, Avrupa Komisyonu’nun “Arge Tüzüğü” ve Rekabet Kurulu’nun 2003/2 Sayılı Araştırma ve Geliştirme Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği (her iki düzenleme için bkz. yuk. dn.163) ile grup muafiyetine tabi kılınmıştır. Avrupa Topluluğu ve Türk Hukuku’nda araştırma ve geliştirme anlaşmalarına uygulanan grup muafiyetinin hükümlerine ilişkin olarak bkz. **Faull/ Nikpay**, No. 6.129 vd. , **Aslan**, Rekabet Hukuku, s. 355 vd.

<sup>495</sup> **Sanlı**, s. 334-335, bu değerlendirmede dikkate alınan faktörler için özellikle **Faull/Nikpay**, No. 6.79 vd.

<sup>496</sup> Bu koşullar için bkz. aşa. § 7, II, B, 1. Yoğunlaşma oluşturmayan ortak girişimlerin denetimi için bkz. **Güven**, Rekabet Hukuku, s. 398 vd. Avrupa Hukuku’nda yoğunlaşma oluşturmayan ortak girişimlerin denetiminde 13. Rekabet Politikası Raporu’yla yaşanan dönüşüm için bkz. **Alison Jones/ Brenda Suffrin**, EC Competition Law, Second Edition, Oxford, 2004, s. 999.

<sup>497</sup> Yapısal denetim, ilgili teşebbüslerin yapısında ve dolayısıyla pazarın yapısında değişiklik yaratan oluşumlar olan yoğunlaşmaların rekabet otoritesi tarafından denetimini konu edinmektedir (YT.Giriş par. 20). Pazarın yapısı, her yönüyle ilgili pazardaki rekabet durumunu ifade etmektedir; bkz. Hermann-Josef **Bunte**, Kartellrecht mit neuem Vergaberecht, München, 2003, s. 417. Pazarın yapısı belirlenirken, ilgili pazardaki mevcut ve potansiyel rekabet dikkate alınır; Roger **Zäch**, Schweizerisches Kartellrecht, Bern,1999, s. 208.

Çok çeşitli ekonomik işlevleri yerine getirmesi ve çok çeşitli hukuki yapılarda ortaya çıkması nedeniyle ortak girişimin hangi Rekabet Hukuku denetimine tabi kılınacağı, ortak girişimin hukuki ve ekonomik yapısıyla ilişkilidir<sup>498</sup>. Bu itibarla, Rekabet Hukuku'nda ortak girişimlerin nasıl sınıflandırıldığını ele almakta ve bu sınıflandırmayı bir çıkış noktası olarak benimsemekte bir yarar vardır.

## B. Rekabet Hukuku'na Göre Ortak Girişimlerin Sınıflandırılması

Rekabet Hukuku'nda ortak girişimler, yoğunlaştırma oluşturan (yoğunlaşmaya yönelik ortak girişimler, “*concentrative joint ventures*”) ortak girişimler ve işbirliğine yönelik (eşgüdümsel ortak girişimler, “*cooperative joint ventures*”) ortak girişimler olarak ikiye ayrılır. Yoğunlaşmaya yönelik ortak girişimler, ilgili teşebbüslerin yapılarında değişiklik yaratmaları açısından aynı zamanda yapısal ortak girişim özelliğini de taşırlar<sup>499</sup>. Ekonomik yönden yoğunlaşmaya yönelik ortak girişimler, pazarın ve ilgili teşebbüslerin yapısı<sup>500</sup> üzerinde değişiklik yaratan ortak girişimler olarak tanımlanırken<sup>501</sup>, bu özelliği taşımayan ve hakim teşebbüsler arasında rekabetin eşgüdümüne yol açan ortak girişimler, işbirliğine yönelik ortak

<sup>498</sup> **Kayıhan**, Bölüm 1, No. (1.3).

<sup>499</sup> Bu noktada belirtmek gerekir ki, yapısal ortak girişim (*structural joint venture*) ilgili teşebbüslerin yapısında değişiklik yaratan ortak girişim anlamına gelmektedir. Aşağıda ele alınacağı üzere, Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku'nda, yapısal ortak girişimler, ayrıca işbirliğine yönelik etkiler doğurup doğurmadığına bakılmaksızın yoğunlaşma olarak nitelendirilir ve yapısal denetime tabi tutulur. Türk Hukuku'nda ise, her yapısal ortak girişim, yoğunlaşma olarak tavsif edilmemektedir. Nitekim, yapısal etkiler yaratmakla birlikte aynı zamanda pazar davranışlarının koordinasyonuna yol açan ve böylelikle teşebbüsler arasında işbirliğine yönelik etkiler doğuran ortak girişimler Türk Hukuku'nda yoğunlaşma olarak nitelendirilmemekte ve davranış denetimine tabi kılınmaktadır; söz konusu denetim için bkz. **Faull/Nikpay**, No. 6.77 **vd.**, **Whish**, Competition Law, s. 795, **Ian Hewitt**, No. 6.44 **vd.**, **Ateş Akıncı**, s. 124, **Güven**, Rekabet Hukuku, s. 398 **vd.** . Bu ortak girişimler, Avrupa Hukuku'nda ise hem yapısal hem de eşgüdümüne yönelik etkiler doğurduğundan, çifte denetime (hem yapısal denetime hem de davranış denetimine) tâbî tutulmaktadır. Bu nedenle, Avrupa ve Türk Hukuku'nda yoğunlaşma olarak nitelendirilen her ortak girişim aynı zamanda yapısal ortak girişimdir; buna karşılık rekabetin koordinasyonuna yol açan yapısal ortak girişimler, Avrupa Hukuku'nda yoğunlaşma olarak nitelendirilmekle birlikte ikinci bir denetime daha tabi tutulmakta, Türk Hukuku'nda ise doğrudan doğruya rekabeti kısıtlayıcı bir anlaşma olarak nitelendirilmekte ve davranış denetimine tabi kılınmaktadır. Bu itibarla “yapısal ortak girişim” kavramıyla “yoğunlaşmaya yönelik ortak girişim” kavramları birbiriyle tam olarak örtüşmemektedir. Bu veriler ışığında, bu çalışmada bu ayırım gözetilerek, sadece saf yapısal özellikler gösteren ve hem Türk Hukuku'nda ve hem Avrupa Hukuku'nda yoğunlaşma olarak nitelendirilen ortak girişimler için “yapısal ortak girişim” terimi kullanılacaktır.

<sup>500</sup> İlgili teşebbüslerin yapısı üzerindeki etkiler, kontrolün yapısını doğrudan doğruya ilgilendirmektedir. Aynı yaklaşımı benimseyen Rekabet Kurulu, “kontrolün yapısı” kavramına kararlarında yer vermektedir, bkz. Rekabet Kurulu'nun 26.07.2006 tarihli ve 06-206, 205-715 Sayılı Turkcell- Atel Kararı, RG. 02. 10. 2006, 26307.

<sup>501</sup> Bu etki için bkz. **Zurkinden**, s. 76.

girişimler olarak adlandırılmakta ve Rekabet Hukuku'nda rekabeti kısıtlayıcı anlaşma olarak sınıflandırılmaktadır.

Görüldüğü üzere, işbirliğine yönelik ortak girişimler, pazarın ve teşebbüslerin yapısı üzerinde etki yaratmamaları karşısında saf bir anlaşmadan ibaret kalmakta ve dolayısıyla her anlaşma gibi ATA.m. 81 ve RKHK.m. 4'te öngörülen davranış denetimine tabi kılınmaktadır<sup>502</sup>. Farklı bir anlatımla, işbirliğine yönelik ortak girişimlerde, ortada sadece bir anlaşma vardır ve bu anlaşma, taraflarının pazar davranışlarının nasıl şekilleneceğini belirler. Bu anlaşma, yeni bir yapının, bağımsız bir ekonomik birimin oluşumuna zemin hazırlamayacaktır.

Yoğunlaşmaya yönelik ortak girişimlerin kökeninde de bir anlaşma vardır (temel sözleşme). Oysa, ortak girişimin bu türünde taraflar arasındaki ilişki, salt bir anlaşmadan ibaret kalmamakta, bu anlaşmadan yeni bir ekonomik birim ortaya çıkmaktadır : Sermayeye katılmalı ortak girişim<sup>503</sup>. Bu noktada, sermayeye katılmalı ortak girişimin tipik özelliği göze çarpmaktadır. Yoğunlaşma oluşturan ortak girişimlerde, ortak girişim anlaşması (temel sözleşme) bir müessese doğurmaktadır<sup>504</sup>. Bu müessese, kendi oluşumundan önce pazarın büründüğü çehreyi değiştirmekte, bu düzleme yeni bir aktörün katılmasını sağlamaktadır. Ayrıca, hakim teşebbüslerin kendi yapısı da bu oluşumdan önemli bir ölçüde etkilenmektedir. Ortak girişim şirketine önemli kaynaklarını tahsis eden hakim teşebbüsler, böylelikle maddi veya gayrimaddî varlıklarının bir kısmından mahrum kalmakta, bunların yerine ortak girişim şirketinde pay edinmekte, böylelikle bizatihi yapısal bir dönüşüme uğramaktadır.

---

<sup>502</sup> **Faull/Nikpay**, No. 6.68 vd, yatay ortak girişim anlaşmaları bakımından **Ateş Akıncı**, s. 124-125.

<sup>503</sup> Aslında, yukarıda ortak girişim müessesesinin kavramsal yapısı ile ilgili incelememiz ışığında ortaya koyduğumuz üzere (ortak girişim sisteminin unsurları için bkz. yuk. § 4, III ), bu anlaşmadan ortaya çıkan oluşum, sermayeye katılmalı ortak girişim değil, ortak girişim şirkettir. Zira sermayeye katılmalı ortak girişim, hakim teşebbüsleri ve ortak girişim şirketini kapsar ve daha geniş bir kavramdır. Buna rağmen Rekabet Hukuku, biraz da kökeninde yatan ekonomik perspektifin etkisiyle, incelemelerinde hukuk öznesi olan ortak girişim şirketinden söz etmemekte, bütünsel olarak sermayeye katılmalı ortak girişimden söz etmektedir. Son tahlilde bu yaklaşım, modern hukukun bir ögesi olan ve klasik hukukla bağları tam anlamıyla ortaya konulamamış olan Rekabet Hukuku arasında terminolojik bir farklılıktan ileri gelmektedir. Bu açıdan çalışmamızda, Rekabet Hukuku'na özgü incelemelerde sermayeye katılmalı ortak girişimden ve yerine göre bu müesseseyi ifade etmek üzere ortak girişimden söz edecek, kavramların netleştirilmesinin gerekli olduğu noktalarda ise ortak girişim şirketi terimini kullanacağız.

<sup>504</sup> **Gansweid**, s. 21,

Bu tür ortak girişimlerin, rekabeti kısıtlayıcı anlaşma olarak nitelendirilmek yerine daha avantajlı ve hukuk güvenliği ilkesi açısından daha sağlam bir hukuki denetime tabi kılınmasının ve Rekabet Hukuku öğretisindeki yaygın deyimle “yoğunlaşma imtiyazından yararlandırılmasının<sup>505</sup>” gerekçeleri bu noktada ortaya çıkmaktadır : Rekabet Hukuku, mevcut teşebbüslerin yapısını değiştirerek etkinlik ve verimlilik yaratan ve pazara yeni bir aktörü dahil eden bu oluşuma kayıtsız kalmamakta; onu çok daha hoşgörülü bir denetim rejimi ışığında sınamaktadır<sup>506</sup>.

Avrupa Topluluğu Hukuku’nda, yoğunlaşmalara ilişkin ilk pozitif düzenleme olan Eski Yoğunlaşmalar Tüzüğü’nde ve halen bu düzenlemeyi esas alan Türk Hukuku’ndaki anlayış, yapısal ortak girişimlerle işbirliğine yönelik ortak girişimler arasındaki ayrımı oldukça katı bir biçimde algılamaktadır<sup>507</sup>. Bu anlayışa göre bir ortak girişim ya yoğunlaşmaya yönelik ortak girişimdir (concentrative joint venture) ve yapısal denetime tabi tutulur ya da eşgüdümeye yönelik ortak girişimdir (cooperative joint venture) ve davranış denetimine tabi kılınır. Sermayeye katılmalı bir ortak girişimin aynı anda hem yoğunlaşmaya, hem de eşgüdümeye yönelik etkiler taşıması; Türk Hukuku’nda onun davranış denetimine tabi tutulmasına neden

<sup>505</sup> Bu konuda özellikle bkz. **Ruchin**, s. 161-162, **Faull/Nikpay**, No. 6. 59. Yoğunlaşma denetiminde geçmenin bir imtiyaz niteliğini taşıdığı, belki de yoğunlaşma niteliğini taşımayan oluşumların tabi olduğu davranış denetimine göz atılarak anlaşılabilir. Davranış denetiminde, rekabet otoritesi söz konusu denetimi yürütürken belirli bir zaman sınırlamasına tabi değildir. Ayrıca, Avrupa Rekabet Hukuku’nda, teşebbüsler arasında rekabeti sınırlayıcı bir anlaşmanın Avrupa Komisyonu tarafından denetlenmesi, söz konusu anlaşmanın, yetkili üye devletlerin rekabet otoriteleri tarafından denetlenmesine engel olmamakta, burada yoğunlaşmaların aksine *one-stop shop* ilkesi uygulama alanı bulamamaktadır; bkz. **Jones/ Suffrin**, s. 722. Yoğunlaşmalar Hukuku’nu özellikle usul ekonomisi açısından cazip kılan bu özelliklerin dışında, yoğunlaşmaların denetimi, maddi hukuk açısından da oldukça avantajlıdır. ATA. m. 81 ve RKHK.m. 4, rekabeti kısıtlayıcı etki yaratan eylem ve anlaşmaları yasaklarken, bir yoğunlaşmanın yasaklanması için, söz konusu yoğunlaşmanın rekabet düzenine etkileri, davranış denetimine nazaran çok daha ağır olmalıdır. Zira, ATA.m. 81 uyarınca rekabeti önemli ölçüde azaltmayan, RKHK.m. 7 uyarınca ise hakim durum oluşturmeyen veya mevcut hakim durumu güçlendirmeyen yoğunlaşmalar yasaklanmayacaktır. Yoğunlaşma denetimi için imtiyaz teriminin kullanılmasının nedenlerinden biri, böylelikle yoğunlaşmaların yasaklanmasına ilişkin çitanın, rekabet davranışlarının yaptırımlara tabi tutulmasına ilişkin çitadan daha yüksek olmasıdır; bu konuda bkz. Ernst Joachim **Mestmäcker/ Heike Schweitzer**, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 2. Völlig erneuerte Auflage, München, 2004, § 23 No. 21. Bu olgunun, sermayeye katılmalı ortak girişimler bakımından da etkili olduğu göz ardı edilmemelidir. İlgili teşebbüsler, sermayeye katılmalı ortak girişim kurarken bunun bir yoğunlaşma olarak örgütlenmesi için büyük çaba sarf etmektedir. Zira, bu çabalarından verimli sonuç alırlarsa, söz konusu ortak girişim çok daha avantajlı bir rekabet denetimine konu olacak, hatta belirli bir büyüklüğe erişmiyorsa herhangi bir denetimden dahi geçmeyecektir.

<sup>506</sup> Bu konuda özellikle bkz. **Whish**, *Competition Law*, s. 808.

<sup>507</sup> Bu algılamının nedeni, sermayeye katılmalı ortak girişimlerin teşebbüslerin pazar davranışlarını koordine etme iradelerini perdelemek üzere kullanılan bir araç olarak nitelendirilmesidir; bu konuda bkz. **Erdem**, *Birleşme ve Devralmalar*, s. 80-81, **Ateş Akıncı**, s. 120, **Ruchin**, s. 28.

olacaktır. Çünkü yoğunlaşma imtiyazı, Türk Hukuku'nda ancak saf yapısal ortak girişimlere uygulanabilir.

Oysa Avrupa Rekabet Hukuku'nun zengin uygulaması ve ekonomik analizler, bu yaklaşımın ekonomik gerçeklikle bağdaşmadığını ortaya koymuş; bu katı ayırımın çok istisnai olarak ortaya çıkabileceğini, diğer bir anlatımla bir ortak girişimin çok istisnai durumlarda saf yapısal veya saf eşgüdümsel etkiler doğurabileceğini açıklıkla yansıtmıştır<sup>508</sup>. Diğer bir açıdan, sermayeye katılmalı ortak girişimlerin büyük bir çoğunluğu aynı zamanda hem yapısal hem işbirliğine yönelik etkiler doğurabilmektedir, öyleyse bu ayırım, ortak girişimlere uygulanacak rekabet denetimi açısından yegane belirleyici öge olmamalıdır.

Bu noktadan hareketle, Avrupa Kanunkoyucusu, yapısal etkiler doğuran tüm ortak girişimlerin, ayrıca rekabetin koordinasyonuna yol açıp açmadıklarına bakılmaksızın pazar üzerinde birbirine yakın etkiler doğuracağı düşüncesiyle Yoğunlaşmalar Hukuku'nu reforma tabi tutmuştur. Eski Yoğunlaşmalar Tüzüğü'nde 1310/ 97 Sayılı Tüzük'le yapılan değişiklikten itibaren, tüm yapısal ortak girişimler artık yoğunlaşma olarak nitelendirilmektedir. Böylelikle, saf yapısal ortak girişimler de, hem yapısal hem eşgüdümsel etki doğuran ortak girişimler de yoğunlaşma olarak nitelendirildiğinden (YT.m. 3/4), artık Avrupa Hukuku'nda yoğunlaşmaya yönelik işbirliğine yönelik ortak girişim ayrımı, - teorik işlevini korumakla birlikte- uygulanacak rekabet denetiminin belirlenmesi açısından üstlendiği ayırıcı işlevi yitirmiştir<sup>509</sup>. Bu nedenle Avrupa Rekabet Hukuku'nda, artık tam işlevli olan- tam işlevli olmayan ortak girişim ayrımı yapılmakta; ilk sınıf, yerine göre sadece yapısal denetime ya da hem yapısal hem de davranış denetimine, ikinci sınıf ise sadece davranış denetimine tabi kılınmaktadır. Görüldüğü üzere, Avrupa Rekabet Hukuku'nda ortak girişimin pazar davranışlarının koordinasyonuna yol açıp açmadığı meselesi, yapısal denetimin uygulanması açısından belirleyici rolünü yitirmiştir<sup>510</sup>.

<sup>508</sup> **Faull/Nikpay**, No. 6. 57. Ortak girişimlerin bu denli katı bir sınıflandırmaya yatkın olmadığı konusunda özellikle bkz. **Nouvel**, s. 512.

<sup>509</sup> Türk Hukuku'nda bu işlevin halen muhafaza edildiği yönünde bkz. aşa. § 7, II, B, 4.

<sup>510</sup> Nitekim **Nouvel'in** de belirttiği üzere, ortak girişimin rekabetin koordinasyonuna yol açıp açmadığı meselesi, onun yoğunlaşma mı yoksa rekabeti sınırlayıcı anlaşma mı olduğunu belirlemekten ziyade onun rekabeti azaltma potansiyelini ilgilendirmektedir, bkz. **Nouvel**, s. 517. Farklı bir anlatımla, yoğunlaşmalar da rekabeti azaltıcı etki yaratabilirler ve bu cümleden olarak rekabetin koordinasyonuna yol açabilirler. Bu açıdan, rekabetin koordinasyonuna yol açmak,

Bu veriler ışığında, ortak girişim, Avrupa Hukuku'nda tam işlevli olan; Türk Hukuku'nda ise tam işlevli olan ve rekabetin koordinasyonuna yol açmayan ortak girişimler dışında kalan diğer tüm görünüm biçimleri, “işbirliğine yönelik ortak girişim/pazar davranışlarının eşgüdümüne yönelik ortak girişim” olarak nitelendirilmekte ve davranış denetimine tâbî kılınmaktadır. Avrupa Topluluğu Hukuku'nda ATA. m. 81 ışığında denetlenen işbirliğine yönelik ortak girişimler, rekabete yönelik olumlu etkileri itibariyle alelade rekabeti sınırlayıcı anlaşmalara nazaran daha olumlu bir şekilde değerlendirilmektedir<sup>511</sup>. Bir yandan kontrol kavramının Yoğunlaşmalar Hukuku'nun konusunu oluşturması, diğer yandan çalışmaların sınırları açısından, “anonim ortaklık olarak kurulan sermayeye katılmalı ortak girişimlerin yarattığı sorunların, Rekabet Hukuku'na' özgü sorunlar ışığında ele alınması” gayesini gütmemiz nedeniyle, bu noktada sadece yoğunlaşmaya yönelik ortak girişimler irdelenecektir<sup>512</sup>.

## II. Yoğunlaştırma Oluşturan Ortak Girişimler

### A. Yoğunlaşmalara Özgü Pozitif Düzenlemelere Genel Bakış

---

ekonomik açıdan bir oluşumun yoğunlaşma oluşturup oluşturmamasını etkilememekte; söz konusu oluşumun rekabet düzeni üzerindeki etkilerini ilgilendirmektedir.

<sup>511</sup> Bu olumlu etkiler, Avrupa Komisyonu'nun 15. Rekabet Politikası Raporu'nda (Avrupa Komisyonu, 15. Rekabet Politikası Raporu, Brüksel,1986, par.26) ele alınmıştır. Buna göre işbirliğine yönelik ortak girişimler, sınır ötesi işbirliğine zemin hazırlamaları marifetiyle iç pazarın ekonomik bütünleşmesine hizmet etmekte, riskli yatırımların gerçekleştirilmesini kolaylaştırmakta, yaratıcılığı ve teknoloji transferini teşvik etmekte, yeni pazarların kurulmasına imkan tanımakta, Topluluk endüstrisinin rekabet kabiliyetini pekiştirmekte, küçük ve ortak ölçekli işletmelerin rekabetçi konumunu güçlendirmekte ve nihayet aşkın yapısal kapasitelerin oluşumunu önlemektedir.

<sup>512</sup> Bu noktada kısaca değinmek gerekirse, Avrupa Komisyonu, Avrupa Topluluğu Hukuku'nda 81. maddenin işbirliğine yönelik ortak girişimlere uygulanmasını açıklığa kavuşturmak amacıyla 1968 yılında “Teşebbüsler Arası İşbirliği Alanında Anlaşmalar, Kararlar ve Uyumlu Eylemler Hakkında Komisyon Duyurusu”nu (ATRG. 1968, C 75/3) yürürlüğe koymuştur. 1989 yılında Yoğunlaşmalar Tüzüğü'nün yürürlüğe girmesini izleyen dönemde ise Komisyon, “Yoğunlaşmaya Yönelik Ortak Girişimler-İşbirliğine Yönelik Ortak Girişimler Ayrımına İlişkin Komisyon Duyurusu”nu (ATRG, 1990, C 203/10) yayımlamıştır. İşbirliğine yönelik ortak girişimlerin değerlendirilmesinde, hakim teşebbüslerin karşılıklı rekabet konumu, birbirleriyle güncel veya potansiyel bir rekabet ilişkisi içinde bulunup bulunmadıklarına bakılmakta, bu tür oluşumlar, ortak girişimin bulunduğu pazarlar dışındaki pazarlara yayılan etkileri (*spill- over effects*), mevcut pazara yeni teşebbüslerin girişini zorlaştırma etkisi (*foreclosure effects*) etkisi yaratıp yaratmadıkları; rekabeti ve üye devletler arasındaki ticareti sınırlayıp sınırlamadığı yönlerinden incelenmektedir; bu değerlendirme hakkında ayrıntılı bilgiler için bkz. Frank L. **Fine**, Mergers and Joint Ventures in Europe : The Law and Policy of the EEC, 2nd Edition, London, 1994, s. 289 vd, John Anthony **Chavez**, Joint Ventures in the European Union, Antitrust Bulletin, Winter, 1999, s. 975-977.

Avrupa Hukuku'nda birincil hukuk düzeyinde yoğunlaşmalara ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamakta, yoğunlaşmaların denetimi, 139/2004 Sayılı Yoğunlaşmalar Tüzüğü<sup>513</sup> uyarınca gerçekleştirilmektedir. Avrupa Komisyonu, Yoğunlaşmalar Tüzüğü'nün yürürlüğe girmesinden itibaren çeşitli Duyurularla Tüzük'ün uygulamasını açıklığa kavuşturmayı amaçlamıştır. Bu duyurulara, yeri geldikçe değinilecektir.

Türk Hukuku'nda yoğunlaşmaların denetimine ilişkin temel düzenleme, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 7. maddesidir. Hükümde, Kurul'a hangi tür birleşme ve devralma işlemlerinin izne tabi olduğunu belirlemek üzere düzenleme yapma görevi verilmiş, Kurul da 1997/1 Sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'i yürürlüğe koymuştur<sup>514</sup>. Bu yönden, Türk Hukuku ile ilgili olarak kaydedilmesi gereken nokta, yoğunlaşmaların denetimine ilişkin başkaca bir ikincil düzenlemenin yürürlüğe konulmamasıdır. Rekabet Kurulu, *de lege feranda* ikincil düzenlemelerle yoğunlaşmaların ve bunun bir türü olan sermayeye katımlı ortak girişimlerin denetimini hukuken daha güvenli bir rejime tabi kılmalıdır.

## **B. Sermayeye Katımlı Ortak Girişimin Yoğunlaşma Olarak Nitelendirilmesinin Koşulları**

### **1. Genel Bakış**

Avrupa Rekabet Hukuku'nda, sermayeye katımlı bir ortak girişimin yoğunlaşma olarak nitelendirilebilmesi açısından tam işlevlilik ve ortak kontrol unsurları aranırken (YT.m. 2, 4, TİOGD. par. 8 vd.), Türk Rekabet Hukuku'nda bu unsurların yanısıra, “ortak girişimin hakim teşebbüsler arasında rekabetin koordinasyonuna yol açmaması” koşulu da aranmaktadır BDT. m. 2/1/c, 2/2).

Türk Rekabet Hukuku'nun mehanızı olan Eski Avrupa Rekabet Hukuku'nda, yoğunlaşmalara yönelik ilk düzenlemede, ortak girişimin çeşitli türleri arasında

---

<sup>513</sup> ATRG. 29.01.2004, L24/1. Bundan böyle kısaca “YT” veya “Yoğunlaşmalar Tüzüğü” olarak anılacaktır.

<sup>514</sup> RG. 12.08.1997, 23078. Bundan böyle kısaca “Birleşme ve Devralmalar Tebliği” veya “BDT” olarak anılacaktır.



sadece sermayeye katılmalı ortak girişimlerin yapısal etkiler yaratabileceğini, bu oluşumların, ortak kontrole tabi olmaları, ilgili pazarda bağımsız bir teşebbüsün yerine getirebileceği tüm işlevleri üstlenmeleri (tam işlevlilik) ve ortak girişim sisteminin öğeleri (hakim teşebbüsler ile ortak girişim şirketi) arasında rekabetin koordinasyonuna (pazar davranışlarının eşgüdümüne) yol açmamaları kaydıyla yoğunlaşma olarak nitelendirilebilecekleri öngörülmüştü (EYT. m. 3/2). Bu üç koşulun tümünü taşımayan ortak girişim anlaşmaları, rekabeti sınırlayıcı anlaşma olarak nitelendirilmiş ve ATA. m. 81’de öngörülen davranış denetimine tabi kılınmıştır. Türk Hukuku’nda da aynı hukuki rejim benimsenmiştir (RKHK.m. 7, BDT. m. 2/1/c) ve halen bu sistem geçerlidir. İncelendiği üzere, söz konusu hukuki rejim, tam anlamıyla “yoğunlaşmaya yönelik ortak girişim- işbirliğine (eşgüdümüne) yönelik ortak girişim” ayrımına dayanmaktadır.

Avrupa Hukuku , öğretinin eleştirileri<sup>515</sup> ve Avrupa Rekabet Hukuku uygulamasının zengin birikiminin etkisiyle söz konusu hukuki rejimi reforma tabi tutmuş ve bir ortak girişimin yoğunlaşma olarak nitelendirilebilmesi için ortak kontrole tabi kılınmasını ve tam işlevli olmasını yeterli görmüş, bu özellikleri taşımakla birlikte aynı zamanda rekabetin koordinasyonuna yol açan ortak girişimleri, yoğunlaşma olarak nitelendirmeyi ve Yoğunlaşmalar Hukuku’nun öngördüğü usul kuralları çerçevesinde hem yapısal denetime hem de davranış denetimine tabi kılmayı yeğlemiştir (çifte denetim<sup>516</sup>).

Türk Hukuku’nda ise mehzaz Avrupa Rekabet Hukuku’nda yapılan bu reform izlenmemiş, eski sistem muhafaza edilmiştir<sup>517</sup>. Bu yüzden, ortak girişimlerin yoğunlaşma olarak nitelendirilmesine ilişkin olarak iki ayrı hukuk sisteminde aranan koşullar ışığında, Türk ve Avrupa Yoğunlaşmalar Hukuku’nda ortak girişimlerin konumu irdelenecek, böylelikle her iki sistem arasındaki farklılaşmanın nedenleri ve

---

<sup>515</sup> Bu eleştiriler için bkz. **Faull/Nikpay**, No. 6.57, **Zurkinden**, s. 83.

<sup>516</sup> Çifte denetim kavramı ve Türk Hukuku açısından *de lege feranda* bu denetim sisteminin kabul edilmesinin gerekli olup olmadığı konusunda bkz. aşa. § 7, II, C.

<sup>517</sup> Bu çerçevede, Türk Rekabet Hukuku’nda sermayeye katılmalı ortak girişimlerin denetlenmesi için bkz. **Aslan**, Rekabet Hukuku, s. 530 vd; **Erdem**, Birleşme ve Devralmalar, s. 76 vd., **Güven**, Rekabet Hukuku, s. 382 vd. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da reform yapılmasını öngören Rekabet Kurulu, hazırladığı kanun taslağında (bkz. RKHK’da Yapılması Öngörülen Değişikliklere İlişkin Taslak Metin, www. Rekabet. Gov.tr, çevrimiçi) 7. maddede yoğunlaşma işlemi olarak birleşme, devralma ve ortak girişim anlaşmaları sayılmıştır. Ancak bir ortak girişimin hangi koşullarda yoğunlaşma niteliğini taşıyacağı hususu, mevcut düzenlemede olduğu gibi, Rekabet Kurulu tarafından yapılacak düzenlemeye bırakılmıştır.

sonuçları araştırılacaktır. Kuşkusuz ki, bu incelemenin işlevlerinden birisi, Avrupa Rekabet Hukuku'nda benimsenen yeni sistemin Türk Hukuku açısından da ideal hukuku oluşturup oluşturmadığının değerlendirilmesidir.

## 2. Ortak Kontrol

Çalışmamızın ilk bölümlerinde ortaya konulduğu üzere<sup>518</sup>, ortak kontrol, sermayeye katılmalı ortak girişimin esaslı unsurudur. Bu itibarla, mantıkî açıdan, sermayeye katılmalı bir ortak girişimin yoğunlaşma olarak nitelendirilmesi için ayrıca ortak kontrole tâbî olmasının aranması hatalı olacaktır; çünkü ortak kontrol yoksa zaten sermayeye katılmalı ortak girişimin varlığından söz etmek mümkün olmayacaktır. Buna rağmen, kontrol kavramını Yoğunlaşmalar Hukuku'nun merkezine yerleştiren Avrupa Rekabet Hukuku, sermayeye katılmalı ortak girişimin yoğunlaşma olarak nitelendirilmesi için, bu oluşumun ortak kontrole sahip olması gerektiğini vurgulamaktadır (TİOGD. par. 9 vd).

Bu yaklaşımın gerekçesi, kanımızca şu şekilde açıklanabilir : Ortak girişim kavramının belirsizliği karşısında, ortak kontrole tabi bulunmayan oluşumların dahi, sırf yönedikleri “riskli işlemleri ortaklaşa yürütme” amacından dolayı ortak girişim olarak tanımlanması karşısında, Avrupa Topluluğu Kanunkoyucusu'nun yoğunlaşma niteliğini taşıyabilecek ortak girişimleri belirlerken ortak kontrol unsurunu vurgulaması gerekli olmuştur<sup>519</sup>. Gerçekten de, sadece gerçek sermayeye katılmalı ortak girişimler, diğer bir deyişle ortak kontrole konu olan oluşumlar pazarın ve ilgili teşebbüslerin yapısında değişiklik yaratabilirler. Sadece tek bir teşebbüsün hakimiyetinde bulunan oluşumlar, bağımsız bir ekonomik birim niteliğini taşıyamazlar, çünkü hakim olan teşebbüsle hakimiyete tabi olan teşebbüsler tek bir irade (hakim teşebbüsün iradesi) doğrultusunda yönetilirler.

Bu itibarla, Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku'nda ortak kontrol unsurunun ortak girişimin yoğunlaşma olarak nitelendirilmesine ilişkin yaklaşımı, ortak kontrole

---

<sup>518</sup> bkz. yuk. § 4, VI, F, 2, c.

<sup>519</sup> Örnek olarak **Von Büren**, ortak girişimlerin şirketler topluluğuna aidiyeti meselesini irdelerken hakim paysahiplerinden birinin baskın etkisi altında olan ortak girişim şirketinden söz etmektedir, bkz. **Von Büren**, s. 26.

dayanmayan ortak girişimleri yapısal denetimin inceleme alanı dışında bırakma amacını yansıtmaktadır.

Ortak kontrol müessesesini, Rekabet Hukuku bakımından ayrıntılarıyla inceleyeceğiz<sup>520</sup>. Bu noktada sadece, ortak kontrolün, sermayeye katılnmalı ortak girişimin yoğunlaşma olarak nitelendirilmesi açısından aranan koşullardan biri olduğunu belirtmekle yetiniyoruz.

### 3. Tam İşlevli Bir Teşebbüs Niteliğini Taşıma

#### a. Pozitif Düzenlemelerdeki Tanımlar

Yoğunlaşmaların rekabet otoritesi tarafından pazarda meydana gelen diğer oluşumlara nazaran daha esnek bir bakış açısıyla değerlendirilmesinin ardında, hakim teşebbüslerin ekonomik kaynaklarını kısmen veya tamamen bütünleştirmelerinin pazarda yarattığı verimlilik artışı yatmaktadır<sup>521</sup>. Sermayeye katılnmalı ortak girişimlerin yoğunlaşma olarak nitelendirilebilmesi için hakim teşebbüslere ait kaynakların “bağımsız bir teşebbüsü meydana getirecek şekilde” bir araya getirilmesi gerekmektedir. Bu bütünleşmeyi ise, ortak girişimin tam işlevliliği karakterize eder. Diğer bir anlatımla, sermayeye katılnmalı ortak girişimin pazarın yapısında olumlu bir değişikliğe yol açan özelliği, tam işlevlilik, tam işlevlilik, pazara yeni bir ekonomik birimin dahil olmasını sağlamaktadır<sup>522</sup>.

Tam işlevlilik, Avrupa Rekabet Hukuku’nda birincil hukuk düzeyinde ele alınmamakta, Yoğunlaşmalar Tüzüğü’nde düzenlenmektedir. YT.m. 3/4 , “bağımsız bir ekonomik birimin tüm işlevlerini kalıcı bir zeminde yerine getirecek olan ortak

<sup>520</sup> bkz. a.ş.a. § 9, II, D, 3.

<sup>521</sup> Jones/ Sufrin, s. 700, Ruchin, s. 26-27.

<sup>522</sup> Erdem, Birleşme ve Devralmalar, s. 78-79; Aslan, Rekabet Hukuku, s. 582; Güven, Rekabet Hukuku, s. 392- 393. Ekonomik bir kavram olan tam işlevliliğin hukuki temelleri de bulunmaktadır. Tüzel Kişiler Hukuku’nda, tüzel kişiliğin bağımsızlığı, tüzel kişinin onu kuran kişilerden bağımsız bir varlığa sahip olması olarak açıklanmakta, bu kişilerin bağımsız bir varlık oluşturma iradelerinin yeni kurulan tüzel kişinin bir örgüt olarak organize edilmesine yansıdığı kabul edilmektedir, bkz. Teoman Akünal, Türk Medeni Hukuku’nda Tüzel Kişiler, İstanbul, 1988, s. 16. Şu kadar ki, Tüzel Kişiler Hukuku’nda, tüzel kişinin zorunlu organları oluşması tüzel kişinin bağımsız bir şekilde örgütlenmesi açısından yeterli görülürken, Rekabet Hukuku, tam işlevlilikle bu koşulun dışında ayrıca söz konusu tüzel kişinin ilgili pazarda diğer teşebbüslerin üstlendiği tüm işlevleri kalıcı olarak yerine getirmesini arayarak ekonomik bir bakış açısını ortaya koymaktadır.

girişimin” yoğunlaşma niteliğini taşıyacağını ortaya koymaktadır. Hükümün koyduğu bu ölçüt, “ortak girişimin tam işlevliliği” olarak adlandırılmaktadır. Komisyon, tam işlevlilik kavramının açıklığa kavuşturulması amacıyla, “Teşebbüsler Arası Yoğunlaşmaların Denetlenmesine İlişkin 4064/89 Sayılı Konsey Tüzüğü Uyarınca Tam İşlevli Ortak Girişimler Hakkında Duyuru”yu düzenlemiştir<sup>523</sup>. Türk Hukuku’nda ise, tam işlevlilik, BDT. m. 2/1 bent c hükmünde ifadesini bulmakta; ortak girişimin “*amacını gerçekleştirecek şekilde iş gücü ve malvarlığına sahip olması*” olarak tanımlanmaktadır. Sermayeye katılmalı ortak girişimlerin tam işlevliliği, bu özelliğe ilişkin olarak Rekabet Hukuku’nun aradığı ölçütler ışığında ele alınmalıdır.

#### **b. Hakim Teşebbüslerden Bağımsız Bir Ekonomik Birimin Oluşumu**

Ortak girişimin tam işlevliliği, öncelikle ortak girişimin gerçek anlamda bir teşebbüs olarak yapılanmasını gerektirir. Teşebbüs, belirli bir ekonomik amaca yönelik olarak sürekli faaliyet gösterecek şekilde kurulan, kişisel ve maddi unsurların bir araya getirilmesinden doğan bir bütündür<sup>524</sup>. Bir ortak girişimin bağımsız bir ekonomik birim olarak yapılandırılması için, ilk aşamada hakim teşebbüslerin ilgili pazarın gerektirdiği kaynakları ortak girişime tahsis etmeleri gerekmektedir. Bu bağlamda, her türlü malvarlığı unsurunun sermaye olarak tahsis edilmesi aranmamakta, özellikle sınai mülkiyet haklarının inhisari lisans sözleşmeleri marifetiyle ortak girişime kullandırılması da yeterli görülmektedir<sup>525</sup>. Bir teşebbüsün bütün özelliklerini taşıyacak şekilde yapılandırılan bir ortak girişim, bağımsız bir ekonomik birim olarak nitelendirilmeye adaydır.

---

<sup>523</sup> ATRG., 02.03.1998, C66. Bu duyuru kısaca “TİOGD” olarak anılacaktır.

<sup>524</sup> Söz konusu tanım, Avrupa Topluluğu Mahkemesi tarafından 13.07.1962 tarihli Mannesmann/Yüksek Otorite kararında yapılmıştır; ayrıca kavram için bkz. Bernard **Geneste**, Droit communautaire de la concurrence, Paris, 1993, s. 29, Ernst Joachim **Mestmäcker** (Ulrich **Immenga**/ Ernst Joachim **Mestmäcker**), Kommentar zum GWB, 3. Auflage, Frankfurt, 2001, vor § 23, No. 118.

<sup>525</sup> **Schröer**, s. 413, **Erdem**, Birleşme ve Devralmalar, s. 207, **Güven**, Rekabet Hukuku, s. 392.. Bir yandan sermayeye katılmalı ortak girişimlerin istikrarını tehdit eden unsurlar ve bu işbirliği modelinin kilitlenmeye elverişliliği, diğer yandan ortak girişime tahsis edilecek sınai mülkiyet hakkının hakim pay sahibi açısından kritik değer taşıması, hakim pay sahiplerini söz konusu malvarlığı unsurunu aynı sermaye olarak ortak girişim şirketine tahsis etmek yerine ortak girişim şirketine bir lisans sözleşmesi marifetiyle kullandırmaya yönelmektedir, bkz. **Comben**, s. 25.

Şu kadar ki, ortak girişimin yapısı, başlı başına teşebbüs olarak yapılandırılan bu ekonomik birimin her durumda bağımsız bir ekonomik birim olarak nitelendirilmesine engeldir : Ortak girişimin yabancı yönetime tabi olması<sup>526</sup>, hakim teşebbüslerin ortak girişimi, onun bağımsız bir ekonomik birim olma özelliğini zedeleyecek şekilde kullanmaları tehlikesi, ortak girişimin rekabet düzeni açısından tehlike yaratmasına yol açmaktadır. Özellikle, belirli bir pazarda faaliyet gösterecek olan bir ortak girişimin o pazarın gerektirdiği işlevleri üstlenmeyerek sadece belirli işlevleri yerine getirmesi, diğer bir deyişle kısmi işlevli bir ortak girişim olarak yapılandırılması<sup>527</sup>, bu oluşumun bir yoğunlaşma olarak nitelendirilmesine engeldir; çünkü bu olasılıkta, münhasıran hakim teşebbüslere hizmet eden bir teşebbüs ortaya çıkar. Bu açıdan, “ortak girişimin (ortak girişim şirketinin) bir teşebbüsü meydana getirecek şekilde yapılandırılmasını yeterli bulunmamakta, ayrıca bir de tam işlevli olması aranmaktadır.

### **c. Pazarın Gerektirdiği Tüm İşlevlerin Yerine Getirilmesi**

Tam işlevlilik, “sermayeye katılmalı ortak girişimin bağımsız bir ekonomik birimin tüm işlevlerini kalıcı bir şekilde yerine getirmesi” olarak tanımlanmaktadır (YT. m. 3/4). Duyuru, ancak tam işlevli ortak girişimlerin pazarın yapısı üzerinde kalıcı bir etki yaratacağını öngörmektedir ( TİOGD. par. 11). Bir ortak girişimin tam işlevli olarak nitelendirilebilmesi için, ilgili pazarda faaliyet gösteren teşebbüslerin (müstakbel rakiplerin) üstlendiği işlevleri yerine getirebilmesi koşulunun gerçekleşmesi aranmaktadır (TİOGD. par. 12). Ortak girişimin bu işlevleri üstlenebilmesi için, günlük operasyonlarını yürütecek bir yönetim teşkilatına ve ayrıca personel, finansman ve özvarlık açısından gereken kaynaklara sahip olması aranmaktadır.

Tam işlevlilik açısından başvuru olan ölçüt “ilgili pazarda faaliyet gösteren diğer teşebbüslerin üstlendikleri işlevlerin” yerine getirilmesidir. Pazarda faal olan teşebbüslerin, diğer bir anlatımla ortak girişimin müstakbel rakiplerinin hangi işlevleri üstlendiği meselesi, pazarın yapısına yönelik analizler neticesinde ortaya

---

<sup>526</sup> **Djalali**, s. 50; ayrıca bu konuda bkz. aşa. § 9, I, A.

<sup>527</sup> Kavram için bkz. yuk. § 3, II, F, 2.

çıkacaktır<sup>528</sup>. Ancak, bu ölçütün subjektif nitelik taşıdığını ve açık bir ölçüt olmadığını kaydetmek gerekir.

Komisyon, tam işlevliliği somutlaştırmak amacıyla bazı ölçütlere yer vermektedir (TİOGD. par. 13-15). İlk olarak, ortak girişimin, sadece hakim teşebbüslerin faaliyet alanına özgü işlevlerden birini veya bir kaçını üstlenmek üzere kurulduğu hallerde tam işlevlilikten söz edilemez. Komisyon, buna örnek olarak, araştırma geliştirme ortak girişimlerini ve dağıtım ortak girişimlerini göstermektedir (TİOGD. par. 13). Bu tür ortak girişimlerde, ortak girişim şirketi, kendi faaliyet alanını bulunduğu pazarın tüm işlevlerini yürütmeye yönelmemekte, faaliyet alanını bu işlevlerden bir kaçına özgülemektedir. Ayrıca ortak girişim tarafından üstlenilen işlevler, hakim teşebbüslerin pazar konumu ve faaliyetleri açısından tali niteliktedir. Bu olasılıkta, ortak girişim, hakim teşebbüslerin kendi amaçlarına erişmek üzere kullandıkları bir araçtan öte bir rol oynamaz. Oysa, ortak girişimin yoğunlaşma olarak nitelendirilebilmesi için, bağımsız bir ekonomik birim niteliğini taşıması gerekir.

İkinci olarak, ortak girişim şirketinin bağımsız bir teşebbüs olarak yapılandırılması yeterli olmamakta, bu teşebbüsün hakim teşebbüslerle kuracağı ekonomik ilişkilerin ortak girişimin bağımsız ekonomik birim olma özelliğine hanel getirip getirmediğine bakılmaktadır (TİOGD. par. 14). Yukarıda incelediğimiz üzere, yapısal denetim, ileriye dönük bir denetimdir<sup>529</sup>. Rekabet otoritesi, bir kez bir yoğunlaşmaya izin verdiğinde, artık başvuruya konu olan oluşum “yoğunlaşma imtiyazından” yararlanacak; bu oluşumun yoğunlaşma niteliğinin yeniden sınanması söz konusu olmayacaktır. Bu evreden itibaren rekabet otoritesi, yoğunlaşma sonucunda ortaya çıkan ekonomik birimi ancak davranış denetimine tabi kılabilecektir. Bu nedenle, başvuruya konu olan ortak girişimin gerçek anlamda bir yoğunlaşmaya yol açıp açmadığının izin aşamasında sağlıklı bir şekilde belirlenmesi, kritik bir önem

---

<sup>528</sup> Bu bağlamda, söz konusu ekonomik analiz, pazarın somut verilerine yönelik olarak yürütülmelidir. Bu analizde, ilgili pazarda cari olan eğilimler de dikkate alınmalıdır. Bu cümleden olarak **Schröer** (s. 414), belirli bir pazarda faal olan tüm teşebbüsler belirli işlevleri “*outsourcing*” yoluyla başka teşebbüslere yaptırıyorsa ve bu işlevleri bizzat üstlenmiyorsa, bu takdirde ortak girişimin de bu işlevleri üstlenmesi koşulunun aranmaması gerektiği görüşündedir. Kanımızca bu görüş isabetlidir, zira biz, aşağıda belirteceğimiz üzere ilgili pazardaki teşebbüslerin üstlendikleri işlevlerin değil pazarın gerektirdiği işlevlerin üstlenilmesi koşulunun aranması gerektiği düşüncesindeyiz. Bu itibarla, pazarın gerektirmediği, dışa aktarılacak bir işlevin ortak girişim tarafından üstlenilmesinin aranması, tam işlevliliğe özgü kuralın konuluş amacıyla bağdaşmayacaktır.

<sup>529</sup> bkz. yuk. § 7, I, A.

taşımaktadır. Bu bağlamda, ortak girişimin hakim teşebbüslerle olan ilişkisi de söz konusu oluşumun yoğunlaşma niteliğiyle birebir ilişkilidir. Bu gerekçeyle Komisyon, hakim teşebbüslerle ortak girişim arasındaki ekonomik ilişkiler üzerinde önemle durmaktadır<sup>530</sup> (TİOGD. par. 14).

Bu bağlamda, hakim teşebbüslerin ortak girişimin bulunduğu pazarla dikey ilişki içinde bulunan bir pazarda güçlü bir konumda bulunmaları ve ortak girişimin alım satımlarının önemli bir kısmını hakim teşebbüslerle yapmayı planlaması halinde de tam işlevlilikten söz edilemeyecektir. Zira, Rekabet Hukuku'nun amacı, ortak girişimin kurulmasıyla pazara bağımsız bir aktörün girmesi, böylelikle sermayeye katılmalı ortak girişimin kurulması sürecinden pazarın yapısına yönelik olumlu etkiler elde etmektir. Belirtilen koşullarda ekonomik ilişkilerinin önemli bir kısmını hakim teşebbüslerle kuran bir ortak girişim ise, yine sadece hakim teşebbüslerin menfaatlerine hizmet etmek üzere kurulan bir teşebbüs konumunda olacak, bu yönüyle pazarın yapısında değişiklik yaratmayan bir oluşum olarak nitelendirilecek, rekabeti sınırlayıcı anlaşmaların denetimine özgü ATA.m. 81 veya RKHK.m. 4 ışığında sınanacaktır. Bunun tek istisnası, başlangıç dönemidir (*start-up period*). Komisyon, ortak girişimin pazara ilk girdiği tarihten itibaren sınırlı bir süre boyunca alım satımlarının önemli bir kısmını hakim teşebbüslerle yapmasına olanak tanımaktadır (TİOGD. par. 14). Bu süre Komisyon tarafından üç yıl olarak belirlenmiş, ancak pazarın somut koşullarına göre bu sürenin daha kısa veya daha uzun olarak belirlenebileceği öngörülmüştür.

Böylelikle, Avrupa Rekabet Hukuku, ortak girişimle hakim teşebbüsler arasındaki ekonomik ilişkileri, belirli sınırlar dahilinde olmak kaydıyla ortak girişimin yoğunlaşma olarak nitelendirilmesine engel olarak görmemektedir. Ancak, belirlenen sınırlar dahilinde dahi kalsa, hakim teşebbüslerle ortak girişim arasındaki ekonomik ilişkilerin bazı unsurları, ortak girişimin yoğunlaşma niteliğini yakından ilgilendirmektedir.

Bu açıdan, Komisyon, hakim teşebbüsler ile ortak girişim arasındaki alım satımların, ortak girişimin üretimine olan oranına önem izafe etmekte, bu oranın yüksek olması

---

<sup>530</sup> Hukuki cepheden bakıldığında bu ekonomik ilişkilerin uydu sözleşmelerine konu olduğu yönünde bkz. aşa. § 8, I, D, 2.

halinde ortak girişimin tam işlevlilik niteliğine hanel geleceği yönünde kanaat ortaya koymaktadır (TİOGD. par. 14). Gerçekten de, ortak girişimin üretiminin önemli bir kısmını hakim teşebbüslere satması veya üretimde kullandığı hammaddenin önemli bir kısmını hakim teşebbüslerden sağlaması halinde, ortak girişimin bağımsız bir ekonomik birim konumuna yerleşeceğinden söz edilemez.

Ortak girişimin hakim teşebbüslerle kurduğu ekonomik ilişkiler bakımından araştırılan ikinci nokta, söz konusu alım satımların pazar koşullarına uygun bir şekilde yapılıp yapılmayacağıdır. Bu tür düzenlemeler, taraflarca temel sözleşmede öngörülmekte veya izin sürecinde hakim teşebbüsler tarafından söz konusu alım satım fiyatları üzerinden gerçekleştirileceği yönünde rekabet otoritesine yönelik olarak taahhütte bulunmaktadır<sup>531</sup>. Söz konusu alım satımların piyasada cari olan fiyatlara yakın düzeylerde yapılmaması, özellikle ortak girişimin söz konusu alım satımlarda olağan alıcılara yapacağı satışlara nazaran daha düşük kâr elde edeceğinin kararlaştırılması halinde, ortak girişim yine bağımsız bir ekonomik birim olarak nitelendirilemeyecek, hakim teşebbüslerin menfaatlerine hizmet eden bir tedarik/satım ortak girişimi olarak tavsif edilecektir.

#### **d.Kalıcılık**

Tam işlevlilik açısından aranan diğer ölçüt, ortak girişimin kalıcı bir zeminde faaliyet göstermesidir. Diğer bir anlatımla, ortak girişimin pazarın yapısı üzerinde bir değişiklik yaratabilmesi için, söz konusu oluşumun pazarda kalıcı bir şekilde faaliyet gösterecek üzere yapılandırılması gerekir (TİOGD. par. 15). Kural olarak, belirli bir pazarda faaliyet gösterebilecek ve Komisyon'un bakış açısına göre pazardaki diğer teşebbüslerin işlevlerini yerine getirecek olan ortak girişim, kalıcı olarak faaliyet göstermek üzere kurulmuştur. Zira, hakim teşebbüslerin önemli kaynaklarını ortak girişim şirketi bünyesinde bir araya getirdiği durumlarda amaç, kalıcı bir ekonomik yapı kurmaktır, aksi takdirde ortak girişimin kurulması, kendinden beklenen ekonomik yararları sağlayamaz. Özellikle, Avrupa Türk Rekabet Hukuku'nda rekabet otoritesinin denetimine konu olan ortak girişimlerin büyük çaplı girişimler

<sup>531</sup> Temel sözleşmenin rekabetin kısıtlanmasına yol açacak bazı yönleri mevcutsa, hakim teşebbüslerin, rekabetin kısıtlanmasına yönelik olan hükümlerin bertaraf edileceği veya uygulanmayacağı yönünde taahhütte bulunmaları veya rekabet otoritesinin, yoğunlaşma iznini belirli koşullara bağlaması söz konusu olmaktadır. Bu ikinci durum "koşullu izin" olarak adlandırılmaktadır; bu konuda bkz. **Güven**, Birleşme ve Devralmalar, s. 403 vd.



olduğu dikkate alındığında, sermayeye katılmalı ortak girişimin tek bir işi veya bir kaç işi yürütüp faaliyetini sona erdirmek üzere kurulması akılcı olmayacaktır. Komisyon'un çıkış noktası da budur<sup>532</sup>. Dolayısıyla, yukarıda ele aldığımız ilk iki ölçüt gerçekleştiğinde, ilke olarak üçüncü ölçüt de mevcut olacaktır.

Kalıcılıktan kasıt, ortak girişimin ebediliği değil, “pazarın yapısında değişiklik yaratacak denli uzun bir süre faaliyet göstermek üzere kurulmasıdır<sup>533</sup>. Söz konusu süre, pazarın yapısına göre belirlenecek olmakla birlikte, kısa bir süre boyunca faaliyet gösterecek olan ortak girişimler tam işlevli olarak nitelendirilemeyecektir. Sürenin yeteri kadar uzun olup olmadığı olgusu, pazarın yapısına göre belirlenecektir. Komisyon, örnek olarak, büyük bir enerji tesisini inşa etmek üzere kurulan ancak söz konusu inşaat tamamlanınca bu tesisi işletmeyecek olan ortak girişimin, tam işlevli olmayacağını ortaya koymaktadır (TİOGD. par. 15).

Kalıcılık açısından, ortak girişim şirketinin mutlaka süresiz kurulması aranmayacaktır. Önemli olan, ortak girişimin en azından kalıcı yapısal değişikliği sağlayacak süre boyunca faaliyet göstermesidir<sup>534</sup>. Kuşkusuz ki, ortak girişimin kilitlenmeye yatkın yapısı, bu süre dolmadan da ortak girişimin sona ermesini sonuçlandırabilecektir. Bu ihtimale binaen, uygulamada hakim teşebbüsler, ortak girişimin sona ermesine bağlanacak sonuçları temel sözleşmede düzenlemektedir<sup>535</sup>. Komisyon, hakim teşebbüslerin, ortak girişimi kalıcı bir teşebbüs olarak yapılandırmak üzere gereken kaynakları ortak girişime tahsis etmeleri kaydıyla bu tür düzenlemeleri kalıcılığa hanel getiren düzenlemeler olarak görmemektedir (TİOGD. par. 15).

Buna karşılık, temel sözleşmede ortak girişim sözleşmesinin sona erdirilmesine yönelik opsiyon haklarının öngörülmesi halinde ortak girişimin kalıcılığının tartışılması gerekir. Bu bağlamda, öğretide, opsiyon haklarının ortak girişimin pazar üzerinde kalıcı bir etki bırakması için gereken süre dolmadan kullanılmasını önleyen

---

<sup>532</sup> Bu konuda bkz. **Nouvel**, s. 518.

<sup>533</sup> **Ruchin**, s. 129.

<sup>534</sup> André **Decocq**/Georges **Decocq**, Droit de la concurrence interne et communautaire, Paris, 2002, s. 177, **Schröer**, s. 414.

<sup>535</sup> Temel sözleşmenin uygulamada tipikleşen içeriği için bkz. aşa. § 8, II, B, 1.

hükümlere yer verilmesi gerektiği, aksi takdirde kalıcılıktan söz edilemeyeceği savunulmaktadır<sup>536</sup>.

#### **i. Değerlendirme ve Kavramsal Yaklaşımımız**

Söz konusu ölçütler bütünsel bir bakış açısıyla değerlendirildiğinde, ortak girişimin tam işlevliliği ve ortak kontrole tabi bulunması kavramları ilk bakışta birbiriyle çelişir niteliktedir. Ortak kontrole ve dolayısıyla yabancı yönetime<sup>537</sup> tabi kılınan bir teşebbüs, nasıl tam işlevli ve bağımsız olabilir? Kuşkusuz ki, ortak kontrol, ortak girişimin tamamen hakim teşebbüslerin ortak iradesi doğrultusunda faaliyet gösterecek, onların stratejik menfaatlerine hizmet edecektir. Kontrolün bu etkisi bakımından duraksamamak gerekir. Bu takdirde, ortak girişim şirketinin “hakimiyet altında bulunması ile “tam işlevli olması” birbirleriyle çelişen özellikler olarak gözükmemektedir.

Oysa , Rekabet Hukuku, her iki özelliği birbiriyle telif etmektedir : Ortak girişimin tam işlevli olması, bu teşebbüsün hakim teşebbüslere yardımcı bir ekonomik işlev üstlenmesine engeldir; yoksa onların stratejik yönelimlerinde belirli bir yer tutmasına engel değildir. Daha açık bir anlatımla, sermayeye katılmalı ortak girişimde ortak girişim şirketinin, hakim teşebbüslerin ortak stratejilerinin konusunu oluşturması, onun tam işlevliliğine engel değildir; bilakis bu durum, onun doğasının gereğidir. Bu itibarla tam işlevlilik kavramından söz edilirken, ortak girişimin işlevsel bağımsızlığa sahip olması aranmaktadır.

Tam işlevliliğe engel olabilecek durum, ortak girişim şirketinin kendine has bir stratejiye sahip olmaması, bağımsız bir ekonomik birim niteliğini kazanmaması ve sadece “hakim teşebbüslerin ekonomik amaçlarına erişmesine hizmet eden tâlî nitelikte bir ekonomik birim” olarak yapılandırılmasıdır. Zıt açıdan bakıldığında, ortak girişim şirketi, gereken kaynaklarla, personelle, kendisine ait bir yönetim organizasyonu ile donatılması, kendisine has bir ekonomik stratejiyle kendisine has bir ekonomik amaca kalıcı olarak yönelmesi ve faaliyetinde hakim teşebbüslerden

---

<sup>536</sup> Schröer, s. 414.

<sup>537</sup> Bu konudaki tartışmalar için bkz. aşa. § 9, I, B.

belirli sınırları aşan ölçüde destek almaması kaydıyla tam işlevli olarak nitelendirilecektir<sup>538</sup>.

Avrupa -Türk Rekabet Hukuku'nda tam işlevlilik ve ortak kontrol ögeleri arasındaki bu bağıntı üzerinde durulmamaktadır. Oysa tam işlevliliğin sınanmasında, “ortak girişim şirketinin amacı” ve hakim teşebbüslerin münferit amaçları gözetilmeli, ortak girişim şirketinin hakim teşebbüslerin “kendi ekonomik faaliyetleri” marifetiyle “kendi amaçlarına ulaşmalarına” hizmet etmemesi, kendine özgü ayrı bir amaca yönelmesi aranmalıdır. Ortak girişimin kendine özgü amacının, hakim teşebbüslerin ortak stratejisinin eseri olması, tam işlevliliğe hanel getirmeyecektir; çünkü önemli olan ortak girişimin faaliyetinin hakim teşebbüslerinin kişisel faaliyetlerine özgülenmemesidir; yoksa hakim teşebbüslerin ortak girişimin stratejisini belirlemeleri ve son tahlilde ortak girişimin faaliyetinden kâr elde etme amacını gütmeleri (ortak girişimin bu açıdan hakim teşebbüslerin ekonomik amacına hizmet etmesi) tam işlevlilik kavramıyla çelişmez. Son tahlilde, ortak girişim, hakim teşebbüslerin ortak stratejisinin ürünü olabilir ancak bu teşebbüslerin münferit ekonomik faaliyetlerine hizmet eden bir teşebbüs olmamalıdır.

Bu noktada, Avrupa Komisyonu'nun yaklaşımını bir yönden eleştirmek gerekmektedir. Komisyon, tam işlevlilik için, “ilgili pazardaki teşebbüslerin üstlendikleri tüm işlevlerin ortak girişim tarafından üstlenilmesini” aramaktadır. Kanımızca bu ölçüt soyut olduğu kadar yapaydır. Bu ölçütün benimsenmesi, “İlgili pazardaki teşebbüsler hangi tür işlevleri üstleniyorlar?”, “Söz konusu pazarda faaliyet gösterebilmek ve kalıcı olabilmek için a) Bu işlevler yeterli midir? b) Bazı teşebbüsler o pazarla bağdaşmayan bazı işlevler üstleniyorsa, söz konusu işlevlerin de mi ortak girişim tarafından üstlenmesi gerekir?”, “Pazar henüz yeni oluşuyorsa hatta ortak girişim pazarda yer alacak ilk teşebbüs olursa, hangi işlevleri esas almak gerekecektir?” şeklinde yöneltilebilecek çetrefil soruları çözümsüz bırakmaktadır. Kanımızca, ilgili pazardaki teşebbüslerin üstlendikleri işlevler yerine, ilgili pazarın gerektirdiği işlevler ölçütünün benimsenmesi daha isabetli olacaktır.

Tüm bu veriler ışığında, tam işlevlilik açısından kişisel bir tanım vermenin yerinde olacağı kanaatindeyiz. Kanımızca tam işlevlilik, ortak girişimin belirli bir pazarda

---

<sup>538</sup> Decoq/ Decoq, s. 176.

bağımsız bir ekonomik birim olarak kalıcı bir şekilde faaliyet gösterebilmesi ve o pazarın gerektirdiği tüm işlevleri üstlenebilmesi için gereken maddi ve gayrimaddi kaynaklarla donatılması ve hakim teşebbüslerle kuracağı ekonomik ilişkilerin bağımsızlığa halel getirmemesi” olarak tanımlanmalıdır. Başka bir açıdan bakıldığında, ortak girişimin pazarda kuracağı ekonomik ilişkileri hakim teşebbüsler üzerinden kurmaması<sup>539</sup> gerekmektedir. Kanımızca, Duyuru’da öngörülen istisnalar dışında, ancak “hakim teşebbüsler olmasaydı pazarda bağımsız bir aktör olarak boy gösterebilecek” bir ortak girişim, tam işlevli olarak nitelendirilebilir.

#### 4. Rekabetçi Davranışlarının Koordinasyonuna Yol Açmama

Ortak girişim sisteminin öğeleri olan hakim teşebbüslerin ve ortak girişimlerin aynı veya birbirleriyle komşu pazarlarda faaliyet göstermeleri, söz konusu teşebbüslerin rekabetçi davranışlarını koordine etmeleri, diğer bir anlatımla pazar davranışlarını kısmen veya tamamen ortak bir anlayış doğrultusunda belirlemeleri tehlikesini doğurmaktadır. Zira, ortak girişim, hakim teşebbüsleri bir araya getirmeye ve rekabeti kısıtlayıcı anlaşma ve eylemlere yöneltmeye elverişli bir zemindir<sup>540</sup>. Oysa rekabetin korunması sistemi, rakipleri işbirliğine değil birbiriyle yarışmaya teşvik etmektedir.

“Rekabetin koordinasyonuna yol açmama”, Eski Yoğunlaşmalar Tüzüğü’nde, sermayeye katılmalı ortak girişimin yoğunlaşma olarak nitelendirilmesi açısından bir koşul olarak öngörülmekteydi (EYT.m.3/2). Ancak, bu koşul, Eski Yoğunlaşmalar Tüzüğü’nde 1310/97 Sayılı Tüzük ile yapılan değişiklikle kaldırılmış; 139/2004 Sayılı Yoğunlaşmalar Tüzüğü’nde de yer almamıştır. Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku’nda rekabetin koordinasyonuna yol açan ortak girişimler artık yoğunlaşma sayılmakta, ancak söz konusu koordinasyon ayrıca ATA.m. 81 ışığında irdelenmektedir.

Türk Hukuku’nda ise, bir sermayeye katılmalı ortak girişimin yoğunlaşma olarak nitelendirilebilmesi için rekabetin koordinasyonuna yol açmaması gerekir. Diğer bir

---

<sup>539</sup> Schröer, s. 413.

<sup>540</sup> Ortak girişimlerin hakim teşebbüsler arasında üretim, maliyet, dağıtım, fiyatlar ve pazarlama stratejileri gibi konularda bilgi akışına yol açtığı konusunda bkz. **Güven**, Rekabet Hukuku, s. 378.

deyişle, Türk Hukuku'nda Avrupa Hukuku'nda Eski Yoğunlaşmalar Tüzüğü ile getirilen sistem aynen muhafaza edilmektedir. Bu itibarla rekabetin koordinasyonuna yol açan ortak girişimler, yapısal etkiler doğursa da rekabeti sınırlayıcı anlaşmalara ilişkin denetim rejimine göre sınırlanmaktadır<sup>541</sup> (RKHK.m. 4).

Türk Hukuku'nda Eski Yoğunlaşmalar Tüzüğü'nün mehzaz olarak kabul edilmesi karşısında, rekabetin koordinasyonu koşulunun arandığı dönemde Avrupa Komisyonu tarafından çıkarılan Avrupa Komisyonu'nun Yoğunlaşmaya Yönelik Ortak Girişimlerle İşbirliğine Yönelik Ortak Girişimlerin Ayrımı Hakkında Duyuru<sup>542</sup>, dan ve "ATA.m. 85 Uyarınca İşbirliğine Yönelik Ortak Girişimlerin Değerlendirilmesi Hakkında Duyuru"<sup>543</sup> mehzaz "Eski Avrupa Hukuku" uygulamasına ışık tutan düzenlemelerdir.

Ortak girişimin kurulmasının ortak girişim şirketi ile hakim teşebbüsler arasında rekabetin koordinasyonuna yol açması, teşebbüslerin ATA. m. 81 anlamında Pazar

---

<sup>541</sup> Öğretide **Güven**, Türk Hukuku'nda ortak girişimlere özgü ayrı bir tebliğin bulunmamasından hareketle, Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku'ndaki Duyuru'nun (Avrupa Komisyonu'nun Tam İşlevli Ortak Girişimler Hakkında Duyurusu, ATRG. 02.03.1998, C 66) ve Avrupa Rekabet Hukuku uygulamasının Türk Hukuku'nda dikkate alınacağını, bu bağlamda tam işlevli ortak girişimlerin yoğunlaşmalar denetimine, bu özelliği taşımayan ortak girişimlerin ise RKHK.m. 4 ışığında inceleneceği görüşündedir, bkz. **Güven**, Rekabet Hukuku, s. 382. Bu görüşe katılmak olanaklı değildir. Türk Hukuku'nda yoğunlaşmaların denetimini düzenleyen RKHK.m. 7, hangi tür işlemlerin yoğunlaşma niteliğini taşıdığı meselesini Rekabet Kurulu tarafından çıkarılan Tebliğ'e bırakmıştır. Rekabet Kurulu, Birleşme ve Devralmalar Tebliği m. 2/1 bent c hükmünde, ortak girişimin kurulmasının hakim teşebbüslerle ortak girişim (şirketi) arasında rekabeti sınırlayıcı etki yaratmamasını öngörmektedir. Açık bir anlatımla, "rekabetin sınırlandırılmasına yol açmama" olgusu, Türk Hukuku'nda ortak girişimin yoğunlaşma olarak nitelendirilmesi açısından aranan bir koşul niteliğini taşımaktadır. Bu yönden Türk Kanunkoyucusu, Avrupa Rekabet Hukuku düzenlemelerini mehzaz olarak kabul etmiş, ancak söz konusu düzenlemelerde 1310/ 97 Sayılı Tüzük ve 139/ 2004 Sayılı Tüzük'lerle yapılan değişiklikleri bu arada ortak girişim bakımından söz konusu olgunun "ortak girişimin yoğunlaşma olarak nitelendirilmesi için aranan bir koşul olma özelliğinin sona erdirilmesi" yönündeki değişiklikleri Türk Hukuku'na yansıtılmamıştır. Bu bağlamda, Türk Hukuku'nda "hakim teşebbüslerle ortak girişim arasındaki rekabeti kısıtlamama" olgusu Türk Hukuku'nda halen ortak girişimin yoğunlaşma olarak sınıflandırılması açısından aranan bir koşul niteliğindedir. Hal böyle iken, Komisyon'un Avrupa Hukuku'nda 1997 yılında yapılan ve Türk Hukuku'na yansıtılmayan reform uyarınca hazırladığı Duyuru'nun ve Avrupa Komisyonu'nun buna istinaden yürüttüğü uygulamanın Türk Hukuku'nda benimsenmesi, bu Duyuru'nun hukuki dayanağını oluşturan Yoğunlaşmalar Tüzüğü'nün doğrudan doğruya Türk Hukuku'nda uygulanması anlamına gelir ki, bu yaklaşımın kabul edilmesi mümkün değildir. Sonuç itibarıyla Türk Hukuku'nda, ortak kontrole tabi olan, tam işlevli nitelik taşıyan ve hakim teşebbüslerle kendisi arasında rekabetin kısıtlanması amacına yönelmeyen veya bu etkiyi yaratmayan ortak girişimler yoğunlaşma olarak nitelendirilecek ve yapısal denetimine tabi kılınacak, bu üç özellikten herhangi birini taşımayan ortak girişimler ise rekabeti kısıtlayıcı anlaşma olarak nitelendirilerek RKHK.m. 4 ışığında irdelenecektir.

<sup>542</sup> ATRG. 31.12.1994, C 385. Bundan böyle kısaca "Ayrım Duyurusu" veya "AD" olarak anılacaktır.

<sup>543</sup> ATRG, 1993, C 43.

davranışlarını koordine etmelerinden farklı bir olgudur. Rekabet otoritesi, bir yoğunlaşma başvurusunu incelerken, ortada henüz bir teşebbüs (ortak girişim) mevcut değildir ve ortak girişim kurulduktan sonra hakim teşebbüslerin kendilerinin ve ortak kontrol altında bulundurdıkları ortak girişimin pazar davranışlarını koordine edip etmeyecekleri araştırılamaz<sup>544</sup>. Yoğunlaşma başvurusu kapsamında incelenen “rekabetin koordinasyonuna yol açmama” koşulu incelenirken, doğrudan doğruya yoğunlaşma işleminin amacı veya etkisi itibariyle rekabetin koordinasyonuna yol açıp açmayacağı irdelenir<sup>545</sup>.

Bir ortak girişimin kurulmasının hakim teşebbüsler ve ortak girişim arasında rekabetin koordinasyonuna yol açıp açmayacağı hususunda, temel sözleşmeden hareketle taraflar arasında rekabetin koordinasyonuna yol açacak düzenlemelerin yanısıra, pazar analizi marifetiyle söz konusu oluşumun ilgili pazar üzerindeki etkileri araştırılmalıdır. Bu noktada belirleyici olan, ortak girişimin ve hakim teşebbüslerin faaliyetlerinin birbirleriyle ne ölçüde kesiştiğinin belirlenmesidir<sup>546</sup>. Bu kesişim alanının belirlenmesi için, Komisyon, ilk aşamada rekabetin koordinasyonunun söz konusu olabileceği pazarları belirlemekte, ardından koordinasyon riskinin düzeyini saptamaktadır<sup>547</sup>. Bu incelemenin yapılması için, ortak girişimin ve hakim teşebbüslerin karşılıklı pazar konumlarının çeşitli olasılıklara göre ele alınması gerekmektedir.

Bu bağlamda, hakim teşebbüslerin ürün pazarı veya coğrafi pazar bakımından ortak girişimle aynı pazarda veya bu pazarla ilişkili pazarlarda yer aldıkları<sup>548</sup> veya hakim teşebbüslerin belirtilen pazarlardaki varlığının geçici veya çok sınırlı olduğu hallerde<sup>549</sup>, prensip olarak rekabetin koordinasyonunun söz konusu olmadığı kanaatine varmak gerekecektir.

---

<sup>544</sup> Kuşkusuz ki, hakim teşebbüslerin pazar davranışlarını koordine etmeleri halinde, bu durum ATA.m. 81 ve RKHK.m. 4 ışığında yaptırıma tâbi tutulacaktır.

<sup>545</sup> Bu konuda özellikle bkz. Avrupa Komisyonu’nun 27.5.1998 tarihli **Telia/Telenor/Schibsted kararı**, ATRG. 31.7.1999, C 220, M 1183.

<sup>546</sup> **Schröer**, s. 444-445.

<sup>547</sup> **Nouvel**, s. 528.

<sup>548</sup> Bkz. Avrupa Komisyonu’nun 25.2.1991 tarihli **Aerospitale/MBB kararı** ATRG.,1991, C18, M17.

<sup>549</sup> Bkz. Avrupa Komisyonu’nun 04.01.1991 tarihli **Mitsubishi/UCAR kararı** (ATRG. 09.01.1991, C 005, M 24 ), 28.7.1992 tarihli **Elf Atochem/Rohm and Haas** kararı (ATRG, 1992, M 160)**21.12.1994 tarihli Hoechst/Bayer kararı** (ATRG, 1994, C 379, M 534).

Buna karşılık, en az iki hakim teşebbüsün ortak girişimle aynı pazarda bulunmaları veya potansiyel açıdan bu pazarlara girebilecek konumda bulunmaları olasılığında, pazar davranışlarının koordinasyonu olasılığı oldukça yüksektir<sup>550</sup>. Bununla birlikte, bu olasılıkta dahi belirli olgular, rekabetin koordinasyonunun söz konusu olmadığına hükmedilmesini temellendirebilir<sup>551</sup>.

Hakim teşebbüslerden birinin ortak girişimle aynı ürün ve coğrafi pazarda yer alması halinde Komisyon'a göre rekabetin koordinasyonu söz konusu olmayacaktır; çünkü diğer hakim teşebbüs veya diğer hakim teşebbüsler başka pazarlarda faaliyet göstermektedir (Ayrım Duyurusu par. 18). Görüldüğü üzere, EYT.m. 3/2, rekabetin koordinasyonuna yol açmama koşulu açısından ortak girişimlerle hakim teşebbüsler arasında pazar davranışlarının koordine edilip edilmediğinin araştırılmasını öngörürken; Komisyon, ağırlıklı olarak hakim teşebbüsler arasındaki koordinasyonu incelemiş; ortak girişimle hakim teşebbüsler arasındaki koordinasyonu, hakim teşebbüsler arasındaki koordinasyona yol açan bir unsur olarak değerlendirmiştir<sup>552</sup>.

Ürün pazarı temel alındığında, hakim teşebbüslerin konu bakımından komşu pazarlarda faal olduğu durumlarda, Avrupa Komisyonu, pazarın yapısına ilişkin somut verilerden hareketle ortak girişimin imal edeceği ürünle hakim teşebbüslerin imal ettikleri ürün arasındaki ilişkiyi ve söz konusu teşebbüsler arasındaki karşılıklı etkileşimi belirleyerek eşgüdümün mevcut olup olmadığına hükmetmek eğilimindedir<sup>553</sup>.

Hakim teşebbüslerle ortak girişimin, aynı ürün pazarında ancak farklı coğrafi pazarlarda yer almaları halinde, Avrupa Komisyonu, koordinasyonun varlığı bakımından hakim teşebbüslerin coğrafi pazar konumlarını gözeterек hareket etmektedir. Buna göre, hakim teşebbüsler de birbirlerinden farklı coğrafi pazarlarda

---

<sup>550</sup> Nitekim Avrupa Komisyonu, 6.2.1991 tarihli Baxter/Nestle/Salvia (ATRG. 1991, C 37, M 58 ), ve 24.7.1991 tarihli Elf/ Entreprise (ATRG. M88), kararlarında bu gerekçeyle rekabetin koordinasyonunun varlığına hükmetmiştir.

<sup>551</sup> Bkz. Avrupa Komisyonu'nun 29.7.1994 tarihli Voith/Sulzer kararı ve 22.12.1995 tarihli Ericsson/Ascom kararı.

<sup>552</sup> **Nouvel**, s. 526.

<sup>553</sup> Avrupa Komisyonu, bu analizi yaparak 18.1.1993 tarihli Phillips/Thomson/Sagem kararında (ATRG. 1993, C22, M293 ) koordinasyonun varlığına hükmetmiş, 23.10.1991 tarihli Thomson/Pilkington (ATRG.26.10.1991, C 279, M86) Kararında ise koordinasyonun bulunmadığına hükmetmiştir.

yer alıyorlarsa bu pazarlar arasındaki karşılıklı etkileşime göre karar verilmekte (Ayrım Duyurusu par. 19), buna karşılık hakim teşebbüsler ortak girişimden farklı olmakla birlikte birbirleriyle aynı coğrafi pazarda bulunuyorlarsa, bu kez ortak girişimin faaliyetinin, hakim teşebbüslerin bulunduğu coğrafi pazar açısından arz ettiği öneme bakılmakta, önem arttıkça rekabetin koordinasyonu olasılığı güçlenmektedir<sup>554</sup>.

Rekabetin koordinasyonuna yol açacak durumlardan birisi de hakim teşebbüslerin ortak girişimin faaliyet gösterdiği pazarla dikey ilişki içinde bulunan bir pazarda birbirleriyle rekabet etmeleridir. Ortak girişimin hakim teşebbüslerin en büyük alıcısı veya tedarikçisi olduğu durumlarda, rekabetçi davranışların koordinasyonu kuvvetle muhtemeldir (Ayrım Duyurusu par. 18).

### **C. Avrupa Hukuku'nda Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimlerin Çifte Denetimi**

Eski Yoğunlaşmalar Tüzüğü'nde 1310/ 97 Sayılı Tüzük'le yapılan değişiklik sonucunda, rekabetin koordinasyonuna yönelik etkiler doğuran tam işlevli ortak girişimlerin yapısal özelliklerinin Yoğunlaşmalar Hukuku'na, işbirliğine yönelik etkileri ise ATA.m. 81 ışığında incelenmesi anlayışı benimsenmiştir. Bu anlayış, Yeni Yoğunlaşmalar Tüzüğü'nde de muhafaza edilmiştir. YT. m. 2/4, yoğunlaşma oluşturan ortak girişimlerde hakim teşebbüsler ile ortak girişim şirketi arasında<sup>555</sup> rekabetçi davranışların koordinasyonu halinde, bu koordinasyonun ortak pazarla uyumluluğunun ATA. m. 81/1, 3 ışığında sınınanacağını düzenlemektedir. Böylelikle, Topluluk boyutunda olan, ortak kontrole tabi olan ve tam işlevli olan, bununla birlikte rekabetin koordinasyonuna yol açan ortak girişimler, hem yapısal hem de davranışsal rekabet denetimine konu olacaktır. YT.m. 2/5 ise, söz konusu koordinasyonun etkilerinin hangi ölçütlere göre sınınanacağını ortaya koymaktadır.

Kanımızca, çifte denetim, eşgüdümeye yönelik etkiler doğuran tam işlevli ortak girişimler açısından iki yönden oldukça olumludur : İlk olarak, “tam işlevli olma ” ortak özelliğini taşıyan sermayeye katılmalı ortak girişimlerin yapısal veya işbirliğine

---

<sup>554</sup> Schröer, s. 447.

<sup>555</sup> YT.m. 3/4, “bağımsız kalan teşebbüsler arasında rekabetçi davranışların koordinasyonundan” söz etmektedir.



yönelik etkiler doğurmaları nedeniyle birbirinden farklı nitelikteki rekabet denetimine tabi kılınmaları, rekabet düzeninin kökeninde yatan ekonomik gerçeklikle bağdaşmamaktaydı. Zira, sermayeye katılmalı ortak girişimlerin rekabet düzenine yönelik temel etkisini, bu oluşumların tam işlevli olup olmadıkları belirlemektedir. Kuşkusuz ki, ortak girişimin saf yapısal etkiler mi doğurduğu, yoksa işbirliğine yönelik etkiler de yaratıp yaratmadığı hususu, bu oluşumların rekabet düzenine yönelik etkilerinin saptanması açısından önem taşımaktadır. Ancak, Avrupa Hukuku'nun geldiği nokta, ortak girişimin rekabet düzenine yönelik etkilerinin belirlenmesinde, bu etkilerin (yapısal veya davranışsal etkiler) ortak girişimin tam işlevliliğine nazaran ikincil olduğunu ortaya koymaktadır.

Avrupa Hukuku'ndaki bu yapısal değişikliğin ikinci olumlu yönü, tekniktir ve rekabet denetiminin rekabet düzenini etkileyen bir oluşumun gerçek etkilerini ne ölçüde saptayabildiği meselesiyle birebir ilişkilidir. Türk Rekabet Hukuku'nda halen, tam işlevli olmakla birlikte diğer koşulların mevcut bulunmaması nedeniyle yoğunlaşma olarak nitelendirilmeyen ortak girişimler, doğrudan doğruya rekabeti sınırlayıcı anlaşma olarak nitelendirmekte ve RKHK.m 4'ün hukuk güvenliğinden yoksun denetim rejimine tabi kılınmaktadır<sup>556</sup>. Bu denetimde, ortak girişimin tam işlevliliği, ancak RKHK.m. 5 uyarınca ortak girişim anlaşmasına tanınacak bireysel muafiyet bakımından dikkate alınmaktadır.

Oysa, Avrupa Rekabet Hukuku'nun 1997'den bu yana kabul ettiği yeni sistemde, ortak girişimin yapısal etkileri Yoğunlaşmalar Hukuku'na, rekabet davranışlarını koordine etmeye yönelik (işbirliğine yönelik) etkileri ise, ATA.m. 81 ışığında incelenmektedir. Avrupa Rekabet Hukuku'nda yürürlüğe konulan yeni hukuki rejimin olumlu yönü, kendisini bu noktada göstermektedir : İşbirliğine yönelik etkiler doğuran tam işlevli ortak girişimlerin yapısal etkileri ayrı, işbirliğine yönelik etkileri ayrı incelenmektedir. Böylelikle, ortak girişimin “rekabet düzenini etkileyen” iki ayrı karakteristik özelliği, kendi ait olduğu hukuki rejim ışığında ele alınmaktadır. Bu sayede, söz konusu iki karakteristik (yapısal/işbirliğine yönelik) etki, kendi ekonomik mahiyetlerine uygun bir denetime tabi kılınmakta; ortak girişimin rekabet düzenine yönelik etkileri daha sağlıklı bir şekilde incelenebilmektedir.

---

<sup>556</sup> Eski Avrupa Hukuku'nda da geçerli olan bu durum için bkz. **Jones/Sufrin**, s. 869-870, **Faull/Nikpay**, No. 6.57 vd., **Zurkinden**, s. 82-83.

Bu itibarla, çifte denetimin olumlu yönlerini iki temel başlık altında toplamak mümkün olacaktır : Sermayeye katılnalı ortak girişimlerin ekonomik mahiyetlerine daha uygun bir rekabet denetimine tabi kılınması ve bu oluşumların rekabete yönelik etkilerinin bu etkilerin karakteristik özellikleri gözetilerek incelenmesi. Çifte denetim sisteminin bu iki olumlu yönü, çeşitli görünüm biçimlerine sahip olan ortak girişimlerin rekabet düzeni üzerindeki etkilerinin daha sağlıklı ve ayrıntılı bir şekilde değerlendirilmesine hizmet etmektedir.

Bu noktada, rekabet davranışlarının koordinasyonuna yönelik ortak girişimlerin aynı anda iki ayrı Rekabet Hukuku denetimine tabi kılınmasının bu oluşumların Rekabet Hukuku'nda bütünsel bir değerlendirmeye tabi tutulmasına engel oluşturmadığını kaydetmek gerekir. Zira, olağan koşullarda, yapısal denetim ile davranış denetimi arasındaki farklılık, bu oluşumların rekabet düzenine yönelik etkilerinin bir bütün olarak incelenmesine engel oluşturabilirdi. Bu olguyu dikkate alan Avrupa Kanunkoyucusu, ortak girişimlerin çifte denetiminde bu farklılığın yaratabileceği dezavantajı ortadan kaldırmak amacıyla Usul Hukuku açısından kritik bir düzenleme getirmiştir : Çifte denetime tabi olan ortak girişimlerin eşgüdümeye yönelik etkileri Yoğunlaşmalar Hukuku'na özgü usul kurallarına göre denetlenecektir. Böylelikle, birbirine paralel olarak yürütölen yapısal denetim ve davranış denetimi, yeknesak Usul Hukuku kuralları ışığında ele alınacak ve bu sayede her iki denetim rejimi arasında Usul Hukuku açısından beliren farklılık ortadan kalkacaktır.

Bu veriler ışığında, çifte denetimin Türk Hukuku'nda da *de lege feranda* kabul edilmesi gerektiği kanaatine varıyoruz. Sermayeye katılnalı ortak girişimlerin yapısal etkilerinin ağır basması, bu oluşumlara uygulanan rekabet denetiminde, yapısal denetimin devre dışı bırakılmasını anlamsız kılmaktadır. Sermayeye katılnalı ortak girişimlerin, hakim teşebbüslerin rekabeti koordine etme niyetlerini perdeleyen bir araç olarak kullanılabilmesi de bir vakıdır. Şu kadar ki, ortak girişimin rekabetin koordinasyonu tehlikesini yaratıp yaratmayacağı, çifte denetimle de etkin bir şekilde sınanabilir. Çifte denetim sisteminin Türk Hukuku'nda da kabulü, kanımızca sermayeye katılnalı ortak girişimin kendi hukuki mahiyetine uygun bir Rekabet Hukuku denetimine tabi kılınmasını sağlayacaktır.

## § 8. Anonim Ortaklık Olarak Kurulan Sermayeye Katımlı Girişimlerin Hukukî Yapısı

### III. Hukuki Yapının Unsurları

#### A. Genel Bakış

Sermayeye katımlı ortak girişim şirketi, bağımsız (ayrı) bir ekonomik varlık olarak olmasına rağmen, hakim paysahiplerinden soyutlanamaz. Ortak girişim şirketi ile hakim paysahipleri arasındaki kontrol ilişkisi, ortak girişim şirketinin hakim paysahipleri arasında akdedilen ve temel sözleşme olarak adlandırılan stratejik anlaşmanın odağında yer almasını öngörmektedir. Bu anlamda, kontrol ilişkisinin ekonomik boyutunu, ortak girişim şirketinin stratejik konumu belirler. Bu stratejik konum, hakim ortakların münferit stratejilerinin ortak paydasını oluşturur<sup>557</sup>. Diğer bir anlatımla, her bir hakim ortak, kendi stratejik yönelimleri doğrultusunda diğer hakim ortaklarla bir ortak girişim şirketi kurma stratejisini geliştirir ve bu stratejisini diğer hakim ortaklara açıklar. Müstakbel hakim ortakların stratejileri, ortak bir stratejiye dönüştürülebilirse, temel sözleşmenin yapılmasına ilişkin zemin oluşur. Bu şekilde tüm hakim paysahiplerinin temel sözleşme etrafında oluşturdukları strateji, ortak girişim şirketinin stratejisini belirler. Bu ortak strateji, kuşkusuz ki, her bir hakim ortaklığın münferit stratejisiyle ilişkilidir.

Ortak girişimin ve hakim ortakların stratejik konumlarının birbiriyle ilişkisi, tüm bu öznelerin bir bütün içinde ele alınmasını gerekli kılmaktadır. Bu bütün, “ortak girişim sistemi” olarak adlandırılmaktadır<sup>558</sup>. Bu üç öznenin bir sistem bünyesinde ele alınması, bu öznelerin tamamının ekonomik anlamda bir bütün oluşturduğu anlamına gelmez. Sermayeye katımlı ortak girişimin kurulması, hakim teşebbüslerin bağımsızlığını etkilemediği gibi, yeni bir bağımsız ekonomik birimi, yani ortak girişim şirketini ortaya çıkarır<sup>559</sup>.

---

<sup>557</sup> Büchel/Prange/Probst/Rüling, s. 67,

<sup>558</sup> bkz. yuk. dn. 96.

<sup>559</sup> Na, s. 11.

Bu noktadan hareketle, ortak girişim sisteminin hukuki yapısına göz atmak gerekirse, bu hukuki yapının “temel sözleşme” ekseninde örgütlendiğini belirtmek gerekir. Temel sözleşme, ortak girişim şirketinin kurulmasını öngörmekte ve hakim ortakların ortak girişim şirketi üzerinde icra edecekleri ortak kontrolün elde edilmesini ve uygulanmasını konu edinmektedir.

Ortak girişim sisteminin ikinci ögesi, temel sözleşme uyarınca inşa edilen ortak girişim şirkettir. Anonim ortaklıklara egemen olan ayrılık ilkesinin gereği olarak, anonim ortaklık olarak örgütlenen ortak girişim şirketinde, temel sözleşme ile anasözleşme arasındaki ayrılık mutlak<sup>560</sup>. Anasözleşme uyarınca oluşan ortaklık düzeni ile bir borç sözleşmesi niteliğini taşıyan temel sözleşme temelinde inşa edilen paysahipleri arasındaki ilişki, birbirinden bağımsızdır.

Anasözleşmede yer alan düzenlemelerin ihlali korporatif yaptırımları beraberinde getirirken, temel sözleşmenin ihlali, bu sözleşmenin bir borç sözleşmesi niteliğini haiz olması nedeniyle borç sözleşmelerinin ihlaline ilişkin yaptırımların uygulanmasına zemin hazırlar. Bu bağlamda, temel sözleşmenin ihlali halinde uygulanacak yaptırımların, özellikle oy sözleşmelerine özgü taahhütler bakımından verimli sonuçlar sağlamaması nedeniyle hakim paysahipleri, temel sözleşmede yer verdikleri ve kendi aralarındaki işbirliğinin konusunu oluşturan düzenlemelere mümkün olduğunca geniş biçimde anasözleşmede yer vermek ve bu sayede ortak kontrolün tesisi amacıyla yönelik olarak ortaksal düzenin yaptırımlarından yararlanmak eğilimindedir<sup>561</sup>.

Temel sözleşmelere özgü düzenlemelerin hangi sınırlar dahilinde anasözleşmeye yansıtılacağını, anonim ortaklığın korporatif karakterinin esnekliği belirler. Temel sözleşmede yer alan bir düzenlemenin anasözleşmenin içeriğine dahil edilebilmesi için söz konusu düzenlemenin korporatif karakteri haiz olması ve paya bağlı olması gerekir<sup>562</sup>. Temel sözleşmenin bu karaktere uygun düşmeyen düzenlemelerinin anasözleşmeye yansıtılamayacağı dikkate alındığında, anonim ortaklıklarda temel sözleşmenin anasözleşmeyi biçimlendirme işlevi sınırlanmaktadır. Yine de, temel

---

<sup>560</sup> **Okutan**, s. 43-44.

<sup>561</sup> Bu konuda özellikle **Okutan**, s. 112 dn. 9, **Hewitt/Picot**, s. 41.

<sup>562</sup> **Okutan**, s. 113.

sözleşmenin, kanunun anasözleşmenin içeriğine ve nesnelliğine yönelik olarak çizdiği sınırlar dahilinde anasözleşmenin içeriğini önemli ölçüde belirlediği kaydedilmelidir.

Hakim pay sahipleri ile ortak girişim şirketi arasındaki ilişki, yalın bir kontrol ilişkisinden ibaret değildir. Ortak girişim şirketinin ve hakim pay sahiplerinin münferit stratejilerinin ve faaliyet konularının birbiriyle ilintili olması<sup>563</sup>, hakim pay sahipleriyle ortak girişim şirketi arasında bazı sözleşmelerin yapılmasına zemin hazırlar. Uydu sözleşmeleri başlığı altında toplanan ve ortak girişim sisteminin üçüncü ögesini oluşturan bu sözleşmelerin çerçevesini ise temel sözleşme çizmektedir.

Bu veriler ışığında, sermayeye katılmalı ortak girişim, temel sözleşmeden, bu sözleşme uyarınca kurulan ticaret ortaklığından ve bu sözleşme çerçevesinde akdedilen uydu sözleşmelerinden meydana gelmektedir<sup>564</sup>. Bu açıdan, sermayeye

---

<sup>563</sup> Na, s. 2. Hakim pay sahiplerinin ve ortak girişim şirketinin faaliyet konularının birbiriyle ilişkili olmasının zorunlu bulunmadığına buna karşılık bu teşebbüslerin stratejilerinin birbiriyle ilişkili olması gerektiğine ilişkin görüşümüz için bkz. yuk. § 4, VI, F, 2, b. Ayrıca, ortak girişim şirketinin stratejisiyle hakim teşebbüslerin münferit stratejileri arasında bir ilişki bulunmalıdır. Bu ilişkiyi temel sözleşme tesis edecektir.

<sup>564</sup> Cengiz Aşkan, *Adi Şirketin Yönetimi*, Ankara, 2003, s. 32; İbrahim Kaplan, (s. 8); joint venture'in hukuki yapısı itibarıyla temel sözleşme, ortaklık sözleşmesi ve uydu sözleşmelerden oluşan bir birleşik sözleşme olduğunu ileri sürmektedir. İlk olarak belirtmek gerekir ki, joint venture, bu terimle ister sözleşmesel ister sermayeye katılmalı ortak girişim kastedilsin, teknik anlamda bir sözleşme niteliğini taşımamaktadır. Bununla birlikte, her iki işbirliği modelinin de kökeninde sözleşmesel bir ilişki mevcuttur. Sözleşmesel ortak girişim, bir sözleşme uyarınca oluşan adi ortaklığı ifade ederken, sermayeye katılmalı ortak girişimde, taraflar arasında akdedilen bir adi ortaklık sözleşmesi (temel sözleşme) uyarınca bir ortaklığın kurulması ve bu temel sözleşme doğrultusunda yönetilmesini ayrıca temel sözleşmenin tarafları ile ortak girişim şirketi arasında çeşitli borç ilişkileri (uydu sözleşmeleri) kurulması söz konusu olmaktadır. Bu itibarla sözleşmesel ortak girişim de, sermayeye katılmalı ortak girişim de, bizzatıhi sözleşme niteliğini taşımayıp, bir adi ortaklık temelinde ortaya çıkan sözleşmesel (sözleşmesel ortak girişim) ve kurumsal (sermayeye katılmalı ortak girişim) birer hukuki müessese olduğundan, bunların birleşik sözleşmeye vücut vermeleri söz konusu olamaz; olsa olsa bu iki müessesenin kökeninde yatan ve birbirinden farklı özellikler arz eden ) sözleşmelerin birleşik sözleşme niteliği taşıyıp taşımadığı tartışılabilir.

Birleşik sözleşme kavramı incelendiğinde ise, söz konusu sözleşmelerin dahi birleşik sözleşmenin çatısı altında toplanan sözleşmeler arasında yer almadığı görülecektir. Şöyle ki; birleşik sözleşme, birbirinden bağımsız olan sözleşmelerin, tarafların serbest iradeleriyle birbirleriyle ilişkilendirilmesi, deyim yerindeyse birbirine bağlanmasını ifade etmektedir; bkz. Erden Kuntalp, *Karma Muhtevalı Akit*, Ankara, 1971, s. 103 vd.; Cevdet Yavuz, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 4. Bası, İstanbul, 1996, s. 19, Fahrettin Aral, *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, Ankara, 2003, s. 54-55. Schlupe, birleşik sözleşmelerin karakteristik özelliğinin, bu sözleşme bünyesinde birbirleriyle ilişkilendirilen sözleşmelerden birinin ihlalinin diğeri/diğerleri üzerinde çeşitli etkiler doğurması olarak ortaya koymaktadır; bkz. Walter R. Schlupe, *Zusammengesetzte Verträge: Vertragsverbindung oder Vertragsverwirrung*, Festschrift

katılnalı ortak girişim üç ögeden oluşur. Bu ögelerden ilk ikisi, yani temel sözleşme uyarınca kurulan adi ortaklık ile ortak girişim şirketi arasındaki yakın ilişki ve bu çerçevede ilkinin ikincisinin kurulmasına, örgütlenmesine ve yönetilmesine ilişkin hukuki temelleri ortaya koyması, öğretide sermayeye katılnalı ortak girişimlerin çift katlı bir hukuki yapı (*Doppelstöckigkeit*) arz ettiği yönünde yorumlanmıştır<sup>565</sup>.

Sermayeye katılnalı ortak girişimin hukuki yapısı irdelenirken, ilk aşamada, bu yapının unsurları olan temel sözleşmeye, ortak girişim şirketine ve uydu sözleşmelerine ilişkin bütünsel bir değerlendirmeye yer verilecektir. İkinci aşamada ise, sermayeye katılnalı ortak girişimin nüvesini oluşturan temel sözleşmenin, sermayeye katılnalı ortak girişimi nasıl biçimlendirdiği üzerinde durulacaktır.

## B. Temel Sözleşme

### 2. Terminoloji

---

Für Heinz Rey, Festschrift für Heinz Rey : Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts, Zürich, 2003, s. 285. İlk olarak sözleşmesel ortak girişimlere bakıldığında, bu oluşumun tipik görünüm biçiminin yalın bir yapı ortaya koyduğu ve söz konusu işbirliği modelinin tek bir sözleşmeden ibaret olduğu anlaşılmaktadır; bkz. **Barlas**, Adi Ortaklık Temeli, s. 194, 203. Diğer bir anlatımla, ortada birleşik sözleşmenin çatısı altında bir araya getirilebilecek birden çok sözleşme yoktur. Birleşik sözleşme, en azından iki ayrı sözleşmenin varlığını gerekli kıldığına göre, sözleşmesel ortak girişim bakımından birleşik sözleşmenin varlığından söz edilemeyecektir.

Buna karşılık sermayeye katılnalı ortak girişimlerde, sözleşmenin tarafları arasında birden çok sözleşmesel ilişki kurulduğu için, bu oluşumun birleşik sözleşmeye vücut verip vermediği tartışılabilir. Sermayeye katılnalı ortak girişimlerin oluşumuna temel sözleşme esas teşkil etmekte, bu sözleşme uyarınca kurulan ortak girişim şirketinin anasözleşmesi de temel sözleşmeye göre biçimlenmekte, nihayet uydu sözleşmeleri de temel sözleşmede belirlenen kurallar çerçevesinde akdedilmektedir. Bu tartışmada ilk olarak, ortak girişim şirketinin anasözleşmesinin, birleşik sözleşmeye bağlı kılınamayacağını belirtmek gerekir. Zira aşağıda inceleyeceğimiz üzere (bkz. aşağı. § 8, III, 2), anonim ortaklıklarda anasözleşme, ortaklığın kurulmasıyla bir anlamda sözleşme niteliğini yitirmekte ve nesnel bir kurallar bütününe dönüşmektedir. Kaldı ki, anasözleşme, bir sözleşme olarak nitelendirilse dahi, anonim ortaklığın katı sermaye ortaklığını karakterize eden yapısı, anasözleşmenin başka sözleşmelere bağlı kılınmasına imkan tanımamaktadır. Olsa olsa, temel sözleşmenin içeriğinin kanunun emredici hükümlerinin elverdiği ölçüde kısmen anasözleşmenin içeriğine yansıtılmasından söz edilebilir. Ancak bu olasılıkta dahi, anasözleşmenin temel sözleşme uyarınca biçimlendirilmesi ve anonim ortaklığın taraflar arasındaki işbirliği ilişkisinin ve ortak stratejinin odağına yerleştirilmesi, her iki sözleşme arasında birleşik sözleşmeye vücut verecek bir bağlantı kurulması anlamına gelmez. Zira birleşik sözleşme, bağımsız sözleşmeler arasında kurulacak bağlantının iki taraflı olmasını gerektirmektedir; **Yavuz**, s. 18. Diğer yandan, anonim ortaklığın katı sermaye ortaklığı niteliğini arz etmesi, anasözleşme ile uydu sözleşmeleri arasında bir bağlantı kurulmasına da engeldir. Böylelikle, ancak temel sözleşme ile uydu sözleşmeleri arasında birleşik sözleşmenin oluşumuna yol açacak bir bağlantı kurulup kurulamayacağının irdelenmesi gerekecektir. Bu değerlendirme için bkz. aşağı. § 8, I, D, 5.

<sup>565</sup> **Martinek**, s. 226, **Langefeld-Wirth**, Joint Ventures, s. 123.

Temel sözleşme, çeşitli hukuk sistemlerinde “*shareholders’ agreement*”<sup>566</sup>”, “*Grundvereinbarung*”<sup>567</sup>”, “*Grundlagenvertrag*”<sup>568</sup>”, “*contrat de base*”<sup>569</sup>” terimleriyle karşılanmaktadır. Türk Hukuku’nda ise, “joint venture sözleşmesi”<sup>570</sup>”, “ortak girişim sözleşmesi”<sup>571</sup>”, “temel sözleşme”<sup>572</sup>” ve “esaslar sözleşmesi”<sup>573</sup>” terimleri tercih edilmektedir.

Temel sözleşme terimi, sözleşmenin konusu ve amacı göz önüne alındığında, bu hukuki müesseseyi ifade etmeye elverişli bir terimdir. Zira, bu sözleşmeyle, tarafların kuracakları sermayeye katılmalı ortak girişimin, hatta ortak girişim sisteminin temelleri kurulmaktadır. Söz konusu sözleşme, ortak girişim şirketinin anasözleşmesi ve hakim pay sahipleri ile ortak girişim şirketi arasında akdedilecek uydu sözleşmelerine de zemin oluşturmaktadır.

Bu açıdan, terminolojik yaklaşımın belirlenmesinde, sözleşmenin ortak girişim sistemi içindeki konumunun dikkate alınması gerekir. Temel sözleşmenin özellikle ortak girişim şirketinin kurulmasını ve ortak kontrolü düzenlemesi, aynı zamanda hakim pay sahipleriyle ortak girişim şirketi arasında kurulacak uydu sözleşmelerinin akdedilmesine zemin hazırlanması ve bu çerçevede ortak girişim şirketinin bağlı

---

<sup>566</sup> **Comben**, No. 1.3; **Vogt/Watter**, s. 15, Klaus **Langefeld-Wirth**, Joint Ventures, s. 109 vd.

<sup>567</sup> “Grundvereinbarung” terimini kullanan yazarlara örnek olarak İsviçre Hukuku’nda **Oertle**, s. 59 vd; Alman Hukuku’nda, Ernst Joachim **Mestmäcker**, Gemeinschaftsunternehmen im deutschen und europäischen Konzern- und Kartellrecht, Gemeinschaftsunternehmen (joint venture, filliale commune) im Konzern- und Kartellrecht, Frankfurt am Main, 1979, s. 12, Peter **Ulmer**, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5, Schuldrecht, Besonderer Teil, III, Titel 16 : Gesellschaft, München, 2004, Vor § 705, No. 67; Bernd **Ripka**, Poolverträge und die neueren Entwicklungen des Gesellschaftsrechts, Herdecke, 2000, s. 5; **Altın Sieber**, s. 209.

<sup>568</sup> Terimi kullanan yazarlara örnek olarak **Martinek**, s. 210.

<sup>569</sup> Henry **Peter**, Formes et conséquences juridiques des groupements d’entreprises (consortium) - choisir ou subir, Journées suisses du droit de la construction, Fribourg 2005, s. 54; « accorde base » terimini kullanan, Pierre **Engel**, Contrats de droit suisse, Bern, 2000, s. 705.

<sup>570</sup> “Joint venture sözleşmesi “ terimini tercih eden **Tekinalp/Tekinalp**, Joint Venture, s. 166; **Barlas**, Adi Ortaklık Temeli, s. 196.

<sup>571</sup> Rekabet Kurulu sermayeye katılmalı ortak girişimin kökenindeki sözleşme için “temel sözleşme” terimi yerine “ortak girişim sözleşmesi” terimini tercih etmektedir, bkz. örnek olarak Rekabet Kurulu’nun 13.7. 2006 tarihli ve 06-51/ 661-187 sayılı Pretti/ Granville Kararı, RG. 14. 9. 2006, 26289.

<sup>572</sup> **Fahiman Tekil**, Adi, Kollektif, Komandit, s. 79, İbrahim **Kaplan**, s. 8 vd., **Akkurt/Akgül**, s. 737, **Öztürk**, Ortak Girişim, s. 28. Yazar, temel sözleşme terimini, hem sözleşmesel ortak girişimlerdeki ortak girişim sözleşmesini hem de sermayeye katılmalı ortak girişimlerin esasını oluşturan sözleşmeyi karşılamak üzere kullanmaktadır;

<sup>573</sup> **Tekinalp/Tekinalp**, Joint Venture, s. 166-167; Lerzan **Yılmaz**, Joint Venture Anlaşması, s. 485, temel sözleşmenin eşanlamlısı olarak kullanan **Öztürk**, Ortak Girişim, s. 28.

olduğu ortaklık düzeninden ayrı bir sözleşmesel düzen oluşturması, kanımızca, temel sözleşme teriminin benimsenmesini haklı kılmaktadır.

Temel sözleşme yerine ortak girişim sözleşmesi terimi kullanılabilirse de, anılan terimin sözleşmesel ortak girişimin temelini oluşturan sözleşmeyi ifade etmek üzere kullanılması sebebiyle bunu tercih etmiyoruz. Kanımızca, sözleşmesel ortak girişimin kökeninde yatan sözleşme ile sermayeye katılmalı ortak girişimin oluşumunu biçimlendiren temel sözleşme konusu, işlevi ve amacı bakımından birbirinden farklıdır<sup>574</sup>. Sözleşmesel ortak girişimlerde sözleşmenin tarafları arasındaki ilişki, söz konusu ortak girişim sözleşmesinden ibarettir. Bu ortak girişim sözleşmesinin başka hukuki işlemlere temel oluşturması söz konusu olsa dahi, kurumsal bir yapıya vücut vermeyeceği kaydedilmelidir.

Kaldı ki, temel sözleşme terimi de yabancı hukuk terminolojilerinde münhasıran sermayeye katılmalı ortak girişimlere özgü olarak kullanılmaktadır. Bu itibarla çalışmamızda, sözleşmesel ortak girişimler bakımından “ortak girişim sözleşmesi” terimini, sermayeye katılmalı ortak girişimler bakımından ise “temel sözleşme” terimini kullanmayı yeğliyoruz<sup>575</sup>. Bu tercihin sadece terminolojik bir değer taşıdığını kaydetmek gerekir.

### **3. Kavram**

#### **a. Genel Bakış ve Tanım**

Temel sözleşme, ilke olarak müstakbel hakim ortaklar arasında akdedilen, ortak girişim şirketinin kurulmasına ve ortaklaşa kontrol edilmesi amacına yönelik, hakim

---

<sup>574</sup> Kuşkusuz ki her iki sözleşme de adi ortaklık niteliğindedir ve ekonomik bir kavram olan ortak girişimin (joint venture’ın) iki ana türünün kökeninde yatan sözleşmelerdir. Bununla birlikte, sözleşmesel ortak girişimin oluşumuna yol açan ortak girişim sözleşmesinde, incelendiği üzere geçici bir işin kurumsal olmayan bir organizasyon altında yürütülmesi söz konusu iken, sermayeye katılmalı ortak girişimin temelinde yer alan sözleşme, taraflar arasındaki işbirliğinin kurumsal bir çatı altında yürütülmesini konu edinmektedir. Hukuki nitelikleri aynı olan bu iki sözleşmenin konu, amaç ve işlevleri itibarıyla farklılaşması, her iki sözleşme için farklı terimler kullanılmasını akılcı kullmaktadır. Son tahlilde bu yaklaşım, terminolojik bir tercihtir.

<sup>575</sup> karşı. her iki sözleşme için temel sözleşme terimini kullanan **Öztürk**, Ortak Girişim, s. 28.



ortakların birbirleriyle ve ortak girişim şirketiyle kuracakları hukuki ilişkileri düzenleyen ve ortak girişim şirketinin stratejik yönelimini belirleyen bir sözleşmedir. Bu sözleşme, ortak girişim sisteminin nüvesini oluşturmaktadır<sup>576</sup>. Ortak girişim sisteminin yapısı göz önünde tutulduğunda, temel sözleşme; taraflar, diğer bir deyişle müstakbel hakim ortaklar arasında kurulacak ve yürütülecek işbirliği modelinin sınırlarını çizen ve içeriğini belirleyen bir sözleşme olarak göze çarpmaktadır<sup>577</sup>. Temel sözleşmenin bu özelliği, onun stratejik işlevini ortaya koymaktadır. Bu yönüyle temel sözleşme, bir anlamda sermayeye katılmalı ortak girişimin diğer iki unsurunu, yani ortak girişim şirketini ve uydu sözleşmelerini biçimlendirmektedir.

Esas itibariyle temel sözleşme iki amaca hizmet etmektedir. Taraflar bu sözleşme uyarınca bir yandan bağımsız bir ekonomik birim olan ortak girişim şirketinin kurulmasına, diğer yandan bu şirketin, hakim teşebbüs/hakim pay sahibi olarak adlandırılan taraflarca ortaklaşa benimsenen strateji ekseninde yapılanmasına ve ortaklaşa kontrol edilmesine yönelmektedir. İlk bakışta, bu amaca ortaklığın anasözleşmesi marifetiyle de erişilebileceği düşünülebilir. Bununla birlikte, anasözleşmenin tabi olduğu sınırlar ve hakim teşebbüslerin belirli hususları gizli tutma istekleri<sup>578</sup>, ortaklığın örgütlenmesine ve yönetimine ilişkin bazı düzenlemelerin temel sözleşmede yer almasını gerekli kılmaktadır<sup>579</sup>. Temel sözleşmenin bu yönü, bu sözleşmenin pay sahipleri sözleşmesine özgü işlevleri üstlendiğine, hatta bu sözleşmenin bir yönüyle pay sahipleri sözleşmesinin sermayeye katılmalı ortak girişimlere özgü bir görünüm biçimi olduğuna işaret etmektedir.

---

<sup>576</sup> **Schlupe**, *Privatrechtliche Probleme*, s. 409, **Oertle**, s. 192.

<sup>577</sup> Temel sözleşmenin bu stratejik işlevi için bkz. **Oertle**, s. 59. Ekonomik açıdan bakıldığında, sermayeye katılmalı ortak girişimde iki tür strateji bir arada bulunmaktadır : Bunlardan ilki, her bir hakim teşebbüsün sermayeye katılmalı ortak girişimi kurmalarını temellendiren münferit stratejilerdir. İkincisi ise, hakim teşebbüslerin sermayeye katılmalı ortak girişimin bünyesinde geliştirdikleri stratejidir; bkz. **Büchel/Prange/Probst/Rüling**, s. 66. Bu stratejilerin her biri, diğerlerinden bağımsızdır. Bununla birlikte söz konusu stratejiler arasında sağlıklı bir ilişkinin kurulamaması, sermayeye katılmalı ortak girişimin sürekliliğini tehdit edebilir.

<sup>578</sup> Anasözleşme, esasen içeriğinin tamamı itibariyle tescil ve ilana tabi değildir; Bununla birlikte uygulamada anasözleşmenin tescile ve ilana tabi olmayan içeriği de tescil ve ilan edilmektedir. Buna karşılık tescile ve ilana tabi olmayan hususların tescili ve ilanı, sicil olumlu işlevini icra etmesini sağlamayacaktır; bu konuda bkz. dn. 402.

<sup>579</sup> **Martinek**, s. 223. Pay sahipleri sözleşmelerinde yer alan bu tür düzenlemeler için bkz. **Okutan**, s. 130 vd. , **Sinan Yüksel**, *Anonim Ortaklıklarda Pay sahipleri Sözleşmesi*, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2003, s. 84-85.

Temel sözleşme, İkinci Dünya Savaşı'nı izleyen dönemde artan doğrudan yatırımlarda yatırımcının sermayeye katılmalı ortak girişimdeki konumunu ve yatırımı üzerinde icra ettiği kontrolün muhafaza altına alınması amacıyla Anglo-Amerikan Hukuku'nun geliştirdiği bir hukuki müessesedir<sup>580</sup>. Yabancı yatırımcıların taraf oldukları temel sözleşmelerde Anglo- Amerikan Hukuku'na özgü bir çok düzenleme, Türk hukuk uygulamasına da yansıtılmış; bu çerçevede, opsiyon hakları<sup>581</sup>, kilitlemeyi önlemeye veya gidermeye yönelik yöntemler, sözleşmenin ihlaline ilişkin esaslı hallerin önceden sözleşmede belirtilmesi gibi düzenlemeler, ülkemizde akdedilen temel sözleşmelerde de yer bulmuştur<sup>582</sup>.

Temel sözleşmede, somut ve ayrıntılı olarak ortaklığın faaliyet konusu, bu faaliyetin gerçekleştirilmesi için tahsis edilmiş olan özkaynaklar ve yabancı kaynaklar, bu kaynakların kullanması suretiyle ortaklığın nasıl faaliyet göstereceği, ortaklığın yönetimi ve kontrolü ile müstakbel hakim ortakların ortaklığa karşı üstlenecekleri yükümlülükler, kontrolün el değiştirmesi ve taraflar arasındaki işbirliğinin sona ermesi gibi hususlar düzenlenmektedir. Bu yönleriyle temel sözleşme, aslında genel olarak taraflar arasındaki işbirliğinin, özel olarak da bu işbirliğinin hayata geçirileceği ortak girişim şirketinin yol haritasını çizen bir hukuk kaynağına dönüşmektedir. Bu noktada temel sözleşmenin üç ana işlevi belirlemektedir : Bunlar, ortak girişim şirketini meydana getirme ve biçimlendirme işlevi, paysahipleri sözleşmesine özgü işlev ve ortak kontrolü tesis etme işlevidir.

Temel sözleşmenin işlevleri dikkate alındığında, bu işlevler arasında paysahipleri sözleşmesine özgü işlevin diğer işlevlere nazaran ağırlıklı bir rol oynadığı gözlemlenmektedir. Hatta ortak kontrolün sağlanması işlevi dahi, aslında paysahipleri sözleşmesinin “ortaklığın yönetimini ele geçirme ve muhafaza etme “ işleviyle<sup>583</sup> örtüşmektedir.

---

<sup>580</sup> Temel sözleşmenin ortaya çıkışı ve gelişim süreci için bkz. **Martinek**, s. 213.

<sup>581</sup> Opsiyon haklarıyla ilgili açıklamalar için bkz. a.ş. § 15, III, B, 2.

<sup>582</sup> Aşağıda, temel sözleşmenin uygulamada tipikleşen içeriğine ana hatlarıyla değinilecek (bkz. a.ş. 3, II, B, 3), bununla birlikte temel sözleşmede yer alan düzenlemeler teker teker ele alınmak yerine, Anonim Ortaklıklar Hukuku bakımından arz ettiği sorunlar itibariyle irdelenecektir. Temel sözleşmelerde yer alan düzenlemeler konusunda ayrıntılı bilgi için Andrew **Comben**, *Joint Ventures and Shareholders' Agreements*, London, 2000, s. 141 vd.

<sup>583</sup> Bu işlev için bkz. **Okutan**, s.78.

Bu veriler ışığında temel sözleşme, hakim teşebbüsler arasında bir ortak girişim şirketinin kurulması ve ortaklaşa kontrol edilmesi amacıyla yapılan, hem hakim teşebbüslerin ortak sıfatıyla kullanacakları hakları hem de hakim teşebbüslerin ortak sıfatından bağımsız olarak ortak girişim şirketiyle girişecekleri hukuki ilişkileri belirleyen, ortak girişim şirketine ait ortaklık düzenini biçimlendiren ve bu özellikleriyle sermayeye katılmalı ortak girişimin nüvesini oluşturan sözleşme olarak tanımlanabilir.

## **b. Temel Sözleşmenin Esaslı Unsurları**

### **aa. Sözleşme Unsuru**

Temel sözleşme, hakim teşebbüslerin iradelerinin bir eseridir. Bu anlamda en az iki hakim teşebbüs, ortak bir strateji ekseninde bir araya gelerek bir ortak girişim şirketini kurmayı ve bunu ortaklaşa yönetmeyi kararlaştırmaktadır. Bu yönüyle temel sözleşme rızai bir sözleşmedir<sup>584</sup> ve sürekli bir borç ilişkisine vücut verir.

Bu noktada, sözleşme unsurunun ortak girişimin karakteristik özelliklerini yansıtan bir unsur olduğunu kaydetmek gerekir. Zira, sermayeye katılmalı ortak girişimden söz edilebilmesi için, sadece ortak kontrolün varlığı yeterli olmamakta; aynı zamanda ortak kontrole tabi olan şirketin, stratejik bir işbirliği temelinde yönetilmesi gerekmektedir. Sözleşme unsuru, etkisini bu noktada göstermekte ve ortak girişim şirketini, stratejik temele dayanmayan bir ortak kontrole konu olan şirketten ayırmaktadır.

### **bb. Kişi Unsuru**

Temel sözleşmenin “sözleşmesel” niteliği, en az iki kişinin varlığını zorunlu kılar, Bu kişiler gerçek kişi de, tüzel kişi de olabilir. Öğretide, sermayeye katılmalı ortak girişimin münhasıran teşebbüsler tarafından kurulabileceği ileri sürülmektedir<sup>585</sup>. Uygulamada, sermayeye katılmalı ortak girişimlerin önemli bir kısmı teşebbüsler

---

<sup>584</sup> Adi ortaklıklarda sözleşme unsuruna ilişkin olarak bkz. **Gönenç**, s. 24; **Taubman**, s. 643.

<sup>585</sup> bkz. yuk. dn. 349.

tarafından kurulmakla birlikte, temel sözleşmenin taraflarının tümünün teşebbüs olma zorunluluğu yoktur. Zira kanımızca, sermayeye katılmalı ortak girişimi karakterize eden özellik, bu müessesenin kökeninde yer alan temel sözleşmenin taraflarının kimliği değil, ortak girişim şirketinin, stratejik bir işbirliği ilişkisini simgeleyen bir temel sözleşme ekseninde ve ortak kontrol esasına göre yönetilmesidir.

Temel sözleşme, ilke olarak hakim teşebbüsler arasında kurulur. Zira, bu sözleşmenin amacı, taraflar arasındaki stratejik işbirliği ilişkisini biçimlendirmektir. Bu açıdan bakıldığında, söz konusu stratejik işbirliği ilişkisine taraf olmamalarına rağmen, hakim teşebbüsler dışında kalan kişilerin de temel sözleşmeye taraf olması söz konusu olabilmektedir. Diğer yandan, uygulamada, ortak girişim şirketinin dahi sözleşmede taraf olarak yer aldığı gözlemlenmektedir. Gerek hakim teşebbüsler dışında kalan başkaca kimselerin gerek ortak girişim şirketinin temel sözleşmeye taraf olmasının etkileri, aşağıda temel sözleşmenin taraflarına ilişkin değerlendirmelerde daha ayrıntılı olarak ele alınacaktır<sup>586</sup>.

### **cc.Amaç Unsuru**

Temel sözleşmede amaç, ortak girişim şirketinin kurulması ve hakim pay sahiplerinin ortak kontrolü altında yönetilmesidir. Bu amaç, sürekli niteliktedir<sup>587</sup>. Meseleye adi ortaklıklardaki amaç unsuru açısından yaklaşıldığında, temel sözleşme, belirli bir ticari faaliyetin bağımsız bir teşebbüsün çatısı altında yürütülmesini konu edinmesi itibarıyla iktisadi nitelik taşır. Bu faaliyet, çoğunlukla her bir hakim teşebbüsün münferit kapasitesini aşan riskleri konu edinse de, sermayeye katılmalı ortak girişimlerin riskli faaliyetlerin de dışına taşan uygulama alanı, faaliyet konusunun riskli olmasının, sermayeye katılmalı ortak girişim açısından esaslı bir unsur olarak nitelendirilemeyeceğini ortaya koymaktadır.

### **dd.Katılma Payı Unsuru**

---

<sup>586</sup> bkz. a.ş. § 8, B, 5.

<sup>587</sup> Adi ortaklıklarda geçici amaç- sürekli amaç ayrımı için bkz. Dieter **Medicus**, Schuldrecht II, Besonderer Teil, 9. Auflage, München, 1999, s.229 No. 476.

Sözleşmesel ortak girişimlere ilişkin değerlendirmelerde incelendiği üzere, adi ortaklıklarda müşterek amaca, her bir ortağın taahhüt ettiği katılma paylarını yerine getirmesiyle ulaşılmaktadır ve katılma payı kavramı, sermaye kavramından farklılaşmaktadır. Bu noktada, hakim paysahiplerinin ortak girişim şirketine tahsis ettikleri sermaye ile temel sözleşmeden doğan adi ortaklık ilişkisi için tahsis ettikleri katılma payları arasında ayırım yapmak gerekir. Hakim paysahiplerinin aralarında kurulan ve ortak girişim şirketinin kurulmasına ve ortaklaşa kontrol edilmesine hizmet eden ortaklığa tahsis ettikleri katılma payları, paysahipliği haklarının ortak kontrolün tesis edilmesi yönünde kullanılması taahhütleridir<sup>588</sup>.

### ee.Affectio Societatis Unsuru

Adi ortaklıkların esaslı unsurlarından affectio societatis unsuru, hakim teşebbüslerin temel sözleşme uyarınca aynı amaca yönelmelerini teminat altına almaktadır. Bu amaç, incelendiği üzere ortak girişim şirketinin kurulması, ortak kontrol altında ve taraflarca belirlenen strateji doğrultusunda yönetilmesidir<sup>589</sup>. Adi ortaklığın diğer görünüm biçimlerinde olduğu gibi sermayeye katılmalı ortak girişimlerde de, tarafların sadece amaç üzerinde uzlaşmaları yeterli olmayacaktır. Nitekim, adi ortaklığın varlığını sürdürmesi, ortakların bu amaç doğrultusunda hareket etmelerini gerekli kılmaktadır<sup>590</sup>. Bu yönden affectio societatis, ortakların ortaklığın amacını gerçekleştirme iradelerini temsil etmektedir.

Affectio societatisin, temel sözleşmenin kurulduğu tarihte varolması yeterli olmayacak, hakim teşebbüslerin amaca yönelik elbirliğiyle hareket etme anlayışını sürekli olarak benimsemeleri ve geliştirmeleri gerekecektir. Şu kadar ki, temel sözleşme, affectio societatis varlığını sürdürdüğü müddetçe varlığını koruyabilecektir<sup>591</sup>.

---

<sup>588</sup> Karş. paysahipleri sözleşmesinde katılma payının paysahipliği hakları olduğunu ileri süren **Okutan** s. 81.

<sup>589</sup> **Oertle**, s. 103.

<sup>590</sup> **Barlas**, Adi Ortaklık Temeli, s. 28 vd. Kavramın Roma Hukuku'ndan bu yana gelişimi için bkz. Oruç Hami **Şener**, Roma Hukuku'nun Modern Ortaklıklar Hukuku'na Etkileri, Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, İstanbul, 2002, s. 710 vd.

<sup>591</sup> Adi ortaklıklarda affectio societatisin sona ermesinin bu etkisi için bkz. **Reboul**, s. 427.

Affectio societatisin bu etkisi, temel sözleşmelerde daha belirgin bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Hakim teşebbüslerin paysahipliği haklarını temel sözleşmeye uygun bir biçimde kullanmamaları, bu sözleşmeyle hakim teşebbüsler arasında kurulacak olan güç dengesini zedeleyecek, ortaklığın kilitlenmesi tehlikesinin ortaya çıkmasına yol açacaktır. Bu bağlamda, sermayeye katılmalı ortak girişimlerin sürekliliği ve istikrarı, büyük ölçüde affectio societatis unsurunun işlerlik kazanmasına bağlıdır<sup>592</sup>. Zira, affectio societatis, stratejik bir ekonomik işbirliği modeli oluşturan sermayeye katılmalı ortak girişimin amacını hayata geçiren unsurdur. Bu unsur zedelenirse, ortaklığın amacının gerçekleşmesi de tehlikeye girecektir.

Bu noktadan hareketle, sermayeye katılmalı ortak girişimlerde hakim teşebbüsler arasında temel sözleşme ekseninde kurulan işbirliği ilişkisinde, affectio societatis unsurunun işlerlik kazanabilmesi için, temel sözleşmede sermayeye katılmalı ortak girişimin amacının ve bu amaca erişmek üzere yürüteceği faaliyetin kapsamının ve sınırlarının açıklıkla ortaya konulması gerekmektedir. Böylelikle, temel sözleşme, hakim teşebbüslerin bu amaç doğrultusunda ne şekilde katkı sağlayacaklarını belirleyecek ve affectio societatis unsurunun içeriğini açıklığa kavuşturacaktır. Kanımızca, affectio societatis unsuru, her temel sözleşme açısından esaslı unsur niteliğini taşımakla birlikte; bu unsur, her sermayeye katılmalı ortak girişim açısından ayrı bir somut içeriğe sahiptir. Bu yüzden, temel sözleşmenin en önemli işlevlerinden birisi de, affectio societatis unsurunu somutlaştırmaktır.

Affectio societatis unsuru, her türlü ortaklıkta mevcut bulunmakla birlikte, bu unsurun etkisi, ortaklığın tipine göre değişiklik göstermektedir. Bu bağlamda, affectio societatis unsuru, paysahibinin kişisel özelliklerinin mümkün olduğunca geri plana itildiği anonim ortaklıklarda da varlığını korumakla birlikte, oldukça zayıflamaktadır<sup>593</sup>. Ancak, anonim ortaklık olarak kurulan sermayeye katılmalı ortak girişimlerde, hakim paysahipleri arasında yapılan temel sözleşme uyarınca ortaya çıkan sözleşmesel düzenle anasözleşme uyarınca kurulan korporatif düzen

---

<sup>592</sup> Affectio societatis unsurunun çeşitli işlevleri ve özellikle adi ortaklığı diğer bazı sözleşmelerden ayırma işlevi için bkz. **Reboul**, s. 437-439.

<sup>593</sup> **Poroy (Tekinalp/Çamoğlu)**, No. 441.

arasındaki ilişki, temel sözleşmeyi karakterize eden affectio societatis unsurunun ortaklığın korporatif düzenini de etkilemesine yol açmaktadır<sup>594</sup>.

Sermayeye katılmalı ortak girişimin faaliyeti esnasında affectio societatis unsurunun zayıflaması ve hakim pay sahiplerinden birinin veya tamamının ortaklığın amacına erişmesi doğrultusunda çaba sarf etmekten kaçınması halinde, bu olgunun temel sözleşmenin feshi açısından haklı sebep teşkil etmesi söz konusu olabilir<sup>595</sup>.

### 3. Hukuki Niteliği

Hakim pay sahipleri temel sözleşmeyi, bir ortak girişim şirketi kurmak veya mevcut bir şirketi stratejik bir işbirliği ekseninde ortak girişim şirketine dönüştürmek ve söz konusu şirketi ortak kontrol anlayışı doğrultusunda yönetmek amacıyla akdetmektedir. Temel sözleşmede hakim pay sahiplerinin edimleri, ortak bir amacın gerçekleşmesine yönelmektedir. Bu ortak amaç, bir ortak girişim şirketinin kurulması ve ortaklaşa kontrol edilmesidir. Bu açıdan, temel sözleşmenin konusu, amacı ve tarafların bu sözleşme uyarınca yüklendiği borçlar gözetildiğinde, bu sözleşmenin bir adi ortaklık sözleşmesi olduğu ortaya çıkmaktadır<sup>596</sup>. Gerçekten de, temel sözleşmede tarafların iradeleri aynı doğrultuda tecelli etmekte, ortaklaşa bir stratejinin belirlenmesine, bu stratejiyi hayata geçirecek bir şirketin kurulmasına, bu şirketin ortaklaşa kontrol edilmesine ve yönetilmesine yönelmekte, sözleşmenin taraflarından her biri, temel sözleşmenin yöneldiği amaç doğrultusunda bilfiil çaba göstermeyi üstlenmektedir.

---

<sup>594</sup> Bu yaklaşım, iki hukuki sorunun tartışılmasına zemin oluşturmaktadır. İlk, temel sözleşmede bu denli ağırlıklı etkiye sahip olan bu unsurun anonim ortaklıkta pay sahibini sermayeye katılma borcu dışında ek yükümlülükler, özellikle sadakat yükümlülüğü altına sokup sokmayacağı tartışılmak gerekir (bu konuda bkz. aşağı §14, III, B, 3). İkinci olarak, affectio societatis unsurunun zedelenmesi nedeniyle temel sözleşmenin sona ermesinin, ortak girişim şirketinin çatısını oluşturan anonim ortaklığın amacına erişmesini imkansız hale getirip getirmediği ve böylelikle onun da sona ermesine yol açıp açmayacağı irdelenmelidir (bkz. aşağı §15, IV, C, 2, d).

<sup>595</sup> Bu konuda daha ayrıntılı olarak bkz. aşağı §15, III, F.

<sup>596</sup> **Mestmäcker**, Gemeinschaftsunternehmen, s. 14, **Tercier**, No. 6621, **Schlupe**, Privatrechtliche Probleme, s. 409, **Oertle**, s. 108, **Gansweid**, s. 66, **Baus**, s. 26, **Peter**, s. 55 ; **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)** No. 1021, **Barlas**, Adi Ortaklık Temeli, s. 204, **Orazgılıcov**, s. 17. **Barlas**, temel sözleşmenin adi ortaklığın klasik yapısından uzaklaşan atipik bir sözleşme niteliğini taşımadığını, bizatihi tipik adi ortaklık niteliğinde olduğunu vurgulamaktadır. Aynı düşüncüyü ortaya koyan **Martinek**, (bkz. Martinek, s. 220, özellikle s. 227); temel sözleşmenin çok katmanlı bir sözleşmeler bütünü içinde yer alan bir adi ortaklık sözleşmesi olduğunu ortaya koymaktadır.

Türk Hukuku'nda **Esin/Lokmanhekim**<sup>597</sup>, pay sahipleri sözleşmelerine özgü olarak, tarafların bir adi ortaklık kurma iradesini taşımadıkları, bilakis anonim ortaklıktaki hukuki konumlarını belirlemeye yönelik olarak bu sözleşmeyi akdettiklerini öne sürerek, bu sözleşmenin bir adi ortaklık sözleşmesi olarak nitelendirilmemesi gerektiğini savunmaktadır. Kanımızca, ortaklık haklarının ortak bir amaç doğrultusunda kullanılmasını öngören pay sahipleri sözleşmeleri bakımından da, bu sözleşmenin bir görünüm biçimi olan temel sözleşme bakımından da bu görüş yerinde değildir. Zira tarafların iradesi, anonim ortaklıktaki (ortak girişim şirketindeki) pay sahipliği haklarının ortak bir amaç doğrultusunda kullanılması yönünde tezahür etmektedir. Bu ortak amaç ise sinallagmatik edimler üzerinde değil, birbirinin karşılığını oluşturmak yerine birbirini tamamlayan edimler üzerine inşa edilmektedir.

Temel sözleşmenin uygulamada tipikleşmiş içeriğine ilişkin açıklamalarımızda ele alacağımız üzere<sup>598</sup>, temel sözleşmede özellikle hakim teşebbüslerle ortak girişim şirketi arasında akdedilecek uydu sözleşmelerine özgü edimlerin değiş tokuşunu konu edinen borç ilişkilerine özgü düzenlemeler de yer almaktadır. Bu noktadan hareketle, bir görüş<sup>599</sup>, temel sözleşmenin adi ortaklık sözleşmesinin unsurlarıyla başka sözleşmelerin unsurlarının birleştiği bir isimsiz sözleşme niteliğini taşıdığını, duruma göre karma sözleşme veya sui generis sözleşme olarak nitelendirilmesi gerektiğini öne sürmüştür. Oysa tarafların sözleşmeye dercettikleri sinallagmatik sözleşmelere özgü hükümler, kanımızca sözleşmenin adi ortaklık sözleşmesi olma niteliğini zedelememekte, yan unsur niteliğini taşımaktadır<sup>600</sup>. Bu bağlamda, temel sözleşmenin adi ortaklığa özgü unsurları, diğer unsurlara nazaran ağır basmaktadır. Temel sözleşmenin sinallagmatik sözleşmelere özgü unsurları, bu sözleşmenin adi ortaklığa özgü esaslı unsurlarına nazaran ikincil bir konuma sahiptir.

<sup>597</sup> İsmail **Esin/ Tunç Lokmanhekim**, Uygulamada Birleşme ve Devralmalar, İstanbul, 2004, s. 67.

<sup>598</sup> Bkz. a.ş.a. § 8, II, B, 9.

<sup>599</sup> Claude **Reymond**, La nature juridique du contrat de joint venture, JdT, 1975, I, s. 318 vd. ve aynı yazarın Le contrat de joint venture, s. 386-387; onu izleyen **Böckli**, No. 1635 a. **Reymond**, hakim ortaklar arasında hem bir ortak girişim sözleşmesinin (*contrat de joint venture*) hem de bir temel sözleşmenin (*contrat de base*) kurulduğundan söz etmekte, her ikisinin de isimsiz sözleşme olduğunu ortaya koymaktadır. Teorik açıdan ortak girişimin oluşumuna yönelik ayrı bir sözleşme yapılması, hakim ortaklar arasındaki ortak kontrol ilişkisinin ise ikinci bir sözleşmeyle düzenlenmesi mümkün ise de, bunun pratik olmadığı açıktır. Nitekim **Oertle**, sermayeye katılmalı ortak girişimlerde ortak girişimin oluşumunun da ortaklaşa kontrol edilmesine ilişkin düzenlemelerin de tek bir sözleşme bünyesinde ele alındığını belirterek yazarı eleştirmektedir; bkz. **Oertle**, s. 109, dn. 43.

<sup>600</sup> **Oertle**, s. 221, **Barlas**, Adi Ortaklık Temeli, s. 205, **Engel**, s. 705.



Hakim paysahiplerinin ortak girişim şirketine yönelik olarak uydu sözleşmelerine özgü bazı edimleri yerine getirmeyi taahhüt etmeleri, doğrudan doğruya hakim paysahipleri arasındaki adi ortaklığın amacına ulaşmasına, bu cümleden olarak ortak girişim şirketinin temel sözleşmede belirlenen strateji doğrultusunda işletilmesi amacına yönelmektedir.

Temel sözleşmede yer alan ve karşılıklı borç yükleyen sözleşmelere özgü nitelik taşıyan taahhütlerin hukuki konumu, farklı bir bakış açısıyla da değerlendirilebilir. Bu tür taahhütlerin, ortak amaca (ortak girişim şirketinin kurulması ve yönetilmesi) yönelen kişi birliğinin (adi ortaklığın) bu amaca erişmek üzere adi ortaklığa taahhüt ettikleri katılma payları ile yakından ilişkili olduğu göz ardı edilmemelidir<sup>601</sup>. Bu ilişki şu şekilde açıklanabilir : Klasik bir adi ortaklık sözleşmesinde, ortakların adi ortaklığa getirmeyi üstlendikleri katılma paylarına yer verilmektedir. Temel sözleşmede bu katılma payları, “paysahipliği haklarının ortak kontrolü gerçekleştirecek şekilde kullanılması”dır.

Prensip olarak, hakim paysahiplerinin temel sözleşmede ortak girişim şirketine karşı yerine getirmeyi taahhüt ettikleri edimler ise, bu katılma payının dışında kalan taahhütlerdir. Bu açıdan bakıldığında ve özellikle temel sözleşmenin bir adi ortaklık sözleşmesi niteliğini taşıdığı fikri bir çıkış noktası olarak benimsendiğinde, temel sözleşmenin hukuki yapısı şu şekilde açıklanabilir : Temel sözleşme, hem katılma paylarının konusunu oluşturan edimleri, hem de ortakların adi ortaklığın konusunu oluşturacak olan ortak girişim şirketine karşı üstlendikleri taahhütleri içermektedir.

Dikkate değer nitelikteki husus, uydu sözleşmelerinin konusunu oluşturan ve karşılıklı borç yükleyen sözleşmelere özgü edimlerin, doğrudan doğruya adi ortaklığın amacının gerçekleştirilmesi gayesine yönelik olarak üstlenilmesidir. Bu

---

<sup>601</sup> Bu noktada bir kez daha vurgulamak gerekir ki, temel sözleşmeye taraf olan hakim paysahiplerinin bu sözleşme uyarınca meydana gelen adi ortaklığa karşı üstlendikleri katılma payları, ortak girişim şirketindeki paysahipliği haklarının belirli bir yönde kullanılmasıdır. Hakim paysahiplerinin ortak girişim şirketine karşı üstlendikleri yükümlülükler, sermayeye katılma taahhüdü ve bu taahhüt dışında kalan ve anonim ortaklıklarda tek borç ilkesi ışığında geçerlilikleri tartışılan diğer yükümlülükler olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Böylelikle, sermayeye katılmalı ortak girişimin çok katlı yapısı, her bir katta yer alan ayrı ortaklıklara karşı üstlenilen taahhütlerin de birbirinden ayrışmasını gerektirir. Kuşkusuz ki, bu taahhütler arasında ekonomik bir ilişki mevcuttur.

savı, uydu sözleşmeleri uyarınca hakim paysahiplerinin ortak girişim şirketine karşı üstlendikleri edimlerin niteliği desteklemektedir. Bu edimler, ortak girişim şirketinin varlığı açısından stratejik nitelik taşımaktadır. Açık bir anlatımla, söz konusu edimlerin yerine getirilmesi, ortak girişim stratejisinin bir parçasıdır. Bu noktada uydu sözleşmelerinin özelliği ortaya çıkmaktadır : Sermayeye katılmalı ortak girişimin amacına ulaşması ve buna bağlı olarak hakim teşebbüslerin ortak girişim şirketini kurarken güttükleri stratejik politikaların hedefine ulaşması için, uydu sözleşmelerine konu olan taahhütlerin bizatihi hakim teşebbüsler tarafından yerine getirilmesi gerekmektedir. Farklı bir anlatımla, hakim teşebbüsler, bu sözleşmeyi birbirleriyle akdetmektedir, çünkü sözleşmenin diğer tarafının ortak girişim şirketine uydu sözleşmesi marifetiyle sağlayacağı katkı, stratejik önem taşımaktadır.

Temel sözleşmenin amacı ortak girişim şirketinin oluşumu ve ortaklaşa yönetilmesi olduğuna ve kurulacak olan ortak girişim şirketi, stratejik bakımdan her bir hakim paysahibinin münferit stratejisi içinde yer tuttuğuna göre; uydu sözleşmelerine konu olan bu edimler, doğrudan doğruya ortak girişim stratejisinin gerçekleşmesine yönelmektedir. Bu nedenle, söz konusu edimleri “temel sözleşmenin amacı” (ortak girişim şirketinin kurulması ve ortaklaşa kontrol edilmesi) dışında mütalaa etmek ve bu edimlerin temel sözleşmenin hukuki niteliğini belirleyici bir rol oynadığı hükmüne varmak yerinde olmayacaktır. Bu tür taahhütler, adi ortaklık sözleşmesini karakterize eden amaç unsurunun tezahürleridir. Bu yüzden, söz konusu edimlerin, sözleşmenin hukuki niteliğini değiştirecek bir etkiye sahip olmadığı, bilakis bu edimlerin sözleşmenin adi ortaklık sözleşmesi olma niteliğine hizmet ettiği kanaatine varıyoruz.

Sözleşmenin adi ortaklık sözleşmesi niteliğini taşımasına bağlı olarak, adi ortaklığın hukuki yapısının temel sözleşmeye yansıyan özellikleri ve temel sözleşmenin adi ortaklık temeline dayalı diğer sözleşmeler karşısındaki konumu irdelenmelidir<sup>602</sup>. Bu çerçevede belirtmek gerekir ki, temel sözleşme, belirli bir iktisadi faaliyetin, sözleşmenin tarafı olan teşebbüsler tarafından kurulacak bir ortaklık aracılığıyla yürütülmesini konu edinmesi itibarıyla, kurumsal bir yapının oluşmasına hizmet etmektedir. Burada kurumsal yapıdan kasıt, temel sözleşmede belirtilen ekonomik

---

<sup>602</sup> Adi ortaklık sözleşmesi temeline dayanan ortaklık yapılanmaları- adi ortaklık sözleşmesine dayalı sözleşmeler ayrımı için bkz. **Barlas**, Adi Ortaklık Temeli , s. 89 vd., 147 vd.

faaliyetin bir ticaret ortaklığının çatısı altında yürütülecek olmasıdır. Bu bağlamda, adi ortaklığa ilişkin özellikleri itibariyle ele alınacak ve hukuki konumu adi ortaklığın diğer görünüm biçimleriyle karşılaştırılacak olan kurum, sermayeye katılmalı ortak girişimin bütünü değil, bu kurumun kökeninde yatan temel sözleşmedir<sup>603</sup>. Temel sözleşmenin adi ortaklık niteliğini taşıdığını tespit edildiğinden, bu müessesenin adi ortaklığın görünüm biçimleri içinde temel sözleşmeyle en çok benzeşen konsorsiyum ve kartel ile karşılaştırılmasında yarar vardır.

#### **4. Kartelle ve Konsorsiyumla Karşılaştırılması**

##### **a. Kartelle Karşılaştırılması**

Rekabet, teşebbüsleri daha iyi mal ve hizmet üretmeye, yeni ürünler geliştirmeye ve bu suretle kârını maksimize etmeye teşvik ettiği kadar, teşebbüsleri zorlayan bir olgudur. Rekabet etme alışkanlığını edinemeyen teşebbüsler, pazar paylarını<sup>604</sup> yitirme tehlikesiyle yüz yüze gelmektedir.

Teşebbüsün sürekli olarak rekabet etmeyi bir strateji olarak benimsemesi de, pazar payının korunması bakımından tek başına yeterli olmamaktadır. Zira, pazarda bir yandan başka rakiplerin kendilerini sürekli olarak geliştirmeleri, diğer yandan pazara giriş engellerinin bulunmadığı pazarlarda potansiyel rakiplerin yeni teknolojilerle pazara girmesi olasılığı, teşebbüsleri rekabet edebilme imkanından yoksun bırakabilmektedir. Bu zorlu rekabet koşulları karşısında, bazı teşebbüsler rekabet yerine bazı rakipleriyle işbirliği yapmak suretiyle rekabetin arkasından dolanmayı

---

<sup>603</sup> Yöntem açısından, sermayeye katılmalı ortak girişimin adi ortaklığın çeşitli türleriyle karşılaştırılması da düşünülebilir. Ancak sermayeye katılmalı ortak girişimde, adi ortaklığın da içinde yer aldığı (temel sözleşme) çok katmanlı yapısıdır. Bu itibarla bu hukuki yapının adi ortaklığın bir görünüm biçimini oluşturan temel sözleşme katmanı, adi ortaklığın çeşitli görünüm biçimleriyle kıyaslanacaktır.

<sup>604</sup> Kartel, adi ortaklığın bir görünüm biçimi olması yönüyle Borçlar Hukuku'na konu olurken, ekonomiye yönelik etkileri itibariyle Rekabet Hukuku'nun inceleme alanına girmektedir. Rekabet Hukuku, endüstri ekonomisinin oluşturduğu altyapıdan büyük ölçüde yararlanan , hukukun ekonomi disipliniyle daha yakın bir ilişki içinde bulunduğu bir hukuk alanı olduğundan, bu hukuk disiplinindeki değerlendirmelerin kökeninde, rekabetin cereyan ettiği düzlem olan “pazar” unsuru yer almaktadır. Pazar, konu ve coğrafi alan itibariyle teşebbüslerin birbiriyle yarıştığı düzlemi; “pazar payı” ise, bu düzlemde rekabet eden teşebbüslerin pazarda sahip oldukları konumu ve gücü ifade etmektedir.

tercih edebilmektedir. Kartel sözleşmeleri de, rakip teşebbüslerin, rekabet koşullarını kendi lehlerine çevirmek üzere rekabeti sınırlamaya yönelik olarak akdettikleri işbirliği sözleşmeleridir<sup>605</sup>.

Kartelde, ortak bir menfaat doğrultusunda pazar davranışlarının koordine edilmesi fikri ön plana çıkmaktadır<sup>606</sup>. Gerçekten de kartel sözleşmesinin tarafları, pazar davranışlarını münhasıran kendi menfaatleri lehine ve sözleşmenin tarafını oluşturan rakiplerinin aleyhine belirlememekte, rekabetin gereğini yerine getirmemektedir. Pazar davranışlarını biçimlendiren stratejik kararlarını kartel sözleşmelerinde belirlendiği şekilde oluşturan ve uygulayan taraflar, bu suretle pazarın yapısını arzuladıkları şekilde etkilemeyi hedeflemektedir. Pazarın yapısını rekabeti sınırlayarak etkileme amacı, adi ortaklık olarak nitelendirilen kartel sözleşmesinde ortak amacı oluşturur<sup>607</sup>.

Pazar davranışlarının koordinasyonu, çok çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Teşebbüsler, pazarı kendi aralarında çeşitli bölümlere ayırarak paylaşabilirler. Pazar paylaşımı, coğrafi açıdan veya konu açısından söz konusu olabilir. Coğrafi paylaşımında teşebbüsler, hangi bölgede hangi teşebbüsün faaliyet göstereceğini kartel sözleşmesi ile belirleyebilirler. Böylelikle, kartel sözleşmesinin tarafları, rekabet ettikleri coğrafi alanı çeşitli bölümlere ayırmaktadır. Pazarın konu bakımından bölünmesi ise, sözleşmenin tarafını oluşturan her bir teşebbüsün hangi ürün veya hizmetleri ticaret mevkiine koyacağını veya hangi ürün veya hizmetleri pazarlamaktan imtina edeceğinin sözleşmeyle belirlenmesidir.

Kartel sözleşmesinin bir başka görünüm biçimi fiyat anlaşmalarıdır<sup>608</sup>. Bu tür anlaşmalar, teşebbüslerin ticaret mevkiine koyacağı ürün veya hizmetlerin fiyatlarını saptamalarına hizmet etmektedir. Etkin rekabetin varlığı açısından kritik önem taşıyan fiyat rekabeti, teşebbüslerin birbirlerinin pazara sunduğu ürün veya

---

<sup>605</sup> **Sprau**, Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, § 705, No. 43; **Barlas**, Adi Ortaklık Temeli, s. 149.

<sup>606</sup> **Guhl/Druey**,: s. 674.

<sup>607</sup> **Schlupe**, Privatrechtliche Probleme, s. 285. **Barlas**, Adi Ortaklık Temeli, s. 151. Tarafların somut amacı, rekabeti sınırlayarak diğer teşebbüsleri saf dışı bırakmak olmayıp, bizzat kartele taraf olan teşebbüslere bir pazar payı edinme gayesini yansıtabilir. Yine de , bu gayenin dahi sonuçta rekabetin sınırlandırılmasına hizmet edeceği açıktır; çünkü rekabet fikri, birbirlerinin fiyatlarının oluşum süreçlerinden haberdar olmayan ve birbirleriyle bu yönden işbirliği yapmayan birden çok teşebbüsün varlığını zorunlu kılar.

<sup>608</sup> **Whish**, Competition Law, s. 424 vd.

hizmetlere ilişkin fiyatları oluşturan unsurlar ve bu fiyatların oluşumu hakkında bilgi sahibi olmamalarını ve fiyatları kendi öznel koşulları ekseninde belirlemelerini gerektirmektedir. Halbuki fiyat anlaşması yapıldığında, her bir teşebbüs rakibinin açıklayacağı fiyatı öğrenmekte, hatta bu fiyatın oluşumuna yön verebilmekte; bu olgu, fiyatların teşebbüsün öznel koşulları ekseninde belirlenmemesine yol açmaktadır.

Diğer yandan fiyat anlaşmasının tarafları, ürün veya hizmetlerini hangi fiyattan piyasaya sunacaklarını birbirlerine bildirmekte, böylelikle teşebbüslerin birbiriyle fiyat yarışına girmelerinin önüne geçilmektedir. Olağan koşullarda teşebbüsler, yoğun rekabet ortamında aynı ürün veya hizmeti rakiplerinden daha düşük fiyata sunmaya çaba gösterecek; rakiplerin fiyat indirmeleri, teşebbüsler arasında fiyat yarışmasına dönüşecek, bu yarışma kuşkusuz ki tüketicinin yararına sonuç doğuracaktır. Bu yönüyle kartel anlaşması, fiyat rekabetini bertaraf etmesi itibariyle rekabeti kısıtlayıcı etki yaratacaktır. Kartel sözleşmesinin bir başka görünüm biçimi de , sözleşmeye taraf olan teşebbüslerin piyasaya sürecekleri ürünlerin miktarını karşılıklı olarak belirlemeleridir.

Kartelle temel sözleşmenin farkı, görüldüğü üzere kendisini ilk olarak amaç unsuru bakımından gösterir<sup>609</sup>. Kartelde amaç, rakipler arasında işbirliği yapmak suretiyle rekabetin sınırlandırılması iken, temel sözleşmenin amacı, hakim teşebbüslerin kaynaklarının bir kısmını bütünleştirerek kalıcı bir işbirliği modelini oluşturmalarında yansıma bulmaktadır. Amaç unsuru açısından ikinci farklılaşma, temel sözleşmenin kalıcı ve kurumsal yapıyı haiz ikinci bir ortaklığın kurulmasına hizmet etmesidir<sup>610</sup>. İkinci olarak, adi ortaklığın her iki görünüm biçiminde sermaye unsuru birbirinden farklılaşır. Kartellerde sermaye çoğu zaman sözleşmeye taraf olan teşebbüslerin birbirlerine ait bilgileri paylaşma ve kartelin görünüm biçimine göre rekabeti sınırlayıcı eylem ve işlemleri gerçekleştirme yönünde emek sarf etmeleri şeklinde ortaya çıkarken, temel sözleşmede sermaye unsuru, çok çeşitli öğelerden meydana gelmektedir.

---

<sup>609</sup> Oertle, s. 22.

<sup>610</sup> Yukarıda görüldüğü üzere (bkz. yuk. § 7, I, B) ; yoğunlaşma niteliğini taşımayan sermayeye katılmalı ortak girişimler de mevcuttur ve bu oluşumlar, kartellerle aynı hukuki rejime (rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar) tabi tutulurlar. Bu itibarla sözü edilen farklılaşma, kendisini yoğunlaşmaya yönelik ortak girişim kurmayı hedefleyen temel sözleşmelerle karteller arasında ortaya çıkar.

## b. Konsorsiyumla Karşılaştırılması

Teknolojinin gelişmesi büyük altyapı projelerini giderek daha karmaşık hale getirmekte, bir projenin gerçekleştirilmesi çoğu zaman birbirinden farklı alanlarda uzmanlaşmış bir kaç teşebbüsün bir arada faaliyet göstermesini zorunlu kılmaktadır. Kuşkusuz ki, bu zorunluluk, işbirliği modelinin yapısına da yansımaktadır. Konsorsiyumlar da bu ihtiyacın bir sonucu olarak ortaya çıkan, birden çok kişi tarafından iş sahibine karşı üstlenilen belirli bir işin gerçekleştirilmesi amacıyla kurulan, her bir kişinin iş sahibine karşı kendi üstlendiği belirli bir işin tamamlanmasından sorumlu bulunduğu bir işbirliği modelidir<sup>611</sup>.

Bu özellikleri itibariyle konsorsiyumlar, özel alanlarda uzmanlaşmış olan ve münhasıran uzmanlaştığı alanda faaliyet göstermeyi ve sorumluluk üstlenmeyi uygun gören teşebbüslerin tercih ettiği bir işbirliği modelidir. Konsorsiyumların yaygın uygulama alanına sahip bir türü, yapı konsorsiyumlarıdır. Yapı konsorsiyumunun üyeleri, iş sahibine karşı belirli bir inşaat projesinin oluşturulması ve bu proje uyarınca inşaatın tamamlanmasını üstlenmekte; konsorsiyumun her bir üyesi, söz konusu işin belirli bir kısmının yerine getirilmesinden ötürü sorumluluk üstlenmektedir<sup>612</sup>. Çok amaçlı bir kültür ve sanat merkezinin inşaatında, konsorsiyum üyelerinden birinin projelendirme ve statik işlerini üstlenmesi, bir diğerinin uzmanlık alanı itibariyle oditoryumların ve konser salonlarının inşaatını üstlenmesi, bir diğerinin ise söz konusu merkezin heykel sergisi olarak kullanılacak bahçesinin düzenlenmesini üstlenmesi ve her bir üyenin münhasıran kendisine özgülenen işin gerçekleştirilmesinden sorumlu olması; örneğin merkezin açık hava müzesi kısmının meydana getirilmesinden sorumlu olan ve yükümlülüğünü yerine getiren teşebbüsün, oditoryumun akustik sistemindeki başarısızlıktan ötürü sorumlu tutulamaması halinde bir yapı konsorsiyumundan söz edilir.

---

<sup>611</sup> Çeşitli tanımlar için **Barlas**, Adi Ortaklık Temeli, s. 174, İbrahim **Kaplan**, s. 19, **Schluerp**, Privatrechtliche Probleme, s. 293. Tanım için, aynı zamanda konsorsiyumun bir üst kavram olduğu yönünde bkz. **Gülören Tekinalp/Ünal Tekinalp**, Joint Venture, s. 162.

<sup>612</sup> Buna karşılık sözleşmesel ortak girişimin özel bir türünü oluşturan iş ortaklığında, ortaklardan her biri iş sahibine karşı işin tamamının gerçekleşmesine ilişkin sorumluluk üstlenmektedir; bkz. **Barlas**, Adi Ortaklık Temeli, s. 200 vd.

Farklı alanlarda uzmanlaşan teşebbüslerin bir arada çalışması, bir yönüyle bu teşebbüsler arasında gerçek anlamda işbirliğinin bulunup bulunmadığı sorusunu ortaya atmaktadır. Zira, her bir teşebbüs kendisine özgülenen alanda faaliyet gösterecek, deyim yerindeyse, işbirliğinin konusunu oluşturan faaliyet bölümlere ayrılacak, konsorsiyumun her bir üyesi birbirinden ayrı bir alanda çalışacağından ve sorumluluk üstleneceğinden, işin hiç bir bölümü, üyelerin ortak çalışmasına sahne olmayacaktır. Konsorsiyuma özgü bu keskin alan ve sorumluluk ayrımı, üyeler arasında gerçek anlamda bir işbirliği ilişkisinin varlığını şüpheli kılsa da, bu ilişkiyi kanıtlayan, her bir üyenin faaliyetlerinin bir araya getirilmesi sayesinde ortaya çıkan bütündür. Gerçekten de, doğru bir şekilde örgütlenmiş olan bir konsorsiyumda her bir üyenin faaliyeti, konsorsiyumun tüm üyeleri tarafından sözleşmenin diğer tarafına karşı üstlenilen edimin yerine getirilmesi açısından gerekli olduğundan, konsorsiyumun üyeleri arasında bir işbirliğinin mevcut olduğunu (**ortak amaç**) ve bu işbirliği çerçevesinde konsorsiyumun üyelerinin iradelerinin ortak bir amacın gerçekleştirilmesi uğruna çaba göstermeyi gerektirdiğini (**affectio societatis**) kaydetmek gerekir.

Ancak bu olgu, konsorsiyumun mutlaka farklı ve birbirini tamamlayan uzmanlık alanlarına sahip olan teşebbüslerce tercih edildiği şeklinde değerlendirilmemelidir. Teşebbüslerin işbirliği modeli olarak konsorsiyumu seçmeleri, bazen de konsorsiyum üyelerin tercih edecekleri sorumluluk rejiminden kaynaklanır. Nitekim, konsorsiyumlarda üyelerin her biri, iş sahibine karşı ancak kendi üstlendikleri işten sorumlu olmaktadır<sup>613</sup>. Bu sorumluluk rejimi, BK.m. 534/3 hükmü uyarınca, iş sahibiyle yapılan sözleşmede, konsorsiyum üyelerinin her birinin ancak kendi üstlenecekleri edimden sorumlu olmalarının kararlaştırılması sayesinde mümkün olmaktadır.

Konsorsiyumların bu saikle tercih edilmesinin en tipik örneği, uluslararası bankacılığın zengin uygulamaya sahip kurumlarından birisi olan sendikasyon kredileridir. Sendikasyon kredisinin bankalar arasında uygulanmasında, bir banka,

---

<sup>613</sup> **Barlas**, Adi Ortaklık Temeli, s. 178. Konsorsiyumlarda üyelerin tabi olduğu sorumluluk rejiminin adi ortaklığın BK.m. 520 vd. hükümlerinde düzenlenen tipik görünüm biçiminden farklılaşmasına ve ortaklığın, ortakların elbirliğiyle mülkiyet hakkına sahip oldukları bir malvarlığının bulunmamasına rağmen, bu işbirliği modeli adi ortaklık niteliğindedir. **Barlas**, söz konusu saptamalara rağmen konsorsiyumun adi ortaklık niteliğini taşımasının nedeninin, sorumluluk rejimine ve ortaklık malvarlığına ilişkin düzenlemelerin yedek hukuk kuralı niteliğinde olmasına dayandığını ortaya koymaktadır; bkz. **Barlas**, Adi Ortaklık Temeli, s. 185.

belirli koşullar dahilinde kredi alabileceğini uluslararası finans çevrelerine duyurmakta, bunun üzerine elinde kredi olarak tahsis edilmeye hazır bir tutarı bulunduran bankalar, söz konusu bankaya kredi tahsis edebileceklerini bildirmektedir. Kredi vermeye talip olan bankalardan birisi “konsorsiyum lideri” olarak belirlenmekte<sup>614</sup>, bu banka, kredi vermeye talip olan bankaları organize ederek kredi almaya talip olan bankaya kredi tahsis edilmesini sağlamaktadır. Bu ilişkide kredi verenlerin oluşturduğu kişi birliği “kredi konsorsiyumu”, bu konsorsiyumu organize etmeyi üstlenen lider ise “konsorsiyum lideri” olarak adlandırılmaktadır. Anılan ilişkide kredi konsorsiyumunu oluşturan her bir banka, sadece vermeyi taahhüt ettiği kredi bedelini ödemekten sorumludur. Bu husus, konsorsiyumu oluşturan bankalarla kredi borçlusu banka arasında akdedilen sözleşmede düzenlenmektedir.

Konsorsiyumun bir başka uygulama alanı da, Sermaye Piyasası Hukuku’nda aracı kurumlarla halka açık anonim ortaklık arasında akdedilen halka arza aracılık sözleşmesi uyarınca kurulan “aracı kurumlar konsorsiyumu”dur. Bu konsorsiyumda üyeler, halka açık anonim ortaklığa ait menkul kıymetlerin halka arz edilmesine aracılık faaliyetini bir konsorsiyum çatısı altında yürütmekte; konsorsiyumda yer alan her bir aracı kurum, halka arza aracılık (*underwriting*) sözleşmesi uyarınca üstlendiği edimin yerine getirilmesini taahhüt etmektedir<sup>615</sup>.

---

<sup>614</sup> Sendikasyon kredilerinde, konsorsiyumun organizasyonu açısından konsorsiyumun lideri kritik bir role sahiptir. Bankacılık uygulamasında kredi almak isteyen banka, ilk aşamada konsorsiyumun liderliğini üstlenecek bankayla anlaşma sağlamakta, konsorsiyumun diğer üyeleri konsorsiyum liderinin çabalarıyla bulunmaktadır. Ayrıca, tarafların tercihine göre, kredi borçlusu münhasıran konsorsiyum lideri ile sözleşme yapabileceği gibi, konsorsiyum üyelerinin tümüyle de kredi sözleşmesi akdedebilir. Birinci olasılıkta kredi borçlusuna karşı kredinin sağlanması ve ödenmesi yükümlülüğünü tek başına üstlenen konsorsiyum lideri, konsorsiyumun diğer üyeleriyle konsorsiyum sözleşmesini akdeder ve her bir üye taahhüt ettiği kredi tutarını sağlamayı birbirine karşı yükümlenir. Bu olasılıkta kredi borçlusu, münhasıran konsorsiyum lideri ile hukuki ilişkiye girmektedir. Söz konusu ayırım için bkz. **Barlas**, *Adi Ortaklık Temeli*, s. 181-182; ayrıca adi ortaklık hükümlerinin konsorsiyumlara uygulanmasına has özellikler için bkz. **Barlas**, *Adi Ortaklık Temeli*, s. 185-186.

<sup>615</sup> Aracı kurumların menkul kıymetleri halka arz edilen ortaklığa karşı üstlendiği yükümlülük, sözleşmenin türüne göre değişiklik göstermektedir. Tam aracılıkta aracı kurumlar, halka arz edilen menkul kıymetlerin tamamının satılmasını, satılmayanların ise kendileri tarafından satılmasını yüklenmektedir. Konsorsiyum üyeleri, en iyi çaba aracılığında, sözleşmeye konu menkul kıymetlerin satılması için en iyi çabayı göstermeyi taahhüt etmekte, bu çabaya rağmen satılmayacak olan menkul kıymetlerin satımını üstlenmemektedir. Halka arza aracılık sözleşmelerinin üçüncü türü olan kesin taahhüt aracılığında ise, aracı kurumlar satılacak menkul kıymetlerin tümü aracı kurumlar tarafından satılmakta ve sonradan halka arz edilmektedir. Halka arza aracılık sözleşmesinin kavramsal temelleri ve türleri konusunda bkz. **Yasaman**, s. 109 vd.



Konsorsiyum üyelerinin üçüncü kişiyle yaptıkları sözleşmede her bir üyenin münhasıran kendi üstlendiği işten sorumlu olmasının kararlaştırılması, konsorsiyumu hem sözleşmesel ortak girişimden, hem temel sözleşmeden ayırmaktadır. Zira, sözleşmesel ortak girişim ilişkisi çerçevesinde hakim teşebbüslerin iş sahibi dışında üçüncü bir kişiyle sözleşme yapmaları; örneğin raylı sistem inşaatına yönelik bir ortak girişimde üçüncü kişilerden hammadde satın almaları olasılığında veya temel sözleşmeyi akdeden hakim teşebbüslerin ileride anonim ortaklığa tahsis edilmek üzere bir malvarlığı unsurunu üçüncü kişiden satın almaları olasılığında, hakim teşebbüsler üçüncü kişiye karşı sözleşmeden doğan borcun yerine getirilmesi bakımından müteselsilen sorumludur. Halbuki konsorsiyumda, her bir üyenin sorumluluğunun sınırı, bir diğerininkinden kesin çizgilerle ayrılmaktadır.

Bu özelliğin bir yansıması olarak, konsorsiyum üyelerinin, belirli bir işi konsorsiyuma tevdi eden “sözleşen” dışındaki üçüncü kişilerle konsorsiyum çatısı altında hukuki ilişkiye girmesi kural olarak söz konusu olmayacak; her bir konsorsiyum üyesi, kendi sorumluluk alanını ilgilendiren işlere ilişkin olarak üçüncü kişilerle hukuki ilişkilere girecektir. Örnek olarak, bir metro inşaatını üstlenen yapı konsorsiyumunda, rayların konsorsiyum üyeleri tarafından üretilmesi söz konusu değilse, söz konusu rayları temin etmeyi ve döşemeyi üstlenen konsorsiyum üyesi, konsorsiyuma üye olmayan ray üreticisi teşebbüs ile sözleşme yapacak; söz konusu sözleşmenin ray üreticisi teşebbüs ile konsorsiyumun tüm üyeleri arasında akdedilmesi gündeme gelmeyecektir.

Konsorsiyumun ağırlıklı geçici işler için oluşturulması<sup>616</sup>, bu müessesenin sözleşmesel ortak girişimle ortak yönünü oluştururken, çoğunlukla aynı amaçla kurulmaları söz konusu olan konsorsiyumla sözleşmesel ortak girişimi, sorumluluk rejimi ve sözleşmesel ortak girişimin müşterek yönetim anlayışına dayalı olarak yönetilmesi ayırmaktadır. Konsorsiyumla temel sözleşmeyi birbirinden ayıran özellik ise, adi ortaklık temelinde oluşan her iki müessesenin amaç unsurudur. Konsorsiyumun aksine temel sözleşmede, kalıcı bir ekonomik faaliyetin yürütülmesi amaçlanmakta ve bu faaliyetin kurumsal bir yapının çatısı altında yürütülmesi hedeflenmektedir.

---

<sup>616</sup> **Barlas**, Adi Ortaklık Temeli, s. 176-177.

## 5. Tarafları

Temel sözleşmenin tarafları, ilke olarak, müstakbel hakim paysahipleridir. Teşebbüslerin bir temel sözleşme yaparken güttükleri amaç, sermayeye katılmalı bir ortak girişim kurmak ve bu çerçevede ortak girişim şirketini ortaklaşa kontrol etmektir. Bu nedenle, temel sözleşme de, ortak girişim şirketini ortaklaşa kontrol edecek ve bu şirkete karşı çeşitli taahhütler altına girecek öznelere (hakim paysahipleri) arasında akdedilmelidir.

Bununla birlikte, temel sözleşmeye müstakbel hakim paysahipleri dışında kalan ortakların da taraf olması gündeme gelebilir. Ortak kontrolü paylaşmayacak olan paysahiplerinin sözleşmeye taraf olması, bir çok amaca hizmet edebilir. Bu çerçevede, temel sözleşme, bu paysahiplerinin elinde bulunan kontrolü devretmelerini veya kontrolü sağlamayan yönetim gücünü müstakbel hakim paysahiplerine devretmelerini konu edinebilir<sup>617</sup>. Diğer yandan temel sözleşme, bu paysahiplerinin bazı paysahipliği haklarını teminat altına alabilir. Örneğin taraflar, ortak girişim şirketinde istikrarlı kâr dağıtımını, temel sözleşmede düzenleyebilirler. Yabancı yönetime tabi olan ortaklıklarda<sup>618</sup>, hakimiyeti elinde bulunduran veya paylaşan paysahipleri dışında kalan paysahiplerinin bireysel paysahipliği haklarının teminat altına alınması, paysahipleri arasında çıkabilecek muhtemel menfaat çatışmalarının büyük ölçüde önlenmesine hizmet edebilir.

Ortak girişim şirketinde paysahibi sıfatını edinmeyecek olmakla birlikte, müstakbel hakim paysahiplerinin ortak girişim şirketiyle ilgili olarak belirledikleri stratejinin gerçekleşmesiyle ilişkili kimselerin temel sözleşmeye taraf olup olamayacağı da irdelenmelidir<sup>619</sup>. Temel sözleşmenin konusu ve amacı dikkate alındığında, hakim paysahiplerinin ve yukarıda belirtilen amaçlara yönelik olarak kontrolü elinde bulundurmayacak olan paysahipleri dışında kalan kişilerin ve bu arada ortak girişim şirketine finansman sağlayacak olan kişilerin, temel sözleşmeye taraf olmaları mutad değildir. Daha çok sözleşmesel ortak girişimlerde rastlanan ve finansman sağlayan

---

<sup>617</sup> Örnek olarak, azınlık paysahipleri, temel sözleşmeye taraf olarak, genel kurulda belirli kararların alınmasında oy haklarını hakim paysahiplerinin belirlediği doğrultuda kullanmayı taahhüt edebilirler. Oy sözleşmelerine özgü bu tür taahhütlerin ortak kontrolün tesis edilmesine yönelik etkileri için bkz. aşa. § 11, VI, C, 2.

<sup>618</sup> Kavram için bkz. § 9, I, A.

<sup>619</sup> Üçüncü kişilerin paysahipleri sözleşmesine taraf olabileceği yönünde **Okutan**, s. 75, **Lang**, s. 10.

teşebbüsü sözleşmesel ortak girişimin ortağı haline getiren bu durum, sermayeye katılmalı ortak girişimlerin yapısıyla bağdaşmamaktadır.

Temel sözleşmenin ortak girişim şirketinin kurulmasına ve ortaklaşa kontrol edilmesine hizmet ettiği gözetildiğinde, pay sahipleri dışında kalan kimselerin temel sözleşmeye taraf olması akılcı gözükmemektedir; çünkü bu kişilerin ortak girişim şirketinin kuruluşuna ve ortaklaşa kontrol edilmesine özgü yükümlülükler altına girmesi veya haklar edinmesi söz konusu olmamaktadır. Bu kişiler, ortak girişim şirketiyle yaptıkları sözleşmelerle ortak girişimin amacına ulaşmasını kolaylaştırıcı bir rol üstlenmekle birlikte, hakim pay sahipleri arasında kurulan adi ortaklıkta ortak olmalarını gerektirecek bir konumda değildir. Bu yüzden, pay sahipleri dışında kalan kişiler, genellikle ortak girişim şirketiyle ve hakim pay sahipleriyle temel sözleşmeden ayrı sözleşmeler yapmakta, temel sözleşmeye taraf olmamaktadır<sup>620</sup>.

Paysahipleri sözleşmesinin tarafları açısından önemle irdelenmesi gereken bir husus da, anonim ortaklığın sözleşmeye taraf olup olamayacağı meselesidir. Paysahipleri sözleşmesinde ve onun bir görünüm biçimi olan temel sözleşmelerde, bu sözleşmelerle taahhüt altına giren pay sahiplerinin ortaklığa karşı üstlendiği yükümlülükler düzenlenmekle birlikte, ortaklık organlarına da belirli yönde hareket etme borcunun yüklendiği gözlemlenmektedir<sup>621</sup>. Bu bağlamda, temel sözleşmenin akdedildiği aşamada henüz ortak girişim şirketi kurulmamışsa, bu takdirde, kuruluş işlemlerinin ardından ortak girişim şirketinin de hakim teşebbüsler arasında akdedilen temel sözleşmeye taraf olması kararlaştırılabilmektedir<sup>622</sup>.

Temel sözleşmenin pay sahipleri sözleşmesinin bir görünüm biçimi olduğu dikkate alındığında, pay sahipleri sözleşmesi bağlamında tartışılan bu sorunun öğretilerde ne şekilde ele alındığına göz atmakta yarar vardır. Anonim ortaklığın pay sahipleri sözleşmesine taraf olması konusuna, bir görüş tamamen olumsuz yaklaşmakta;

---

<sup>620</sup> Paysahipliği sözleşmeleri açısından **Lang** (s. 11), pay sahibi olmayan kimselerin sözleşmeye taraf olmalarının, -paysahipliği sözleşmesinin ortaklık düzeni üzerinde “doğrudan” bir etki yaratmamasını dikkate alarak- bu kimselere ortaklığın kaderi üzerinde dolaylı dahi olsa etkili olma imkanını bahşedeceğini, bu nedenle bu kimselerin pay sahipleri sözleşmesine taraf olmasına imkan tanınmasının isabetli bir tercih olmadığını vurgulamaktadır.

<sup>621</sup> Organın kişiliği olmadığına göre, organa belirli yönde karar alma yükümlülüğünün yüklenmesinden kasıt, anonim ortaklığın temel sözleşmeye taraf olarak yönetim organını oluşturan organ görevlilerinin temel sözleşmede belirlenen strateji doğrultusunda karar almalarını taahhüt etmeleridir.

<sup>622</sup> Ian **Hewitt**, No. 2-37.

ortaklığın pahasahipleri sözleşmesine taraf olamayacağını savunmaktadır<sup>623</sup>. Diğer görüş ise, anonim ortaklığın sözleşmeye taraf olabileceği, buna karşılık, anonim ortaklığın iç işleyişine yönelik hükümlerin anonim ortaklığı bağlamayacağı yönündedir<sup>624</sup>.

Anonim ortaklığın temel sözleşmeye taraf olması meselesinin çözüme kavuşturulmasında, sermayeye katılmalı ortak girişimlerin kendine özgü hukuki konumu gözetilmelidir. Temel sözleşme, bir yandan pahasahipleri sözleşmesine özgü işlevler üstlenmekte; diğer yandan ise hakim pahasahipleri ile ortak girişim şirketi arasında ileride akdedilecek uydu sözleşmelerine zemin oluşturmaktadır. Hatta, temel sözleşmede, daha henüz ortak girişim şirketi kurulmadan hakim pahasahipleri ile ortak girişim şirketi arasında uydu sözleşmelerine özgü bazı düzenlemelerin yer aldığı gözlemlenmektedir. Somut bir örnekle netleştirmek gerekirse, daha anonim ortaklık kurulmadan, hakim pahasahiplerden birinin ortak girişim açısından kritik önem taşıyan bir kaynağı, örneğin bir patentin kullanım hakkını hangi koşullarda ortak girişim şirketine tahsis edeceği, temel sözleşmede düzenlenebilmektedir.

Diğer yandan, temel sözleşmede anonim ortaklığa, ortaklık organlarının belirli yönlerde karar almasını ve böylelikle ortak girişim şirketinin temel sözleşmeye uygun hareket etmesini sağlama yükümlülüğünün de getirildiği gözlemlenmektedir. Bu tür düzenlemelere örnek olarak, belirli koşulların gerçekleştirilmesi halinde ortaklığın sermaye artırımı yapması, ticari işletme açması gibi kararlar gösterilebilir. Temel sözleşmede yer alan bu tür düzenlemeler, anonim ortaklığın üçüncü kişilerle yaptığı hukuki işlemlere konu olan türden taahhütleri içermemekte, bilakis organların belirli yönde karar almalarının anonim ortaklık tarafından garanti edilmesini konu edinmektedir.

---

<sup>623</sup> Peter **Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel**, s. 20-21, **Böckli**, No. 1442. **Oertle**, temel sözleşmenin uydu sözleşmelerine özgü düzenlemeler içermesi olasılığında dahi, temel sözleşmeyi imzalayan ortak girişim şirketinin bu sözleşmeye taraf olmadığını, bu olasılıkta sözleşmenin birden çok sözleşmeyi (temel sözleşme-uydu sözleşmeleri) bünyesinde barındırdığını, buna rağmen ortak girişim şirketinin hiç bir surette temel sözleşmenin tarafı haline gelmeyeceğini savunmaktadır.

<sup>624</sup> Bu görüşü benimseyen bkz. **Okutan**, s.314, **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)** No.1021a, **Lang** s. 13, **Yüksel**, s. 215. Aynı görüşü paylaşan **Hewitt**, bu nedenle son dönemde ortak girişim şirketinin temel sözleşmede taraf olarak yer almamasının baskın eğilim olduğuna işaret etmektedir; bkz. Ian **Hewitt** No. 2-37.

Bu bağlamda, anonim ortaklığın temel sözleşmeye taraf olabilmesi tartışılırken, kanımızca temel sözleşmenin anonim ortaklığın organlarının belirli bir yönde karar alınmasına ilişkin içeriği (ortak girişim şirketinin iç işleyişine özgü içerik) ile uydu sözleşmelerine özgü içeriği açısından bir ayırım yapmak gerekecektir. Anonim ortaklığın temel sözleşmeye taraf olması halinde, temel sözleşmenin uydu sözleşmelerine özgü içeriği, ortaklığı kanımızca bağlayacaktır. Zira anonim ortaklığın, kendi pay sahipleriyle ayrı bir borç sözleşmesi yapmasıyla, temel sözleşme uyarınca bu taahhütleri üstlenmesi arasında bir fark yoktur.

Buna karşılık aynı görüş, anonim ortaklık organlarında belirli kararların alınmasına ilişkin taahhütler bakımından savunulamaz. Zira, öğretinin isabetle ortaya koyduğu üzere<sup>625</sup>, anonim ortaklığın temel sözleşmede kendi organlarının belirli yönde karar alacağını taahhüt etmesi mümkün değildir.

Kuşkusuz ki, pay sahiplerinin, anonim ortaklık organlarında alınacak kararlarda, kendilerinin veya kendi menfaatlerini temsil eden organ görevlilerinin hangi yönde oy kullanacağı konusunda taahhütte bulunmaları geçerlidir. Oysa, anonim ortaklık tarafından üstlenilmesi olasılığında, bu tür taahhütlerin geçerliliğini zedeleyen önemli bir hukuki engel mevcuttur. Temel sözleşmeyle bu tür taahhütler altına giren anonim ortaklık, kendisini belirli bir yükümlülük altına sokmaktan ziyade, ortaklığın karar organlarında belirli yönlerde karar alınmasını taahhüt etmektedir ki, bir tüzel kişinin kendi iç işleyişine yönelik, diğer bir ifadeyle kendi iradesinin oluşumuna ilişkin taahhütte bulunması mümkün değildir.

Temel sözleşmelerde anonim ortaklığı taahhüt altına sokma gayesini yansıtan bu tür düzenlemeler, ortaklığın hukuk alanında yapacağı hukuki işlemlere özgü olmamakta, söz konusu ortaklığın iç işleyişini ilgilendiren ve bu bağlamda ortaklığın başka kimselerle yapacağı hukuki işlemlerin konusunu oluşturamayacak olan kararlara özgü olmaktadır. Anonim ortaklığın, temel sözleşmeye taraf olarak bu tür taahhütlerle yükümlü kılınması geçerli değildir.

---

<sup>625</sup> bkz. yuk.dn. 624.

Meseleye bir de ortaklığın temsili penceresinden bakmakta yarar görülebilir. Bilindiği üzere, ortak girişim şirketinin temel sözleşmeye taraf olması, ortak girişim şirketini temsile yetkili olan kimselerin bu sözleşmeyi imzalamaları marifetiyle gerçekleşmektedir. Anonim ortaklığı temsil etmeye yetkili kimselerin (TTK.m. 321) anonim ortaklığı temsilen gerçekleştirdikleri işlemler, anonim ortaklığı bağlamakta ve hukuki işlemin taraflara yüklediği edimlere göre anonim ortaklığı belirli bir edimi yerine getirmekle yükümlü kılmaktadır. Bu hukuki gerçek, bu kimselerin organ sıfatını haiz olmalarının bir sonucudur. Payscaleli sözleşmesine veya temel sözleşmeye anonim ortaklığın taraf olması meselesi açısından önem taşıyan nokta da budur : Anonim ortaklığı temsil eden kimselerin, anonim ortaklığı temsilen “ortaklığın faaliyet konusunun sınırları dahilinde” gerçekleştirdikleri bir işlem uyarınca anonim ortaklığın uydu sözleşmelerine özgü edimleri üstlenmesi ile anonim ortaklığın iç işleyişine, diğer bir anlatımla organların belirli yönde karar almasına ilişkin taahhütleri üstlenilmesi birbirinden farklıdır.

Tüzel kişinin fiil ehliyetini kazanması, kanunun zorunlu kıldığı organların oluşumuyla mümkün olur (MK.m. 49). Bu bağlamda, TTK. m. 321 uyarınca anonim ortaklığı temsil etmeye yetkili kılınan kimseler, anonim ortaklığa egemen olan kurallar kademesinin çizdiği sınırlar dahilinde anonim ortaklık adına ve hesabına hukuki işlemler yapmaya yetkilidir. Bu kurallar kademelenmesi, emredici hükümlerden, anasözleşmeden, genel kurul kararlarından ve fikrimizce yönetim kurulu kararlarından oluşmaktadır. Anonim ortaklığın temsilcileri, belirtilen kuralları biçimlendirme yetkisini haiz olmadığına göre<sup>626</sup>, bu kimselerin söz konusu kuralların oluşumuyla ilgili bir taahhütte bulunması da mümkün değildir.

Temsil müessesesinin hususiyeti de bu savı desteklemektedir : Anonim ortaklığın temsilcilerinin yetkisi, ortaklığın işletme konusunun sınırlarına dahil olan<sup>627</sup> (TTK.m. 137) hukuki işlemleri anonim ortaklığın nam ve hesabına

---

<sup>626</sup> Anonim ortaklığın temsilcisinin aynı zamanda paysahibi veya yönetim kurulu üyesi olması olasılığında, söz konusu temsilci, ortaklık organları tarafından alınacak olan kararları verdiği oylarla etkileyecek olmakla birlikte, bu olgu onun söz konusu kararları tek başına alabileceği anlamına gelmez. Bu açıdan, ortaklık organlarında, belirli bir paysahibinin veya yöneticinin tek bana veya kendisiyle birlikte hareket edenlerle birlikte belirli bir kararın alınabilmesine sağlayabilecek konumda olması halinde dahi, alınacak karar bu kişinin kararı olmayıp organın kararıdır. Bu bağlamda, bir temsilcinin söz konusu organın belirli bir yönde karar alacağını taahhüt etmesi kabul edilemez.

<sup>627</sup> Tasarı m. 125/2'nin ultra vires ilkesi açısından değerlendirilmesi için bkz. aşa. dn. 725.

gerçekleştirmektedir. Oysa temsilcilerin, temel sözleşmede yer alan ve ortaklığın iç işleyişine ilişkin olan düzenlemeler konusunda bir tasarrufta bulunması söz konusu değildir. Açık bir anlatımla, ortak girişim şirketini temsile yetkili olan kimselerin temsil yetkisi, ortak girişim şirketinin iradesinin oluşumuna yönelik taahhütlerde bulunulmasını kapsamaz. Bu kimseler, ortaklığın iradesini oluşturmaya değil, oluşan ortaklık iradesini hukuk alemine yansıtmaya yetkilidirler<sup>628</sup>.

Son olarak, anonim ortaklığın temel sözleşmeye taraf olmasının, kendisini uydu sözleşmelerine özgü yükümlülükler dışında yükümlülükler altına sokamayacağını temellendiren bir başka sebep üzerinde de durmak gerekir. Temel sözleşmenin konusu ve amacı gözetildiğinde, bu sözleşmenin anasözleşme ile belirlenen ortaklık düzenini genişletmeye ve bazı yönlerden ikame etmeye yönelik bir etki doğurduğu gözlemlenmektedir. Oysa tipoloji öğretisi uyarınca, anonim ortaklığın temel metnin anasözleşme olması karşısında, anonim ortaklığın bu temel hukuk kaynağını bertaraf edecek veya en azından ikame edecek bir hukuki işleme taraf olması kabul edilemez. Bu açıdan, anonim ortaklığın, kendi tabi olduğu hukuki düzenini ikame eden bir sözleşmeye taraf olması hukuken geçerli olmayacaktır. Böylelikle anonim ortaklığın temel sözleşmeye taraf olması durumunda, en azından anasözleşmenin belirlediği ortaklık düzenini ikame eden düzenlemelerin ortaklığı bağlamayacağı açıktır.

Bu düşüncelerden hareketle, anonim ortaklığın temel sözleşmeyle taraf olması halinde, bu sözleşmenin anonim ortaklığın iç işleyişine yönelik düzenlemelerinin ortaklığı bağlamayacağı düşüncesindeyiz<sup>629</sup>. Buna karşılık, sermayeye katılmalı ortak girişimlerin kendine özgü hukuki konumu gözetildiğinde, temel sözleşmenin uydu sözleşmelerine özgü düzenlemeler içermesi halinde, anonim ortaklığın kuruluşundan önce yapılan hukuki işlemlerin ortaklığı bağlamasına ilişkin rejimin (TTK. m. 301) dikkate alınması kaydıyla, anonim ortaklığın temel sözleşmeye taraf olmasının

---

<sup>628</sup> Temsile yetkili kimselerin aynı zamanda yönetme yetkilerinin de mevcut olabilmesi ve ortak girişim şirketinin iradesini bizatihi oluşturabilmeleri dahi bu gerçeği değiştirmez. Ortaklıklar Hukuku'nda yönetim ve temsil yetkileri aynı kişilerin elinde toplansa dahi bu işlevler birbirinden farklıdır. Nitekim yönetim kurulunun yetkilerini düzenleyen TTK Tasarısı m. 367 vd. hükümleri de yönetim ve temsil yetkilerinin ayrılığı fikrinden hareketle hazırlanmıştır; bu konuda bkz. **TTK Tasarısı, Madde Gerekçeleri, m. 367**, TTK Tasarısı, Ankara, 2005, s. 500.

<sup>629</sup> **Oertle**, temel sözleşmenin bu kesitinin ortak girişim şirketini bağlamamasını, ortak girişim şirketinin, bizzat konusunu oluşturduğu bir sözleşmenin aynı zamanda tarafını oluşturamayacağı yönündeki düşünceye dayandırmaktadır, bkz. **Oertle**, s. 61.

ortaklığı münhasıran uydu sözleşmelerine özgü yükümlülükler altına sokacağı kanaatindeyiz.

Bu çerçevede “iç işleyişe ilişkin düzenlemeler”, anonim ortaklık açısından bağlayıcı olmayacaktır. Bundan kasıt, söz konusu düzenlemelerin geçersiz olması değil, sadece hakim paysahiplerini bağlamasıdır.

## C. Ortak Girişim Şirketi

### 1. Kavram

Temel sözleşme, sürekli nitelik taşıyan bir ekonomik faaliyetin yürütülmesi amacıyla akdedilmektedir. Faaliyetin sürekliliği, taraflar arasında kurulan işbirliğinin kurumsallaştırılmasını gerektirir. Bu amaçla taraflar, temel sözleşme uyarınca bir ortaklık kurarak söz konusu faaliyeti yürütebilirler. Sermayeye katılmalı ortak girişimlerin çift katmanlı bir hukuki yapıya vücut verdiği dikkate alındığında kurulacak olan ortaklık, Türk Hukuku’nda bir ticaret ortaklığı olmalıdır<sup>630</sup>. Çeşitli ortaklık tiplerinin sermayeye katılmalı ortak girişimlere elverişliliğine ilişkin incelemeler ışığında, bu aşamada anonim ortaklık olarak kurulan sermayeye katılmalı ortak girişimleri ele alacağız.

Sermayeye katılmalı ortak girişimlerin bünyesinde yer alan bu şirketi ifade etmek üzere Anglo- Amerikan Hukuku terminolojisinde “*joint venture corporation*”<sup>631</sup>, Alman Hukuk terminolojisinde “*Gemeinschaftsunternehmen*” Fransız Hukuku’nda “*entreprise commune*” veya “*filliale commune*” terimleri kullanılmaktadır<sup>632</sup>. Alman ve Fransız hukuk terminolojilerinde kullanılan bu terimlere, sermayeye katılmalı ortak girişimi de ifade etmek üzere başvurulmaktadır.

Türk Hukuku’nda, ortak girişim şirketini ifade etmek üzere “müşterek yavru ortaklık”<sup>633</sup>, “yavru ortaklık”<sup>634</sup>, “çok analı yavru ortaklık”<sup>635</sup>, “ortak yavru şirket”<sup>636</sup>,

---

<sup>630</sup> Bu konuda bkz. yuk. § 6, I, F.

<sup>631</sup> Broden/ Scanlan, s.673.

<sup>632</sup> İsviçre’de Gemeinschaftsunternehmen terimini kullanan yazarlara örnek olarak bkz. Oertle, s. 9.

<sup>633</sup> Tekinalp/Tekinalp, Joint Venture, s. 169.



“ortak girişim şirketi<sup>637</sup>” terimleri tercih edilmektedir. Türk Hukuku’nda işletme kavramının “ticari işletme” (TTK.m. 11) bünyesinde ortaya çıkması ve bu yüzden teşebbüsten ziyade teşebbüs tarafından işletilen ticari işletmeyi ifade etmekte kullanılagelmesi, kanımızca ortak işletme teriminin isabetini zayıflatmaktadır.

Buna karşılık, müşterek yavru ortaklık terimi, “ortak girişim şirketinin birden fazla ortaklığın hakimiyetinde bulunduğu” olgusunu daha iyi bir şekilde ifade etmektedir. Ancak, yavru ortaklık terimi, şirketler topluluğuna özgü bir kavramdır (TTK Tasarısı m.195). Bu itibarla “müşterek ortak şirket” veya “ortak yavru şirket” terimleri, müesseseyi iyi ifade etmekle birlikte, kanımızca Şirketler Topluluğu Hukuku ile çağrışım yaratmaktadır. Farklı bir yaklaşımla, müşterek yavru şirket, iki ayrı şirketler topluluğunun ortaklaşa kontrol ettiği bir ortak girişim şirketini dahi çağrıştırabilir. Bu nedenle, sermayeye katılmalı ortak girişim bünyesinde kurulan ticaret ortaklığını ifade etmek üzere “ortak girişim şirketi” terimi tercih edilecektir<sup>638</sup>.

Çalışmamızda şirket kavramı yerine ortaklık terimini tercih etmemize rağmen ortak girişim şirketini tercih etmemizin nedeni ise, tamamen terminolojiktir. Zira, burada “ortak girişim ortaklığı” terimini edebi açıdan isabetli bulmadığımızdan, “ortak girişim şirketi terimini” tercih ediyoruz.

Sermayeye katılmalı ortak girişimlere ilişkin değerlendirmelerimiz<sup>639</sup> ışığında ortak girişim şirketi, kalıcı bir ekonomik faaliyeti yürütmek üzere kurulan, en az iki kişinin ortak kontrolünde bulunan ve hakim teşebbüsler arasında kurulan bir temel sözleşme uyarınca yönetilen şirkettir. Ortaklık tiplerinin elverişliliğine ilişkin

---

<sup>634</sup> **Barlas**, Adi Ortaklık Temeli, s. 192; “yavru şirket” olarak Lerzan **Yılmaz**, Birleşme ve Devralmalar, s. 158-159.

<sup>635</sup> **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)** No. 1021.

<sup>636</sup> Lerzan **Yılmaz**, Joint Venture Anlaşması, s. 483.

<sup>637</sup> Ateş **Akıncı**, s. 110.

<sup>638</sup> Bu terim, özellikle Anglo- Amerikan Hukuku’nda sıkça kullanılan “joint venture company” veya “joint venture corporation” terimleriyle de örtüşmektedir. Bu terimi kullanan yazarlara örnek olarak bkz. **Oertle**, s. 9.

<sup>639</sup> İncelendiği üzere , sermayeye katılmalı ortak girişim, çift katlı bir hukuki yapı ortaya koyan işbirliği modelini, ortak girişim şirketi ise bu model çerçevesinde kurulan ticaret ortaklığını ifade etmektedir.

bölümde incelendiği üzere, ortak girişim şirketi, geniş anlamda ortaklık tipolojisinde kendisine bir yer bulmaktadır<sup>640</sup>.

Sermayeye katılmalı ortak girişimi alelade bir anonim ortaklıktan ayıran temel özellik, bu şirketin en az iki hakim teşebbüsün ortak kontrolüne tabi olmasıdır. Ortak kontrol, anonim ortaklığı kilitlenmeye elverişli bir ortaklık haline getirdiğinden, doğrudan doğruya söz konusu anonim ortaklığın organizasyonunu etkiler. Bu organizasyona özgü hukuki sorunların irdelenebilmesi için, ortak girişim şirketinin “ortaklık düzeninin” incelenmesi zorunludur. Bu amaçla, bu düzenin emredici hukuk kurallarından sonraki asli kaynağı olan anasözleşme ele alınmalıdır. Kuşkusuz ki, ortak girişim şirketinin bir temel sözleşme ekseninde örgütlenmesi, anasözleşmenin temel sözleşmeyle olan karşılıklı konumlarının da belirlenmesini gerektirmektedir.

## 2. Ortak Girişim Şirketinin Anasözleşmesi

### a. Anonim Ortaklıklarda Anasözleşme

Tüzel Kişiler Hukuku’nda sınırlı sayı ilkesi hüküm sürmektedir. Sınırlı sayı ilkesi, bir yandan kanunun öngördüğü tipler dışında yeni bir tip yaratılmasını önlerken, diğer yandan söz konusu tiplerin kendi karakteristik özelliklerine yabancı unsurlarla ilişkilendirilmesine engeldir<sup>641</sup>. Farklı bir ifadeyle, Tüzel Kişiler Hukuku’nun tipoloji yaklaşımı, kanunun öngörmediği yeni tiplerin oluşumuna imkan tanımadığı gibi, kanunun belirli bir tipe izafe ettiği asli hukuki karakterde değişiklik yapılmasını da yasaklamaktadır. Bu bağlamda, kanunun öngördüğü bir tüzel kişinin aslî karakterini, kanunun ortaya koyduğu ilkeler çerçevesinde o tüzel kişinin temel metni belirlemektedir<sup>642</sup>. Anonim ortaklıklarda, söz konusu temel düzeni, anasözleşme belirler.

Anonim ortaklığın kuruluşuna ilişkin TTK.m. 276 vd. hükümlerinde, ortaklığın kurulması açısından kurucuların bir anasözleşme akdetmeleri ve geçerlilik açısından

---

<sup>640</sup> Ortak girişim şirketinin geniş anlamda ortaklık tipolojisindeki konumu, hakim ortakların sayısına göre “iki ortaklı anonim ortaklık” veya “çok hakimli anonim ortaklık” olarak adlandırılmaktadır. Anonim ortaklığın bu görünüm biçimleri için bkz. yuk. § 6, I, E, 1, d.

<sup>641</sup> Mehmet **Bahtiyar**, Anonim Ortaklık Anasözleşmesi, İstanbul, 2001, s. 23.

<sup>642</sup> Tüzel kişiler açısından temel metnin (ana statünün) işlevleri için bkz. Mustafa **Dural/Tufan Ögüz**, Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku, İstanbul, 2004, s. 228-229.

bu anasözleşmedeki imzaların noter tarafından onanması öngörülmüştür (TTK.m. 279/1). Böylelikle kurucular, kanunun ortaklığın tipolojisine ve anasözleşmenin esaslı unsurlarına ilişkin hükümlerinin çizdiği sınırlar içinde ortaklığın konusunu, amacını, bu amaç doğrultusunda faaliyet göstermek üzere sahip olacağı kaynakları ve örgütlenme yapısını, BK. m. 19 ve 20'nin ve bu cümleden olarak özellikle Kanunkoyucu'nun anonim ortaklığın tipolojik yapısına ilişkin koyduğu emredici hükümler<sup>643</sup> ekseninde hazırlayacakları anasözleşme ile belirleyeceklerdir.

## **b. Hukuki Niteliği**

Anasözleşmenin, hakim paysahipleri arasında yapıldığı esnada bir örgütlenme sözleşmesi niteliğini taşıması, bununla birlikte anonim ortaklığın kurulduğu andan itibaren ortaklığın nesnel düzenini oluşturan ve ortaklıkla paysahipleri arasındaki ilişkileri inşa eden bir hukuk kaynağına dönüşmesi, öğretide anasözleşmenin hukuki niteliği bakımından iki temel görüşün öne sürülmesine yol açmıştır.

Çalışmamızın kapsamı itibariyle burada anasözleşmenin hukuki niteliğine ilişkin teorilerin ayrıntılı değerlendirilmesine girmemekle birlikte, ortak girişim şirketlerinde anasözleşme-temel sözleşme ilişkisinin sağlıklı bir şekilde kurulması amacına yönelik olarak, anasözleşmenin hukuki niteliğine ilişkin yaklaşımları kısaca aktarmakta yarar görüyoruz.

Bu görüşlerden “sözleşme teorisi” olarak adlandırılan ilki, anasözleşmenin bir sözleşme niteliğini taşıdığı görüşünden hareket etmektedir<sup>644</sup>. Nesnel norm teorisi olarak adlandırılan<sup>645</sup> ikinci görüş ise, ortaklığın kurulmasından sonra anasözleşmenin nesnel bir kurallar bütününe dönüştüğünü esas almaktadır<sup>646</sup>. İlk

---

<sup>643</sup> Anonim ortaklığın katı sermaye ortaklığı niteliğinin bir tezahürü olan ve emredici hükümlerle belirlenen bu hukuki yapının esaslı unsurlarını, çok genel olarak, anonim ortaklıklara egemen olan ilkelerin ve bu ilkeler ışığında ( bkz. yuk. §6, I, E, 2, b vd. ) paysahibi sayısının, zorunlu organların, bu organlarda karar alınmasına ilişkin olarak öngörülen yetersayı kurallarının, paysahipliği haklarının, alacaklıların ve kamunun korunmasına ilişkin düzenlemelerin ve payın eksen kavram olarak benimsenmesi olgusunun karakterize ettiğini belirtmek mümkündür.

<sup>644</sup> **Bahtiyar**, s. 22.

<sup>645</sup> **Bahtiyar**, s. 21.

<sup>646</sup> Özellikle anasözleşmenin “kişiler üstü” (paysahiplerinden soyut) niteliğine işaret eden **Westermann**, s. 32; Türk Hukuku'nda bu görüşü benimseyen Erdoğan **Moroğlu**, Anonim Ortaklık Anasözleşmesi ve Hukukî Niteliği, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul, 2000, s. 523.

görüş, anasözleşmenin sözleşmelerin yorumlanmasına ilişkin kurallar çerçevesinde değerlendirilmesini, ikinci görüş ise anasözleşmenin kanunların yorumlanmasına ilişkin yöntemler ışığında ele alınması gerektiğini savunur.

Anasözleşmenin içeriğinin BK.m. 19 ve 20'nin ve bu hükümlerden hareketle anonim ortaklıklara ilişkin emredici hükümlerin çizdiği sınırlar dahilinde kurucular tarafından özgürce belirlenebilmesi, anasözleşmenin bir sözleşme niteliğini taşıdığı görüşünü temellendirmektedir. Buna karşılık, ortaklığın kurulmasından itibaren payın merkez alındığı düzende, ortaklığın paylarını iktisap eden kişilerin, bir sözleşmeye katılma iradesini ortaya koymaksızın ve ayrıca anasözleşmeye tabi olan diğer kişilerin rızaları olmaksızın anasözleşmeye bağlı kılınması ayrıca anasözleşmenin TTK.m. 388/1'in öngördüğü durumlar dışında anasözleşmeyi akdeden tarafların tümünün rızası olmaksızın değiştirilebilmesi ise, sözleşme teorisini zayıflatmakta ve nesnel norm teorisini doğrulamaktadır<sup>647</sup>.

Bu noktada, anasözleşmenin yapıldığı anda bir sözleşme niteliğini taşıdığı, bununla birlikte ortaklığın tüzel kişilik kazandığı andan itibaren nesnel bir normlar bütününe dönüştüğünü belirtmekte yarar vardır. Nitekim, sözleşme ve nesnel norm teorilerine taraf olmamakla birlikte eklektik bir yaklaşım benimseyen öğretinin<sup>648</sup> görüşü, bu yöndedir. Eklektik görüşün ele aldığı sorunlardan birisi de, anasözleşmeyi akdeden kurucularla ortaklığın kurulmasından sonra pay sahibi sıfatını kazanan kişilerin aynı kişiler olması halinde anasözleşmenin ne şekilde yorumlanacağı meselesidir. Gerçekten de bu olasılıkta, henüz anasözleşmenin hazırlandığı anda buna taraf olan kişilerle, ortaklığın kurulmasından sonra anasözleşmenin temellendirdiği ortaklık düzenine tabi olan kişiler örtüşmekte, ortaklığın kuruluşundan sonraki süreçte, kuruluş anında mevcut olan pay sahiplerinin çevresi herhangi bir değişikliğe uğramamaktadır.

Bu olasılık bakımından anasözleşmenin, nesnel norm niteliği gözetilmek kaydıyla sözleşmelerin yorumlanmasına ilişkin ilkeler ışığında yorumlanması görüşü benimsenmektedir<sup>649</sup>. Gerçekten, bu olasılıkta da anasözleşmenin nesnel norm

---

<sup>647</sup> Meseleye bu açıdan yaklaşan **İmregün**, Anonim Ortaklıklar, s. 431.

<sup>648</sup> Türk Hukuku'nda bu anlayışı benimseyen **Bahtiyar**, s. 24.

<sup>649</sup> **Bahtiyar**, s. 290,

niteliğine hanel gelmemekte; bununla birlikte ortaklığın kurulmasından önceki aşamada ve anasözleşmenin yorumlanması aşamasında pay sahipleri çevresi aynı olduğuna göre, anasözleşmenin yorumlanmasının gerektiği hallerde, bu kimselerin anasözleşmenin yapılmasına yönelik iradelerinin araştırılması gerekmektedir.

Meseleye sermayeye katılmalı ortak girişimlerde, anasözleşmenin yorumlanmasında temel sözleşmenin dahi dikkate alınıp alınamayacağı sorunu gündeme gelecektir : Temel sözleşme ortak girişim sisteminin kurulmasına zemin oluşturduğuna ve anasözleşmenin içeriğini dahi biçimlendirdiğine göre, söz konusu sözleşme, anasözleşmenin hazırlanmasında veya değiştirilmesinde hakim pay sahiplerinin iradelerinin ne yönde ortaya çıktığına dair önemli veriler içermektedir. Bu açıdan, sözleşmelerin yorumlanmasına ilişkin rejimin çizdiği sınırlar dahilinde, ortak girişim şirketinin kurulmasında anasözleşmeyi imzalayan veya mevcut bir şirketin ortak girişim şirketine dönüşmesi sürecinde anasözleşmeyi değiştiren pay sahipleri arasında çıkabilecek bir uyuşmazlıkta, anasözleşmenin nesnel bir kurallar bütünü olarak değil, sözleşmelere özgü yorum kuralları ışığında incelenmesi ve bu bağlamda temel sözleşmeden yararlanılması da söz konusu olacaktır<sup>650</sup>.

### **3. Temel Sözleşmeyle Anasözleşme Arasındaki İlişki**

Sermayeye katılmalı ortak girişimin bir ortaklığın oluşumuna zemin hazırlaması, diğer bir deyişle hakim teşebbüslerin belirli ve sınırlı bir işi birlikte yürütmek yerine belirli bir faaliyeti sürekli ve kalıcı olarak yürütme iradelerini taşımaları, kurulacak olan ortak girişim şirketinin, hukuken temel sözleşmenin yanısıra başka bir hukuk kaynağının etkisi altına girmesine yol açar. Bu ikinci hukuk kaynağı, ortaklık sözleşmesidir.

Anonim ortaklık olarak kurulan sermayeye katılmalı ortak girişimlerde, anasözleşme anonim ortaklığın kurumsal yapısını inşa ederken, temel sözleşme bu yapıya hakim

---

<sup>650</sup> **Westermann**, bir adım daha ileri giderek, sonradan yeni bir pay sahibinin ortaklığa dahil olması ancak kendisinden önce diğer pay sahiplerince kurulan ve pay sahipleri sözleşmesinden oluşan sözleşmesel düzene dahil olan, diğer bir deyişle sadece pay sahibi sıfatını edinmekle yetinmeyerek diğer pay sahipleri arasındaki yan sözleşmesel düzene de dahil olmayı tercih eden yeni pay sahibinin taraf olduğu uyuşmazlıklarda dahi pay sahipleri sözleşmesinin verilerinden yararlanılabileceğini ortaya koymaktadır; bkz. **Westermann**, s. 48.

paysahiplerinin gerekli gördükleri kişisel öğeleri dahil etme işlevini üstlenmektedir<sup>651</sup>. Bu kişisel öğelerin önemli bir kısmı korporatif özellikten mahrum olmakla birlikte, geçerli olmaları kaydıyla, hakim paysahipleri birbirleriyle uzlaştıkları müddetçe ortaklık düzeni üzerinde etkili olurlar<sup>652</sup>.

Temel sözleşmenin ortaksal yaptırımlardan yoksun olması, hakim paysahiplerini, temel sözleşmenin içeriğini mümkün olduğunca anasözleşmeye yansıtmaya sevk etmektedir<sup>653</sup>. Bu açıdan temel sözleşmede yer alan bir düzenlemenin anasözleşmeye yansıtılmamasının iki nedeni olabilir : Birinci neden, söz konusu hükmün anasözleşmeye yansıtılmasının mümkün olmaması iken, ikinci neden ise, hakim paysahiplerinin ticari sırları gizli tutmak kaygısıyla söz konusu düzenlemeleri “kamuoyuna açıklamakla yükümlü bulunmadıkları” temel sözleşmeye koymayı tercih etmemeleridir<sup>654</sup>.

#### **4. Anasözleşmenin Sonradan Akdedilmesi Halinde Taraflar Arasındaki Hukuki İlişkinin Niteliği**

Temel sözleşme ile anonim ortaklık anasözleşmesi, aynı anda akdedilebilir. Hakim teşebbüslerin, ortak girişimin sağlıklı bir şekilde yapılandırılması ve kalıcı olması amacıyla yan hükümler üzerinde ayrıntılı bir şekilde durmaları, ayrıca kurulacak ortak girişimde uygulanacak stratejinin hakim teşebbüslerin münferit stratejileriyle uyumlu hale getirilmesi zorunluluğu, sermayeye katılmalı ortak girişimlerin oluşum sürecinde hakim teşebbüsler arasında yürütülen sözleşme müzakerelerinin uzun sürmesine yol açmaktadır. Bu sürecin sonunda hakim teşebbüsler, ortak girişim

---

<sup>651</sup> **Druey**'e göre, kişiselleştirilmiş anonim ortaklıklar, organizasyon (örgütlenme) ve sözleşme unsurlarının bir sentezidir, bu görüş için bkz. Jean Nicholas **Druey**, *Stimmbindung in der Generalversammlung und im Verwaltungsrat, Rechtsfragen um die Aktionärbindungsverträge*, Zürich, 1998, s. 8. Bu bağlamda anasözleşme, ortaklığın hukuki yapısının temel kaynağını teşkil etmekte, sözleşme ise bu hukuki yapının iradesinin oluşumuna ilişkin olarak belirleyici rol oynamaktadır.

<sup>652</sup> Anasözleşmeyle paysahipleri sözleşmesini bir bütün olarak mütalaa eden Peter **Forstmoser**, *Die Vinkulierung: ein Mittel zur Sicherstellung der Unterwerfung unter Aktionärbindungsverträge?*, *Aktienrecht 1992-1997, Versuch einer Bilanz zum 70. Geburtstag von Rudolf Bär*, s. 91.

<sup>653</sup> Bu açıdan, temel sözleşmenin anasözleşmeye yansıtılabilir nitelikteki kısmının ne ölçüde anasözleşmeye yansıtılacağı meselesinin, temel sözleşme öncesinde yürütülen müzakerelerin önemli bir konusunu oluşturduğu yönünde bkz. **Hewitt/Picot**, s. 41.

<sup>654</sup> **Tekinalp/Tekinalp**, *Joint Venture*, s. 167; **Barlas**, *Adi Ortaklık Temeli*, s. 198. Paysahipleri sözleşmesinin bu işlevi için **Okutan**, s. 46, **Westermann**, s. 51.

şirketinin ayırıcı özellikleri üzerinde uzlaşırlarsa, bir an önce ortak girişim şirketini kurma yoluna gidilebilir. Bu noktada gecikilmesi, hakim teşebbüslerin stratejik bir ekonomik birim niteliğini taşıyan ortak girişimden bekledikleri yararların elde edilmesini erteleyecektir.

Diğer yandan, anasözleşmenin ve temel sözleşmenin aynı anda akdedilmesi, hukuken zorunlu değildir. Nitekim taraflar, temel sözleşmede, anasözleşmenin akdedilerek ortak girişim şirketinin kurulmasını belirli şartlara bağlayabilirler ve bu şartlar gerçekleşmedikçe ortak girişim şirketini kurmaktan kaçınabilirler. Anasözleşmenin sonradan akdedildiği bu olasılık bakımından, anonim ortaklığın kurulmasına değin geçen süreçte taraflar arasındaki işbirliği sözleşmesinin hukuki niteliğinin ve etkilerinin irdelenmesi gerekir.

Her iki sözleşmenin aynı anda akdedilmediği bir başka olasılık ise, mevcut bir şirket üzerinde ortak kontrolün elde edilmesiyle söz konusu şirketin bir ortak girişim şirketine dönüşmesidir. Bu olasılıkta, ortak girişim şirketi temel sözleşmenin akdedilmesinden daha önce mevcut olacağından, anasözleşme de temel sözleşmeden önce varlık kazanmaktadır. Bununla birlikte, ortak girişimin bu şekilde oluştuğu hallerde ortak kontrolü elde eden pay sahipleri, anasözleşmeyi değiştirmeyi ve temel sözleşmeyle uyumlu hale getirmeyi tercih etmelidir. Aksi takdirde, sermayeye katılmalı ortak girişimin çift katmanlı yapısı göz ardı edilmiş olacak, birbiriyle örtüşmeyen temel sözleşme ve anasözleşme, ortak girişim şirketinin işleyişini tehdit edecektir.

## **D. Uydu Sözleşmeleri**

### **1. Kavram**

Uydu sözleşmeleri (*ancillary contracts*<sup>655</sup>, *Satelittenvertrag*<sup>656</sup>, *Seperatvertrag*<sup>657</sup>, *accords satellites*), hakim teşebbüslerle ortak girişim şirketi arasında akdedilen<sup>658</sup>;

<sup>655</sup> Ian Hewitt, No. 15-01, Dobkin, s. 106.

<sup>656</sup> Djalali, s. 29.

<sup>657</sup> Terimi tercih eden Martinek, s. 219.

<sup>658</sup> Temel sözleşmeye hakim ortaklar dışında kalan diğer ortakların da taraf olabileceğini belirtmiştik. Bu noktadan hareketle, ortak girişim şirketinde hakim konumda bulunmayan

hakim teşebbüslerin ortak girişim şirketine finansal destek sağlamasını ve kendi faaliyet alanına özgü hizmetler sunmasını temin ederek ortak girişim şirketinin faaliyete geçmesini ve bu faaliyeti yürütmesini mümkün kılan bağımsız sözleşmelerdir<sup>659</sup>. Bu yönden uydu sözleşmeleri kavramı, ortak girişim şirketiyle hakim ortaklar arasında yapılan sözleşmeleri ifade etmek için kullanılan bir üst kavramdır ve niteliği itibarıyla tek başına belirli bir sözleşme tipini ifade etmemektedir<sup>660</sup>.

Ortak girişim şirketinin ortaklarla hangi konularda uydu sözleşmeleri akdedeceği, temel sözleşmede öngörülebilir. Bu yönüyle, temel sözleşme, hakim ortakların ortak girişim şirketine karşı ana sözleşme ve temel sözleşme uyarınca pay sahibi sıfatları dolayısıyla üstlendikleri yükümlülüklerin dışında uydu sözleşmeleri ekseninde hangi sözleşmesel yükümlülükleri üstleneceklerine dair prensipleri de ortaya koymaktadır. Bu noktada, temel sözleşmenin yanısıra uydu sözleşmenin de stratejik mahiyeti ortaya çıkmaktadır : Uydu sözleşmeleri, sadece hakim teşebbüsler ile ortak girişim şirketi arasında ekonomik bir bağ kurmaktan öte, bu teşebbüslerin münferit stratejileri arasında da bir bağ kurmaktadır<sup>661</sup>.

Hakim ortaklarla ortak girişim şirketi arasında, temel sözleşmede öngörülmemen uydu sözleşmelerinin de akdedilmesi mümkün olabilir; zira temel sözleşme henüz ortak girişim şirketi kurulmadan veya mevcut bir şirket ortak girişim şirketine dönüşmeden önce akdedilmektedir. Temel sözleşmede öngörülmemen uydu sözleşmelerinin akdedilmesi, özellikle ortak girişim stratejisinin geliştiği ve dönüşüme uğradığı durumlarda söz konusu olmaktadır. Hakim teşebbüsler, temel sözleşmede bu olasılığı öngörerek, temel sözleşmede açıkça düzenlememekle birlikte

---

ortakların da ortak girişim şirketiyle uydu sözleşmeleri akdetmeleri mümkündür. Ancak uydu sözleşmelerine, genellikle hakim ortaklar taraf olmaktadır. Diğer yandan, temel sözleşmelerde, ortak girişimin ihtiyaçları gözetilerek ortak girişim şirketinin hakim teşebbüsler dışındaki kişilerle de sağlama sözleşmeleri akdetmeleri kararlaştırılabilmektedir. **Martinek**, (s. 220), bu sözleşmeleri “üçüncü kişilerle akdedilen sözleşmeler” olarak adlandırmaktadır. Söz konusu terim, ilgili sözleşmenin ortak girişim sistemi dışında kalan kişilerle akdedilmesini ortaya koymaktan öte bir anlam taşımamakta, sözleşmenin hukuki niteliğine ilişkin herhangi bir açıklık içermemektedir.

<sup>659</sup> **Erdem**, Birleşme ve Devralmalar, s. 75, **Tercier**, No. 6617, **Mestmäcker**, Gemeinschaftsunternehmen, s.13.

<sup>660</sup> **Djalali**, s. 29.

<sup>661</sup> **Hoßfeld**, s. 30, dn. 142.



taraflar arasında ileride akdedilmesi söz konusu olan sözleşmelere ilişkin genel kurallara da temel sözleşmede yer verebilirler<sup>662</sup>.

Uydu sözleşmelerinin ortak girişim sistemi içindeki ekonomik işlevi, hakim teşebbüslerin münferit stratejileriyle ortak girişim şirketinin stratejisinin bütünleştirilmesidir<sup>663</sup>. İdeal ortak girişimde, hakim teşebbüslerin birbirinde bulunmayan kaynakları bütünleştirmeleri söz konusu olmaktadır. Söz konusu kaynaklar, ortak girişimin stratejisi açısından hayati önem taşıdığından, uydu sözleşmeleri, ortak girişimin, stratejisinin gerektirdiği kaynaklarla donatılmasını sağlamaktadır. Buna bağlı olarak uydu sözleşmeleri, ortak girişim şirketinin pazarda güçlü bir konum edinmesine ve bu konumu muhafaza etmesine hizmet etmektedir. Bu açıdan, temel sözleşme ortak girişim stratejisinin belirlenmesine yönelik işlev üstlenirken, uydu sözleşmeleri, bu stratejinin hayata geçirilmesi için gereken kaynakların ortak girişim şirketine tahsis edilmesine hizmet etmektedir.

Ortak girişim şirketi kurulduğunda, pazara yeni giren bir teşebbüs konumunda bulunduğundan, hakim ortakların desteğine gereksinim duymaktadır. Hakim ortakların ortak girişim şirketine yönelik desteği, bir yandan bu ortakların paysahibi sıfatıyla anasözleşme ve temel sözleşme uyarınca üstlendiği taahhütlerden, diğer yandan ise uydu sözleşmeleri uyarınca ortak girişim şirketine karşı yüklediği edimlerden oluşmaktadır.

---

<sup>662</sup> Örnek olarak, hakim teşebbüsler, temel sözleşmede belirli türde uydu sözleşmelerine ilişkin özel hükümler öngörmekle birlikte, ortak girişim şirketinin hakim paysahipleriyle bu sözleşmeler dışında kalan sözleşmesel ilişkilere girmesi olasılığında, ortak girişim şirketinin hakim paysahibiyle sözleşme yapmakla yükümlü olmadığına, sözleşmenin diğer tarafını seçmekte özgür olduğu, hatta aynı kalite bakımından en iyi koşulları sunan teşebbüsle sözleşme yapacağına ilişkin düzenlemelere temel sözleşmede yer vermek mümkündür. Görüldüğü üzere bu olasılıkta, temel sözleşmede özellikle belirtilenler dışında kalan sözleşmelerin hangi koşullarda hakim teşebbüslerle akdedileceğine ilişkin bir kural konulmaktadır. Kuşkusuz ki, sözleşme özgürlüğü ilkesi uyarınca, temel sözleşmede bu yönde bir düzenleme yer almasa dahi, ortak girişim şirketi, sözleşmenin diğer tarafını özgürce seçme imkanına sahiptir. Ancak bu tür düzenlemelerin şu noktada sağladığı yarar göz ardı edilmemelidir : Taraflar, en baştan hangi koşullarda hakim teşebbüslerle sözleşme akdedileceğini belirlemekte, bu sayede ileride ortaya çıkabilecek muhtemel anlaşmazlıkları önleyici bir tedbire başvurmaktadır. Bu tür durumlarda anlaşmazlık ihtimali azalacaktır, zira temel sözleşmede ortak girişim şirketinin hakim teşebbüslerle hangi koşullarda hukuki ilişkiye gireceği belirli bir hukuki çerçeveye yerleştirilmektedir. Buna rağmen, hakim teşebbüslerden birinin keyfi davranarak ortak girişim şirketinin kendisiyle sözleşme yapması gerektiği konusunda ısrarlı hareket etmesi ve bu tutumuyla ortak girişim şirketinin organlarında kilitlenmeye yol açması halinde, söz konusu davranışın diğer hakim teşebbüsler açısından temel sözleşmenin feshine ilişkin haklı bir sebep oluşturacağı (BK.m. 535/7) noktasında duraksamamak gerekir.

<sup>663</sup> Bu stratejik bütünlüğün temel sözleşmenin çizdiği çerçeve içinde gerçekleştiği yönünde bkz. **Lohse**, s. 8.

Hakim paysahibi, hem temel sözleşmeyle, hem de uydu sözleşmesiyle anonim ortaklığa karşı borç taahhüdü altına girebilmektedir. Bu bağlamda, hakim paysahipleri, uydu sözleşme yapmak yerine ortak girişim şirketini temel sözleşmeye taraf yaparak uydu sözleşmelerine özgü düzenlemelere temel sözleşmede yer verebilirler. Ancak uygulama, “ hakim paysahibinin sermaye taahhüdü dışında ortaklığa karşı düzenli bir şekilde çeşitli edimler” yerine getirmelerini konu edinen taahhütlere temel sözleşmede yer verme eğilimindedir. Uygulamada hakim paysahibinin ve anonim ortaklığın karşılıklı borç yüklendiği sözleşmeler ise uydu sözleşmeler olarak adlandırılan bağımsız sözleşmelerde yer bulmaktadır<sup>664</sup>. Bununla birlikte, bu sözleşmelere ilişkin genel çerçeve ise, temel sözleşme ile çizilmektedir. Bu eğilim, temel sözleşmenin ortak girişim şirketini ve bu şirket ile hakim paysahipleri arasındaki bağımsız borç ilişkilerini biçimlendirme özelliğini yansıtmaktadır<sup>665</sup>.

## 2. Konusu

Uydu sözleşmeleri, çok çeşitli konularda akdedilebilir. Ortak girişim şirketiyle hakim ortaklar arasında akdedilen her türlü sözleşme, hukuki açıdan bir özellik arz etmeyebilir. Örneğin hakim ortaklardan birisinin sahip olduğu taşınmaz ortak girişim şirketine kiralaması veya satması, ortak girişimlere özgü bir hukuki sorun arz etmemektedir. Bu bakımdan, ortak girişimlerle hakim ortaklar arasındaki hukuki

---

<sup>664</sup> Bu eğilimin nedenini şu şekilde açıklamak mümkündür : Hakim paysahipleri, stratejik bir ekonomik birim olarak yapılandırılacak olan ortak girişim şirketine, hakim teşebbüslerin ne tür stratejik katkılarda bulunacaklarını henüz ortak girişimin kurulması aşamasında belirlemektedirler. Özellikle ortak girişim şirketi açısından hakim teşebbüslerin bu stratejik katkılarının kritik önem taşıdığı hallerde, bu sözleşmelerin kapsamı genişlemekte, böylelikle bir çok uydu sözleşmesinin temel sözleşmenin içeriğine dahil edilmesi pratik sonuçlar doğurmamaktadır. Bu nedenle, hakim paysahipleri, temel sözleşmede, uydu sözleşmelerine ilişkin temel kurallar öngörmekte, daha ayrıntılı düzenlemeleri ise uydu sözleşmelerine bırakmaktadır.

<sup>665</sup> Hakim paysahibi hem temel sözleşmeyle hem de uydu sözleşmesiyle anonim ortaklığa karşı borç taahhüdü altına girebilmektedir. Bu bağlamda, hakim paysahipleri, uydu sözleşme yapmak yerine ortak girişim şirketini temel sözleşmeye taraf yaparak uydu sözleşmelerine özgü düzenlemelere temel sözleşmede yer verebilirler. Ancak uygulama, “ hakim paysahibinin sermaye taahhüdü dışında ortaklığa karşı düzenli bir şekilde çeşitli edimler” yerine getirmelerini konu edinen taahhütlere temel sözleşmede yer verme eğilimindedir. Uygulamada hakim paysahibinin ve anonim ortaklığın karşılıklı borç yüklendiği sözleşmeler ise uydu sözleşmeler olarak adlandırılan bağımsız sözleşmelerde yer bulmaktadır. Bununla birlikte, bu sözleşmelere ilişkin genel çerçeve ise temel sözleşme ile çizilmektedir. Bu eğilim, temel sözleşmenin ortak girişim şirketini ve bu şirket ile hakim paysahipleri arasındaki bağımsız borç ilişkilerini biçimlendirme özelliğini yansıtmaktadır.

ilişkilerde uygulamada tipikleşmiş olan ve ortak girişim modeli bakımından özellik taşıyan uydu sözleşmelerine değinmekte yarar vardır. Şu kadar ki, özelliği uydu sözleşmelerinin her biri bağımsız bir bilimsel çalışmanın konusunu oluşturacak kapsama sahip olmasından dolayı, bu başlık altında değinilecek sözleşmelerin ayrı ayrı tipolojik özellikleri değlendirilmeyecek; ancak bu sözleşmelerin ortak özellikleri ve ortak girişim açısından arz ettikleri hukuk sorunları araştırılacaktır.

Genel bir bakış açısıyla, ortak girişim açısından özellik taşıyan uydu sözleşmelerini, konu bakımından sağlama sözleşmeleri, teknoloji transferi sözleşmeleri ve finansman sözleşmeleri olmak üzere üç başlık altında incelemek mümkündür. Sağlama sözleşmeleri, taraflardan birisinin ürettiği mal veya hizmetlerin diğer tarafça satın alınmasının taahhüt edildiği sözleşmelerdir. Sağlama sözleşmesinin yapılmasının önde gelen nedeni, sağlayıcı tarafından üretilen ürün veya hizmetlerin, alıcının ticari faaliyetleri açısından vazgeçilmez bir öneme sahip olmasıdır. Ortak girişimlerde de, ortak girişimin üreteceği mal veya hizmetin bir kısmının veya tamamının hakim ortaklarca satın alınmasının taahhüt edilmesi söz konusu olabileceği gibi, hakim ortaklardan birinin veya tümünün ürettiği ürün veya hizmetlerin kısmen veya tamamen ortak girişim şirketi tarafından satın alınmasının kararlaştırılması da mümkündür.

Sağlama sözleşmelerine, ortak girişim şirketiyle hakim ortakların faaliyet alanlarının birbiriyle yakından ilişkili olduğu, özellikle teşebbüslerden birinin ürettiği malın diğer teşebbüslerce üretilen malın hammaddesini oluşturduğu ortak girişimlerde sıkça rastlanmaktadır. Hakim ortaklarla ortak girişimin dikey bir ticari ilişki içinde bulunduğu hallerde, sağlama sözleşmeleri ortak girişim sisteminin önemli bir unsurdur<sup>666</sup>. Zira, bu tür pazar konumlanmalarında, ortak girişim şirketinin ve hakim ortakların faaliyetleri, birbirini tamamlayıcı niteliktedir. Ayrıca, ortak girişimin bir satım-dağıtım ortak girişimi olması olasılığında da, ortak girişim şirketinin hakim ortaklar tarafından üretilen ürün veya hizmetleri satın alması ve pazarlaması gündeme gelecektir.

Sermayeye katılmalı ortak girişimlerde, teknoloji transferi sözleşmelerine de sıkça rastlanmaktadır. Teknoloji transferi sözleşmesi, teknolojiyi üreten veya elinde

---

<sup>666</sup> Dikey ortak girişimler için bkz. yuk. § 3, II, D, 2.

bulunduran tarafın, söz konusu teknolojiye ilişkin her türlü hakkı diğer tarafa devretmesi veya bu hakların kullanımını kısmen veya tamamen devretmesini konu edinmektedir. Söz konusu teknolojiyi somutlaştıran gayrimaddî hakların, örneğin patent haklarının veya faydalı model üzerindeki hakların tamamen teknolojiyi kullanmak isteyen tarafa terk edilmesi halinde, patent devri sözleşmesinden veya faydalı modelin devri sözleşmesinden söz etmek gerekecektir (PatentKHK<sup>667</sup>. m. 86/1, 157,166).

Buna karşılık, aktarılacak olan teknolojiye ilişkin hakların sadece kullanımının ortak girişim şirketine devredilmesi, taraflar arasında lisans sözleşmesinin yapılmasını gerektirmektedir<sup>668</sup>. Lisans sözleşmesi, süreli veya süresiz olarak belirli bir gayrimaddî hakkın kullanılmasının devredilmesini konu edinen, *sui generis* nitelikte bir sözleşmedir<sup>669</sup>. Lisans sözleşmesinin konusunu, marka veya patent gibi mutlak nitelikte fikri mülkiyet hakları oluşturabildiği gibi, gayrimaddî nitelik taşımakla birlikte Fikri Mülkiyet Hukuku'nda mutlak koruma görmeyen teknik bilgi (know-how) de oluşturabilir<sup>670</sup>.

Araştırma geliştirme ortak girişimlerinin teknolojik yenilik sağlamaya ve bu yenilikten ortakları yararlandırmaya yöneldiğini belirtmiştik<sup>671</sup>. Buna karşılık, ortak girişim şirketinin araştırma ve geliştirme çalışmalarıyla iştigal etmediği durumlarda;

---

<sup>667</sup> 551 Sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında KHK, RG. 24.06.1995, 22326.

<sup>668</sup> Lisans sözleşmesinde, lisans veren, marka hakkının işlevsel bir şekilde kullanılmasını ve bunun karşılığında bir bedel elde etmeyi amaçlarken, son tahlilde lisans alanın sınai mülkiyet hakkını ne şekilde kullandığını doğrudan doğruya kontrol etme imkanına sahip değildir. Lisans sözleşmesine bu yönde düzenlemeler konulsa dahi, lisans veren, lisans alanın söz konusu düzenlemeleri ihlal etmesini önleyecek konumda değildir; ancak ihlal halinde hukuki yollara başvurabilir. Oysa sermayeye katılmalı ortak girişimlerde, sahip olduğu sınai mülkiyet hakkı üzerinde ortak girişim şirketine lisans hakkı tanıyan hakim pay sahibi, ortak kontrol sayesinde bu hakkın ne şekilde kullanıldığını da kontrol altında tutabilir; bu konuda bkz. Kathryn Rudie **Harrigan**, Joint Ventures and Competitive Strategy, Strategic Management Journal, C. 9, Yıl : 1988, s. 155.

<sup>669</sup> Lisans sözleşmesinin isimsiz sözleşme niteliğini taşıdığını kabul eden yazarlar da kendi içinde ayrılmaktadır. Bu çerçevede sözleşmenin karma sözleşme niteliğini taşıdığını savunan Ünal **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet Hukuku, 3. Bası, İstanbul, 2004, § 28, No. 25; buna karşılık sözleşmenin *sui generis* nitelik taşıdığını kabul eden **Oktay Özdemir**, s. 2-3; Çağlar **Özel**, Marka Lisansı Sözleşmesi, Ankara, 2002, s. 113; **Yasaman/Altay**, Marka Hukuku, 2. Cilt, İstanbul, 2004, s. 744, buna karşılık, özellikle 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK (RG. 24.06.1995, 22326) m. 20, 21 hükümlerinde lisans sözleşmesine ilişkin çeşitli hükümlerin sevk edilmesi karşısında bu sözleşmenin tipik bir sözleşme olarak nitelendirilmesi gerektiği yönünde bkz. Sabih **Arkan**, Marka Hukuku, C. II, Ankara, 1998, s. 191; Esin **Çamlıbel Taylan**, Marka Hakkının Kullanımıyla Paralel İthalatın Önlenmesi, Ankara, 2001, s. 208.

<sup>670</sup> **Özel**, s. 42..Know- how sözleşmesinin çeşitli görünüm biçimleri için bkz. **Öğüz**, s. 66 vd.

<sup>671</sup> bkz. yuk. § 1, 2, C, 1.

diğer bir deyişle, ortak girişim sisteminin faaliyet alanını ilgilendiren teknik yeniliğin ortak girişim şirketi tarafından değil de hakim ortaklar tarafından geliştirilmesi halinde , söz konusu teknik yenilik hakim ortaklar tarafından teknik bilgi, faydalı model veya patente dönüştürülerek bir lisans sözleşmesiyle ortak girişim şirketine kullanılabilir. Özellikle yoğun rekabetin yaşandığı yüksek teknoloji pazarı gibi pazarlarda, ortak girişim şirketinin akıbeti açısından hakim ortakların bu yolla sağladıkları teknik katkının önemi yadsınmaz. Bu çerçevede lisans sözleşmesinin hakim ortaklarla ortak girişim şirketi arasında örtülü kâr aktarımına hizmet edebileceği olgusu da göz ardı edilmemelidir<sup>672</sup>.

Ortak girişim sistemi açısından özellik taşıyan bir başka sözleşme kategorisi ise, finansman sözleşmeleridir. Hakim ortaklarla ortak girişim şirketi arasında akdedilen finansman sözleşmeleri, hakim ortakların ortak girişim şirketini doğrudan kendi kaynaklarından finanse etmelerini veya üçüncü kişi konumundaki kredi alacaklılarının, örneğin bankaların ortak girişim şirketine finansman sağlamalarına yönelik olarak teminat vermelerini konu edinebilir.

### 3. Tarafları

Ortak girişim sisteminin merkezinde, stratejik bir ekonomik birim niteliğini taşıyan ortak girişim şirketi yer alır. Stratejik bir birim olma özelliği, bu birimin belirli bir strateji ekseninde örgütlenmesini ve bu stratejinin hayata geçirilmesini sağlayacak ekonomik kaynaklarla donatılmasını gerektirmektedir. Bu kaynaklar, hakim teşebbüsler tarafından ortak girişim şirketine tahsis edilenlerden de ibaret değildir. Sermayeye katılmalı ortak girişimlerin faaliyetleri, sermaye olarak tahsis edilmesi hakim teşebbüsler açısından cazip olmayan kaynakları da gerektirebilir. Bir örnekle netleştirmek gerekirse, stratejik önem taşıyan bir patente sahip olan bir teşebbüs, bu patenti hem kendi faaliyetinde kullanıp, hem de başka bir teşebbüsle kurduğu

---

<sup>672</sup> Örtülü kâr aktarımı, bir ortaklığın elde ettiği kârın bir kısmının, görünüşte başka bir amaca yönelen veya piyasa değerinin çok üzerinde bedel ödenmesinin kararlaştırıldığı bir hukuki işlem marifetiyle ortaklara veya üçüncü kişilere tahsis edilmesidir. SPK.m. 15/6, örtülü kâr aktarımını açık bir hükümle yasaklamıştır; bu konudaki değerlendirmeler için bkz. İlyas Çelikle, Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Örtülü Kazanç Aktarımı Sorunu, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cumhuriyetimize 80. Yıl Armağanı, Yıl 2003, C. 11, S. 3-4 s. 63 vd. Lisans sözleşmelerinde de , lisans bedelinin gerçek değerinden yüksek bir şekilde belirlenmesi, ortak girişim şirketinin kârının bir kısmının hakim teşebbüse aktarılmasına hizmet edecektir.

sermayeye katılmalı ortak girişime bu patentten yararlanma imkanını sağlamayı tercih edebilir<sup>673</sup>. Bu durumda, söz konusu patent hakkının ortak girişim şirketine aynı sermaye olarak konulması söz konusu olmayacak; ancak patent hakkı sahibi olan hakim teşebbüs, uydu sözleşmesi kategorisine dahil olan bir lisans sözleşmesi marifetiyle patent hakkını sermayeye katılmalı ortak girişime kullanacaktır.

Stratejik bir birim olma niteliği, sermayeye katılmalı ortak girişimin faaliyetinin gereği olarak bir çok teşebbüsle sözleşme yapmasını gerektirebilir. Oysa, bu sözleşmeler içinde, sadece hakim teşebbüsler ile ortak girişim şirketi arasında akdedilen sözleşmeler uydu sözleşmelerdir. Nitekim “uydu” benzetmesi, bir yandan her bir hakim teşebbüsle ortak girişim şirketi arasındaki ortak kontrole özgü bağımlılık ilişkisini, diğer yandan temel sözleşmeyle uydu sözleşmenin karşılıklı konumunu ifade etmektedir<sup>674</sup>. Böylelikle uydu sözleşmelerin bir tarafında hakim teşebbüslerden biri diğer tarafında ise ortak girişim şirketi yer almaktadır.

#### 4. Hukukî Niteliği

Uydu sözleşmeleri, hakim paysahiplerinin ortak girişim şirketiyle akdettiği borç sözleşmeleri niteliğindedir ve anonim ortaklık çatısı altında kurulan ortak girişim şirketinin korporatif düzenine dahil değildir. Bu itibarla, söz konusu sözleşmelerin ihlali, Borçlar Hukuku'nun borç ilişkilerinden doğan yükümlülüklerin ihlaline bağladığı sonuçlara tabidir.

Uydu sözleşmesinde tarafların üstlendiği edimlerin niteliği dikkate alındığında, taraflar arasındaki borç ilişkisi, bir sürekli veya ani edimli bir borç ilişkisi niteliğini taşıyabilir. Bu noktada, uydu sözleşmelerin niteliğine ilişkin değerlendirmeler yapılması yerinde olmayacaktır; çünkü uydu sözleşmesi, uygulamanın yarattığı bir terim olup, belirli bir sözleşme tipine veya ortak bir başlık altında toplanabilecek sözleşme türlerinin varlığına işaret etmemektedir. Uydu sözleşmelerinin yegane ortak özelliği, tarafları; diğer bir deyişle hakim ortaklarla ortak girişim şirketi arasında akdedilmesidir. Ekonomik açıdan bu sözleşmeleri karakterize eden ortak özellik ise,

<sup>673</sup> Özellikle üretime yönelik ortak girişimlerde, patent hakkına sahip olan hakim teşebbüslerin patent haklarını aynı sermaye olarak mı taahhüt edecekleri yoksa ortak girişim şirketine bu haklar üzerinde lisans hakkı mı tanıyacakları, temel sözleşmenin önemli düzenleme alanlarından birini oluşturmaktadır; bu konuda bkz. **Schluap**, *Privatrechtliche Probleme*, s.493.

<sup>674</sup> **Öztürk**, *Ortak Girişim*, s. 28.

bu sözleşmelerin hakim teşebbüslerin ve ortak girişim şirketinin stratejileri arasında bir bağ kurmasıdır.

## **5. Temel Sözleşme-Uydu Sözleşmeleri İlişkisinin Nitelendirilmesi**

Uydu sözleşmeleri, sermayeye katılmalı ortak girişimde ortak girişimlerin stratejik kaynaklarının ortak girişim şirketine tahsis edilmesini ve ortak girişim şirketine finansman sağlanmasını temin etmektedir. Ortak girişimin kalıcı ekonomik faaliyetlerin yürütülmesine hizmet etmesi, ortak girişim şirketi varlığını sürdürdüğü müddetçe hakim teşebbüslerin söz konusu stratejik kaynakları ortak girişime tahsis etmelerini gerekli kılabilmektedir. Bu itibarla hakim teşebbüsler, ileride akdedecekleri uydu sözleşmelerine özgü düzenlemelere, temel sözleşmede yer vermektedir. Bu yönden, temel sözleşmenin işlevlerinden birisi de, uydu sözleşmelerine zemin hazırlamasıdır.

Temel sözleşme ile uydu sözleşmeleri arasındaki ilişki, bu sözleşmelerin içeriğine göre belirlenebilecektir. İlk olarak, mutad olmamakla birlikte, temel sözleşmede uydu sözleşmelerine ilişkin hiç bir düzenleme yer almayabilir. Sermayeye katılmalı ortak girişimin bir stratejik ekonomik birim olduğu ve bu ekonomik birimin varlığı açısından hakim teşebbüslerin katkılarının önem taşıdığı dikkate alındığında, teorik olduğu görülen bu olasılıkta, temel sözleşme ile uydu sözleşme arasında hiç bir ilişki mevcut olmayacak; prensip olarak bu sözleşmelerden hiç birinin yorumlanmasında, diğerinin dikkate alınması söz konusu olmayacaktır. Bu olasılıkta, hakim ortakların münferit stratejileri ile ortak girişim şirketinin stratejisi arasında bir ilişki kurulmamış olacaktır ki; bu tutum, özellikle uydu sözleşmelerine özgü hukuki ilişkilerin tasarlanması meselesinin taraflarca ileriye bırakılması, ortak girişim şirketinin istikrarı açısından bir zaaftır.

İkinci olasılık, hakim pay sahiplerinin, ileride akdedecekleri uydu sözleşmelerinin içeriğine ilişkin düzenlemelere temel sözleşmede yer vermeleridir ki, hemen tüm sermayeye katılmalı ortak girişimler açısından söz konusu olan durum budur. Bu olasılıkta, temel sözleşmede yer alan düzenlemelerin içeriğine göre, bir çerçeve sözleşmeden veya ön sözleşmeden söz etmek gerekecektir.

Çerçeve sözleşme, ileride aynı türden bir çok sözleşme yapmayı amaçlayan tarafların, bu sözleşmelerin tümüne özgü belirli hükümlere ileride bu sözleşmelerde yer vereceklerini kararlaştırmaları halinde meydana gelmektedir<sup>675</sup>. Gerçekten de, özellikle hakim paysahipleriyle ortak girişim şirketi arasında sürekli sağlama ilişkilerinin kurulmasına ihtiyaç duyulduğu hallerde taraflar, temel sözleşmede bu tür hükümlere yer vererek temel sözleşmeyi, uydu sözleşmelere özgü içeriği açısından bir çerçeve sözleşmesi olarak yapılandırabilirler<sup>676</sup>. Bu bağlamda, anonim ortaklığın temel sözleşmeye taraf olmaması olasılığında bu durum, temel sözleşmenin taraflarıyla (hakim paysahipleri) uydu sözleşmelerinin (münferit hakim paysahipleri ile anonim ortaklık) taraflarının birbiriyle örtüşmemesine yol açacaktır. Bu durum, temel sözleşmenin çerçeve sözleşme niteliğini zedelemeyecektir<sup>677</sup>.

Bu noktada, çerçeve sözleşmeden söz edilebilmesi için, temel sözleşmede edim yükümlülüklerinin öngörülmemesi gerektiğini ve bu düzenlemelerin münferit uydu sözleşmelerine bırakılması gerektiğini vurgulamak gerekir<sup>678</sup>. Ayrıca temel sözleşmenin çerçeve sözleşme olarak nitelendirilebilmesi için, bu sözleşmenin hakim paysahiplerine ortak girişim şirketiyle uydu sözleşmeleri akdetme yükümlülüğü getirmemesi gerekmektedir; zira aksi takdirde bir ön sözleşmeden söz

---

<sup>675</sup> bkz. Nami **Barlas**, Çerçeve Sözleşme Kavramı ve Çerçeve Sözleşmenin Özellikleri, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na Armağan, İstanbul, 1999, s. 808, Hans Caspar **Von der Crone**, Rahmenverträge, Vertragsrecht- Systemtheorie- Ökonomie, Zürich, 1993, s. 322 vd.

<sup>676</sup> Çerçeve sözleşme müessesesinin hukuki ve ekonomik temellerini ve bu temellerin birbiriyle olan ilişkisini gözeterek müesseseyi inceleyen **Von der Crone**, aralarında ekonomik bir ilişki kurulan ve bu ilişki çerçevesinde çeşitli sözleşmeler akdetmeleri söz konusu olan tarafların, aralarındaki ekonomik ilişkinin verilerinden hareketle, bu ekonomik ilişkinin ileriki aşamalarında kuracakları hukuki ilişkilerde çeşitli alternatiflerle karşı karşıya geleceklerini, ekonomik ilişkinin en başında bu aşamaların taraflar açısından hem bir özgürlüğü hem de riski ifade ettiğini ortaya koymaktadır, bkz. **Von der Crone**, Rahmenverträge, s. 235, 237. Bu bağlamda yazar, tarafların ekonomik ilişkinin başında bu risklerin bir kısmını gidermek üzere çerçeve sözleşme yaptıklarını, bununla birlikte çerçeve sözleşmede belirledikleri kurallar dışında özgürlüklerini koruduklarını belirtmektedir. Gerçekten de, bir kez çerçeve sözleşme akdedildiğinde, taraflar ileride ilk olarak sözleşme yapıp yapmama konusunda özgürdürler, çünkü çerçeve sözleşme, ileride sözleşme yapılmasını zorunlu kılmamaktadır. Ancak bir kez sözleşme yapmaya karar veren taraflar, bu kez çerçeve sözleşmede belirledikleri kurallara bağlı kalmakla yükümlüdür. Böylelikle taraflar, münferit sözleşmenin içeriğini belirlerken, çerçeve sözleşmede yer alan kurallarla bağlı kalmakla birlikte, bu kuralların çizdiği alan dışında, sözleşmenin içeriğini belirlemede özgürdürler.

<sup>677</sup> Çerçeve sözleşmeyle ileride akdedilecek sözleşmelerin taraflarının aynı olmasının zorunlu bulunmadığı konusunda, **Barlas**, Çerçeve Sözleşmesi, s. 813.

<sup>678</sup> Bu özelliğin çerçeve sözleşme açısından kavramsal zorunluluk arz ettiği hususunda bkz. **Barlas**, Çerçeve Sözleşme, s. 813.



etmek gerekecektir<sup>679</sup>. Çerçeve sözleşmenin bu karakteristik özelliğini temel sözleşme ile uydu sözleşmeleri arasındaki ilişkiye uyarlandığında, hakim pay sahiplerinin temel sözleşmede ileride hakim teşebbüsler ile ortak girişim şirketi arasında uydu sözleşmeleri yapılması halinde tarafları bağlayacak temel kuralları“ belirlemeleri halinde, temel sözleşme, uydu sözleşmeleri açısından bir çerçeve sözleşme olarak nitelendirilmelidir. Buna karşılık, tarafların ileride hakim teşebbüslerle ortak girişim şirketi arasında uydu sözleşmeleri akdedileceğini öngörüp bu sözleşmelerin esaslı unsurlarına temel sözleşmede yer vermeleri halinde, bu kez temel sözleşme, içeriğini belirlediği müstakbel ve münferit uydu sözleşmeleri açısından bir ön sözleşme olarak nitelendirilmelidir.

Ön sözleşme, bir kişinin başka bir kişiyle yaptığı sözleşmede, bu kişiyle veya üçüncü bir kişiyle borçlandırıcı işlem niteliğini taşıyan bir sözleşme yapmayı taahhüt etmesi halinde söz konusu olmaktadır<sup>680</sup>. Nitekim temel sözleşmelerde çoğunlukla, hakim pay sahiplerine ileride ortak girişim şirketiyle uydu sözleşmeler akdetme

---

<sup>679</sup> **Barlas**, Çerçeve Sözleşme, s. 815. Diğer yandan **Oertle**, bu iki durum arasında ayırım yapmadan temel sözleşmenin bir önsözleşme niteliğini taşıyacağını belirtmekte, ortak girişim şirketinin temel sözleşmeye taraf olmayacağı yönündeki kişisel görüşünden hareketle, önsözleşmeye konu olan düzenlemelerin ortak girişim şirketi açısından üçüncü kişi yararına sözleşme niteliğini taşıyacağına hükmetmektedir; bkz. **Oertle**, s. 61-62.

Öğretide **Ayrancı**, (Hasan **Ayrancı**, Ön Sözleşme, Ankara, 2006, s. 110), çerçeve sözleşmenin ön sözleşmeden farkının çerçeve sözleşmesinin taraflara sözleşme yapma yükümlülüğünü yüklememesi olduğunu belirtirken, eserinin bir başka yerinde (bkz. age. S. 111), “çerçeve sözleşmesinin sözleşme yapma yükümlülüğü öngörmesi halinde aynı zamanda bir önsözleşme olarak nitelendirileceği” yönünde görüş belirtmiştir. Yazarın yaklaşımı çelişkilidir. Bir sözleşmenin hem çerçeve sözleşme hem de önsözleşme niteliğini taşıması mümkün değildir ; sözleşmede taraflara sözleşme yapma yükümlülüğünün getirilmesi halinde artık çerçeve sözleşmeden söz edilemeyeceği için, “çerçeve sözleşme” ve “önsözleşme” niteliklerinin aynı sözleşme bünyesinde bir arada barınması söz konusu değildir.

Öğretide **İbrahim Kaplan** ve onu izleyen **Orazgılıcov**, temel sözleşmede uydu sözleşmelerine özgü düzenlemelere yer verildiğinden hareketle, uydu sözleşmelerin temel sözleşmede yer alan ön sözleşmeye özgü düzenlemelerin ayrıntılarını belirleyen bağımsız birer sözleşme olduğunu ileri sürmektedir; bkz. **Kaplan**, s. 16, **Orazgılıcov**, s. 14. **Orazgılıcov**, bu düşüncesini ortaya koyarken, “Çerçeve sözleşme” terimine yer vermemekle birlikte temel sözleşmenin uydu sözleşme açısından “çerçeve” niteliğinden söz etmektedir. Bu noktada, temel sözleşme, içerdiği uydu sözleşmesine özgü düzenlemeler dikkate alındığında her durumda uydu sözleşmeler açısından ön sözleşme niteliğini taşımayabilir. Belirtildiği üzere, temel sözleşmenin uydu sözleşmeleri akdetme yükümlülüğü getirmediği hallerde, ön sözleşmeden söz etmek mümkün olamayacaktır. Bu itibarla, temel sözleşmeyle uydu sözleşmelerinin karşılıklı konumları belirlenirken, temel sözleşmede uydu sözleşmelerine özgü düzenlemelerin içeriğine bakmak gerekecektir.

<sup>680</sup> Hans **Merz**, Vertrag und Vertragsschluss, Bern, 1988, s. 148; Andreas **Von Tuhr**/ Hans **Peter**, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 3. Auflage + Supplement, Zürich, 1984, s. 273, **Oğuzman/ Öz**, s. 140-141; **Ayrancı**, s. 41.

yükümlülüğü getirildiğinden, temel sözleşme bu olasılıkta çerçeve sözleşmesi değil, uydu sözleşmesi açısından bir ön sözleşme niteliğini taşıyacaktır.

Diğer yandan, çerçeve sözleşmede, ileride akdedilecek sözleşmelere ilişkin genel normlar belirlenirken, önsözleşmede ileride belirli bir sözleşmenin yapılmasının taahhüt edilmesi söz konusu olmaktadır. Bu bölümdeki incelemeler ışığında, çerçeve sözleşmede tarafları ileride bir sözleşme yapmaya yöneltmek değil, bir sözleşme veya sözleşmeler yapılması olasılığında bu sözleşmelerin tabi olacağı temel normların önceden belirlenmesi düşüncesi egemendir. Oysa, önsözleşmede, sözleşmenin tarafları, birbirleriyle ileride sözleşme yapmayı güvence altına almayı arzulamaktadır.<sup>681</sup> Zira, çerçeve sözleşmenin aksine, temel sözleşmenin önsözleşme niteliğini taşıdığı durumlarda, asıl sözleşmeyi akdetmeye yanaşmayan taraf, dava yoluyla irade beyanına mahkum edilebilecek, bu yolla uydu sözleşmesi kurulacaktır<sup>682</sup>. Bu farklılıklar, somut sözleşmenin yorumlanmasında gözetildiğinde, temel sözleşmenin uydu sözleşmeleri açısından çerçeve sözleşme mi yoksa ön sözleşme mi niteliği taşıdığı belirlenebilecektir.

Temel sözleşmeyle uydu sözleşmesi arasındaki ilişki açısından tartışılması gereken bir başka mesele, temel sözleşmeyle uydu sözleşmelerinin birleşik sözleşme olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğidir. Sermayeye katılmalı ortak girişimin çok katmanlı yapısı irdelenirken, temel sözleşmeyle anasözleşme arasındaki ve anasözleşme ile uydu sözleşmeleri arasındaki etkileşimin bir birleşik sözleşmenin oluşumuna yol açmayacağını ortaya koymuştuk<sup>683</sup>. Aynı olasılığın, temel sözleşme ile uydu sözleşmeleri arasındaki etkileşim açısından da tartışılması gerekir.

Kanımızca, birleşik sözleşmenin bir bütün bünyesinde bir araya gelen sözleşmeler arasında iki taraflı bir etkileşimin varlığını zorunlu kılması, temel sözleşmeyle uydu sözleşmelerinin bir birleşik sözleşme oluşturmasına engeldir<sup>684</sup>. Temel sözleşmede ,

---

<sup>681</sup> **Von der Crone**, önsözleşmeyle çerçeve sözleşme arasındaki farka değinirken, çerçeve sözleşmenin ileride akdedilecek sözleşmelere ilişkin bir kesiti önceden belirlediğini, buna karşılık bizatihi asıl sözleşmeyi konu edinen önsözleşmenin, tarafların özgürlük alanını daralttığını, zira taraflar arasında hem hukuki ilişkinin kurulacağını hem de nasıl bir içerikle kurulacağını belirlediğini ifade etmektedir; bkz. **Von der Crone**, Rahmenverträge, s. 248- 249.

<sup>682</sup> **Oğuzman/Öz**, s. 334.

<sup>683</sup> bkz. yuk. dn. 564.

<sup>684</sup> Temel sözleşmeyle uydu sözleşmelerin bağımsız sözleşmeler olduğu yönünde **Öztürk**, Ortak Girişim, s. 29-30.

uydu sözleşmelerinin yapılmasına yönelik taahhütler yer almaktadır. Bu nedenle uydu sözleşmelerinin temel sözleşmede belirlenen esaslar ışığında oluşması, bu sözleşmeler arasında birleşik sözleşmeyi oluşturacak bir bağlantının varlığına işaret edebilir. Ancak belirtmek gerekir ki, bu bağlantı çoğu zaman tek taraflıdır. Uydu sözleşmeleri, temel sözleşmeye göre biçimlenmektedir; ancak temel sözleşmenin uydu sözleşmelerine karşı aynı konumda bulunduğundan söz edilemez. Halbuki, birleşik sözleşmenin varlığından söz edebilmek için bağımsız sözleşmeler arasında ortak bir bağlılık bulunması, diğer bir deyişle bu ilişkinin adeta edim ve karşı edimin birbirleriyle ilişkisine benzemesi gerekmektedir<sup>685</sup>. Bu nedenle, çoğu durumda, temel sözleşmeyle uydu sözleşmelerinin de bir birleşik sözleşmenin çatısı altında toplanmaları söz konusu olamayacaktır.

Bununla birlikte, hakim paysahipleri tarafından bilinçli olarak temel sözleşme ile uydu sözleşme arasında iki taraflı bir etkileşim kurulmuş olabilir. Ancak, hakim paysahiplerinden birinin uydu sözleşmesiyle ortaklığa karşı üstlendiği bir sağlama yükümlülüğünün sermayeye katılmalı ortak girişimin varlığı halinde, tarafların ilgili uydu sözleşmesine özellikli bir önem izafe etmeleri söz konusu olabilir. Birleşik sözleşmenin temel sözleşme ile her bir uydu sözleşmenin bir birleşik sözleşmede bütünleşip bütünleşmediği, kanımızca her bir uydu sözleşmesi açısından ayrı ayrı incelenmelidir.

Temel sözleşmede ve münferit uydu sözleşmesinde, bu türden iki taraflı bir etkileşimin mevcut bulunduğu açıkça belirtilmesi halinde, bir birleşik sözleşmenin varlığına hükmetmek güç olmayacaktır. Buna karşılık, sözleşmelerde bu konuda bir açıklık yoksa, bu kez güven ilkesi uyarınca menfaatler dengesi ve somut olayı çevreleyen olgular gözetilerek bu anlamda iki taraflı bir etkileşimin bulunup bulunmadığı irdelenmelidir<sup>686</sup>. Bu açıdan, temel sözleşmeyle uydu sözleşmesinin aynı tarihte yapılması veya fiziken aynı metin bünyesinde yer alması, bir birleşik sözleşmenin varlığına hükmedilebilmesi açısından yeterli olmayacaktır<sup>687</sup>.

Bu çerçevede, birleşik sözleşmenin mevcut olduğu hallerde, sözleşmelerden birinin ihlalinin diğer sözleşmeye ne şekilde etki edeceği, bu konuda açık bir hükmün varlığı

---

<sup>685</sup> **Yavuz**, s. 20.

<sup>686</sup> **Schluep**, *Zusammengesetzte Verträge*, s. 288.

<sup>687</sup> **Schluep**, *Zusammengesetzte Verträge*, s. 288.

halinde sözleşmeye göre belirlenmelidir. Aksi takdirde, sözleşmenin yorumlanması ve boşluklarının doldurulması sorunu ortaya çıkacaktır<sup>688</sup>.

Diğer yandan, sermayeye katılmalı ortak girişimin yapısının bir gereği olarak, çoğu zaman uydu sözleşmelerinde temel sözleşmeye yollama yapılmakta, özellikle temel sözleşmenin sona ermesi olasılığında uydu sözleşmesinin de sona ereceğine yönelik düzenlemelere yer verilmektedir. Bu olasılıkta, her iki sözleşme arasında çift taraflı bir etkileşimin bulunmaması, birleşik sözleşmenin varlığına engel teşkil etse de, uydu sözleşmesi, temel sözleşmenin etkisi altında hükümlerini doğuracak, bu sözleşmenin sona ermesi olasılığında hükümlerini yitirecektir.

Görüldüğü üzere, prensip olarak temel sözleşme ile uydu sözleşmelerinin birleşik sözleşmenin söz konusu olmadığı kanaatine varılmaktadır. Şu kadar ki, münferit uydu sözleşmeleri arasında bu tür bir ilişki kurulabilir. Gerçekten de, taraflar, aralarından birinin bir uydu sözleşmeyi akdetmeye yanaşmaması veya bu sözleşmenin geçersiz olmasına ermesi halinde, diğer uydu sözleşmesinin de akdedilmeyeceğini veya sona ereceğini kararlaştırabilirler. Bu olasılıkta, uydu sözleşmeleri arasında, birleşik sözleşmelere özgü bir sinallagma ilişkisi kurulmaktadır.

Bu veriler ışığında, uydu sözleşmelerin yorumlanmasında temel sözleşmenin dikkate alınıp alınmayacağı meselesinin de irdelenmesi gerekir. Öğretide<sup>689</sup>, temel sözleşmeyle uydu sözleşmelerinin bir bütün oluşturduğu, bu nedenle söz konusu sözleşmelerin birlikte yorumlanması gerektiği ileri sürülmektedir. İlk olarak, temel sözleşmede uydu sözleşmelerine özgü hiç bir düzenleme yer almaması ve uydu sözleşmelerinde de temel sözleşmeye herhangi bir yollama yapılmaması olasılığında, uydu sözleşmelerinin yorumlanmasında temel sözleşmeden yararlanılması söz konusu olmayacaktır.

Temel sözleşmenin uydu sözleşmeleri açısından çerçeve sözleşme veya önsözleşme niteliğini taşıdığı hallerde ise, uydu sözleşmenin yorumlanmasında temel sözleşmenin dikkate alınması gerekecektir. Her iki sözleşmenin yukarıda ele alınan

---

<sup>688</sup> **Schluerp**, *Zusammengesetzte Verträge*, s. 289.

<sup>689</sup> Lerzan **Yılmaz**, *Joint Venture Anlaşması*, s. 485; aynı yönde **Orazgılıcov**, s. 13.

veriler ışığında bir birleşik sözleşme bünyesinde ilişkilendirdiği durumlarda da, aynı sonuca varılacaktır.

Sonuç itibariyle, sermayeye katılmalı ortak girişimlerde ortaya çıkan hukuki sorunların çözümünde, somut sermayeye katılmalı ortak girişimde, ortak girişimin unsurları arasındaki ilişki gözetilerek hareket etmek gerekecektir<sup>690</sup>. Bu bağlamda, temel sözleşme-ortak girişim şirketinin anasözleşmesi- uydu sözleşmeleri arasındaki ilişki, somut sermayeye katılmalı ortak girişimin verileri dikkate alınarak irdelenmelidir. Bu incelemede, hakim paysahiplerinin bu üçlü yapının nüvesini oluşturan temel sözleşmeye yansıyan iradeleri kanımızca yol gösterici olacaktır.

#### **IV. Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimin Nüvesi Olarak Temel Sözleşme**

##### **A. Temel Sözleşmenin İşlevleri**

##### **1. Ortak Girişim Şirketini ve Ön Ortaklığı Biçimlendirme İşlevi**

Temel sözleşme, sürekli bir ekonomik faaliyetin hakim teşebbüsler tarafından yeni kurulacak veya ortak girişim şirketine dönüştürülecek bir şirket üzerinden yürütülmesini konu edindiğinden, bir kuruluş ortaklığına vücut vermektedir ve ön ortaklığı biçimlendirmektedir<sup>691</sup>. Temel sözleşmenin bu yönü, hakim teşebbüsleri, henüz ortak girişim şirketi kurulmadan bu şirketin tipini, yapısını, ortak kontrole tabi

---

<sup>690</sup> Aynı yönde **Tercier ( No. 6625)**. Yazar, sermayeye katılmalı ortak girişimlerle ilgili hukuki sorunlarda, sermayeye katılmalı ortak girişimin her üç unsurunun (temel sözleşme, ortak girişim şirketi, uydu sözleşmeleri) bir bütün olarak adi ortaklıklar hukukunun verileri ışığında ele alınması gerektiğini, somut ortak girişimin özelliklerinin, özellikle hakim teşebbüslerin bu unsurlar arasında kendi iradeleriyle kurduğu ilişkinin sıklığının gözetilmesi gerektiğini savunmaktadır.

<sup>691</sup> Kuruluş ortaklığı ve ön ortaklık kavramları için bkz. aşa. § 8, II, C, 3.

işleyişini ve sona ermesini bu sözleşmede düzenlemeye yöneltmektedir<sup>692</sup>. Bu itibarla, temel sözleşme, kurulacak olan ortaklık açısından bir örgütlenme modelini ortaya koyar ve çoğu zaman anasözleşmenin esaslı unsurlarına ilişkin ayrıntılı düzenlemeler içerir<sup>693</sup>.

Temel sözleşme, ortak girişim şirketinin ortaklık düzenine o denli ciddi bir etki icra etmektedir ki, Alman hukuk öğretisinde, bu sözleşmenin baskın etkileri nedeniyle anasözleşmenin adeta ölü bir hukuk kaynağına dönüştüğü kaydedilmektedir<sup>694</sup>. Söz konusu yaklaşımı tam anlamıyla benimsemek mümkün değildir. Zira bir borç sözleşmesi niteliğini taşıyan temel sözleşme, ortaklık düzenine dahil olmaması nedeniyle<sup>695</sup>, anasözleşmenin ortaklık düzeninde sahip olduğu etkiyi bertaraf edemez ve onu etkisiz kılamaz.

Ancak, dikkate alınması gereken husus, sermayeye katılmalı ortak girişimlerde, ortak girişim şirketinin anasözleşmesinde ne tür düzenlemelere yer vereceğinin temel sözleşmeyle belirlenmesidir. Açık bir anlatımla, temel sözleşme, anasözleşmenin içeriğini belirlemektedir. Gerçekten de, taraflar anasözleşmenin konusunu oluşturacak düzenlemelere dahi pay sahipleri sözleşmesinde yer vermekte, böylelikle anonim ortaklığın hukuki yapısını ağırlıklı olarak pay sahipleri sözleşmesiyle belirleme yoluna gitmektedir. Bu nedenle, temel sözleşmenin anasözleşmeyi etkisiz kıldığından değil biçimlendirdiğinden söz etmek daha isabetli olacaktır. Buna rağmen, temel sözleşme, anonim ortaklık düzenine dahil olmayıp, ancak bu düzeni tamamlayıcı bir araç olarak işlev görür<sup>696</sup>.

---

<sup>692</sup> **Gansweid**, s. 60.

<sup>693</sup> **Weiser**, s. 430, **Baus**, s. 23.

<sup>694</sup> **Ripka**, s. 5.

<sup>695</sup> **Okutan**, s. 43-44.

<sup>696</sup> **Martinek**, s. 228. Temel sözleşme, anonim ortaklığa egemen olan hukuk kurallarının oluşturduğu normlar hiyerarşisinde yer tutmamaktadır; (bkz. **Okutan**, s.43),çünkü temel sözleşme korporatif düzenin bir parçası olmayıp hakim pay sahipleri arasında sözleşmesel bir ilişkidir. Şu kadar ki, bu noktadan hareketle temel sözleşmenin anonim ortaklık üzerinde hiç bir etkisinin bulunmadığı sanılmamalıdır : Temel sözleşme, bir yandan korporatif düzenin merkezinde yer alan anasözleşmenin mümkün olduğunca kişisel öğelerle donatılmasını sağlarken (anasözleşmeyi biçimlendirme işlevi) diğer yandan emredici hükümler ve anasözleşme ışığında biçimlenen organ kararlarında hakim pay sahiplerinin menfaatlerini temsil eden organ görevlilerinin, temel sözleşmenin hakim pay sahiplerine yüklediği “ortak strateji doğrultusunda hareket etme” yükümlülüklerini gözeterek hareket etmeleri söz konusu olmaktadır. Nitekim ,sermayeye katılmalı ortak girişimlerde, temel sözleşmenin ortak girişim şirketini hakim pay sahiplerinin ortak aracı haline getirerek korporatif düzen üzerinde doğrudan doğruya etki icra ettiği yönünde bkz. **Westermann**, s. 39.

Temel sözleşmenin yapılması ve buna bağlı olarak ortak girişim şirketinin kurulması süreci, taraflar arasında son derece ayrıntılı sözleşme müzakerelerinin yürütülmesine zemin oluşturmaktadır<sup>697</sup>. Bu sürecin ilk aşaması, hakim ortakların işbirliği yapacakları alanın, diğer bir deyişle ortak girişim şirketin konusunun belirlenmesidir. Temel sözleşmelerde, TTK m. 279/2 uyarınca faaliyet konusunu içermesi zorunlu olan anasözleşmenin aksine, sadece faaliyet konusunun belirtilmesiyle yetinilmemekte; bu konunun içeriği daha somut bir şekilde ortaya konulmaktadır<sup>698</sup>. Daha açık bir anlatımla, TTK. m. 279/2 hükmünün emredici düzenlemesi uyarınca anasözleşmede ortaklığın genel olarak hangi ticari alanda faaliyet göstereceğinin belirlenmesi yeterli görülürken, temel sözleşmede ortaklığın faaliyet göstereceği alanın maddî içeriği konusunda çok daha ince ayrıntılara girilmekte, deyim yerindeyse kurulacak olan ortak girişim şirketinin yörüngesi belirlenmektedir<sup>699</sup>.

Faaliyet konusunun tüm yönleriyle açıklığa kavuşturulması, iki yönden özellikli önem taşımaktadır. Tarafların saptadığı faaliyet konusunun öncelikli işlevi, hakim ortaklar arasındaki işbirliğinin çerçevesini çizmektir. Kurucular, ortak girişim sistemini ortaklaşa belirledikleri faaliyet konusu ekseninde inşa etmektedir. Bu itibarla, faaliyet konusunun gereğinden dar veya bilakis gereğinden geniş bir şekilde tespit edilmesi, ortak girişimin başarıya erişmesini doğrudan doğruya etkileyen bir faktördür. İkinci olarak faaliyet konusu, hakim ortakların uydu sözleşmeleri marifetiyle ortak girişim şirketine sağlayacakları katkılara yönelik düzenlemeleri de etkilemektedir. Bu anlamda temel sözleşmenin önemli bir işlevi de, bu sözleşmenin ortak girişim şirketi ile hakim ortaklar arasında kurulan ve paysahipliği ilişkisi dışında kalan hukuki ilişkileri düzenleyen uydu sözleşmelerine ilişkin ana ilkeleri ortaya koymasıdır.

Faaliyet konusunun bu iki işlevi dikkate alındığında, ortak girişim şirketinin temel sözleşmede belirlenen faaliyet konularını hayata geçirememesi veya bu faaliyet

---

<sup>697</sup> Bu müzakerelerin çeşitli aşamaları için bkz. **Hewitt/Picot**, s. 35 vd; **Altın Sieber**, s. 201-204; ayrıca hakim teşebbüsler arasında bir sermayeye katılmalı ortak girişimin kurulmasına yönelik sürecin işletilmesinde temel sözleşmenin akdedilmesi öncesinde teati edilen yazışmalar için bkz. Ian **Hewitt**, No. 2-06.

<sup>698</sup> **Yüksel**, s. 86-87.

<sup>699</sup> **Martinek**, (s. 228); bu özelliği temel sözleşmenin anasözleşmeyi genişletme ve ayrıntılandırma işlevi olarak nitelendirmektedir.

konularının dışına çıkması, belirli koşulların varlığı halinde taraflar arasındaki ortak girişim sözleşmesinin feshedilmesi açısından haklı fesih nedeni oluşturabilecektir<sup>700</sup>. Buna bağlı olarak, uygulamada ortak girişim sözleşmelerinde faaliyet konularının oldukça ayrıntılı olarak saptandığı ve ortak girişim sözleşmesinin sona erdirilmesine yol açabilecek nitelikteki olguların tüketici olmayacak bir şekilde sözleşmeye dercedildiği kaydedilmektedir<sup>701</sup>.

## 2. Paysahipleri Sözleşmesine Özgü İşlevi

Temel sözleşmenin önemli özelliklerinden birisi de, paysahipleri sözleşmesine özgü işlevler üstlenmesi ve paysahipliği haklarının ne şekilde kullanılacağına ilişkin düzenlemeler içermesidir. Hatta bu yüzden Anglo- Amerikan Hukuku öğretisinde, sermayeye katılmalı ortak girişimler özelinde de temel sözleşme terimi yerine sıklıkla “paysahipleri sözleşmesi” terimi kullanılmaktadır<sup>702</sup>. Sermayeye katılmalı ortak girişimlerde temel sözleşmenin, paysahipleri sözleşmesine özgü unsurları bünyesinde barındırmakla birlikte, bu sözleşmeye özgü amaçlar dışındaki amaçlara yönelmesi, özellikle yeni bir şirketin kurulmasını veya ortak girişim şirketine dönüştürülmesini ve bu şirketin ortak kontrol altında yönetilmesini konu edinmesi nedeniyle, bu çalışmada “temel sözleşme” terimi tercih edilmektedir.

Açık bir anlatımla, tarafların paysahipleri sözleşmesinde “ortak kontrolün tesis edilmesi” amacını benimsemeleri tamamen ihtiyari iken, temel sözleşmelerde ortak kontrolün tesisi, bu sözleşmenin amacını karakterize etmektedir. Kanımızca, amaç unsuru açısından beliren bu farklılık dahi, her iki sözleşme arasında terminolojik açıdan bir ayrım gözetilmesini haklı kılmaktadır.

<sup>700</sup> Bu konunun değerlendirilmesi için bkz. aşa. § 15, III, F.

<sup>701</sup> Bu yönde, **Comben**, s. 179 vd.

<sup>702</sup> Temel sözleşmede terminolojiye ilişkin açıklamalarımızda da belirtildiği üzere, sermayeye katılmalı ortak girişimler bakımından temel sözleşme terimi yerine paysahipliği sözleşmesi terimini kullanmaktan bilinçli olarak kaçınıyoruz. Zira, temel sözleşme, sadece paysahipleri sözleşmesinin üstlendiği işlevleri üstlenmemekte, bunun dışında ortak girişim şirketinin kurulmasını da konu edinmektedir. Ayrıca temel sözleşmede paysahipleri sözleşmesine özgü düzenlemeler ağırlıklı bir rol üstlene bile, paysahipleri sözleşmesinin işlevleri arasında sayılan “yönetimi ele geçirme” (ortak kontrolü tesis etme) işlevi, temel sözleşmelerde paysahipleri sözleşmesine özgü diğer tipik işlevlere nazaran daha ağırlıklı bir rol oynamaktadır. Nitekim temel sözleşmenin ve paysahipleri sözleşmesinin uygulamada tipikleşmiş içerikleri incelendiğinde, bu içeriklerin farklılaştığı da gözlemlenmektedir. Bu farklılaşma, temel sözleşmenin bir anlamda “ ortak kontrole tabi olan bir ortaklığa ilişkin bir paysahipleri sözleşmesi” olarak nitelendirilmesini ve klasik paysahipleri sözleşmesinden ayrı tutulabilmesi için temel sözleşme terimiyle anılmasını kanımızca haklı kılmaktadır.



Paysahipleri sözleşmesi, tarafların paysahipliği haklarını ne şekilde kullanacaklarını belirlemektedir. Sermayeye katılmalı ortak girişimi kuran ve ortak girişim şirketinin ortaklaşa yönetilmesini öngören temel sözleşme de, ortak kontrolün tesis edilmesi bağlamında, paysahipleri sözleşmesine özgü bir işlev icra etmektedir. Bu noktada, temel sözleşme, paysahipleri sözleşmesinde olduğu gibi anasözleşmeyi tamamlayıcı, onu genişletici hatta duruma göre onu ikame edici işlevleri üstlenmektedir<sup>703</sup>. Başka bir deyişle, ortak kontrolün tesisi ve icra edilmesi açısından bakıldığında, temel sözleşmenin paysahipleri sözleşmesinin ortak girişim şirketine özgü görünüm biçimi olduğunu kaydetmek hatalı olmayacaktır. Bu itibarla, temel sözleşmeyle anasözleşmenin ilişkisine, diğer bir deyişle paysahipleri arasındaki sözleşmesel düzen ile anonim ortaklığın kurumsal düzeni arasındaki ilişkiye ilişkin değerlendirmelerde, paysahipleri sözleşmesi teorisi dikkate alınmalıdır.

### 3. Ortak Kontrolü Tesis Etme İşlevi

Ortak kontrolün tesis edilmesi, temel sözleşmenin odak noktasını oluşturmaktadır; çünkü sermayeye katılmalı bir ortak girişimden söz edilebilmesi için, bağımsız bir ekonomik birimin ekonomik açıdan birbirinden bağımsız olan en az iki teşebbüsün ortak kontrolüne tabi kılınması gerekmektedir<sup>704</sup>. Anonim ortaklık olarak yapılandırılacak ortak girişim şirketinin anasözleşmesinde ortak kontrolün tesis edilmesine yönelik düzenlemeler getirilebilirse de<sup>705</sup>, ortak kontrolün tesis edilmesine ve ne şekilde icra edileceğinin belirlenmesine hizmet eden esas araç, temel sözleşmedir. Zira, temel sözleşmede, hem anasözleşmede yer bulamayacak nitelikte olan, ancak ortak kontrolün tesis edilmesine hizmet edebilecek nitelik

---

<sup>703</sup> Paysahipleri sözleşmesinin söz konusu işlevleri için Peter **Forstmoser**, Schnittstelle, s. 379 vd.

<sup>704</sup> **Mestmäcker**, Gemeinschaftsunternehmen, s. 12- 13.

<sup>705</sup> Ayrıntılarına aşağıda 3. Bölüm’de girecek olmakla birlikte; pay dağılımı, stratejik kararların alınması bakımından anasözleşmede nitelikli yetersayıların öngörülmesi, oy hakkında imtiyaz ve yönetim kurulunda temsil edilme hakkı gibi araçlara anasözleşmede yer vermek suretiyle de ortak kontrol tesis edilebilir. Bununla birlikte temel sözleşme, ortak kontrolün elde edilmesi ve işlevsel bir şekilde icra edilmesi bakımından kritik bir rol üstlenmekte, özellikle oy sözleşmelerine özgü düzenlemelere yer vererek hakim paysahiplerinin paysahipliği haklarını “ortak kontrol” amacıyla çelişecek bir şekilde kullanmalarını önlemektedir. Bu bağlamda, anasözleşmeye özgü araçlar ortak kontrolün elde edilmesini sağlayabilirse de, ortak kontrolün sürekliliği ve istikrarı, temel sözleşmede yer alacak düzenlemelerle temin edilecek, bu saade kilitlenmenin süreklilik kazanması engellenebilecektir.

taşıyan araçlara yer verilebilir<sup>706</sup>; hem de ortak kontrolün maddi içeriğini oluşturan stratejik kararlara ilişkin ayrıntılı hükümler getirilebilir. Bu nedenle uygulamada, hakim teşebbüsler, ortak girişim şirketi tarafından alınacak kararların hangilerinin stratejik olduğunu temel sözleşmede belirlemektedir.

Temel sözleşmenin ortak girişim açısından kritik önemi, ortak kontrole ilişkin hükümleri içermesi bakımından kendisini gösterir. Temel sözleşmede, ortak kontrolün nasıl tesis edileceği ve buna bağlı olarak hakim ortakların şirketi ortaklaşa yönetmelerinin hangi araçlarla sağlanacağına ilişkin hükümlerin yer aldığı gözlemlenmektedir. Ortak girişim şirketinin hakim ortakların ortak kontrolünde olması keyfiyeti, etkisini ortaklığın yönetiminde göstermektedir. Ortak girişim şirketlerinde hakim ortaklar, ortaklık açısından stratejik önem taşıyan<sup>707</sup> kararların alınmasında söz sahibi olabilmek ve bu sayede ortak kontrolü paylaşabilmek için, temel sözleşmeye şirket organlarının oluşumuna ve stratejik kararların alınmasında yetersayılara ilişkin hükümler eklemektedir. Bu tür düzenlemelerin yöneldiği amaç, ortak girişim şirketinin ana stratejisini etkileyen kararların hakim ortaklar tarafından ortaklaşa alınmasını temin etmektir; zira aksi takdirde ortak kontrolden söz etmek mümkün değildir.

Ortak girişim şirketinin ortak kontrol altında bulunması, onun “bağımlı” bir ortaklık olması anlamına gelmektedir<sup>708</sup>. Hakim pay sahipleri, kalıcı bir şekilde ortak kontrolleri altında bulundurmaya tasarladıkları ortak girişim şirketine, ortaklık iradesinin oluşumunu, her bir kararın alınmasında ortaklık organları tarafından yürütülecek müzakerelere bırakmak istememekte, bu iradenin oluşumuna ilişkin olarak bazı esasları önceden belirlemeyi tercih etmektedir. Temel sözleşmenin bazı yazarlarca “esaslar sözleşmesi” olarak adlandırılmasının nedenini de bu noktada aramak gerekir<sup>709</sup>. Böylelikle, ortak girişim şirketi, kanunun öngördüğü şekilde “iradesi sadece ve doğrudan doğruya kendi organlarında oluşan” bir ortaklık

---

<sup>706</sup> Örnek olarak, oy sözleşmelerine özgü taahhütler, ortak kontrolün oluşumu açısından önemli bir rol üstlenmektedir. Oy sözleşmelerine özgü düzenlemelere ana sözleşmede yer verilemez, bu nedenle söz konusu düzenlemelere temel sözleşmede yer verilmekte veya bağımsız bir oy sözleşmesi akdedilmektedir. Oy sözleşmelerinin ortak kontrolün tesisindeki rolü için bkz. aşa. §11, VI, C, 1.

<sup>707</sup> Stratejik nitelik taşıyan karar kavramının somut içeriği konusunda bkz. aşa. § 10, III, B, 1.

<sup>708</sup> Atipik nitelikteki bu bağımlılığın oluşumu ve özellikleri için bkz. aşa. § 9, I, C.

<sup>709</sup> bkz. yuk. dn. 573.

olmayıp, “iradesi, başka bir belirleyici iradeye göre biçimlenen” bir ortaklıktır ve dolayısıyla bağımlı bir ortaklıktır. Bu belirleyici iradeyi “ortak kontrol iradesi” olarak nitelendiriyoruz<sup>710</sup>.

Ortak girişim şirketinde anasözleşmenin işlevine bu yönden bakıldığında, Anonim Ortaklıklar Hukuku’nda ortaklığın anayasası olarak nitelendirilen anasözleşme, ortak girişim şirketinde, tek başına söz konusu ortaklığın yapısı bakımından hiç bir şey ifade etmemektedir. Anasözleşme, ancak temel sözleşmeyle birlikte bir anlam ifade etmekte, ortak girişim şirketinin işleyişi ve bu cümleden olarak ortaklık organlarının ortaklık iradesini oluşturan kararları, temel sözleşme ışığında biçimlenmektedir<sup>711</sup>.

Ortak kontrole tabi olan bir ortaklığın işleyişi, ortak kontrolü paylaşan hakim ortakların mutabakatına bağlıdır. Ortak kontrolü hayata geçiren bu tür düzenlemelerin ortaklık yönetiminde uygulanması sırasında, belirli kararlar açısından bu mutabakatın sağlanamaması gündeme gelebilir. Kuşkusuz ki, bunun sonucu, hakim ortakların görüş birliğine varamadığı meselelerde karar alınamaması ve buna bağlı olarak karara konu olan işlerin gerçekleştirilememesidir. Esasen, ortak kontrolün mahiyeti gereği özellikle iki hakim ortaklı ortak girişim şirketleri, kuruldukları andan itibaren bu riski barındırırlar<sup>712</sup>.

Bu nedenle, hakim ortakların, söz konusu potansiyel kilitleme olgusunun bilincinde olmaları ve aralarındaki anlaşmazlıkların ortak girişime yönelik olumsuz etkilerinin asgariye indirilmesi yönünde çaba göstermeleri, ortak girişimin varlığını sürdürmesi açısından merkezi öneme sahiptir. Şu kadar ki, münferit kararların alınmasında ortaya çıkan anlaşmazlıkların yaygınlaşması ve hakim ortaklar arasındaki uyumsuzluğun şirketin yönetim organlarının işleyememesine yol açması, ortak girişimin amacına ulaşmasını tehlikeye düşürebilir. Bu açıdan, temel sözleşmelerde kilitlemenin etkilerini gidermeye yönelik çeşitli düzenlemelerin getirilmesi söz konusu olmaktadır.

---

<sup>710</sup> Bu iradenin mahiyetine ve oluşum sürecine yönelik değerlendirmeler için bkz. aşa. § 10, II

<sup>711</sup> **Gansweid**, s. 66.

<sup>712</sup> **Von der Crone**, Zweimannesellschaften, s. 38.

Bu düzenlemeler arasında, ortak girişim şirketinde kontrolün el değiştirmesine yönelik düzenlemeler üzerinde önemle durmak gerekir. Gerçekten de, hakim ortakların işbirliğinin amacına ulaşamayacağıının anlaşılması veya hakim ortakların işbirliğini sürdürmeme kararı alması gibi hallere özgü olarak, hakim ortaklarının birbirlerini paylarını satın almaya (call-option) veya birbirlerine satmaya (put option) zorlamalarına ilişkin düzenlemelerin yanısıra hakim ortaklardan birinin paylarını üçüncü kişilere satmasına taraflarca bağlanan hukuki sonuçlar da temel sözleşmede yer almaktadır.

Bir yandan kilitlenmenin ortak girişim şirketlerinde karakteristik bir özellik olarak ortaya çıkması ve nihayet ortak kontrolün ve riskin paylaşılmasının bir tezahürü olarak ortak girişim şirketlerinin ekonomik açıdan yüksek başarısızlık riskini taşıyan bir teşebbüs niteliğini taşıması karşısında, temel sözleşmede tarafların temel sözleşmenin ve gerekirse ortak girişim şirketinin sona ermesine ilişkin düzenlemelere de yer verilmektedir.

Kilitlenmenin temel sözleşmede öngörülen yöntemlerle dahi çözülemeyeceği dikkate alındığında, ortak kontrolün ve buna bağlı olarak taraflar arasındaki işbirliği ilişkisini kuran temel sözleşmenin sona ermesine ilişkin hükümler de bu sözleşmenin önemli bir düzenleme alanını oluşturmaktadır.

## **B. Temel Sözleşmelerin Uygulamada Tipikleşmiş İçeriğine Genel Bakış**

### **1. Yaklaşım**

Temel sözleşmenin somut içeriğini, ilke olarak hakim paysahiplerinin konumları ve sermayeye katılmalı ortak girişimin faaliyet konusu belirlemektedir. Bu itibarla, temel sözleşmenin içeriği, her somut işbirliği ilişkisinde değişiklik gösterir<sup>713</sup>.

---

<sup>713</sup> Bu yönde **Langefeld-Wirth**, Rechtsfragen, s. 3. Temel sözleşmenin içeriğine yönelik çeşitli yaklaşımlar için bkz. **Ross**, s. 9-10; bu alanda Anglo-Amerikan Hukuku'nda egemen olan yaklaşımların teorik dayanakları için bkz. Steven R. **Salbu**, Joint Venture Contracts as Strategic Tools, Indiana Law Review, Yıl : 1991-1992, C. 25, s. 416 vd, Türk Hukuku'nda **Şahinalp**, s. 491-492. *Common law* ile Kıta Avrupası Hukuku'nun sözleşmenin kurgulanmasına yönelik

Bununla birlikte, ortak girişimin somut özellikleri dışında hemen tüm ortak girişimler açısından geçerli olan bazı faktörler, temel sözleşmenin içeriğinin kısmen de olsa uygulamada tipikleşmesine yol açmıştır<sup>714</sup>. Daha açık bir anlatımla, uygulamada temel sözleşmelerde yer verilen bazı tipik sözleşme hükümlerinin varlığından söz etmek mümkündür. Kuşkusuz ki, bu hükümlerin içeriği, somut ortak girişimde hakim pay sahiplerinin yaklaşımları ekseninde değişebilecektir. Bu aşamada, temel sözleşmenin uygulamada tipikleşmiş içeriğine değinirken amaç, uygulamadan hareketle bir tümevarım yöntemini hayata geçirmek ve “uygulamadaki ortak girişim fenomenini” sistematize etmek değil, sermayeye katılmalı ortak girişimlerde karşılaşılan hukuki sorunları, temel sözleşmenin uygulamada tipikleşen içeriği ışığında ortaya koymaktır. Bu açıdan, bu bölümde temel sözleşmeye ilişkin uygulamada sıkça kullanılan sözleşme hükümlerine genel bir bakış sunulacaktır. Bu bakış sunulurken, anonim ortaklıkların kendine özgü hukuki yapısı mutlaka gözetilmelidir. Bu bakış ışığında saptanacak hukuki sorunlar, aşağıda sermayeye katılmalı ortak girişimlerin Ortaklıklar Hukuku bakımından arz ettiği sorunlarla ilgili incelemelerde değerlendirilecektir.

## 2. Hakim Teşebbüslerin Ortak Girişim Şirketindeki Konumlarına ve Pay Dağılımına Özgü Düzenlemeler

Temel sözleşme, ortak girişim şirketi kurulmadan veya mevcut bir şirket ortak girişim şirketine dönüştürülmeden önce yapıldığı için, hakim pay sahiplerinin müstakbel ortak girişim şirketinde nasıl bir konumda bulunacaklarını da ortaya koyma işlevini üstlenir. Temel sözleşmenin ortak girişim şirketinin stratejik temelini

---

farklı yaklaşımlarını inceleyen **Dannemann**, somut ortak girişimi çevreleyen olgular dışında, tarafların tâbî oldukları hukuk sistemlerinin de sözleşmenin içeriğine doğrudan etki ettiğini örneklerle ortaya koymaktadır; bkz. Gerhard **Dannemann**, *Some Comparisons Between Common Law and Civil Law*, (Eva **Micheler** / D.D. **Prentice**), *Joint Ventures in English and German Law*, Oxford, 2000, s. 3-4. Bu bağlamda yazar, sermayeye katılmalı ortak girişimlerin filizlendiği *common law* sisteminde, bu sisteme egemen olan geleneklerin etkisiyle ortak girişim sözleşmelerinin çok daha ayrıntılı bir şekilde kaleme alındığını ve hukukçuların her türlü ihtimali gözetmeye gayret ettiğini, Kıta Avrupası hukukçularının ise daha ziyade temel meseleler üzerinde durduğunu belirtmektedir.

<sup>714</sup> Temel sözleşmede sıkça yer alan çeşitli düzenlemeler için bkz. François **Dessemontet**, *Les droits de propriété intellectuelle dans les opérations de joint venture*, *Festschrift zum 65. Geburtstag von Mario Pedrazzini*, Bern, 1990, (Atf Yapılan Metin: <http://www.unil.ch/webdav/site/cedidac/shared/Articles/MelangesPedrazzini.pdf>), s. 8, ayrıca temel bir yaklaşım için bkz. **Oertle**, s. 65. Ayrıca uygulamada sıklıkla kullanılan çeşitli sözleşme modellerine örnek olarak bkz. **Vogt/Watter**, s. 36, **Trochon/Curtis**, s. 137.

ortaya koyması itibariyle, hakim teşebbüslerden ayrı bir ekonomik birim olarak yapılandırılacak olan ortak girişim şirketinde her bir hakim paysahibinin hangi stratejik konumu işgal edeceği, diğer bir deyişle ortak girişim şirketine ne tür stratejik katkılar sağlayacağı, temel sözleşmede ele alınmaktadır.

Diğer yandan, anonim ortaklık olarak kurulan ortak girişim şirketinin oluşum biçimleri incelenirken belirtildiği üzere<sup>715</sup>, hakim paysahiplerinin eşit oranda paylara veya oy haklarına sahip olmayabileceği dikkate alındığında, hakim paysahiplerinin müstakbel ortak girişimde ne oranda pay sahibi olacakları da temel sözleşmede düzenlenmektedir. Bu noktadan hareketle, payların hakim paysahipleri arasındaki dağılımı dikkate alınarak, ortak kontrolün ne şekilde tesis edileceği ve korunabileceğine dair düzenlemeler de temel sözleşmenin önemli bir parçasını oluşturmaktadır<sup>716</sup>.

### 3. Kontrolü Sağlamaya Yönelik Düzenlemeler

Ortak kontrol, sermayeye katılmalı ortak girişimlerin esaslı unsurlarından birisidir. Bu itibarla, ortak kontrolün sağlanması ve korunması, temel sözleşmenin ağırlıklı düzenleme alanlarından birisini oluşturmaktadır. Çalışmamızda esas aldığımız görüş uyarınca, ortak kontrol çeşitli sebeplere istinaden ve çeşitli yöntemler marifetiyle ortaya çıkabilmekle birlikte, sermayeye katılmalı ortak girişimin sağlıklı bir yapıya sahip olması ve varlığını koruyabilmesi, ortak kontrolün temel sözleşmedeki düzenlemelerle teminat altına alınmasına bağlıdır<sup>717</sup>. Bu noktadan hareketle, taraflar, temel sözleşmede ortak kontrolün hangi araçlardan yararlanılarak oluşturulacağını ve nasıl icra edileceğini hükme bağlamaktadır.

Bu aşamada, ortak kontrolün maddi içeriğini oluşturan stratejik kararlar<sup>718</sup>, ortak kontrolün tesisi bakımından kritik önem taşımaktadır. Açık bir anlatımla, temel sözleşmenin en önemli işlevlerinden birisi, ortaklık organlarında alınacak

---

<sup>715</sup> bkz. yuk. § 6, II, B.

<sup>716</sup> Yukarıda ( bkz. yuk. § 6, II, A) irdelendiği üzere, payların ve oy haklarının paysahipleri arasında dağılımı, ortak kontrolün elde edilmesi açısından doğrudan bir etkiye sahiptir. Bu konudaki değerlendirmeler için bkz. aşağı. § 11, III, A.

<sup>717</sup> Kontrol kavramı, kontrolü sağlayan araçlar ve kontrolün ortadan kalkması, aşağıda ayrıntılılarıyla ele alınacaktır; bkz. aşağı. § 9, IV, § 10, II.

<sup>718</sup> Stratejik karar kavramı için bkz. aşağı § 10, III, B, 1.

kararlardan hangilerinin stratejik nitelik taşıdığı belirlenmesidir. Buna ilişkin düzenlemeler, hakim paysahiplerinin hangi konularda uzlaşmalarının gerekli olduğunu da ortaya koymaktadır.

#### 4. Organların Yetkilerine İlişkin Düzenlemeler

Temel sözleşmede bir kez hangi kararların stratejik nitelik taşıdığı saptandığında, bu kez söz konusu kararın hangi organ tarafından alınacağı belirlenmesi zorunlu hale gelmektedir. Diğer bir anlatımla, ortak kontrolün sağlıklı işleyişi, genel kurulun yönetim kurulu arasındaki yetki dağılımının sağlıklı bir şekilde belirlenmesine bağlıdır. Bu nedenle, yetki dağılımına ilişkin temel sözleşme düzenlemelerine de kısaca göz atmakta yarar vardır.

Anonim ortaklıkların işleyişinde istikrarı tehdit eden temel olgulardan birisi de, ortaklık organları arasındaki yetki çatışmasıdır. Türk Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda da, genel kurul ile yönetim kurulu arasındaki yetki ayrımı, pozitif bir düzenlemeyle açıklığa kavuşturulmamış; anonim ortaklığa ilişkin çeşitli hükümlerde, genel kurulun ve yönetim kurulunun yetkilerine ayrı ayrı değinilmiştir<sup>719</sup>. Temel sözleşmenin önemli işlevlerinden birisi de, söz konusu yetki çatışmasının açıklığa kavuşturulmasıdır<sup>720</sup>. Bu bağlamda, genel kurul ve yönetim kurulunun münhasır yetkileri gözetilerek bu yetkilerin dışında kalan bazı kararların hangi organlar tarafından alınacağı temel sözleşmede belirlenmekte, söz konusu düzenlemeler, anasözleşmeye de yansıtılmaktadır<sup>721</sup>.

#### 5. Kilitlenmeyi Önlemeye veya Gidermeye Yönelik Düzenlemeler

---

<sup>719</sup> TTK Tasarısı'nın yaklaşımı ise farklıdır. Genel kurul ile yönetim kurulu arasında ortaya çıkan yetki çatışmalarını dikkate alan Tasarı, yönetim kurulunun (Tasarı m. 375) münhasır yetkilerini bir liste halinde sıralamış; genel kurul açısından ise Tasarı m. 408'de aynı yöntemi belirlemekle birlikte, bu hüküm dışında başka hükümlerde de genel kurulun münhasır yetkilerine yer vermiştir. Bu açıdan, yönetim kurulu ile genel kurulun münhasır yetki alanlarına girmeyen hususların anasözleşmeyle bu iki organdan birinin yetki alanına dahil edilebileceğini, bu yöntem uygulanmadığı takdirde alınacak karar konusunda yönetim kurulunun yetkili bulunduğunu öngören Tasarı m. 374, hem her iki organ arasındaki yetki çatışmasını gidermesi hem de boşluk halinde daha işlevsel bir organ olan yönetim kurulunu devreye sokması açısından olumlu bir düzenlemedir.

<sup>720</sup> Bu yönde, **Tschäni**, M&A, s. 298.

<sup>721</sup> Bu konudaki değerlendirmeler için bkz. aşa. § 12, I, D.

Temel sözleşmelerde yer alan tipik düzenlemelerden birisi de, ortak kontrolü tehdit eden olguların önlenmesi veya ortadan kaldırılmasıdır. Sermayeye katılmalı ortak girişimlerde ortak kontrolü tehdit eden başlıca olgu, ortaklığın kilitlenmesidir.

Sermayeye katılmalı ortak girişimler, yapıları ve nitelikleri gereği, kuruldukları andan itibaren kilitlenmeye elverişli bir ortaklık yapısı arz eder<sup>722</sup>. Zira, ortak kontrol, ortak kontrolü paylaşan pay sahiplerinin ortak girişimde stratejik kararların alınması bakımından birbirleriyle uzlaşmalarını zorunlu kılmaktadır. Uzlaşma zorunluluğu, kilitlenme riskini beraberinde getirir.

Genel bir yaklaşımla kilitlenme, anonim ortaklığın yönetim mekanizmalarının işlerliğini kaybetmesi, karar organlarının ortadan kalkması veya gerekli yetersayıları sağlayamayarak karar alamayacak hale gelmesidir<sup>723</sup>. Sermayeye katılmalı ortak girişimlerde kilitlenme, hakim pay sahiplerinden birinin veya bir kaçının stratejik bir kararın oylanmasında olumsuz oy kullanması nedeniyle ortaya çıkar. Bir kez kilitlenme ortaya çıktığında, ortaklığın karar organları olan genel kurulun veya yönetim kurulunun belirli bir veya bir kaç stratejik kararı alamaması söz konusu olmakta, bu durum doğrudan doğruya sermayeye katılmalı ortak girişimin stratejik konumunu etkilemektedir. Kilitlenmenin belirli kararlarla sınırlı kalmayarak yaygınlaşması ve hatta istikrar kazanması, giderek ortak girişim ilişkisinin ve anonim ortaklığın varlığını tehdit edebilecektir.

Bu riski önlemeye yönelik olarak, temel sözleşmede, çeşitli hükümlere yer verilmektedir. Bu tür düzenlemeler, hem kilitlenmenin önlenmesi için, hem de bu önlemlerin yetersiz kalması halinde kilitlenmenin giderilmesine ve şirkete yeniden işlerlik kazandırılmasına ilişkin yöntemleri içermektedir<sup>724</sup>.

## 6. Faaliyet Konusuna ve İş Planına İlişkin Düzenlemeler

Faaliyet konusu, ortak girişim şirketinin pazardaki konumu açısından kritik bir önemi haizdir. Anonim ortaklıklara hakim olan *ultra vires ilkesi* (TTK.m. 137), ortaklığın

<sup>722</sup> Von der Crone, Zweimanngesellschaften, s. 38.

<sup>723</sup> Ali Dural, s. 30-32.

<sup>724</sup> Bu konudaki ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. aşağıda § 12, II, C, 1 vd.



anasözleşmede belirlenen konunun sınırları dışında kalan işlemlerinin kesin geçersizlikle sakatlanmasına yol açmaktadır<sup>725</sup>. *Ultra viresin* yarattığı bu mahsurun önlenmesine yönelik olarak uygulama, anasözleşmede şirketin faaliyet konusunun mümkün olduğunca geniş bir şekilde formüle edilmesi yöntemini geliştirmiştir. Buna bağlı olarak, anonim ortaklıklar uygulamasında, ortaklığın faaliyet alanıyla ilintili olmayan bir çok konu, *ultra vires* engeliyle karşılaşılmaması gagesine yönelik olarak anasözleşmeye dahil edilmektedir.

Aynı yöntemin, anonim ortaklık olarak yapılandırılan sermayeye katımlı ortak girişimlerde de benimsenebileceğinde kuşku yoktur. Bu yöntem, *ultra vires* engelinin aşılması açısından verimli sonuçlar doğursa da, sermayeye katımlı ortak girişimin istikrarı açısından, ortak girişim şirketinin somut faaliyet konularının temel sözleşmede ele alınması gerekir.

Uygulamada, temel sözleşmede ortak girişim şirketinin faaliyet konusunun belirlenmesiyle yetinilmemekte, aynı zamanda bu faaliyet konusunun ne şekilde hayata geçirileceği konusunda da somut düzenlemelere yer verilmektedir<sup>726</sup>. Hakim teşebbüsler, faaliyet konusunun kısa ve orta vadede ne şekilde uygulanacağını, temel sözleşmede esaslarını belirledikleri hatta bazı durumlarda temel sözleşmeye ekledikleri iş planında (*business plan*) somutlaştırmaktadırlar<sup>727</sup>.

## 7. Sermaye Taahhütlerine ve Ortaklığın Finansmanına İlişkin Düzenlemeler

<sup>725</sup> **Poroy ( Tekinalp/Çamoğlu)** No. 125, **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku, s. 53. Buna karşılık, ticaret ortaklıklarının ehliyetini düzenleyen TTK Tasarısı m. 125/2, *ultra vires* ilkesine yer vermemiştir. Bununla birlikte, Tasarı m. 371, anonim ortaklığı temsile yetkili olanların üçüncü kişilerle yaptığı işletme konusu dışında kalan işlemler açısından, üçüncü kişinin söz konusu işlemin ortaklığın işletme konusu dışında kaldığını bilmesi veya bilebilecek durumda olduğunun kanıtlanması halinde, işlemin ortaklığı bağlayacağını öngörmektedir. Ortaklık konusu dışında kalan işlemin ortaklığı bağlayabilmesi, diğer bir anlatımla üçüncü kişinin belirli bir hakkı kazanması (söz ortaklık konusu dışında kalan işlemde dolayı hak elde edebilmesi) için, kanunun iyiniyeti aradığı hallerde bu hakkı kazanmasına engel olan durumu bilmemesi veya bilecek durumda bulunmaması arandığına göre, buradaki iyiniyet subjektif iyiniyettir; bkz. **Oğuzman/Barlas**, Medeni Hukuk, Giriş Kaynaklar Temel Esaslar, 13. Bası, İstanbul, 2006, s. 182.

<sup>726</sup> **Okutan**, s. 128.

<sup>727</sup> Rudolf **Tschäni**, M& A-Transaktionen nach Schweizer Recht, Zürich, 2003, s. 293. İş planının belirlenmesine ilişkin genel kurul kararı açısından özel bir yetersayı öngörülmemiştir. Rekabet Hukuku'nda ortak kontrolün somut içeriğine ilişkin yaklaşım, iş planının belirlenmesini, ortak girişim şirketinde ortak kontrole konu olması gereken bir stratejik karar olarak nitelendirmektedir; bu konuda bkz. aşa. § 10, III, B, 4.

Temel sözleşmenin esaslı düzenleme alanlarından birisi de, ortaklığın donanımdır. Sermayeye katılmalı ortak girişimin faaliyet konuları ve amacı bir kez açıklığa kavuşturulduğunda, bu kez bu amaca yönelik faaliyetin hangi kaynaklarla yürütüleceği sorununu ortaya çıkacaktır. Ortak girişim şirketinin malvarlığının özvarlıklardan ve yabancı varlıklardan oluşacağı dikkate alındığında, bu varlıkların oluşumu ve ne şekilde değerlendirileceği, temel sözleşmenin ağırlıklı konularından birisini oluşturmaktadır.

Ortaklığın özvarlıkları, sermayeden, yedek akçelerden, yeniden değerlendirme fonundan ve amortismanlardan meydana gelir<sup>728</sup>. Anasözleşmede, ortaklığın esas sermayesinin belirtilmesi zorunludur (TTK.m. 279/3). Temel sözleşmede ise , ortak girişim şirketinin esas sermayesi belirtildiği gibi, hangi koşullar dahilinde esas sermayenin artırılacağı ve artırım tutarı da düzenlenebilmektedir. Bunun yanı sıra, kanuni yedek akçeler dışında ihtiyari yedek akçelerin ayrılıp ayrılmayacağı, ayrılacaksa bu kaynağın ne şekilde kullanılacağına temel sözleşmede düzenlenmesi, yönetim kurulunun fevkalade yedek akçe ayrılmasına hangi durumlarda karar verebileceği gibi konuların temel sözleşmede belirlenmesi, ortaklığın finansmanı açısından istikrarın sağlanmasına hizmet edecektir.

Sermayeye katılmalı ortak girişimlerde, hakim pay sahiplerinin ortaklığa katkıları, sermaye taahhüdünden ibaret kalmamakta; bu taahhütlere ek olarak pay sahiplerinin ortaklığa karşı belirli ek edimleri yerine getirme yükümlülüğü altına girmeleri söz konusu olmaktadır. Buna karşılık, TTK. m. 405 vd. hükümlerinde yansıma bulan tek borç ilkesi, anonim ortaklıklarda pay sahibinin şirkete karşı sermaye taahhüdü dışında başka yükümlülükler altına girmesi açısından engel teşkil etmektedir. Bu tür düzenlemelerin tek borç ilkesine aykırılığı öğretide tartışılmış, TTK.m. 405 hükmünün pay sahiplerinin ortaklık düzeni içinde paya bağlı olarak bu tür yükümlülükler altına girmesi açısından engel oluşturduğu, bununla birlikte bu düzene dahil olmayan pay sahipleri sözleşmelerinde pay sahiplerinin ortaklığa karşı bu tür yükümlülükleri üstlenmelerinin tek borç ilkesini zedelemeyeceği kanaatine varılmıştır<sup>729</sup>.

---

<sup>728</sup> **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)** No. 1489.

<sup>729</sup> **Okutan**, s. 40.

Diğer yandan, sermayeye katılmalı ortak girişimin dış kaynaklarla finanse edilmesi de söz konusu olmaktadır. Bu bağlamda, temel sözleşme, ortak girişim şirketinin finansmanının hangi oranda özkaynaklarla hangi oranda dış kaynaklarla finanse edileceğini, bu çerçevede hakim paysahiplerinin “sermaye taahhüt eden” veya “ ortak girişim şirketinin borcunu temin eden” (teminat borçlusu) sıfatıyla ne tür yükümlülükler üstleneceği meselesi de, temel sözleşmenin önemli konularından birini oluşturmaktadır<sup>730</sup>.

## 8. Kârın Değerlendirilmesine ve Dağıtımına İlişkin Düzenlemeler

Hakim teşebbüsler açısından öncelikli önem taşıyan husus, sermayeye katılmalı ortak girişimin temel sözleşmede belirlenen strateji doğrultusunda istikrarlı bir şekilde faaliyet göstermesi ve kontrol mekanizmalarının sağlıklı bir şekilde işlemesidir. Sermayeye katılmalı ortak girişimlerin genellikle sürekli olarak finansman gerektirmeleri, hakim paysahiplerini temel sözleşmede kârın değerlendirilmesi ile ilgili düzenlemeler yapmaya yöneltmektedir. Zira, hakim paysahiplerinin , ortak girişimin kuruluşundan itibaren şirketin elde ettiği net kârın ne şekilde değerlendirileceği konusunda anlaşmaları, söz konusu kârın hangi koşullarda sermaye artırımında kullanılacağını önceden belirlemeleri, yararlı olacaktır. Aksi takdirde, özellikle uluslararası girişimlerde yerli ortağın kâr elde etme eğilimi ile yabancı ortağın kârı yatırımda değerlendirme eğilimi birbiriyle çatışacak, kilitlenme olasılığı gündeme gelecektir. Bu noktada, temel sözleşmenin düzenleyici işlevi kendisini göstermektedir : Hakim paysahipleri, kârın dağıtımı konusunda temel sözleşmede ayrıntılı düzenlemeler getirerek bu konuda çıkabilecek uyuşmazlıkları önceden önleyebileceklerdir<sup>731</sup>.

---

<sup>730</sup> **Comben**, s. 61 vd.

<sup>731</sup> Bu tür hükümler, hakim paysahiplerinin kârın dağıtımına ilişkin genel kurul toplantısında hangi yönde oy kullanacaklarını çeşitli ihtimallere göre düzenlemektedir. Hakim paysahipleri, her durumda net kârın belirli bir oranının dağıtılması yönünde karar alınmasını düzenleyip, kalan kısmın değerlendirilmesi bakımından çeşitli ihtimallere göre farklı yöntemler öngörebilirler. Örnek olarak, net kârın yarısının paysahipleri arasında dağıtılması, kalan kısmın sermaye artırımında değerlendirilmesi formülüne temel sözleşmede yer verilebilir. Kuşkusuz ki, hakim paysahiplerinin temel sözleşmede bu yönde oy kullanmayı taahhüt etmelerine rağmen aksi yönde hareket etmeleri söz konusu olabilir. Kanımızca bu olasılıkta, hakim paysahibinin taahhüdü yönünde hareket etmeye zorlanması yerine, temel sözleşmede öngörülen cezai şart hükmünden yararlanılması veya opsiyon haklarının kullanılması daha verimli sonuçlar doğuracaktır; karş. paysahibinin belirli bir yönde oy kullanma taahhüdünü yerine getirmeye zorlanabileceği

Bu bağlamda, sermayeye katılmalı ortak girişimin faaliyet gösterdiği pazar ve içinde bulunduğu somut koşullar ışığında , kârın kısmen veya tamamen, belirli bir süreliğine veya belirli koşulların gerçekleşmesine ve ortaklığın belirli düzeyde finansman ihtiyacı duymasına bağlı olarak sermayeye eklenmesi, taraflarca kararlaştırılabilir.

Anonim ortaklıklarda tahakkuk eden kâr üzerinde tasarruf etmeye yetkili olan yegane organ genel kurul olduğuna göre<sup>732</sup>, temel sözleşmeye kârın değerlendirilmesine yönelik olarak konulan hükümler, temel sözleşmeye taraf olan hakim paysahipleri arasında kârın değerlendirilmesi konusundaki kararlarda belirli bir yönde hareket etme yükümlülüğü getiren düzenlemeler olarak nitelendirilmelidir. Diğer bir anlatımla bu tür düzenlemeler, hakim paysahipleri arasında oy sözleşmelerine özgü taahhütlerin üstlenilmesine zemin hazırlamaktadır.

## 9. Uydu Sözleşmelerine Yönelik Düzenlemeler

Bir kez ortak girişim şirketi kurulduktan sonra, ortak girişim şirketinin istikrarlı bir şekilde faaliyetini yürütmesi bakımından, ortak girişim şirketinin hakim teşebbüslerle kuracağı ilişkiler büyük önem taşımaktadır. Bu nedenle hakim teşebbüsler, kendileri ile ortak girişim şirketi arasında kurulacak müstakbel borç ilişkilerini önceden belirlemeyi tercih etmektedir.

Temel sözleşmede her bir hakim teşebbüs ile ortak girişim şirketi arasında ne tür sözleşmelerin yapılacağı, bu sözleşmelerin kapsamı ve süresi önceden belirlenebilmektedir. Bu açıdan önem taşıyan husus, temel sözleşme ile bu sözleşme uyarınca taraflar arasında yapılacak uydu sözleşmeler arasındaki ilişkidir<sup>733</sup>. Genellikle hakim paysahipleri, temel sözleşmede uydu sözleşmelerinin ihlaline ilişkin yaptırımlar da öngörmektedir.

---

yönünde bkz. Erdoğan **Moroğlu**, Oy Sözleşmeleri, 2. Baskı, Ankara, 1996, s. 112; **Okutan**, s. 366 vd., ayrıca bkz. aşa. § 11, VI, C, 3.

<sup>732</sup> Halka açık anonim ortaklıklarda, anasözleşmede hüküm bulunması ve genel kurulun karar alması koşuluyla yönetim kuruluna belirli sınırlar dahilinde temettü avansı dağıtma yetkisi verilebilir (SPK.m. 15/4).

<sup>733</sup> bkz. yuk. § 8, I, D, 5.

## 10. Ortak Girişim İlişkisinin Sona Ermesine veya Bu İlişkinin Taraflarının Değişmesine Yönelik Düzenlemeler

Sermayeye katılmalı ortak girişimlerin büyük risklerin tasfiyesinde tercih edilmesi, aynı zamanda bu işbirliği modelinin varlığını da tehdit eden olgulardan birisidir. Bu oluşumdan beklenen ekonomik yararın elde edilememesi, ortak girişimin sona ermesine yol açabilir.

Ortak girişimin kalıcılığını zedeleyen bir başka olgu da, kendisini bizzat sermayeye katılmalı ortak girişimin yapısında göstermektedir. Bu oluşumların hakim teşebbüslerin ortak kontrolü altında yönetilmesi, istikrar açısından olumsuz bir olgu olarak görülmelidir. Gerçekten de, bir teşebbüsün ortak kontrole tabi bulunması, söz konusu teşebbüsü kilitlenmeye elverişli bir teşebbüs haline getirmektedir. Temel sözleşmede yer alan ve kilitlenmenin önlenmesini veya giderilmesini hedef tutan düzenlemelerin yarar sağlayamaması halinde, ortak girişim ilişkisinin sona ermesi gündeme gelecektir.

Ortak girişim ilişkisinin sona ermesiyle, ortak girişim şirketinin sona ermesini birbirinden ayırmak gerekir. Ortak girişim ilişkisi, temel sözleşme uyarınca oluşan ve hakim teşebbüsler arasındaki işbirliğini simgeleyen bir ilişki iken, ortak girişim şirketi bu ilişki temelinde kurulan şirketi ifade etmektedir. Bu bağlamda, ortak girişim ilişkisinin sona ermesi, ortak girişim şirketinin de kendiliğinden sona ermesini sonuçlandırmayacaktır. Anonim ortaklık olarak kurulan bir ortak girişim şirketinin sona ermesi için, anonim ortaklığın sona erdirilmesine ilişkin mekanizmaların işletilmesi gerecektir (TTK.m. 434-435).

Hakim teşebbüsler, temel sözleşmede yapacakları düzenlemeyle ortak girişim ilişkisinin sona ermesi halinde ortak girişim şirketinin de sona erdirilmesine ilişkin mekanizmaların işletilmesini kararlaştırabilirler<sup>734</sup>. Ortak girişim şirketinin iflası olasılığı dışında sona erme, ortaklığın ihtiyari yoldan tasfiyesi marifetiyle veya ortaklığın feshine veya infisahının tesbitine ilişkin bir dava sonucunda alınacak ilam uyarınca gerçekleşecektir. Bu çerçevede, temel sözleşmeden doğan işbirliği

---

<sup>734</sup> **Schluep**, Privatrechtliche Probleme, s. 489.

ilişkilerini sona erdiren hakim paysahipleri, anonim ortaklıkta genel kurulda TTK. m. 388/2,4 hükümlerinde öngörülen yetersayılara uygun olarak ortaklığın feshedilmesine ve tasfiyesine karar verebilir (TTK.m. 434/1 b. 9). Bu olasılık dikkate alınarak temel sözleşmede, tasfiye yöntemi ve tasfiyeyi yürütecek olan kimseler (tasfiye memurları) belirlenebilir. Ayrıca, hakim paysahiplerinin tasfiye bakiyesinden hangi ölçüde yararlanacağına ilişkin düzenlemelere de temel sözleşmede yer verilebilir.

Uygulamada sıkça rastlanan düzenlemelerden birisi de, ortak girişim şirketinin ihtiyari tasfiyesinde, ortak girişim şirketinin malvarlığının bir kısmını, diğer bir anlatımla belirli malvarlığı unsurlarını satın almalarının kararlaştırılmasıdır. Genellikle bu tür düzenlemeler, hakim paysahiplerinin ortak girişim şirketine aynı sermaye olarak tahsis etmiş buldukları malvarlığı unsurlarını, şirketin tasfiyesi halinde kendi uhdelelerinde tutmak istemeleri halinde gündeme gelecektir. Kuşkusuz ki, söz konusu düzenlemelerin geçerliliğinin, ortaklığın tasfiyesine ilişkin emredici hükümler ışığında ele alınması gerekir<sup>735</sup>.

Hemen belirtelim ki, temel sözleşmede ortak girişim ilişkisinin sona ermesi halinde ortak girişim şirketinin sona ereceğinin kararlaştırılmaması veya bu yönde bir düzenleme getirilmesine rağmen hakim paysahiplerinin temel sözleşmeye aykırı hareket ederek ortak girişim şirketinin ihtiyari yoldan tasfiyesine karar vermemeleri mümkündür. Bu olasılıkta, şirket varlığını sürdürecektir, ancak deyim yerindeyse temel sözleşmenin etki alanından uzaklaşarak ve hakim paysahipleri arasında işbirliğine konu olmaktan çıkacaktır. Aşağıda inceleneceği üzere<sup>736</sup>, ortaklıkta oy haklarının iki hakim paysahibi arasında yarı yarıya dağıldığı durum dışındaki hallerde, ortak girişim sözleşmesinin sona ermesiyle ortak kontrol sona erecektir. Belirtilen istisnai durumda ise, ortak kontrol devam edecek olmakla birlikte, temel sözleşmenin sona ermesi ortaklığın kilitlenmesi tehlikesini artıracak, ortak kontrolün istikrarını tehdit edecektir.

Hakim teşebbüsler, ortak girişimin oluşum aşamasında, ortak girişim ilişkisinin sona ermesine rağmen, ortak girişim şirketinin sona ermemesini de kararlaştırabilirler. Bu

---

<sup>735</sup> Aynı dağıtımın koşulları açısından bkz. **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)** No. 1602a.

<sup>736</sup> § 15, IV, B.

tür düzenlemelerin en tipik görünüm biçimi, paysahiplerine tanınan opsiyon haklarında kendisini göstermektedir. Paysahipleri, temel sözleşmede yer alan ve anasözleşmeye yansıtılabilen<sup>737</sup> bu tür haklar marifetiyle, kendi paylarını diğer paysahiplerine satma veya diğer paysahiplerinin paylarını satın alma yoluyla, ortak kontrolün tekil kontrole dönüşmesine yol açabilirler. Bu hakların kullanılması nedeniyle, ikiden fazla olan hakim paysahibi sayısının ikiye düşmesi olasılığında ortak kontrol ilişkisi ortadan kalkmayıp, ortak kontrolün taraflarında bir değişiklik ortaya çıkabilir. Bu çerçevede, başka bir olasılık ise , hakim paysahiplerinin tümünün paylarını üçüncü kişilere devretmeleridir.

Tüm bu olasılıklarda, ortak girişim ilişkisi sona ermesine rağmen, bu sözleşme uyarınca kurulan şirket varlığını sürdürebilmektedir. Ancak, söz konusu şirket, artık kurulmasına veya ortak girişim şirketine dönüşmesine temel oluşturan temel sözleşmenin etki alanından uzaklaşmaktadır. Bunun istisnası, şirketin paylarını devralan yeni paysahiplerinin mevcut temel sözleşmeye taraf olmalarının sağlanması veya bu kişilerin şirketi bir ortak girişim şirketi olarak sürdürme amacına yönelik olarak yeni bir temel sözleşme akdetmeleridir. Bu şirket, söz konusu dönüşümden sonra, ortak kontrolün taraflarında bir değişiklik olmak kaydıyla ortak kontrole tabi olabileceği gibi, ortak kontrolden tekil kontrole geçiş sebebiyle tekil kontrole de tâbî kılınabilir. Bu bağlamda ortak girişim ilişkisinin sona ermesine rağmen ortak girişim şirketinin devam etmesi olasılığında şirketin akıbetinin nasıl olacağını temel sözleşmede düzenlenmesi, hakim paysahiplerinin sermayeye katılmalı ortak girişime tahsis ettikleri sermayenin kayba uğramaması açısından önem taşımaktadır.

### **C. Temel Sözleşmenin Adi Ortaklık Temeline Dayanan Ortaklık Yapılarına Özgü Nitelikleri**

#### **1. Tipik –Atipik Adi Ortaklık Ayrımı**

Bir kez temel sözleşmenin bir adi ortaklık sözleşmesi olarak nitelendirilmesi, temel sözleşmenin adi ortaklık tipolojisi ışığında ele alınmasını gerektirmektedir.

---

<sup>737</sup> Opsiyon haklarına özgü düzenlemelerin tüzel kişiliğe özgü olmayan (gerçek olmayan) anasözleşme hükmü niteliğini taşıdığı ve anasözleşmede yer alabileceği hususunda bkz. **Bahtiyar**, s. 239 vd.

Esaslı unsurlarının ve bu unsurların oluşturduğu hukuki yapının kanunda BK.m. 520 vd. hükümlerinde ortaya konulmuş olması itibariyle, adi ortaklık sözleşmesi tipik bir sözleşmedir. Bu sözleşme uyarınca kurulan adi ortaklığın, ortaklık tipolojisinde de kendisine ait bir yeri vardır. Daha açık bir anlatımla, Ortaklıklar Hukuku'na egemen olan sınırlı sayı ilkesi, ortaklık tiplerini sayı bakımından sınırlamakta, kamu düzeni saikiyle kanunun öngördüğü ortaklık tipleri dışında yenilerinin yaratılmasına olanak tanımamaktadır. Nitekim, adi ortaklıklar da bu ortaklık tiplerinden birisidir. Bu itibarla adi ortaklık, özel borç ilişkilerinin ve Ortaklıklar Hukuku'nun kesişim alanında yer almaktadır.

Gerek sözleşmelere, gerek ortaklıklara hakim olan tipoloji anlayışı uyarınca, bir sözleşmenin veya bir ortaklığın belirli bir tipin başlığı altında sınıflandırılabilmesi için, o tipin gerekli kıldığı asgari unsurları bünyesinde barındırması gerekir. Bu zorunluluk, tipoloji öğretisinde “*tipe bağlılık*” olarak adlandırılmaktadır<sup>738</sup>. Adi ortaklıkların ortaya koyduğu tipolojik yapı, ağırlıklı olarak yedek hukuk kurallarına dayandığından<sup>739</sup>, emredici kuralların ve BK. m. 19 ve 20’de belirtilen diğer hükümsüzlük sebeplerinin çizdiği sınırlar dahilinde temel sözleşmenin tarafları, bu sözleşmeyi dilediklerince biçimlendirme imkanına kavuşmaktadır. Nitekim, bu imkan, temel sözleşmenin uygulamada tipikleşmiş olan içeriğinin zenginliğinde kendisini göstermektedir.

Adi ortaklıklarda ortakların “ortaklığı biçimlendirme özgürlüğünün” geniş kapsamı, öğretide adi ortaklıkların çeşitli görünüm biçimleri bakımından tipik-atipik adi ortaklıklar ayrımının yapılmasına yol açmıştır<sup>740</sup>. Bu bağlamda, kanunun varsaydığı modele uygun bir biçimde yapılanan adi ortaklıklar tipik adi ortaklık, bu tipik yapıdan uzaklaşan, bununla birlikte adi ortaklık olma özelliklerini muhafaza eden adi ortaklıklar ise atipik adi ortaklıklar olarak nitelendirilmiştir.

Temel sözleşmenin bu ayırım içinde tuttuğu yerin belirlenebilmesi için, yukarıda temel sözleşmenin esaslı unsurları konusunda yapılan incelemelerin göz önüne

---

<sup>738</sup> **Bilgili**, s. 44.

<sup>739</sup> **Barlas**, *Adi Ortaklık Temeli*, s. 76.

<sup>740</sup> Atipik adi ortaklıklar için bkz. **Barlas**, *Adi Ortaklık Temeli*, s. 106 vd.



alınması gerekir. Bu bağlamda, temel sözleşmenin adi ortaklığın tipik hukuki yapısından saptığı düşüncesini temellendirecek bir tipolojik farklılaşması söz konusu değildir. Temel sözleşmenin tipolojik yapısı, adi sözleşmenin unsurları ışığında irdelendiğinde, temel sözleşme uyarınca meydana gelen adi ortaklığın, hakim teşebbüsler arasında (kişi unsuru) oluşan stratejik bir işbirliği anlaşmasının (sözleşme unsuru) bir tezahürü olduğu, bu anlaşma uyarınca tarafların bir ortak girişim şirketi kurma ve bunu ortaklaşa kontrol etme gayesine yöneldiği (amaç unsuru), ortak girişim şirketindeki paysahipliği haklarını temel sözleşme uyarınca kurulan adi ortaklığa katılma payı olarak getiren (katılma payı unsuru) ortakların, ortak gaye doğrultusunda bilfiil çaba göstermeyi üstlendikleri (affectio societatis unsuru) dikkate alındığında, temel sözleşmenin adi ortaklığın tipolojik yapısından sapmadığı tespit edilmektedir.

Diğer yandan, temel sözleşme uyarınca kurulan adi ortaklığın hakim teşebbüslerin ortak yönetimine tabi olması ve istisnai dahi olsa, bu adi ortaklığın borç altına girmesi olasılığında hakim teşebbüslerin müteselsilen sorumlu olmaları da bu savı desteklemektedir. Bu veriler ışığında, temel sözleşme, tipik bir adi ortaklık olarak nitelendirilmelidir<sup>741</sup>.

## **2.Geçici- Sürekli Ortaklık Niteliği**

Temel sözleşme, belirli bir iktisadi faaliyetin kurumsal bir çatı altında yürütülmesini konu edinmektedir. Bu sözleşme uyarınca, ortak girişim şirketi olarak adlandırdığımız ortaklık kurulmakta, temel sözleşmeyi akdeden teşebbüsler arasındaki işbirliği, kurumsal bir kimliğe bürünmektedir. Bu ortaklığın süreli olup olmaması da, temel sözleşmenin ve buna bağlı olarak sermayeye katılmalı ortak girişimin sürekliliğine hanel getirmeyecektir. Örneğin, belirli bir bölgedeki petrol kaynaklarını işletmek üzere kurulan bir ortak girişimde, hakim teşebbüslerin söz konusu petrol yataklarının kapasitesini gözeterek ortak girişim şirketinin süresini yirmi yıl ile sınırlandırmaları varsayımında, ortaklığın maddi anlamda geçici bir hukuki yapıya vücut verdiğinde kuşku yoktur. Bununla birlikte, geçici ortaklık ilişkisinden kasıt, sözleşmesel ortak girişimler bakımından ele aldığımız üzere, ortaklığın amacının belirli bir işi veya sınırlı sayıda işleri gerçekleştirmek olarak

---

<sup>741</sup> Bu yönde bkz. **Barlas**, Adi Ortaklık Temeli, s. 206.

ortaya çıkmasıdır<sup>742</sup>. Bu bağlamda, geçiciliği belirleyen ölçüt; ortaklığın süresi değil, ortaklığın amacının kalıcı bir nitelik taşıyıp taşımadığıdır<sup>743</sup>. Zira, kalıcı amaçlara, ancak kurumsal bir yapı bünyesinde yönelmek mümkündür.

Ortak girişim şirketinin süreyle sınırlı olarak kurulması, bu ortaklığın geçici bir nitelik kazanmasına yol açmaz; zira, ortak girişim şirketi, anasözleşmesinde belirtilen konuda faaliyet göstermek üzere kurumsal bir yapıya kavuşturulacak ve konu bakımından sınırlı bir işi gerçekleştirme işlevini üstlenmek yerine kendi faaliyet konusunun kapsamına giren alanlarda süreklilik arz eden bir faaliyet gösterecektir. Bu nedenle, temel sözleşmeyi adi ortaklığın geçici bir ortaklık ilişkisine vücut veren bir görünüm biçimi olarak nitelendirmek yerinde olmayacaktır.

Diğer yandan, temel sözleşmenin süreklilik niteliğine ilişkin bu açıklamalarımız, aslında temel sözleşmenin değil, bu sözleşme uyarınca kurulan ortak girişim şirketinin sürekliliğini ortaya koymaktadır. Ancak, temel sözleşmenin bu ortaklığın hukuki yapısını kuran bir kurum olması karşısında, ortak girişim şirketinin sürekliliğinin temel sözleşmenin sürekliliği ile büyük ölçüde örtüştüğü gözden kaçırılmamalıdır. Zira, ortak girişim şirketinin kilitlenmeye elverişli bir ortaklık özelliğini arz etmesi, temel sözleşmenin hükümlerini ortak girişim şirketi varlığını sürdürdüğü müddetçe ayakta kalmasını zorunlu kılmaktadır. Bir an için temel sözleşmenin süreli olması ve bu sürenin ortak girişim şirketinin ömründen daha kısa olarak öngörülmesi düşünülebilirse de, bu tutumun ortak girişim şirketinin varlığını tehdit edeceği göz ardı edilmemelidir.

### **3.Kuruluş Ortaklığı Niteliği ve Ön Ortaklığı Biçimlendirme Özelliği**

Belirli bir ortaklığın kurulması, müstakbel ortakların bir araya gelmesini ve ortaklık kurma yönünde karar almalarını gerektirir. Bu kararın alınması, ortaklık kurmayı amaçlayan kişilerin ortaklığın esaslı unsurları üzerinde anlaşmalarını zorunlu kılmaktadır. Bir kez bu anlaşma sağlandığında, bu takdirde ortaklığın kurulması aşaması gündeme gelmektedir. Bir adi ortaklığın kurulmasının amaçlandığı

---

<sup>742</sup> **Barlas**, Adi Ortaklık Temeli, s. 104.

<sup>743</sup> Kalıcılık, sermayeye katılmalı ortak girişimin yoğunlaşma olarak nitelendirilmesinin koşullarından birisidir. Rekabet otoritelerinin kalıcılık koşuluna yönelik yaklaşımları için bkz. § 7, II, B, 2.

durumlarda, tarafların ortaklığın esaslı unsurları üzerinde anlaşmaları, adi ortaklığın kurulması açısından yeterli olurken; bir ticaret ortaklığının kurulacağı hallerde tercih edilen ortaklık tipinin gerektirdiği usulün uygulanması ve buna bağlı olarak Ticaret Sicili'ne tescil işlemiyle ortaklığın tüzel kişilik kazanması söz konusu olmaktadır. Bu veriler ışığında, belirli bir ortaklığın kurulmasına yönelik olarak yapılan sözleşme, kuruluş ortaklığı (*Gründungsgesellschaft*) olarak adlandırılmaktadır<sup>744</sup>.

Müstakbel ortakların “belirli bir ortaklığı kurma” müşterek amacı ekseninde anlaşmaları, kuruluş ortaklığını meydana getirirken; kurulacak ortaklık tipine özgü ortaklık sözleşmesini ve çalışmamız özelinde anonim ortaklık anasözleşmesini düzenlemeleri ise, “ön ortaklığa” (*Vorgesellschaft*) vücut vermektedir<sup>745</sup>.

Kuruluş ortaklığı, adi ortaklık temelinde ortaya çıkan bir ortaklık türüdür<sup>746</sup>. Söz konusu sözleşme, adi ortaklığın unsurları açısından değerlendirildiğinde, ileride kurulacak olan ortaklıkta ortak sıfatını kazanmak isteyen kişiler (kişi unsuru) arasında söz konusu ortaklığın kurulmasına yönelik olarak bir sözleşme (sözleşme unsuru) akdedilmektedir. Bu sözleşmeyle tarafların yöneldiği müşterek amaç (amaç unsuru) ortaklığın kurulmasıdır. Kuruluş ortaklığının ortakları, müstakbel ortaklığın kurulmasına yönelik olarak bizzat çaba göstermeyi üstlenmekte (*affectio societatis* unsuru) aynı zamanda bu müşterek amacın gerçekleşmesi doğrultusunda belirli katılım paylarını ortaklığa getirmeyi taahhüt etmektedirler (katılma payı unsuru)<sup>747, 748</sup>.

---

<sup>744</sup> Kavram için bkz. **Barlas**, *Adi Ortaklık Temeli*, s. 106. Yargıtay, anonim ortaklık anasözleşmesinin düzenlenmesini önceleyen safhada ortaklığın kurulmasına yönelik olarak yapılan sözleşmeden doğan kişi birliğini kuruluş ortaklığı niteliğini taşıyacağını belirtmeksizin adi ortaklık olarak tavsif etmiş (Yargıtay HGK. 08.05.1991, 11-164/249), bir başka içtihadında ise bu anlaşmanın bir ön sözleşme olarak vasıflandırılacağını içtihat etmiştir; Yargıtay 2. HD., 30.03.1990, 159/3298, YKD. Ekim 1990, s. 1491.

<sup>745</sup> **Barlas**, *Adi Ortaklık Temeli*, s. 198.

<sup>746</sup> **Barlas**, *Adi Ortaklık Temeli*, s. 109-110.

<sup>747</sup> Bu yönde **Barlas**, *Adi Ortaklık Temeli*, s.109.

<sup>748</sup> Sadece teorik değer taşıyan bir olasılık, bir ticaret ortaklığının münhasıran belirli bir ticaret ortaklığının kurulması amacına yönelik olarak kurulmasıdır. Bu tür bir amaç iktisadi değer taşıdığından, bir ticaret ortaklığının münhasıran bu amaca yönelik olarak kurulabileceğinde tereddüt yoktur. Bu olasılıkta kuruluş ortaklığı bir adi ortaklık niteliğini taşımayacak, ilgili ortaklık tipinde kurulacaktır. Bununla birlikte bu olasılık hiçbir pratik değer taşımamaktadır. Zira kuruluş ortaklığı olarak ticaret ortaklıklarının değil de adi ortaklığın tercih edilmesi, adi ortaklığa izafe edilen şekil kolaylığının eseridir.

Temel sözleşme de, belirli bir ortaklığın (ortak girişim şirketinin) kurulmasına yönelik olması itibariyle kuruluş ortaklığının oluşumuna yol açmaktadır<sup>749</sup>. Hakim teşebbüslerin iradeleri , temel sözleşmede esaslı unsurları ve ayırıcı özellikleri belirlenen ortaklığın kurulması amacına yönelmektedir. Ancak, bu noktada temel sözleşmenin salt bir kuruluş ortaklığından ibaret olmadığını ortaya koymak gerekir. Zira, hakim teşebbüsler, temel sözleşmeyle sadece ileride bir ortaklığın kurulmasını kararlaştırmamakta; aynı zamanda kurulacak ortaklığın yönetimini ve ortak kontrole tâbî kılınmasını, bu ortaklığın müstakbel pay sahipleri ile ilişkilerini hatta müstakbel pay sahibi konumuna yerleşecek hakim teşebbüslerin birbirleriyle olan ilişkilerini de düzenlemektedir. Bu yönleri itibariyle temel sözleşme bir cephesiyle bir kuruluş ortaklığı, bir diğer cephesiyle de pay sahipleri sözleşmesi niteliğini ortaya koymaktadır.

Bu bölümde kuruluş ortaklığının ön ortaklıktan farklılığına ilişkin açıklamalarımız ekseninde, temel sözleşme bir kuruluş ortaklığına vücut vermekte; bu temel sözleşme uyarınca hakim teşebbüsler arasında ortaklık anasözleşmesi imzalandığında ise bir ön ortaklık kurulmaktadır<sup>750</sup>. Bu noktada kuruluş ortaklığı ile ön ortaklık birbirinden ayrılmakla birlikte, sermayeye katılmalı ortak girişim şirketinde anasözleşmenin çoğu zaman tüm yönleriyle temel sözleşmenin içeriği doğrultusunda biçimlendiği gözden kaçırılmamalıdır<sup>751</sup>. Farklı bir anlatımla, sermayeye katılmalı ortak girişimlere bir bütün olarak yaklaşıldığında; bu bütün içinde ortaya çıkan kuruluş ortaklığı, ortak girişim şirketinin tüzel kişilik kazanmasını önceleyen süreçte ortaya çıkan ön ortaklığa karakterini veren oluşumdur<sup>752</sup>.

<sup>749</sup> **Barlas**, Adi Ortaklık Temeli, s. 198 ; **Martinek**, s. 221-222.

<sup>750</sup> Ortak girişim sözleşmesine ilişkin sözleşme müzakerelerinin uzun sürmesi ve sözleşmenin oldukça ayrıntılı bir şekilde düzenlenmesi, ortak girişim şirketinin tüzel kişilik kazanması sürecini geciktirmektedir. Bu olguyu dikkate alan hakim teşebbüsler, ikinci bir zaman kaybına uğramamak amacıyla çoğu zaman temel sözleşmeyi ve anasözleşmeyi aynı anda akdetmekte, buna bağlı olarak kuruluş ortaklığı ile ön ortaklık aynı anda kurulmaktadır.

<sup>751</sup> Pay sahipleri sözleşmesinin anasözleşmeye yansıtılmasına ilişkin ilkeler ve sınırlar için bkz. **Okutan**, s.110 vd., **Yüksel**, s. 83 vd.

<sup>752</sup> Alman Hukuku'nda kuruluş ortaklığı, adi ortaklık olarak nitelendirilirken, ön ortaklık, yöneldiği ortaklık tipine özgü bazı hükümlere tabi kılınması itibariyle söz konusu ortaklığın ön aşamasını oluşturması nedeniyle adi ortaklık olarak nitelendirilmemektedir; bkz. **Ulmer**, Vor § 705 No.24, **Sprau**, Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, § 705, No.5. Alman Hukuku'nda sonradan egemen olan bu görüşün değerlendirilmesi ve ön ortaklığın sadece dış ilişkide bir adi ortaklık olarak nitelendirilmesine dair görüş için bkz. **Barlas**, Adi Ortaklık Temeli, s. 113. Türk Hukuku'nda ön ortaklığın adi ortaklık niteliğini taşıdığı yönünde **Poroy (Tekinalp/Çamoğlu)**, No. 70.

Temel sözleşmenin kuruluş ortaklığı cephesine ilişkin önemli bir sorunun tartışılmasında yarar vardır. Bu bağlamda, hakim teşebbüsler arasında ön ortaklık ilişkisinin kurulmasının ve giderek ortak girişim şirketinin tüzel kişilik kazanmasının gecikmesi veya zorlaşması olasılığında, temel sözleşmenin akıbetinin ne olacağının belirlenmesi gerekmektedir<sup>753</sup>.

Bu noktada adi ortaklığı sona erdiren sebepler dikkate alındığında, imkansızlık ve sürenin dolması sebepleri açısından meselenin çözümü, herhangi bir sorun yaratmayacaktır. Ortak girişim şirketinin kurulacağı ülkede hakim teşebbüslerin kurmayı tasarladıkları ortaklığın konusunda faaliyet göstermenin yasaklanması, temel sözleşmenin amacına erişmesini imkansız kılacak ve temel sözleşmeyi sona erdirecektir. Diğer yandan, hakim teşebbüslerin temel sözleşmede bir süre öngörmeleri ve tarafların, bu süre zarfında ortak girişim şirketinin kurulamaması halinde aralarındaki ilişkinin sona ermesi yönündeki iradelerinin sözleşmeden anlaşılması halinde, sürenin dolması, temel sözleşmeyi sona erdirecektir.

Somut bir örnekle netleştirmek gerekirse, iki yabancı teşebbüsün Türkiye’de imtiyaza dayalı olarak faaliyet gösteren bir anonim ortaklığı, örneğin bir bankayı kurmayı amaçlamaları ve temel sözleşmeyi bir yıllığına akdetmeleri halinde; söz konusu süre zarfında banka kurulmasına izin alınamaması halinde; bu teşebbüslerin temel sözleşmeyle bağlı kalmayı arzulamadığı keyfiyetinin temel sözleşmeden anlaşılması kaydıyla, temel sözleşme bu sürenin dolmasıyla ve banka anonim şirketinin kurulamamasıyla sona erecektir ( BK. m. 535 b. 5).

Son olarak, temel sözleşmenin kuruluş ortaklığı niteliğinin ve ön ortaklığı biçimlendirme özelliğinin, sermayeye katılmalı ortak girişimin her oluşum biçiminde söz konusu olmadığını da belirtmek gerekmektedir. Mevcut bir anonim şirketin ortak girişim şirketine dönüşmesi olasılığında, temel sözleşme yapılmadan önce ortada bir şirket mevcut olduğundan, bu olasılıkta, temel sözleşmenin bir “kuruluş ortaklığı” niteliğini taşıdığından ve herhangi bir ön ortaklığı biçimlendirmesinden söz edilemeyecektir.

---

<sup>753</sup> Sorunu ortaya atan **Barlas**, Adi Ortaklık Temeli , s.111, dn. 83.

#### 4.İç-Dış Ortaklık Ayrımı Açısından Sermayeye Katılnalı Ortak Girişimler

Adi ortaklığı çevreleyen hukuki ilişkiler, bir yandan adi ortaklık sözleşmesi uyarınca ortaklar arasında kurulan ilişki (iç ilişki), diğer yandan da bu kişi birliğinin üçüncü kişilerle kurduğu hukuki ilişkiler (dış ilişki) olmak üzere ikiye ayrılır<sup>754 755</sup>. Bir adi ortaklığın kurulması için, ortaklar arasında bir hukuki ilişkinin (ortaklık sözleşmesinin) oluşumu gerekli iken; diğer bir anlatımla, iç ilişki ortaklık ilişkisinin esaslı unsuru iken, dış ilişkinin aynı etkiyi haiz bulunduğu söylenemez. Adi ortaklığın dış ilişkilere girmesi zorunlu değildir.

Sermayeye katılnalı ortak girişimde de prensip olarak, temel sözleşme uyarınca kurulan adi ortaklığın üçüncü kişilerle hukuki ilişkilere girmesi söz konusu olmamaktadır<sup>756</sup>. Bu durum, temel sözleşme uyarınca kurulan adi ortaklığın bazı yazarlarca bir iç ortaklık olarak nitelendirilmesine yol açmıştır<sup>757</sup>. Bu yaklaşımın değerlendirilmesi için iç ortaklık-dış ortaklık ayrımına kısaca göz atmak gerekmektedir.

---

<sup>754</sup> **Sprau**, Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, § 705, No. 18-19, **Bilgili**, s. 19 dn.1.

<sup>755</sup> Adi ortaklık hukuken kişiliğe sahip olmadığına göre, bu oluşumun hak ve borçlara ehil olması söz konusu değildir. Bununla birlikte, adi ortaklığın üçüncü kişilerle hukuki ilişkilere girmesinden kasıt, bu oluşumun hukuk öznesi olarak nitelendirilmesi anlamına gelmeyip, “adi ortaklığı temsil etmeye yetkili olan ortakların” bu kişi birliği adına hareket etmesi ve bu suretle kişi birliğini oluşturan her bir ortağın söz konusu temsilcinin yaptığı hukuki işlem uyarınca sorumluluk altına girmesidir.

<sup>756</sup> **Oertle**, s. 23. Kuşkusuz ki, bu mutlak bir kural değildir. Hakim pay sahiplerinin temel sözleşme uyarınca kurulan adi ortaklık çerçevesinde üçüncü kişilerle hukuki ilişkilere girmesi söz konusu olabilir. Bunun en tipik örneği, ortak girişim şirketine kredi sağlamak amacıyla hakim pay sahiplerinin tümünün krediyi veren bankaya karşı teminat yükümlülüğü altına girmesinde kendisini gösterir. Bu olasılıkta, temel sözleşmede adi ortaklığın yönetimine ve temsiline ilişkin olarak temel sözleşmede öngörülen rejim; böyle bir rejimin mevcut bulunmaması halinde ise BK.m. 525 ve 533 hükümleri uygulanmak gerekir. Buna göre, temel sözleşmede bu hususun düzenlenmemesi halinde BK.m. 525 uyarınca temel sözleşmeye taraf olan her bir hakim pay sahibi adi ortaklıkta idareci konumunda olacak, buna bağlı olarak BK.m. 533 uyarınca ortaklığı ve ortakları temsil etme yetkisini kazanacaktır.

<sup>757</sup> Bu yönde **Martinek**, s. 225, **Langefeld-Wirth**, Rechtsfragen, s. 4, Volker **Emmerich**/ Mathias **Habersack**, Aktien – und GmbH- Konzernrecht, 4. Überarbeitete Auflage, München, 2005, § 15 No. 2, **Ulmer**, vor § 705 No. 42, **Baus**, s. 26. **Martinek**, sistemin operatif konumunda yer alan, yani aktif faaliyet gösteren dış şirketin (ortak girişim şirketinin) hukuk alemiyle herhangi bir ilişkiye girmeyen, kendisine ait bir malvarlığı bulunmayan ve organları mevcut olmayan bir iç ortaklık tarafından, yani temel sözleşme uyarınca hakim pay sahipleri arasında oluşan ortaklık tarafından yönetildiğini ortaya koymaktadır. Yazarın bu yaklaşımları, özellikle sermayeye katılnalı ortak girişimlerin çifte ortaklık yapısına vücut verip vermediğinin değerlendirilmesi bakımından önem taşımaktadır. Aynı yönde **Ulmer**, Vor § 705, No. 67.

İç ortaklık, adi ortaklığın üçüncü kişiler nezdinde ortaya çıkmadığı, ortaklardan birinin veya üçüncü bir kişinin kendi adına ancak tüm ortakların adına hareket ettiği, ortakların ortak mülkiyetine ayrıca bir malvarlığının tahsis edilmesinin söz konusu olmadığı ortaklıktır<sup>758</sup>. Dış ortaklıkta ise, adi ortaklığın tüm ortaklarının dışı karşı temsil edildiği ve kendisine bir malvarlığı tahsis edilebilen bir ortaklık yapısı söz konusudur<sup>759</sup>. İç ortaklık-dış ortaklık ayrımını yaratan, ortaklar adına hareket eden kimsenin, üçüncü kişilerle yaptığı hukuki işlemleri doğrudan temsil esasına mı yoksa dolaylı temsil esasına göre mi gerçekleştirildiği meselesidir. Bu ayrımın yapılması açısından münferit bir işlemin ele alınması söz konusu olmayacak<sup>760</sup>; somut olayın özelliklerine göre adi ortaklığın ortaklarının hukuk alanında ortaya çıkıp çıkmadıklarına bakılacaktır.

Görüldüğü üzere, iç ortaklığın tipik özelliği, ortaklar adına üçüncü kişilerle hukuki ilişkilere giren kişinin, hukuki ilişkinin diğer tarafı nezdinde söz konusu hukuki ilişkiye kendisi için girdiği izlenimini yaratmasıdır. Oysa bu dolaylı temsilci, adi ortaklığı oluşturan tüm ortakların hesabına hareket etmektedir. Böylelikle, temel sözleşmenin iç ortaklık olarak nitelendirilmesi, hatta iç- dış ortaklık ayrımına göre ele alınması çok da isabetli değildir. Zira belirtildiği üzere, temel sözleşme uyarınca oluşan adi ortaklıkta, ortakların tüm ortaklar adına üçüncü kişilerle herhangi bir hukuki işlem yapmaları prensip olarak söz konusu değildir. Diğer yandan, temel sözleşme uyarınca kurulan adi ortaklıkta, bir ortağın veya üçüncü bir kişinin kendi adına ancak tüm ortaklar hesabına hareket etmesi söz konusu olmadığından, bu kişi birliğinin bir iç ortaklık olarak nitelendirilmesi de yerinde olmayacaktır. Kural olarak, temel sözleşme uyarınca oluşan adi ortaklıkta üçüncü kişilerle hukuki ilişkiler kurulması söz konusu olmadığından, bu ortaklığın iç ortaklık veya dış ortaklık ayrımı ışığında ele alınması, pratik bir önem taşımamaktadır.

İstisnai de olsa, temel sözleşme uyarınca oluşan adi ortaklıkta, üçüncü kişilerle hukuki ilişkilere girilmesi söz konusu olabilir. Örnek olarak, ortak girişim şirketine finansman sağlamayı amaçlayan hakim ortakların, ortak girişim şirketiyle kredi

<sup>758</sup> **Barlas**, Adi Ortaklık Temeli, s. 89, **Sprau**, Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, § 705, No. 33.

<sup>759</sup> **Barlas**, Adi Ortaklık Temeli, s. 97-98.

<sup>760</sup> Buna göre, dış ortaklıkta münferit bir hukuki işlemin dolaylı temsil ilkesine göre gerçekleştirilmesi ortaklığı dış ortaklıktan çıkarmayacağı gibi, iç ortaklığın açığa çıkması da ortaklığın dış ortaklık niteliğini kazanmasına yol açmaz; bu konuda bkz. **Barlas**, Adi Ortaklık Temeli, s. 97 ve 92.

sözleşmesi yapan bankayla bir teminat sözleşmesi yapmaları gündeme gelebilir. Bu bağlamda, temel sözleşme uyarınca hakim paysahiplerinden sadece birinin ortak girişim şirketinin borcuna yönelik bir teminat borcu altına girmesi, ancak bu teminat taahhüdünü aslında bir dolaylı temsilci sıfatıyla temel sözleşme uyarınca meydana gelen adi ortaklık adına yapması halinde, iç ortaklığın mevcut olup olmadığı tartışması ortaya çıkabilir. Bu olasılıkta da, bu ayrımın kökeninde yatan temsil ilişkisinin niteliği gözetilerek bir iç ortaklığın mı yoksa bir dış ortaklığın mı mevcut olduğu saptanabilecek, bunun için somut olayın verilerinden hareket etmek gerekecektir.

## 5.Çifte Ortaklık Niteliği

### d. Sorunun Ortaya Konulması

Sermayeye katılmalı ortak girişimler, hakim paysahiplerinin ortak kontrolü altındadır. Söz konusu kontrolün kapsamı ve işleyişi ile hakim paysahiplerinin karşılıklı hukuki konumu, hakim paysahipleri arasında akdedilen temel sözleşmeye göre biçimlenmektedir. Bu sözleşme, hakim paysahipleri arasında ortak girişimin çatısını oluşturan anonim ortaklığın kurulmasını ve yönetilmesini konu edinen bir adi ortaklık sözleşmesinin oluşumuna vücut vermektedir. Bu takdirde, sermayeye katılmalı ortak girişim, her durumda, “hakim paysahipleri adi ortaklığı” ve ortak girişimin çatısını oluşturan anonim ortaklık olmak üzere iki ortaklığın bir arada varlığını zorunlu kılmaktadır. Sermayeye katılmalı ortak girişimlerde, temel sözleşme uyarınca hakim paysahipleri arasında kurulan adi ortaklık ilişkisi, ortak girişim şirketiyle sürekli bir etkileşim halindedir.

Her iki ortaklığın ortaklarının aynı kişiler olması söz konusu olabileceği gibi, anonim ortaklıkta, adi ortaklığın tarafını oluşturan hakim paysahipleri dışında başka paysahipleri de yer alabilirler. İkinci olasılıkta, hakim paysahipleri dışında kalan paysahipleri, temel sözleşmeye taraf olmamaları itibarıyla ortak kontrolü paylaşamayacaklar, böylelikle hakim paysahibi sıfatını kazanamayacaklardır<sup>761</sup>.

<sup>761</sup> Kuşkusuz ki, temel sözleşmenin öngöreceği hukuki yapı, anonim ortaklık organlarında oybirliğiyle karar alınmasını öngörerek, stratejik kararların alınmasında temel sözleşmeye taraf olmayan paysahiplerinin inisiyatiflerinin de rol oynamasını sağlayabilir ve bu sayede temel sözleşmeye taraf olmayan paysahipleri de hakim paysahibi sıfatını kazanabilir. Ancak bu olasılığın teorik nitelikte olduğu, uygulamada hemen tüm sermayeye katılmalı ortak girişimlerde,



Üçüncü bir olasılık ise, temel sözleşmeye taraf olan kişilerden bir kısmının, ortak girişim şirketinde ortak sıfatını edinmemeleridir ki, bu durum istisnaidir.

Ortak girişimin Ortaklıklar Hukuku anlamında ortaya koyduğu hukuki sorunların kaynağını, söz konusu iki ortaklık arasındaki ilişki oluşturmaktadır. Gerçekten de, ortak girişim şirketi hakim pay sahipleri tarafından ortaklaşa kontrol edildiğine göre, bu şirketin stratejik yönelimi, hakim pay sahipleri arasındaki temel sözleşmeye göre biçimlenecektir. Söz konusu ilişkide temel sözleşme uyarınca kurulan adi ortaklık “etkileyen” , ortak girişim şirketi ise “etkilenen” konumundadır. İki ortaklık arasındaki bu etkileşim, sermayeye katılmalı ortak girişimlerin çifte ortaklık niteliğini taşıyıp taşımadığı sorununu beraberinde getirmektedir.

#### e. Çifte Ortaklık Kavramı

Çifte ortaklığı inceleyen *Nägeli*, bu müesseseyi, iki veya daha fazla kişinin iki ayrı ortaklık kurmaları ve bu ortaklıklardan birinin diğerinin işlerini icra etmesini ve diğerine bağımlı olmasını sağlayarak bu iki ortaklığın ekonomik açıdan bütünleştirilmesi olarak tanımlamaktadır<sup>762</sup>. Çifte ortaklıkta, her iki ortaklığın ortakları da aynıdır<sup>763</sup>. Bu bağlamda, bağlı ortaklık “organ ortaklık” (*Organgesellschaft*) hakim ortaklık ise “temel ortaklık” (*Grundgesellschaft*) olarak anılmaktadır<sup>764</sup>.

Organ ortaklık, temel ortaklığın aldığı kararlara tabi olduğu için ve bu kararları icra etmekle yükümlü olduğu için, bu şekilde adlandırılmaktadır. Zira çifte ortaklıkta

---

ortak girişim şirketinde ortak kontrolü paylaşan hakim ortakların tamamının temel sözleşmeye taraf olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Zira temel sözleşme, söz konusu pay sahiplerinin “hakim pay sahibi” sıfatını kazanmalarının vazgeçilmez koşuludur. İncelendiği üzere teorik açıdan temel sözleşme yapılmaksızın ortak kontrolün doğması mümkün olsa da, bu olasılıkta ortak kontrolün kalıcı olması ve ortak girişimin varlığını koruması neredeyse olanaksızdır, çünkü ortak girişim şirketinin stratejisinin bir temel sözleşmeyle belirlenmemesi, kilitlenme ve başarısızlık olasılıklarını güçlendirir .

<sup>762</sup> Eduard **Nägeli**, Die Doppelgesellschaft als rechtliche Organisationsform der Kartelle, Konzerne und anderen Unternehmenszusammenschlüsse nach deutschem und schweizerischem Recht, Band I, Zürich, 1936, s. 9. Türk Hukuku’nda söz konusu tanımı benimseyen, **Tekinalp/Tekinalp**, Joint Venture, s. 170; **Barlas**, Adi Ortaklık Temeli, s. 100, karşı. Hasan **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku, 4. Baskı, Adana, 2003, s. 735, dn. 687.

<sup>763</sup> **Tekinalp/Tekinalp**, Joint Venture, s. 170. Her iki ortaklığın ortaklarının çoğu zaman aynı olduğu yönünde **Barlas**, Adi Ortaklık Temeli, s. 103 dn. 51.

<sup>764</sup> **Schluemp**, Privatrechtliche Probleme, s.338.

temel ortaklık ile organ ortaklık öylesine sıkı bir şekilde kaynaşmaktadır ki, bağlı ortaklık adeta temel ortaklığın aldığı kararları yerine getiren bir organ gibi hareket ettiğinden, bağlı ortaklığın konumu “organ” benzetmesiyle ifade edilmektedir<sup>765</sup>. Her iki ortaklık arasındaki bağ, organ ortaklığın anasözleşmesine konulacak hükümlerle tesis edilmektedir<sup>766</sup>. Bu bağın sonucu olarak, organ ortaklığın bağımsız bir iradesi ve bağımsız bir amacı mevcut değildir. Temel ortaklıkla organ ortaklığın hukuken bağımsız olması dahi, organ ortaklığı gerçek anlamda bağımsız bir ortaklık haline getirmez<sup>767</sup>.

Organ ortaklıkla temel ortaklık arasındaki bu yoğun ilişkiye bağlanan hukuki sonuçların da irdelenmesi gerekmektedir. Madem ki, organ ortaklığın iradesi tamamen temel ortaklığın iradesi doğrultusunda biçimlenmektedir<sup>768</sup>; bu takdirde organ ortaklığın taraf olduğu hukuki işlemlerden dolayı üstlendiği sorumluluğun temel ortaklığa da yöneltilmesi gerekmektedir. Aksi yaklaşım, dürüstlük kuralına ters düşecektir<sup>769</sup>.

Türk Hukuku’nda bir görüş<sup>770</sup>, anonim ortaklığın ancak iktisadi amaçlara yönelebileceğini öngören TTK.m. 271 hükmünün, anonim ortaklığın bir organ ortaklık olarak temel ortaklığa hizmet etmesine elverişli olmadığını ileri sürmektedir. Bir diğer görüş<sup>771</sup>, kanunun anonim ortaklığın ekonomik bir amaç izlemesini öngördüğünü, bu anlamda anonim ortaklığın çifte ortaklık bünyesinde organ ortaklık sıfatıyla işlev görmesi açısından bir engelin söz konusu olmadığını, nitekim her iki ortaklığın ortaklarının “çoğunlukla” aynı olması karşısında, organ ortak konumunda yer alacak anonim ortaklığın, temel ortakların ekonomik çıkarlarına hizmet edeceğini ortaya koymaktadır.

Kanımızca, TTK.m. 271, çifte ortaklık ilişkisinde anonim ortaklığın organ ortaklık rolünü üstlenmesi açısından engel teşkil etmemektedir. Ancak bu noktada, ortakların

---

<sup>765</sup> **Gansweid**, s. 71.

<sup>766</sup> **Naegeli, II**, s. 500-501; **Barlas**, *Adi Ortaklık Temeli*, s. 101.

<sup>767</sup> Tüzel kişinin ve anonim ortaklığın bağımsızlığı kavramları için bkz. aşa. § 9, I, A.

<sup>768</sup> **Gansweid**, s. 71.

<sup>769</sup> **Barlas**, *Adi Ortaklık Temeli*, s. 102.

<sup>770</sup> **Tekinalp/Tekinalp**, *Joint Venture*, s. 171.

<sup>771</sup> **Barlas**, *Adi Ortaklık Temeli*, s. 103, dn. 51.

çıkarları değil, çifte ortaklığın iki ögesinin, yani temel ortaklıkla organ ortaklığın yöneldiği amacın ekonomik nitelik taşıyıp taşımadığı önem taşımaktadır. Bu olgu ise, anonim ortaklığın yürüttüğü faaliyetin niteliğiyle, diğer bir anlatımla işletme konularının ekonomik nitelik taşıyıp taşımadığıyla ilişkilidir. Açık bir anlatımla, ekonomik amacın izlenmesi, işletme konusu çerçevesinde yürütülecek faaliyetlerin yöneldiği hedefin niteliğiyle ilintilidir. Bu bağlamda, anonim ortaklığın TTK.m. 271'in gereğini yerine getirip getirmediğinin irdelenmesinde, bu ortaklığın ekonomik faaliyet yürüterek ekonomik bir amaç izlemesi yeterlidir. Organ ortaklığın temel ortaklığa hizmet etmesi, bu ortaklığın ekonomik amaç izlemediği anlamına gelmemektedir. Bu itibarla, kanımızca, anonim ortaklıklar da bir çifte ortaklık ilişkisi çerçevesinde organ ortaklık olarak işlev görebilir<sup>772</sup>. Böylelikle, ortak girişim şirketinin anonim ortaklık olarak kurulduğu anonim ortaklıklar bakımından da, bu şirketle temel sözleşme uyarınca kurulan adi ortaklık arasında bir çifte ortaklık ilişkisinin bulunup bulunmadığı meselesi ele alınmalıdır.

#### **f. Sermayeye Katılnalı Ortak Girişimlerin Çifte Ortaklık Karakteri**

Temel sözleşme, ticaret ortaklıklarının kurulmasına zemin oluşturan adi ortaklık sözleşmesinden (kuruluş sözleşmesi) farklı olarak, ortaklığın kuruluşu ile birlikte sona ermemekte, ortaklığın kuruluşundan sonra hakim ortakların kendi aralarında ve ortak girişim şirketi ile kuracakları hukuki ilişkileri ve bu arada özellikle kontrol ilişkisini biçimlendirmektedir. Temel sözleşme, adi ortaklık sözleşmesi olarak nitelendirildiğine göre, sermayeye katılnalı ortak girişimler açısından şu sorunun yanıtlanması gündeme gelecektir : Ortak girişim şirketi kurulduktan sonra bir yandan temel sözleşme uyarınca hakim ortaklar arasında oluşan adi ortaklık ve diğer yandan ortak girişim şirketi olmak üzere iki şirket bulunmaktadır. Bu iki şirket, sermayeye katılnalı ortak girişimin esaslı unsurlarıdır. Bu çerçevede, ortak girişim şirketi, prensip olarak temel sözleşme uyarınca hakim pay sahipleri arasında oluşan adi ortaklığın kararları doğrultusunda hareket ettiğine ve bu adi ortaklıkta meydana gelen "hakim ortakların ortak iradesine" bağlı olduğuna göre, acaba sermayeye katılnalı ortak girişimin bir çifte ortaklık yapısı arz ettiğini kabul etmek mümkün olacak mıdır?

---

<sup>772</sup> Yukarıda sunulan gerekçelere istinaden anonim ortaklıkların organ ortaklık işlevini görebileceğini açıklıkla ortaya koyan **Barlas**, Adi Ortaklık Temeli, s. 103, dn. 51.

Gerçekten de temel sözleşmesinin odak noktasını oluşturan ortak kontrol ilişkisi, temel sözleşme uyarınca oluşan adi ortaklık ile ortak girişim şirketi arasında öyle bir ekonomik ilişki kurmaktadır ki, bu iki ortaklığın birbiriyle kaynaşarak bütünleştiği, her ikisinin amacının da ortak girişim şirketinin hakim pay sahiplerinin ortak inisiyatifini doğrultusunda olduğu ileri sürülebilir<sup>773</sup>.

Nitekim, ortak girişim şirketinin stratejik kararları, hakim pay sahipleri tarafından ortaklaşa belirlenmektedir. Ortak kontrolün bu şekilde ortaklaşa belirlenmesi süreci, hukuken bir adi ortaklık ilişkisini ortaya koymaktadır; zira bu sözleşmenin tarafları, aynı amaç doğrultusunda ortaklaşa hareket etmektedirler. Diğer yandan, ortak girişim şirketi münhasıran hakim ortaklar arasında kurulan adi ortaklığın kararları doğrultusunda faaliyet göstermekte, bu adi ortaklığın organı olarak hareket etmektedir. Bu olgular, ilk bakışta sermayeye katılmalı ortak girişimlerin çifte ortaklık yapısını arz ettiğini düşündürmektedir.

Sermayeye katılmalı ortak girişimler açısından bu soruyu ortaya atan ve çifte ortaklık teorisini, sermayeye katılmalı ortak girişimlere uyarlayan *Zihlmann*<sup>774</sup>, sermayeye katılmalı ortak girişimlerin çifte ortaklık şeklinde yapılandırılabilirliğini ileri sürmüştür. Pay sahipleri sözleşmesinin hukuki niteliğine ilişkin incelemelerinde pay sahipleri sözleşmesi uyarınca oluşan adi ortaklık ilişkisi ile anonim ortaklık arasında bir çifte ortaklık oluşup oluşmadığını irdeleyen *Guhl/Druey*<sup>775</sup>, anonim ortaklıkta tüm pay sahiplerinin aynı zamanda pay sahipleri sözleşmesine taraf olabileceğini, hemen tüm sermayeye katılmalı ortak girişimlerde<sup>776</sup> pay sahiplerinin tümünün pay sahipleri sözleşmesine taraf olduğunu, bu bağlamda bir çifte ortaklığın varlığından söz edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Bu yaklaşım uyarınca, temel sözleşmenin tarafları ile anonim ortaklığın pay sahiplerinin örtüştüğü hallerde, çifte

---

<sup>773</sup> Peter **Zihlmann**, *Gemeinschaftsunternehmen (Joint Business Ventures) in der Form von Doppelgesellschaften*, SJZ 1972, s. 317 vd; **Ulmer**, Vor § 705, No. 67, dn. 183.

<sup>774</sup> **Zihlmann**, s. 317 vd.

<sup>775</sup> **Guhl/ Druey**, s. 753.

<sup>776</sup> Yazarlar burada “sermayeye katılmalı ortak girişimler” terimini değil, İsviçre Hukuku’nda “ortak girişim” kavramını ifade etmek üzere tercih edilen “Joint Venture” terimini kullanmaktadırlar. Burada kastedilenin her türlü ortak girişim olmadığı, yazarların sermayeye katılmalı ortak girişimleri ele aldıkları açıkça anlaşılmaktadır. Bu açıdan “joint venture” teriminin bu bağlamda kullanılması yerinde değildir.

ortaklıktan<sup>777</sup>; ortakların aynı olmadığı durumlarda ise , bir çifte ortaklıktan değil paralel ortaklıktan söz etmek gerekecektir<sup>778</sup>.

Bu yaklaşıma zıt nitelikteki eğilimin taraftarları ise, sermayeye katılmalı ortak girişimlerin çifte ortaklığa yol açmayacağı görüşünü benimsemektedir<sup>779</sup>. Bu görüşte olan yazarlar, ortak girişimin sadece bir organ şirket olarak değerlendirilmesinin yerinde olmadığını savunmaktadır<sup>780</sup>. *Schluemp*, her iki müessesenin kökeninde yatan menfaatler dengesinin farklı olduğundan ve sermayeye katılmalı ortak girişimin tek katmanlı olarak (*Einheitsgesellschaft*) yapılandırılabilirliği düşüncesinden<sup>781</sup> hareketle, sermayeye katılmalı ortak girişimle çifte ortaklığı birbirinden ayrı tutma eğilimindedir<sup>782</sup>. Diğer yandan yazar, ortak girişimlerle ilişkili olmaksızın, anonim ortaklıkların işbirliğine elverişliliğini irdelerken, bu ortaklık tipinin ancak bir organ ortaklık olarak yapılandırılmak kaydıyla işbirliğine yönelik işlevler üstlenebileceğini ileri sürmektedir<sup>783</sup>.

---

<sup>777</sup> Aynı yönde **Martinek**, s. 227; **Lang**, s. 86.

<sup>778</sup> **Martinek**, s. 227.

<sup>779</sup> **Tekinalp/Tekinalp**, Joint Venture, 171, **Mestmäcker**, Gemeinschaftsunternehmen, s. 71 vd., **Oertle**, s. 23-24, **Barlas**, Adi Ortaklık Temeli, s. 197. **Barlas**, **Tekinalp/Tekinalp**'in sermayeye katılmalı ortak girişimde çifte ortaklık yerine paralel ortaklığın mevcut bulunduğu dair görüşünü eleştirmekte (**Barlas**, Adi Ortaklık Temeli, s. 196- 197 dn. 183) ve paralel ortaklığın temel ortaklık tarafından ikinci bir organ ortaklık kurulması halinde organ ortaklıklar arasındaki ilişkiyi ifade edeceğini ileri sürmektedir; bkz. **Barlas**, Adi Ortaklık Temeli, s. 101 dn. 39.

<sup>780</sup> **Barlas**, Adi Ortaklık Temeli, s. 197. Yazar, çifte ortaklığın karakteristik vasıflarının ortak girişimde mevcut bulunmadığını ileri sürmektedir.

<sup>781</sup> Bu görüşe en azından anonim ortaklık olarak yapılandırılan sermayeye katılmalı ortak girişimler bakımından katılmıyoruz. Teorik olarak sermayeye katılmalı ortak girişimin tek katmanlı olarak, diğer bir deyişle sadece ortak girişim şirketinden ibaret olarak kurulması mümkün görülebilir. Yazara göre bu olasılıkta, işbirliği ilişkisinin tüm verileri, şirket sözleşmesine dahil edilecektir. Şu kadar ki, anonim ortaklığın yapısı gözetildiğinde, ayrıca temel sözleşme yapmaksızın ortak kontrole tabi bir ortaklık kurulması halinde, söz konusu ortaklık teknik anlamda bir ortak girişim şirketi olarak değil, ortak kontrole tabi bulunan bir şirket olarak nitelendirilmek gerekecektir, çünkü ortak kontrolün işlemesi tamamen tesadüflere kalacaktır (bu konuda özellikle Ateş **Akıncı'nın** yaklaşımı için bkz. yuk. dn. 132). Ayrıca anonim ortaklığın anasözleşmesi, hakim pay sahipleri arasında ortaklık düzlemi dışında kurulacak hukuki ilişkinin (adi ortaklığın) tüm unsurlarını barındırmaya elverişli değildir; nitekim anonim ortaklıklarda anasözleşmenin nesnel niteliği ve kişiselleştirilmeye önemli ölçüde kapalı olduğu yönünde bkz. yuk. §8, I, C, 2, a.

<sup>782</sup> **Schluemp**, Privatrechtliche Probleme, s. 341. Yazar, eserinin bir başka yerinde (s. 341) sermayeye katılmalı ortak girişimin çifte ortaklık niteliğini taşıyıp taşımadığı meselesi üzerinde açıkça durmamakta, birden çok "ortağın" çifte yapı arz etmeyen bir limited ortaklık veya kooperatif ya da bir çifte ortaklık marifetiyle işbirliği yaptıkları hallerde sermayeye katılmalı ortak girişimden söz edileceğini vurgulamaktadır. Yazarın görüşü, netlikten uzaktır. Zira bu görüş uyarınca çifte ortaklığın söz konusu olduğu her durumda sermayeye katılmalı ortak girişimden söz etmek gerekecektir ki, u yaklaşımı kabul etmek mümkün değildir. Her çifte ortaklık ilişkisi, ortak kontrol unsurunu bünyesinde barındırmamaktadır.

<sup>783</sup> **Schluemp**, Privatrechtliche Probleme, s. 455.

İlk olarak çifte ortaklıktan söz edilebilmesi için, iki ayrı ortaklığın varlığı ve bu iki ortaklığın biri diğerinin iradesine özgülenecek biçimde ekonomik açıdan kaynaştırılması gerekmektedir. Sermayeye katılmalı ortak girişim açısından da, iki ortaklığın varlığı esastır. Buna karşılık, temel sözleşmenin taraflarıyla ortak girişim şirketinin pay sahiplerinin örtüşmesi, çifte ortaklık açısından zorunlu olmadığı gibi<sup>784</sup>, çifte ortaklıktan söz edilebilmesi açısından yeterli de değildir.

Bu bölümde incelendiği üzere, öğretide sermayeye katılmalı ortak girişimlerde çifte ortaklığın varlığını kabul eden yazarlar, temel sözleşmeden doğan ortaklık ile ortak girişim şirketi arasındaki sıkı ekonomik bağı çifte ortaklığın varlığı açısından yeterli görmektedir. Çifte ortaklığın varlığını reddeden yazarlar ise, ortak girişim ilişkisinde ağırlığın temel sözleşmeden doğan ortaklıkta değil ortak girişim şirketinde olduğunu öne sürmektedir<sup>785</sup>.

Sermayeye katılmalı ortak girişimin bir çifte ortaklık ilişkisine vücut verip vermediğinin belirlenmesi için, ortak girişim şirketinin temel sözleşmeden doğan adi ortaklığın organı olarak işlev görüp görmediğinin irdelenmesi gerekmektedir. Bu incelemede çıkış noktası ise, temel sözleşmeden doğan ortaklığın ortak girişim şirketi üzerindeki etkisidir. Aşağıda ayrıntılı olarak irdeleneceği üzere<sup>786</sup>, ortak girişim şirketini karakterize eden ortak kontrol, en az iki hakim pay sahibinin ortak girişim şirketi üzerinde ortaklaşa hakimiyet kurmalarını gerekli kılmaktadır. Farklı bir anlatımla, ortak girişim şirketinin iradesi, bu şirketin dışında hakim pay sahipleri arasında belirlenmektedir.

Bu açıdan, temel sözleşmeden doğan ortaklık ile ortak girişim şirketi arasındaki etkileşim şu şekilde açıklanabilir : Temel sözleşmeden doğan ortaklık, ortak girişim şirketinin ortaklaşa kontrol edilmesine hizmet etmektedir. Ortak girişim şirketinin ise kendisine özgü bir ekonomik amacı izlemesi söz konusudur. Diğer bir anlatımla, ortak girişim şirketi her ne kadar temel sözleşmeden doğan ortaklık ile bir ekonomik

---

<sup>784</sup> Bu yönde **Barlas**, *Adi Ortaklık Temeli*, s. 101-102, karşı. **Martinek**, s. 227.

<sup>785</sup> **Oertle**, s. 23.

<sup>786</sup> bkz. aşa. § 9, IV.

bütün oluştursa da<sup>787</sup>, ortak girişim şirketi, hakim pay sahiplerinden ayrı bir ekonomik birim niteliğini taşımaktadır ve kendine özgü ekonomik amaçları izlemektedir.

Çifte ortaklıkta ise, organ ortaklık, kendisini tamamen temel ortaklığın ekonomik amacına özgülemektedir. Sermayeye katımlı ortak girişimlerde, adi ortaklık niteliğini taşıyan “temel sözleşmeden doğan ortaklığın” amacı, “bir ortak girişim şirketi kurmak ve bu şirketin hakim pay sahipleri tarafından ortaklaşa kontrol edilmesini sağlamaktan” başka bir şey değildir. Oysa, ortak girişim şirketi bu amaca hizmet etmemekte, stratejik nitelik taşıyan özgün bir ekonomik amaç izlemektedir. Sonuç itibariyle sermayeye katımlı ortak girişim şirketinde, çifte ortaklığının aksine “her iki ortaklığın tek bir ekonomik amaca, yani bu ortaklıklardan temel ortaklık olarak adlandırılacak olanın ekonomik amacına özgülmesi” söz konusu olmamakta, her iki ortaklığın amaçları birbirinden farklılaşmaktadır. Bu nedenle, sermayeye katımlı ortak girişim, kendiliğinden çifte ortaklığın oluşumuna yol açan bir hukuki yapı niteliğini taşımamaktadır.

Son tahlilde, kanımızca, sermayeye katımlı ortak girişim kendiliğinden bir çifte ortaklığın oluşumuna vücut vermeyecek; ancak temel sözleşmeden doğan adi ortaklığın “bir ortak girişim şirketi kurmak ve hakim pay sahiplerinin ortak kontrolüne tabi kılmak” dışında bir ekonomik amaca yönelmesi ve ortak girişim şirketinin bu ekonomik amaca özgülenererek münhasıran bu ortaklığa hizmet etme yönünde faaliyet göstermesi halinde, sermayeye katımlı ortak girişimin çifte ortaklık olarak yapılandırılması söz konusu olacaktır<sup>788</sup>. Bu son olasılıkta, ortak girişim şirketi, münhasıran temel ortaklığın iradesi doğrultusunda hareket edeceğinden, dürüstlük kuralı gereğince temel ortaklık “kendi organı” olarak hareket eden ortak girişim şirketinin borçlarından sorumlu tutulacaktır.

---

<sup>787</sup> İncelendiği üzere (bkz. dn. 96) bu ekonomik bütün, ekonomi biliminde “ortak girişim sistemi” olarak adlandırılmaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki, ekonomik bütünün unsurları, “ortak girişim şirketleri” ve “hakim pay sahiplerinden oluşan ve ancak bunların uzlaşmasıyla işleyebilen adi ortaklık”tır. Yoksa, sermayeye katımlı ortak girişimde, ortak girişim şirketi, her bir hakim pay sahibi ile bir ekonomik bütün oluşturamaz. Bu nokta, sermayeye katımlı ortak girişim ile şirketler topluluğu arasındaki temel farklardan birini ortaya koymaktadır. Bu konudaki değerlendirmeler için bkz. aşa. § 9, I, B.

<sup>788</sup> Sermayeye katımlı ortak girişimin hangi durumda çifte ortaklık oluşturabileceğine değinmemekle birlikte aynı görüşte **Gansweid**, s. 72.

Sermayeye katılmalı ortak girişim şirketinin bir çifte ortaklık olarak yapılandırılmasının, sorumluluğun sınırlandırılması ögesini önemseyen teşebbüsler açısından hiç de elverişli olmadığını kaydetmek gerekir. Zira, birden çok kişinin kendi aralarında kurdukları şirketin yöneldiği ekonomik amaca erişmek üzere ikinci bir şirket kurmaları ve bu şirket üzerinden ekonomik amaca erişmeyi öngörmeleri halinde, bu ikinci şirketin borçlarından birinci şirketin tamamen sorumlu tutulması, sorumluluğun sınırlandırılması anlayışıyla bağdaşmamaktadır. Buna karşılık, öğretilerde, çifte ortaklıklarda, organ ortaklığın borçlarından dolayı temel ortaklığın ortaklarının sorumlu tutulacağı görüşü benimsenmektedir<sup>789</sup>. Temel ortaklığın bir adi ortaklık niteliğini taşıdığı hallerde, ortaklar, temel ortaklığın borçlarından kişisel olarak sorumludurlar. Ancak diğer haller açısından bir ayırım yapmak gerekecektir : Temel ortaklığın kollektif veya komandit ortaklık olduğu hallerde organ ortaklığın borçlarından temel ortaklık sorumlu olacak; temel ortaklıkta komanditer ortak dışında kalan ortaklar ise temel ortaklığın borçlarından ikinci derecede kişisel olarak sorumlu tutulacaklardır.

Temel ortaklığın bir sermaye ortaklığı olduğu hallerde ise, temel ortaklığın ortaklarının organ ortaklığın borçlarından sorumlu tutulabilmesi için, kanımızca tüzel kişilik perdesinin aralanması teorisinin buna elvermesi gerekir. Aksi takdirde, organ ortaklığın temel ortaklığa hizmet etmesi karşısında, organ ortaklığın borçlarından temel ortaklık sorumlu olacak; buna karşılık temel ortaklığın sorumluluk zırhının aşılması ve ortaklara başvurulabilmesi, ancak temel ortaklığın da ortakları tarafından paravan olarak kullanılması ihtimalinde gündeme gelecektir.

#### **D. Temel Sözleşmenin İhlaline Bağlanan Yaptırımlar**

Temel sözleşmenin ortaksal düzene dahil olmaması, tarafların bu sözleşmeden doğan yükümlülüklerini ihlal etmelerinin, ortaksal düzene özgü herhangi bir yaptırıma bağlanamamasına yol açar<sup>790</sup>. Temel sözleşmenin bir borç sözleşmesi niteliğini taşıdığı gözetildiğinde, hakim paysahiplerinin bu sözleşme tahtında üstlendikleri

<sup>789</sup> **Barlas**, Adi Ortaklık Temeli, s. 102 ve aynı yerde dn. 46'da yollama yapılan yazarlar.

<sup>790</sup> **Okutan**, s. 343-344, **Yüksel**, s. 164 vd, **Lang**, s. 55,64, **Forstmoser**, Schnittstelle, s. 387.



taahhütlerin ihlalinin, borç sözleşmelerinin ihlaline ilişkin yaptırımlar ışığında incelenmesi gerekecektir. Bu inceleme yapılırken, söz konusu ihlalin, o düzene ait olmasa da, ortaklık düzenini etkileyip etkilemediği araştırılmalıdır. Bu bağlamda, hakim paysahibi tarafından yerine getirilmeyen taahhüt “paysahipliği haklarının kullanımına” ilişkin olabileceği gibi, paysahiplerinin temel sözleşmeyle ortaklığa karşı üstlendikleri “ sermaye taahhüdünü aşan diğer taahhütlerine” ilişkin olabileceği gözden kaçırılmamalıdır.

Bir adi ortaklık sözleşmesi olan temel sözleşme uyarınca, hakim paysahipleri adi ortaklığa katılma payı olarak “paysahipliği haklarının kullanımına” ilişkin taahhütlerde bulunmaktadır. Söz konusu katılma payının yerine getirilmemesi, adi ortaklıklara özgü olan *actio pro socio* davasının açılmasına zemin oluşturur. *Actio pro socio* davası, adi ortaklıkta her bir ortağın diğer ortaklardan şirkete karşı üstlendikleri yükümlülükleri yerine getirmelerine yönelik talep hakkını konu edinmektedir<sup>791</sup>.

Somutlaştırmak gerekirse, hakim paysahiplerinin temel sözleşmede yer alan ve oy sözleşmelerine özgü olan taahhütlerini, örneğin belirli bir yönde oy kullanılmasını gerektiren taahhütlerini ihlal etmeleri ile ortaklığa karşı belirli bir edimi yerine getirmeye yönelik olan, örneğin belirli aralıklarla finansman sağlanması gibi konuları içeren taahhütlerin yerine getirilmemesinin ayrı ayrı ele alınması gerekmektedir. Zira, borçlunun söz konusu taahhütleri yerine getirmeye zorlanıp zorlanamayacağı meselesi, her iki durumda farklı özellikler gösterir.

Hakim paysahiplerine ortaklığa karşı yükümlendikleri sermaye taahhüdü dışında kalan borçlar yükleyen ve hakim paysahibinin ortaklığa karşı düzenli olarak belirli edimleri yerine getirmesini konu edinen taahhütlerin ihlaline bağlanacak yaptırımın belirlenmesi, herhangi bir sorun yaratmamaktadır. Söz konusu taahhütlerin ihlali, borca aykırılık teşkil etmektedir ve söz konusu ihlalden dolayı temel sözleşmenin tarafını oluşturan diğer hakim paysahipleri, *actio pro socio* davası temelinde BK. m. 96 vd. hükümleri uyarınca taahhüdünü ihlal eden tarafa başvurarak söz konusu

---

<sup>791</sup> **Fellmann/ Müller**, Art. 530, No. 636, **Ulmer**, § 705, No. 204, **Poroy (Tekinalp/Çamoğlu)**, No. 81 a. Oy haklarının belirli yönde kullanılmasına yönelik olan ve oy sözleşmelerine özgü olan taahhütlerinin dava yoluyla yerine getirilmesinin talep edilip edilemeyeceği konusunda bkz. aşa § 11, VI, C, 3.

taahhüdün aynen yerine getirilmesini veya söz konusu ihlalden doğan zararın tazminini talep edebileceklerdir<sup>792</sup>.

Temel sözleşmenin ihlali bakımından asıl sorun yaratan durum, dolaylı yoldan da olsa ortaksal düzeni etkileyen taahhütlerin ihlalidir. Temel sözleşmenin ortak kontrolü tesis edici özelliği itibariyle, bu sözleşmede, ortak kontrolün istikrarlı bir şekilde icrasını sağlamaya yönelik olarak bir çok düzenlemeye yer verilmektedir. Ortak kontrol, ortaklığın belirli bir strateji doğrultusunda yönetilmesini konu edindiğinden, ortak kontrolün uygulanması, doğrudan doğruya ortak kontrolü paylaşan hakim paysahiplerinin yönetsel haklarını kullanma tarzına bağlıdır. Daha açık bir anlatımla, ortak kontrol, hakim paysahiplerinin yönetsel haklarını temel sözleşmeyi karakterize eden ortak strateji doğrultusunda kullanmalarını gerektirmektedir. Bu açıdan, temel sözleşmelerde ortaklığı ilgilendiren stratejik kararlar konusunda ayrıntılı düzenlemelere yer verilmekte; hakim paysahiplerine bu tür kararlara ilişkin oy haklarını belirli yönde kullanma yükümlülüğü getirilmektedir.

Temel sözleşmenin oy sözleşmelerine özgü söz konusu içeriğinden doğan yükümlülüklerin ihlalinin etkileri, ilk olarak ortak kontrolün icrasını tehdit etmektedir. Hakim paysahiplerinden birinin oy hakkını temel sözleşmede taahhüt ettiği yönde kullanmaması, hakim paysahiplerinin uzlaşmasını ve karar almasını önlemekte, böylelikle ortak kontrolün varlığını tehdit ederek kilitlenme olgusunu gündeme getirmektedir. Çoğunlukla temel sözleşmelerde, bu tür ihlallere ilişkin cezai şart öngörülmektedir<sup>793</sup>. Kuşkusuz ki, cezai şart, hakim paysahiplerinden birinin temel sözleşmeye aykırı hareket etmesinden dolayı diğer hakim paysahiplerinin uğradığı zararı karşılamaya yönelik olarak öngörülmektedir. Ancak asıl mesele, temel sözleşmede, belirli bir stratejik kararın alınmasına özgü olarak oy hakkını belirli bir yönde kullanmayı taahhüt eden paysahibinin, bu taahhüdünü aynen ifa etmeye zorlanıp zorlanamayacağıdır. Söz konusu mesele, oy sözleşmeleri bakımından öğretide tartışmalara zemin oluşturmuştur<sup>794</sup>.

---

<sup>792</sup> Borca aykırılığın türleri ve hükümleri için bkz. **Oğuzman/Öz**, s. 283, **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 851.

<sup>793</sup> **Oertle**, s. 114.

<sup>794</sup> Bu konu, oy sözleşmelerinin ortak kontrolün elde edilmesinde ve icra edilmesindeki rolü tartışılırken ele alınacaktır; bkz. aşa. § 11, VI, C, 1.

Son olarak, temel sözleşmenin ihlalinin, sözleşmenin diğer taraflarına temel sözleşmeyi haklı sebeple feshetme yetkisini bahşedip bahşetmeyeceği de irdelenmelidir. Temel sözleşmenin başta gelen amaçlarından birisi ortak kontrolün tesis ve icra edilmesi olduğuna göre, hakim paysahiplerinden birinin temel sözleşmeyi ihlal etmesi, temel sözleşmeyi amacından uzaklaştırabilir ve bu sözleşme ekseninde kurulan işbirliğini diğer hakim paysahipleri açısından katlanılmaz hale getirebilir. Bu itibarla, temel sözleşmede öngörülen yükümlülüklerin yerine getirilmemesinin sözleşmenin sona ermesine yönelik etkileri de tartışılmalıdır. Kanımızca, ancak hakim teşebbüsler arasındaki ortaklık ilişkisinin kökeninde yer alan güven anlayışını zedeleyen ve ortaklık ilişkisini katlanılmaz hale getiren ihlaller, temel sözleşmenin olağanüstü feshi açısından haklı sebep niteliğini taşımaktadır<sup>795</sup>.

Bu aşamada, temel sözleşmenin ihlaline yol açan olguların ve ihlale bağlanan yaptırımların tümü irdelenmeyecektir. Zira, bu olguların ve yaptırımların bir çoğu klasik Borçlar Hukuku müesseselerine özgüdür ve başlı başına bir incelemeye konu olacak kapsamdadır. Bu itibarla, çalışmamızda, temel sözleşmenin oy sözleşmelerine özgü düzenlemelerinin ihlalinin, sözleşmenin ihlaline bağlı olarak kullanılan opsiyon haklarını ve temel sözleşmenin ihlali sebebiyle sözleşmenin haklı sebeple feshini bağımsız olarak ele alacağız. Bu konular, çalışmanın bütünlüğü açısından ilişkili bölümlerde değerlendirilecektir<sup>796</sup>.

## **E. Temel Sözleşmenin Sona Ermesi**

Temel sözleşmenin bir adi ortaklık sözleşmesi niteliğini taşıdığı dikkate alındığında, adi ortaklığın sona ermesine yol açan nedenler (BK.m 535, 536) temel sözleşmeyi de sona erdirmektedir. Bu bağlamda, temel sözleşme ile güdülen amacının elde edilmesi veya bu amacın elde edilmesinin imkansız hale gelmesi, ortaklardan birinin ölmesi, tüm ortakların temel sözleşmesinin sona erdirilmesi konusunda anlaşmaları, olağan fesih ve haklı sebebe istinaden fesih, temel sözleşmenin sona ermesine yol açacaktır.

<sup>795</sup> Bu hukuki sorunun değerlendirilmesi için bkz. aşa. § 15, III, F.

<sup>796</sup> Oy sözleşmesine özgü düzenlemelerin ihlali için bkz. § 11, 6, C,3 ; opsiyon hakları için bkz. § 15, III, B, 3 ve temel sözleşmenin haklı sebeple feshi için bkz. 15, III, F.

Ancak, temel sözleşmenin sona ermesi, hakim teşebbüsler arasında ortak girişim sistemi tahtında kurulan bütün hukuki ilişkileri etkiler. Bu bağlamda, temel sözleşme üzerinde inşa edilen ortak girişim şirketinin ve yine temel sözleşme çerçevesinde hakim teşebbüsler ile ortak girişim şirketi arasında kurulan uydu sözleşmelerinin akıbeti de tartışılmak gerektir. Bu nedenle, temel sözleşmenin sona ermesinin ortak girişim sistemi üzerinde yarattığı etkileri, özellikle ortak girişim şirketinin anonim ortaklık olarak yapılandırıldığı durumlarda, sona ermenin Anonim Ortaklıklar Hukuku açısından yarattığı sorunları, ortak girişim şirketinin anonim ortaklıklara özgü sorunlarını ele aldıktan sonra irdeleneceğiz<sup>797</sup>.

---

<sup>797</sup> bkz. § 15, IV, C, 1.

**Üçüncü Bölüm**  
**ANONİM ORTAKLIK OLARAK KURULAN SERMAYEYE**  
**KATILMALI ORTAK GİRİŞİMLERDE ORTAK KONTROL**

**§ 9. Kontrol Kavramı ve Onun Bir Özel Türü Olarak Ortak Kontrol**

**I. Sorun ve Yaklaşım**

**A. Anonim Ortaklığın Bağımsızlığı Meselesi**

Kurumsal açıdan Tüzel Kişiler Hukuku'nun bir bölümünü oluşturan Ortaklıklar Hukuku'nda prensip, ortaklığın bağımsızlığıdır<sup>798</sup>. Bağımsızlık açısından, ortaklığın ayrı bir hukuk kişisi olarak ortaya çıkması yeterli olmaz; aynı zamanda bu öznenin iradesinin doğrudan doğruya kendi menfaati (Eigeninteresse) doğrultusunda belirlenmesi ve oluşması gerekmektedir<sup>799</sup>.

<sup>798</sup> Peter **Behrens**, Konzernsachverhalte im internationalen Recht, Schweizerische Zeitschrift für Internationales und Europäisches Recht, 2002, s. 82, **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, No. 1992. Tüzel kişilerde bağımsızlık ilkesi için bkz. Bilge **Öztaş**, Tüzel Kişiler, 4. Bası, Ankara, 2001, s. 5, **Akünel**, s. 15-16.

<sup>799</sup> Ortaklığın bağımsızlığının, ortaklığın, pay sahiplerinin ve ortaklık alacaklılarının menfaatleri arasındaki paralellik açısından bir güvence oluşturacağı yönünde bkz. **Yanlı**, Perdenin Kaldırılması, s. 119-120. Ortaklığın kendi (öznel) menfaati (*Eigeninteresse*, *Gesellschaftsinteresse*), ortaklığın amacı ışığında ortaya çıkan, ortaklıkla ilgili olan menfaat sahiplerinin ortaklığın gelişimi ve başarılı bir şekilde işletilmesi yönünde tezahür eden menfaatlerinin ortak paydasıdır; bkz. Christian **Cornett**, Treubindung gegenüber dem Eigeninteresse abhaengiger Gesellschaften, diss., Heidelberg, 2002, s. 188, ayrıca 193. Buna karşılık **Reiner** (s. 10) ise, ortaklık menfaatinin, organ görevlilerinin yükümlülüklerinin kapsamını ve çevresini belirlememek kaydıyla organların ne şekilde hareket edeceklerine dair bir ölçü olarak nitelendirmektedir. Ortaklık menfaati kavramı ile teşebbüs menfaati (*Unternehmensinteresse*) kavramını birbirinden ayıran ve her iki kavramın, Anonim Ortaklıklar Hukuku'nun ortaklığı çevreleyen farklı menfaat sahiplerinin menfaatlerinin telif edilmesine ilişkin arayışların bir sonucu olarak ortaya çıktığını belirten **Krämer**, teşebbüs menfaatinin bir "birlik menfaati" (ortaklıkta ifadesini bulan kişi birliğinin menfaati) olduğunu tespit ederek, ilk aşamada, bu birlik menfaatinin birliği oluşturan öznelerin münferit menfaatlerinden ve çoğunluğun menfaatinden farklı bir menfaat olduğunu vurgulamaktadır, bkz. Hans Jörg **Krämer**, Das Unternehmensinteresse als Verhaltensmaxime der Leitungsorgane einer Aktiengesellschaft im Rahmen der Organhaftung, diss. Bayreuth, 2002, s. 27, özellikle s. 47-48. Yazar, organların işlem ve eylemlerinde dikkate alınacak ölçünün "ortaklık menfaati" değil "teşebbüs menfaati" olması gerektiğini, bu menfaatin, organların hukuki işlemlere taraf olurken veya hukuki eylemler işlerken sahip oldukları takdir yetkisinin sınırlarını belirleyen bir ölçü olarak ele alınması gerektiğini ileri sürmektedir, bkz. **Krämer**, s. 46. Alman Hukuku'ndaki bu görüşlere karşılık İsviçre Hukuku'nda **Rusch** ise, bu yaklaşımı bir nebze daha açıklığa kavuşturmakta, ortaklık menfaati kavramının yönetim kurulu açısından "açık ve tekil bir davranış ölçüsü" (*Verhaltensmaxime*) olmadığını, ancak ortaklığı çevreleyen farklı öznelerin menfaatlerinin çatıştığı durumlarda, bu menfaatlerin tartılması ve telif edilmesi açısından başvurulacak bir ölçü niteliği taşıdığını ortaya koymaktadır; bkz. Arnold **Rusch**, Interzession im Interesse des Aktionärs, Sicherheitenbestellung für Verbindlichkeiten von Mutter- und Schwertgesellschaften in der Schweiz, s. 37-38. Türk Hukuku'nda ise **Nomer**, ortaklık menfaatinin ortaklığın amacının ve mevzuunun gerçekleştirilmesi çerçevesinde ortaklığın varlığının korunmasından ve ortaklığın işlev ve görevlerini oluşturduğunu ortaya koymaktadır, bkz.

Ortaklık menfaatinin içeriğini, “ ortaklığın varlığının korunması ve ortaklığın kendi amacı doğrultusunda kendi konusunu gerçekleştirme “ oluşturmaktadır. Bu itibarla söz konusu menfaat, ortaklığın kendi amacı ile doğrulanmalıdır<sup>800</sup>. Ortaklık menfaatinin “ölçü” olma niteliği ise, ortaklık menfaatinin, ortaklık organlarının karar alırken başvurmakla yükümlü buldukları temel değeri ortaya koymaktadır<sup>801</sup>. Bu bağlamda, irdelenmesi gereken husus, anonim ortaklığın menfaati ile onu oluşturan pay sahiplerinin menfaatlerinin ne derecede örtüştüğü meselesidir. Madem ki, anonim ortaklık kurumsal yapısı ve sahip olduğu nesnel ortaklık düzeni itibariyle pay sahiplerinden mümkün olduğunca soyutlanmaktadır; bu takdirde, ortaklığın menfaatini ortakların kişisel ve öznel menfaatlerinden ayrı tutmak gerekir.

Görüldüğü üzere, başta pay sahiplerinin birbiriyle örtüşen kişisel amaçlarının bir eseri olarak ortaya çıkan, ancak sonradan gelişen kurumsal yönetim ilkesi uyarınca sadece pay sahiplerinin değil tüm menfaat sahiplerinin haklı çıkarlarının göz önüne alınmasını gerektiren anonim ortaklığın bağımsızlığı, ortaklığın tüm tasarruflarının ortaklığın bizzat kendi amaçları doğrultusunda biçimlenmesini gerekli kılmaktadır. Bu varsayım, sermayeye katılmalı ortak girişimler bakımından özellikli bir konuma sahiptir. Hakim pay sahiplerinin münferit stratejilerinin ortak bir paydası olarak ortaya çıkan ortak girişim şirketi, bu pay sahiplerinin kişisel menfaatlerinden ne denli soyutlanabilecektir? Bu sorunun çözüme kavuşturulması için, ortak girişim şirketinin bağımlılığının nitelik açısından incelenmesi gerekir. Böylelikle, “ortaklığın menfaati” kavramının, ortaklığın iradesinin oluşumunda ne denli etkili olduğu meselesine göz atmak gerekmektedir.

---

Fusun **Nomer**, Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Sadakat Yükümlülüğü, İstanbul, 1999, s. 19. Nitekim, tüzel kişiliğin bağımsızlığının ve ayrılığının zedelenmesi, tüzel kişilik perdesinin uygulanması olasılığını beraberinde getirecektir; bu konuda bkz. aşa. § 14, II, A.

<sup>800</sup> **Nomer**, s. 19.

<sup>801</sup> Ortaklık menfaati ve yabancı yönetim kavramlarını inceleyen yazarlar da, özellikle anonim ortaklıklarda Sorumluluk Hukuku’nda bir çıkış noktası olarak benimsenen “ortaklığın menfaati/ortaklık menfaati” kavramının soyut nitelik taşıdığı ve bir yönüyle de hukuk aleminin bir varsayımı olduğu noktasında birleşmektedirler; bkz. **Reiner**, s. 9-10; **Cornett**, s. 191-192.

Ortaklığın iradesi, ortaklık organlarının<sup>802</sup> aldığı kararlarla oluşur (MK.m. 49). Anonim ortaklıklar esas alındığında, genel kurulda oy kullanarak ortaklık iradesinin oluşumunu etkileyen pay sahipleri, öğretide hakim olan görüş uyarınca bu süreçte ortaklığın menfaatlerini gözetmekle yükümlü değilken<sup>803</sup>, yönetim kurulunda ve yönetim kurulu dışında<sup>804</sup> yönetim işlevini üstlenerek ortaklığın iradesinin oluşumuna etki eden organ görevlileri<sup>805</sup>, ortaklığın menfaatlerini gözetmekle ve bu menfaatler doğrultusunda hareket etmekle yükümlüdür (TTK.m. 320). Bu açıdan özen ve sadakat yükümlülüğü altında bulunan ortaklık (organ) görevlileri, görevlerini yerine getirirken, doğrudan doğruya ortaklığın kendi menfaatlerini dikkate almakla yükümlüdür<sup>806, 807</sup>.

<sup>802</sup> Anonim ortaklıklarda, genel kurul ve yönetim kurulu kendi yetki alanlarına giren konularda karar alırlar. Ortak girişim şirketlerinde yönetim yapısı ve genel kurulla yönetim kurulunun karşılıklı konumu hakkında bkz. aşa. § 12, I, D.

<sup>803</sup> Türk hukuk öğretisinde hakim olan görüş uyarınca, anonim ortaklıklarda pay sahibinin diğer pay sahiplerine ve ortaklığa karşı sadakat yükümlülüğü altında bulunmamaktadır; bu konudaki ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. aşa. § 14, III, B, 2.

<sup>804</sup> Anonim ortaklıklarda, TTK.m. 312 vd. hükümlerinin belirlediği yönetim düzeninde, yönetim yetkilerinin bölünmesine ve yönetim kuruluna mensup olmayan kimselerin de yönetim işlevini paylaşmasına imkan tanınmaktadır (TTK.m. 319). Bu bağlamda, yönetim kurulu üyesi olmayan kimseler murahhas olarak görevlendirilebilirse de, bu kimselerle birlikte en az bir yönetim kurulu üyesinin murahhas olarak atanması zorunludur (TTK.m. 319). Böylelikle yönetim yetkisinin bölünmesi ve murahhaslara, yönetim kurulunun devredilemez yetkileri dışında kalan alanın tamamında veya bir kısmında yetki tanınması mümkündür. Yine TTK.m. 342, murahhaslardan farklı olarak anonim ortaklıklarda müdürlerin atanmasını ve söz konusu müdürlere belirli bir alanla sınırlı olarak yetki verilmesine imkan tanımaktadır. Gerek murahhaslar gerek müdürler, kendilerine ortaklık iradesinin tanınması açısından bağımsız bir hareket alanı tanındığından organ konumundadır, bkz. Mehmet **Helvacı**, Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulunun Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, 1995, s. 7. Buna karşılık TTK Tasarısı m. 367/1, yönetimin tamamen yönetim kurulu üyesi olmayan kimselere bırakılmasına imkan tanımaktadır.

<sup>805</sup> Yönetim kurulu üyeleri, anonim ortaklıkta organ görevlisi konumundadır, bkz. Ersin **Çamoğlu**, Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, 1972, s. 32- 34, aynı yönde Yedigöller **İzmirli**, Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunun Organ Niteliğini Kaybetmesi ve Hukuki Sonuçları, Ankara, 2001, s. 35. **Helvacı** ise, TTK.m. 336 hükmünün yönetim kurulu üyelerinin yaptıkları hukuki işlemlerin ortaklığa ait olmasını öngörmesi karşısında yönetim kurulu üyelerinin bizzatı organ niteliğini taşıdığını savunmaktadır, bkz. **Helvacı**, Hukuki Sorumluluk, s. 23; , aynı yönde **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku, s. 475. Kanımızca, meseleye yönetim kurulu üyesinin iradesiyle ortaklığın bağlanması (borç altına girmesi ve haklar edinmesi) açısından yaklaşıldığında, ortaklığı tek başına temsil ve ilzama yetkili olan ve bu nedenle başlı başına organ olarak nitelendirilmesi gereken yönetici dışında diğer yöneticiler, tek başlarına organ sıfatını taşımamaktadırlar, zira anonim ortaklığın iradesinin oluşumunda bu kimselere bağımsız bir hareket alanı tanınmamıştır. Ayrıca, murahhas atanması olasılığında murahhas olarak atanan yöneticiler dışında kalan yöneticiler, tek başlarına değil, müteselsilen sorumlu kılınmışlardır. Bu açıdan yönetim kurulu üyesinin tabi olduğu sorumluluk rejimi de onun organ sıfatını taşıdığı olgusunu temellendirmeyecektir.

<sup>806</sup> Nitekim yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu rejimine göz atıldığında, söz konusu rejimin de bu anlayış üzerine inşa edildiği gözlemlenmektedir. Yönetim kurulunun, ortaklığı yönetirken ortaklığın kendi menfaatlerini gözetmemesi, her şeyden önce sadakat yükümlülüğüne aykırılık teşkil edecektir.

<sup>807</sup> Alman hukuk öğretisinde **Hopt**, yönetim kurulu üyelerinin ortaklığa karşı tabi olduğu sadakat yükümlülüğünü, yöneticinin pay sahipleri arasında menfaat ihtilafına yol açacak işlemlerden kaçınma, ortaklıkla işlem yapmama, ortaklıkla rekabet etmeme, ortaklığın iş fırsatlarını

Oysa, bazı ortaklıkların kökeninde yatan ekonomik ilişkiler, bağımsız yönetim anlayışının terk edilmesine ve ortaklığın yabancıların güdümüne girmesine yol açabilir (yabancı yönetim<sup>808</sup>, *Fremdststeuerung*). Ortaklığın kendi menfaatleri dışında başka bir menfaate hizmet etmesi, hukuki ve ekonomik sebeplerden ileri gelebilir. Ortaklığın bu şekilde başka bir iradeye tabi kılındığı ve yabancı yönetimin söz konusu olduğu hallerde, ortaklığın hakimiyet altında bulunmasından söz edilir. Ortaklığın hakimiyet altında bulunmasının sonucu , ortaklığın “kendi menfaatinin” (ortaklık menfaati), doğrudan doğruya hakim pay sahiplerinin menfaatlerine göre belirlenmesidir<sup>809</sup>. Anonim ortaklığın, onu oluşturan kişi birliğinden soyutlanmasını esas alan hukuk düzeninin yozlaştırılması ve ortaklığın bağımlı hale getirilmesi, ortaklık ile pay sahipleri arasındaki ayrılığın fiili cephesini ortadan kaldırmaktadır<sup>810</sup>.

Yabancı yönetimin söz konusu olduğu tipik müessese, şirketler topluluğudur. Şirketler topluluğu bünyesinde yer alan şirketlerin her biri, tekil bir irade tarafından tekil bir menfaat (*Konzerninteresse*) doğrultusunda yönetilmektedir<sup>811</sup>. Şirketler topluluğunun bu unsuru, “tek elden yönetim” olarak adlandırılmaktadır<sup>812</sup>. Şirketler topluluğu bünyesinde yer alan şirketlerinin her birinin yabancı yönetime tâbî kılınmasının üçüncü kişiler açısından doğurduğu

---

(*corporate opportunity*) sahiplenmeme, sır saklama ve içeriden öğrenenlerin ticaretinden sakınma, ortaklık yönetiminde sahip oldukları gücü kötüye kullanmama ve kendisine ödenecek ücreti aşkın bir şekilde tayin etmeme olarak somutlaştırılmaktadır; bkz. Klaus J. **Hopt**, ECLR, *Interessenwahrung und Interessenkonflikte im Aktien-, Bank- und Berufsrecht, zur Dogmatik des Geschäftsbesorgungsrechts, Zeitschrift für Gesellschaftsrecht, 2004/1*, s. 9-13.

<sup>808</sup> Anonim ortaklıklarda yabancı yönetim kavramı için özellikle bkz. **Yanlı**, *Perdenin Kaldırılması*, s. 119 vd.

<sup>809</sup> **Yanlı**, *Perdenin Kaldırılması*, s. 120; **Kaya**, s. 9. Aşağıda inceleneceği üzere, bir ortaklığın yabancı yönetime tabi kılınmasında, hakim olan özne her zaman pay sahibi sıfatını taşımayabilir. Örneğin kontrolün hakimiyet sözleşmesi uyarınca kurulduğu durumlarda (bkz. aşa. § 9, II, A, 3, b, dd), hakim öznenin pay sahibi olması şart değildir; pay sahibi olmayan bir özne ile anonim ortaklık arasında kurulacak bir hakimiyet sözleşmesi, taraflar arasında bir hakimiyet ilişkisine vücut verebilir.

<sup>810</sup> Bu yönde bkz. **Yanlı**, *Perdenin Kaldırılması*, s. 120.

<sup>811</sup> Şirketler topluluğunda amaç, topluluk bünyesinde yer alan tüm şirketlerin tekil bir ekonomik amaç ekseninde bir ekonomik bütün haline getirilmesidir; bkz. **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)** No.1996. Bu itibarla, tek elden yönetim esaslı uyarınca bir araya getirilen topluluk ortaklıkları, yabancı bir yönetime, nitekim hakim şirketin yönetimine tabi kılımlar.

<sup>812</sup> **Öztek**, s. 57, **Fahiman Tekil**, *Anonim Şirketler*, s. 93, Katrin **Beyeler**, *Konzernleitung im schweizerischen Privatrecht, diss., Zürich, 2004*, s. 4-5, **Rubli**, s. 9, **Hüffer**, § 18 No. 8, kavramı “ortak sevk ve idare” olarak ifade eden **Yanlı**, *Perdenin Kaldırılması*, s. 143.



olumsuz etkiler, bu müesseseye özgü sorumluluk rejimiyle giderilmektedir<sup>813</sup>. Bu açıdan, sermayeye katılmalı ortak girişimlerde de söz konusu olan yabancı yönetimin, benzer bir ihtiyacı doğurup doğurmadığı araştırılmalıdır.

Bu noktada, ilk olarak “hakimiyet” ve “kontrol” kavramları arasındaki ilişkinin incelenmesinde yarar vardır. Ortaklıklar Hukuku anlamında hakimiyet kavramı, bir öznenin bir ortaklık üzerinde, o ortaklığın iradesini belirleyebilecek bir etkinliğe sahip olmasını ifade eder<sup>814</sup>. Ortaklıklar Hukuku’nda hakimiyetin niteliği bakımından iki anlayış belirmiştir : Bunlardan ilki, hakim öznenin bağlı (hedef) ortaklık üzerinde fiilen bu etkinliğin icra etmesini arayan “fiili hakimiyet” anlayışı<sup>815</sup>, diğeri ise hakimiyetin varlığı açısından söz konusu etkinliği icra etme olanağını yeterli gören “kontrol “ anlayışıdır. Kontrol anlayışı, sadece kontrolün oluşumuna yol açan araçların varlığını sınamakla yetinir, bu araçlardan fiilen yararlanılıp yararlanılmadığıyla ilgilenmez.

Türk Ticaret Kanunu’nun Ortaklıklar Hukuku’na ilişkin düzenlemeleri, ortaklık üzerindeki hakimiyet ilişkisini ele almadığı gibi, bu ilişkiye herhangi bir sonuç da bağlamamaktadır<sup>816</sup>. Ortaklıklar Hukuku’nda hakimiyet ilişkisi, en geniş şekliyle Alman Hukuku’nda incelenmiştir<sup>817</sup>. Hakimiyet kavramı, Avrupa Topluluğu

<sup>813</sup> Hakimiyetin kötüye kullanılması, TTK Tasarısı’nda m. 202 hükmüyle kapsamlı bir şekilde düzenlenmiştir. Hükümde, kötüye kullanma oluşturan haller tüketici olmayacak şekilde sayılmış, sorumluluğun tabi olduğu koşullar dışında şirketler topluluğuna özgü sorumluluk rejiminin temel kavramı olarak “zararın denkleştirilmemesi” ortaya konulmuştur. Hakimiyetin kötüye kullanılması halinde bağlı ortaklığın talep haklarına ve alacaklılarla paysahiplerinin konumuna ilişkin düzenlemelere de aynı hükümde yer verilmiştir.

<sup>814</sup> Ekonomik açıdan da kontrol kavramı, bir teşebbüsün, geniş bürokratik ve kültürel mekanizmaların işletilmesi yoluyla bir başka teşebbüs üzerinde o teşebbüsün davranışını ve performansını belirleyecek şekilde güç kullanması olarak tanımlanmaktadır; bkz. **Geringer/Herbert** s, 237.

<sup>815</sup> **Koblin**, s. 73 ve aynı yerde dn. 352’de anılan yazarlar.

<sup>816</sup> Bu noktada kastedilen, hakim paysahibinin veya hakim paysahiplerinin sırf hakim konumunda bulunmalarından ötürü özel bir yükümlülüğe tabi kılınmadığı hususudur. Yoksa TTK sistemi, ortaklıkta hakim olmayan paysahiplerinin azınlık hakları yoluyla korunmasına yönelik önemli düzenlemeler içerdiği göz ardı edilmemektedir; bu konuda bkz. aşa. § 9, II, A, 1.

<sup>817</sup> Burada Alman Hukuku’nun hakimiyet kavramına yaklaşımı ve Alman Şirketler Topluluğu Hukuku bütünüyle incelenmeyecek, ancak ileride yeri geldikçe söz konusu hukuki rejime göz atılacaktır. Ayrıntılarına girmemekle birlikte, şirketler topluluğuna ilişkin düzenlemeler, Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu’nda (Aktiengesetz, POK) yer almaktadır. POK’un Genel Hükümler başlıklı ilk bölümünde § 15- 22 hükümlerinde şirketler topluluğuna özgü temel müesseselere özgü düzenlemeler getirilmiş; bu bağlamda bağlı teşebbüs (POK. § 15), çoğunluk payları başka bir teşebbüse ait olan teşebbüs (POK. § 16), bağlı ve hakim teşebbüsler (POK. § 17), “şirketler topluluğu” ve topluluk şirketi (POK. § 18), karşılıklı katılma halinde teşebbüsler (POK. § 19) ve bildirim yükümlülüklerine ilişkin hükümler (POK. § 20-22) yer almaktadır. POK. § 291-337 hükümlerinin yer aldığı Üçüncü Kitap ise, “Bağlı Ortaklıklar” başlığı altında bütünüyle şirketler

Ortaklıklar Hukuku'nda da ele alınmıştır. Ortaklıkların yıl sonu hesaplarının konsolidasyonunu düzenleyen Avrupa Topluluğu 7. Ortaklıklar Yönergesi<sup>818</sup>, hakimiyetin yukarıda belirtilen iki türünden kontrol esasını benimsemektedir.

Bu model ışığında TTK Tasarısı'nda şirketler topluluğuna özgü düzenlemeler de, kontrol kavramını esas almaktadır<sup>819</sup> (TTK Tasarısı m. 195 vd). Zira Tasarı'nın Gerekçesi incelendiğinde, şirketler topluluğuna ilişkin düzenlemelerin yapılmasında ekonomik gerçeklikle hukuk düzeninin bağdaştırılması düşüncesinin ağırlık kazandığı ve gerçekte hakimiyeti icra etme olanağını haiz bulunan öznenin hakimiyeti fiilen de icra ettiği fikrinden hareket edildiği anlaşılmaktadır<sup>820</sup>.

Bu yaklaşım, kanımızca da isabetlidir. Kontrol anlayışı yerine fiili hakimiyet anlayışı benimsenseydi, bu kez hakimiyet ilişkisinin saptanması daha güçleşecek, Şirketler Topluluğu Hukuku'nun menfaat sahiplerini (stakeholders) özellikle azınlık pay sahiplerini ve alacaklıları koruyan yaptırımlarına işlerlik kazandırılması, güçlük arz edecekti. Bu yönüyle kontrol anlayışı, fiili hakimiyet anlayışına nazaran, hukuki güvenlik ve açıklık ilkelerine daha yetkin bir şekilde hizmet etmektedir<sup>821</sup>. Gerçekten de, hukukun diğer alanlarında da geçerli olduğu üzere, Ortaklıklar Hukuku'nda da, bir ortaklık (hedef ortaklık, hedef teşebbüs) üzerinde hakimiyete sahip olan öznenin, bu hakimiyetten yararlanmaması

---

topluluğuna ilişkin düzenlemelere ayrılmıştır. Bu bölümde, türleri ve hükümleri itibarıyla hakimiyet sözleşmeleri (POK. § 291-299), bağlı ortaklığın, alacaklıların ve hakimiyeti elinde bulundurmayan ortakların haklarının teminat altına alınması (POK. § 300-307), tek elden yönetim yetkisine ve sorumluluğuna ilişkin düzenlemeler (POK. § 308-318), katılmaya ilişkin hükümler (POK. § 319-328) ve şirketler topluluğu hesapları (POK. § 337) hakkında düzenlemeler bulunmaktadır.

<sup>818</sup> ATRG., 18.7.1983, L 193.

<sup>819</sup> Bağlı Ortaklıklar Hukuku'nun zengin bir uygulama alanına sahip olduğu Alman Hukuku'nda da, kontrolün varlığıyla yetinilmekte, hakimiyetin fiilen icra edilmesi koşulu aranmamaktadır; bkz. **Gansweid**, s. 21, **Hüffer**, § 17, No. 6, Matthias **Habersack**, *Europäisches Gesellschaftsrecht*, Münih, 1999, s. 186; **Wortmann**, s. 245, ayrıca bu konudaki değerlendirmeler için bkz. **Yanlı**, *Perdenin Kaldırılması*, s.125. Buna karşılık, Şirketler Topluluğu Hukuku'nu ayrıntılı hükümlerle düzenlemek yerine, topluluk şirketlerinin muhasebe düzenine yönelik İBK.m. 663e vd. hükümlerini getiren İsviçre Hukuku'nda öğreti, ağırlıklı olarak, hakimiyetten söz edilebilmesi için, bu gücün fiilen kullanılması aramakta (örnek olarak bkz. **Böckli**, No. 1192, **Forstmoser/Meier-Hayoz/ Nobel**, § 51, No. 204, **Ruchin**, s. 127-128); azınlıkta kalan bir görüş ise, kontrolün elde edilmesinin yeterli olacağını savunmaktadır; İsviçre öğretisindeki bu görüşler için bkz. **Rübl**, s. 18, dn. 74-75.

<sup>820</sup> bkz. TTK Tasarısı Madde Gerekçeleri, 195 ila 216. maddeye ilişkin genel açıklamalar, TTK Tasarısı, Ankara, 2005, s. 472-473.

<sup>821</sup> Bu yönde özellikle bkz. **Wortmann**, s. 245.

beklenemez. Bir kez hedef ortaklık üzerinde hakimiyet elde edildiğinde, hakimiyetin kötüye kullanılması eğiliminin dikkate alınması ve kötüye kullanmanın varlığı halinde belirli yaptırımlara bağlanması gerekecektir<sup>822</sup>. Ortaklıklar arasındaki hakimiyet ilişkisinin pozitif düzenlemeye konu olduğu yegane alan olan Şirketler Topluluğu Hukuku da, bu anlayış üzerine inşa edilmiştir.

Bu bağlamda, sermayeye katılmalı ortak girişimler de, hakimiyet ilişkisi üzerine kurulan hukuki oluşumlardır. Şu kadar ki, hakimiyet ilişkisinin tipik bir görünüm biçimi olan şirketler topluluğunun aksine, sermayeye katılmalı ortak girişim, kanımızca “atipik bir hakimiyet ilişkisini” barındırmaktadır. Nitekim, bu bölümde ele alınacağı üzere, ortak girişim şirketinin dayandığı hakimiyet ilişkisinde hakimiyetin elde edilmesi, yapısı ve doğurduğu sorunlar, şirketler topluluğuna nazaran oldukça farklılaşmaktadır.

Kanunkoyucu, Rekabet Hukuku dışında sermayeye katılmalı ortak girişimlerin kavramsal yapısını yansıtan düzenlemelere yer vermemektedir. Bu açıdan, Kanunkoyucu'nun, sermayeye katılmalı ortak girişimler bakımından belirli bir hukuk politikasını izlediğini, diğer bir deyişle belirli bir hakimiyet anlayışından hareket ettiğini ileri sürmek mümkün olmayacaktır. Bununla birlikte, şirketler topluluğu da, sermayeye katılmalı ortak girişim de son tahlilde yoğunlaşmanın<sup>823</sup> birer görünüm biçimidir. Her ikisi de prensip olarak tesadüfen ortaya çıkmamakta<sup>824</sup>, hakimiyeti elinde bulunduracak olanın veya olanların bilinçli iradelerinin bir eseri olarak olarak kurulmaktadır. Gerek şirketler topluluğunu,

<sup>822</sup> Gücü elinde bulunduran, onu kötüye kullanmaya eğilimlidir (Montesquieu).

<sup>823</sup> Şirketler topluluğu için bu yönde bkz. Ünal **Tekinalp**, Anonim Ortaklığın Bilançosu ve Yedek Akçeleri, 2. Bası, İstanbul, 1979, Yşar **Karayalçın**, Muhasebe Hukuku, Ankara, 1988, s. 159, **Rubli**, s. 5. Sermayeye katılmalı ortak girişimin yoğunlaşma niteliğini taşıyıp taşımadığı bakımından ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. yuk. § 7, II, B, 1.

<sup>824</sup> Kuşkusuz ki, şirketler topluluğu tesadüfi olarak ortaya çıkabilir. Zira, iki ortaklık arasında hakimiyet ilişkisinin oluşumu, kanunlaşması halinde TTK Tasarısı m. 195 vd. hükümlerinin uygulanmasına yol açacaktır. Ancak, şirketler topluluğunun da yoğunlaşmanın önemli bir görünüm biçimi olması, girişimcileri dikkatli davranmaya yöneltmekte ve şirketler topluluğunun oluştuğu durumlarda, girişimcilerin bu oluşumu bilinçli olarak örgütlemesine yol açmaktadır. Bu nedenle şirketler topluluğunun tesadüfi oluşumu, istisnaidir. Diğer yandan, sermayeye katılmalı ortak girişimin kavramsal yapısına ilişkin açıklamalarımızda belirtildiği üzere, sermayeye katılmalı ortak girişim sadece ortak kontrole tabi bir ortaklığı içeren bir işbirliği modeli olarak tanımlanamaz, bu müessese açısından, ortak kontrole tabi olan bir şirketin oluşumunun yanısıra bu şirketin stratejik bir anlaşma temelinde yönetilmesi de gerekmektedir. Bu itibarla, tesadüfi olarak ortak kontrole tabi kılınan ortaklıkların ortak girişim şirketi olarak nitelendirilemeyeceği yönünde bkz. yuk.dn. 208.

gerek sermayeye katılmalı ortak girişimi kuran öznelere, bu oluşumların ekonomik yapıları gereği, kontrolü elinde bulundurmaya tercih etmektedir. Bu itibarla, sermayeye katılmalı ortak girişimlerin değerlendirilmesinde de fiili hakimiyet anlayışından değil, kontrol anlayışından hareket etmek gerekir. Nitekim, Kanunkoyucu'nun Rekabet Hukuku'nun sermayeye katılmalı ortak girişimleri kontrolün bir alt türü (tekil kontrol-ortak kontrol) olarak ele alması (RKHK. m. 7) da, bu yaklaşımı doğrulamaktadır.

Bu veriler ışığında, ortak girişim şirketi üzerinde hakim ortakların icra ettiği yönetim gücünü ifade etmek üzere, çalışmamızda kontrol anlayışı esas alınacak ve bu ayrımı vurgulamak üzere kontrol terimi tercih edilecektir<sup>825</sup>. Ayrıca, kontrol, geniş anlamda hakimiyetin bir türü olduğu için, kontrol eden ile kontrol edilen arasındaki ilişkinin niteliğini açıklamak üzere, bu anlamda bir üst kavramı ifade eden hakimiyet kavramına da gerektiğinde yer verilecektir. Bunun dışında, kontrol kavramından farklı olan “fiilen hedef ortaklık üzerinde belirleyici etki icra edilmesi”, “fiili hakimiyet” olarak, buna karşılık fiilen bu etkinin icra edilmediği ancak hakim teşebbüsün bu etkiyi icra etme gücüne sahip olunması, diğer bir ifadeyle bir ortaklığın kontrol edilmesi durumu ise, kontrolün maddi içeriğine işaret etmek üzere “belirleyici etki icra etme olanağı”<sup>826</sup> olarak adlandırılacaktır.

Görüldüğü üzere, kontrol ilişkisi, “hakim olanın” “bağımlı olan” üzerindeki etkisini ilgilendirmektedir. Aşağıda irdeleneceği üzere<sup>827</sup>, gerek Ortaklıklar Hukuku gerek Rekabet Hukuku, bağımlılık ve kontrol kavramlarının

<sup>825</sup> Bu noktada, tamamen Türk ve Avrupa Hukuku terminolojisine koşut olarak kullandığımız bu terimin, Amerikan Ortaklıklar Hukuku terminolojisindeki kontrol terimi ile örtüşmediğini belirtmekte yarar vardır. Nitekim Amerikan Ortaklıklar Hukuku'nda, özellikle sermayenin tabana yayıldığı anonim ortaklıklarda mülkiyetin (payların mülkiyetinin) ortakların, ortaklığın kontrolünün ise fiilen onlardan bağımsız olduğu varsayılan yöneticilerin elinde olduğu gerçeğinden hareketle, mülkiyet (ownership) ile ortaklığın kontrolünün (control) birbirinden ayrıldığı kabul edilmektedir (separation of ownership and control), bu teoriyi ortaya atan **Berle/Means**, *The Modern Corporation and Private Property*, New York, 1932, (**Mestmäcker/Schweitzer**, § 24 dn. 15'ten naklen). Zaman içinde özellikle kurumsal yönetim ilkesinin gelişimiyle değişen bu teori, Amerikan Hukuku'nda halen halka açık anonim ortaklıklarda pay sahibinin konumunun açıklanmasında esas alınmaktadır. Bu veriler ışığında kontrolü, ABD Ortaklıklar Hukuku anlamında kullanılan **control** kavramı ile özdeş kullanmıyoruz.

<sup>826</sup> Kavramı, “hakim olma olanağı” olarak ifade eden **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, No. 1996. Nitekim Rekabet Hukuku da, “belirleyici etki icra etme olanağını” esas almaktadır; bkz. aşa. § 9, II, D, 2, c, bb.

<sup>827</sup> Bkz. aşa. § 9, II, A ve § 9, II, D.

açıklanmasında “belirleyici etki” kavramından hareket etmektedir. Nitekim, bağımlılık kavramı, ilk olarak Alman İmparatorluk Mahkemesi tarafından “*bir teşebbüsün başka bir teşebbüs üzerinde belirleyici etki (beherrschender Einfluss) icra edebilecek güçte olması*” olarak tanımlanmıştır<sup>828</sup>. Söz konusu kavram, gelişimi, ortak girişim şirketinin bağımsızlığı meselesinden hareketle ele alınmalıdır.

## B. Ortak Girişim Şirketinin Bağımsızlığı Meselesi

Sermayeye katılmalı ortak girişim, kavramsal olarak, hakim teşebbüslerden ayrı bir ekonomik birimin, yeni bir teşebbüsün kurulmasını gerekli kılar<sup>829</sup>. Sermayeye katılmalı ortak girişimlerde , ortak girişim sisteminin merkezinde yer alan ortak girişim şirketi, hakim pay sahiplerinin ortak kontrolüne tâbi kılınmaktadır. Bu yönüyle ortak girişim şirketi, bağımsız yönetim anlayışı ekseninde yönetilmeyen bir ortaklıktır<sup>830</sup>.

TTK Tasarısı'nın 195 vd. hükümlerinde ele alınan şirketler topluluğuna ilişkin düzenlemelerin kanunlaşmasının getireceği hukuki düzen bir yana bırakılırsa<sup>831</sup>, Türk ve İsviçre Hukuk sistemleri, halen ortaklığın bağımsız bir özne olduğu varsayımından hareket etmekte ve hakim ortaklık ile bağlı ortaklık arasındaki bağımlılık ilişkisine herhangi bir sonuç bağlamamaktadır<sup>832</sup>. Oysa, söz konusu bağımlılık ilişkisinin bağlı ortaklıkla hukuki ilişkiye giren menfaat sahipleri üzerindeki etkilerini değerlendiren yabancı hukuk sistemleri, hakim ortaklıkla söz konusu menfaat sahiplerinin karşılıklı çıkarlarını dengeleyici bir düzenin arayışı içindedir<sup>833</sup>.

<sup>828</sup> RGHZ. 167, 40, 50.

<sup>829</sup> **Fine**, s. 287, Dorothee **Einsele**, Auswirkungen der europäischen Fusionskontrollverordnung auf Gemeinschaftsunternehmen, Recht der Internationalen Wirtschaft, Beilage zu Heft 8/1992, s. 3, **Hoßfeld**, s. 5, dn. 31, **Na**, s. 11.

<sup>830</sup> **Tekinalp/Tekinalp**, Joint Venture, s.172, **Şahinalp**, s. 511, **Böckli**,No. 1635a. **Böckli**, hemen tüm ortak girişimlerde, hakim pay sahiplerinin ortaklık organlarında alınacak kararlarda organ görevlilerinin iradelerini sınırlayan düzenlemeler öngördüklerini, böylelikle organın bağımsızlığının (*Selbstorganshaft*) ortadan kalktığını belirtmektedir.

<sup>831</sup> Söz konusu hukuki düzene ilişkin değerlendirmeler için bkz. aşa. § 9, II, A, 3, a.

<sup>832</sup> Bağımsız ortaklık varsayımının ekonomik hayatın gerçeklerine aykırı düştüğü yönünde **Forstmoser/ Meier–Hayoz/Nobel**, § 60, No. 3, ayrıca bkz. TTK Tasarısı Madde Gereçekleri, 195 ila 216. maddeye ilişkin genel açıklamalar, TTK Tasarısı, Ankara, 2005, s. 471.

<sup>833</sup> Bu konudaki gelişmeler için bkz. **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)** No. 1994.

Bağımlılığa özgü hukuki sorunların merkezinde, şirketler topluluğu yer almaktadır. Bu açıdan, ortak girişim şirketinin bağımlılığına özgü hukuki sorunlara çözüm bulunabilmesi için, şirketler topluluğu müessesesini karakterize eden bağımlılık ilişkisinin incelenmesi gerekmektedir.

Türk Hukuku'nda **Tekinalp**<sup>834</sup>, bağlı ortaklıklara ilişkin düzenlemelerin üç temel saikle dayandığını ortaya koymaktadır : Bunlardan ilki, bağlı ortaklığın organlarının bağımsız karar verebilme olanağının kısıtlanması, hatta ortadan kalkmasıdır<sup>835</sup>. Gerçekten de, yukarıda incelendiği üzere, bağlı ortaklıklarda, ortaklık organları karar alırken, “ortaklığın kendi menfaatlerini gözetmekten” alıkonulmaktadır. İlk saikle birebir ilişkili olan ikinci saik, bağlı ortaklığın, kendi politikalarını dilediğince yürüten hakim teşebbüslerin öznel menfaatleri yüzünden en yüksek düzeyde kâr elde etme imkanından mahrum bırakılması, deyim yerindeyse mâlî açıdan topluluk menfaatine (*Konzerninteresse*) mahkum edilmesidir. Üçüncü saik ise, küçük pay sahibinin konumunun giderek zayıflamasıdır. Her üç olgu varit olmakla birlikte, özellikle anonim ortaklıklarda bağımlılığın katı sınırlarının bulunduğu da göz ardı edilmemelidir<sup>836</sup>.

---

<sup>834</sup> **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)** No. 1992.

<sup>835</sup> Aynı olguya işaret eden **Böckli**, No. 1635a. **Böckli**, hemen tüm ortak girişimlerde, hakim pay sahiplerinin ortaklık organlarında alınacak kararlarda organ görevlilerinin iradelerini sınırlayan düzenlemeler öngördüklerini, böylelikle organın bağımsızlığının (*Selbstorganshaft*) ortadan kalktığını belirtmektedir.

<sup>836</sup> Gerek şirketler topluluğunda gerek sermayeye katılmalı ortak girişimlerde tipik veya atipik şekilde tezahür eden bağımlılığın mutlak olmadığını vurgulamak gerekir. Bağlı ortaklığın veya ortak girişim şirketinin hukuki anlamda bağımsızlığına rağmen ekonomik anlamda bağımlı durumda olması, diğer bir anlatımla hukuki bağımsızlığın söz konusu ortaklığı gerçek anlamda “kendini iradesini kendi menfaatleri doğrultusunda kendi başına oluşturan “ bir ortaklık olmaktan çıkarmakta, bu ortaklığı başka bir öznenin iradesine bağlı kılmaktadır. Bununla birlikte, konuyu irdeleyen **Yanlı'nın** saptadığı üzere, bu bağımlılık mutlak olarak algılanmamalıdır. Zira hakim öznenin bağlı ortaklık üzerindeki etkisi, özellikle bağlı ortaklığın anonim ortaklık olarak yapılandırıldığı durumlarda, anonim ortaklığı temellendiren karakteristik özelliklerin çizdiği sınırlara tabidir. Yazar, bu sınırları oluşturan hükümleri, kamuyu aydınlatmaya ilişkin ilkeler, ortaklık malvarlığını koruyan hükümler, ortaklığın organizasyonuna ilişkin hükümler, sorumluluğa ilişkin hükümler, pay sahipliği haklarına ilişkin hükümler ve anasözleşmede yer alan hükümler olarak sıralamaktadır, bkz. **Yanlı**, Perdenin Kaldırılması, s. 181-182.

Aşağıda irdedeceğimiz üzere (bkz. aşa. § 10, III, B, 1) gerek şirketler topluluğunda gerek ortak girişim şirketinde hakimiyetin sağlanması açısından, bağlı ortaklığın veya ortak girişim şirketinin faaliyet ve finans politikalarını ilgilendiren kararlar üzerinde belirleyici etkinin sağlanması yeterli olacak, belirleyici etkinin bu kapsamı, onun asgari sınırı oluşturacaktır. Belirleyici etkinin ve dolayısıyla bağımlılığın azami sınırını ise, yukarıda **Yanlı'nın** saptaması ortaya koymaktadır. Şöyle ki, hakim öznenin hakimiyeti ne denli kapsamlı olursa olsun (örneğin, hakim ortaklığın

Belirtmek gerekir ki, bu üç olgu, bağımlılık ilişkisinin söz konusu olduğu şirketler topluluğunda ve sermayeye katılmalı ortak girişimde birbirinden farklı etkiler yaratmaktadır. Meseleye sermayeye katılmalı ortak girişimler açısından yaklaşmak gerekirse, ortak girişim şirketinin tekil kontrol yerine ortak kontrole tâbî kılınması, ortak girişim şirketinin hakim teşebbüslerle birlikte bir ekonomik birim oluşturmasına, hatta başka bir açıdan bakıldığında, bir şirketler topluluğu oluşturmasına engel teşkil etmektedir<sup>837</sup>. Zira, hakim teşebbüslerden her biri, birbirinden farklılaşan, hatta kısmen birbiriyle çatışabilen menfaatlere ve amaçlara sahip olduğundan, sermayeye katılmalı ortak girişimin kurulması, hakim teşebbüsleri tek bir ekonomik birim bünyesinde birleştirmez. Sermayeye katılmalı ortak girişim, hakim teşebbüslerin stratejik yönelimlerinin ortak paydasını oluşturur.

Bu nedenle, sermayeye katılmalı ortak girişim kurulduğunda, ortada birbirinden bağımsız olan ve tek elden yönetilmeyen en az iki ayrı hakim teşebbüs ve yine bu hakim teşebbüslerden ayrı bir ekonomik birim oluşturan ancak –atipik anlamda– onlara bağımlı olan bir ortak girişim şirketi ortaya çıkmaktadır. Bağımlılığın atipikliği kendisini bu noktada göstermektedir : Ortak girişim şirketi, hakim teşebbüslerden hiç birine tek başına bağımlı değildir; bu sebeple, onlardan hiç biriyle bağımsız bir ekonomik birim oluşturamaz. Bu şirket, hakim teşebbüslerin ortak stratejilerinin bir ürünüdür ve söz konusu teşebbüslerin menfaatlerini sadece bu ortak stratejiyle sınırlı olarak birbiriyle uzlaştırır. Bu gerekçelerle kaydetmek gerekir ki, ortak girişim şirketinin hakim teşebbüslerden herhangi biriyle veya bunların tümüyle tekil bir ekonomik birim oluşturulması ve tekil bir anlayış doğrultusunda yönetilmesi söz konusu değildir. Ortada, en azından üç adet (en az iki hakim teşebbüs ve ortak girişim şirketi) birbirinden farklı stratejilere göre yönetilen teşebbüs mevcuttur ve bunların bir şirketler topluluğu bünyesinde kaynaşmaları söz konusu değildir. Bu olgunun etkisiyle, ortak girişim

---

bağlı ortaklığın paylarının tamamına sahip olması durumunda bu bağımlılık en ileri derecede kendisini göstermektedir), hakim öznenin elde ettiği belirleyici etki, bağlı özneyi örgütleyen hukuki yapının (anonim ortaklığın) karakteristik yapısını, adeta bölünmez çekirdeğini oluşturan özellikleri ihlal edemez.

<sup>837</sup> Meseleyi açıklıkla ortaya koyan **Öztek** s. 37, ayrıca Ernst Joachim **Mestmäcker**, *Gemeinschaftsunternehmen im deutschen und europäischen Konzern- und Kartellrecht*, *Gemeinschaftsunternehmen (joint venture, filiale commune) im Konzern- und Kartellrecht*, Frankfurt am Main, 1979, s.12.

şirketinin organlarında ortaklığın iradesi biçimlenirken<sup>838</sup>, organ görevlilerinin tekil bir topluluk menfaati doğrultusunda hareket etmeleri söz konusu değildir.

Şüphesiz ki, şirketin organları, hakim teşebbüslerin uzlaşarak belirledikleri “ortak kontrol iradesine” tabidir ve bu irade, oluşum süreci itibariyle ortak, etkisi itibariyle tekil mahiyettedir<sup>839</sup>. Ancak, ortak kontrol iradesinin, hakim teşebbüslerin münferit iradelerinin karşılıklı açıklanması ve bu süreç sonucunda yeni bir irade üretilmesi yoluyla oluşumu, çoğu zaman ortak kontrol iradesinin ortak girişim şirketinin menfaatleri doğrultusunda belirlenmesini gerektirmektedir. Zira, her bir hakim teşebbüs açısından bakıldığında, ortak girişim şirketi o hakim teşebbüsün menfaatine tabi kılınmamakta, böylelikle ortak girişim şirketinin “topluluk menfaatine tabi kılınması” ve belirli bir topluluk bünyesinde yer alan birden çok şirketle paralel bir faaliyet politikası güdümünde yönetilmesi söz konusu olmamaktadır. Bu itibarla, hakim pay sahiplerinden her birinin iradesinin birbiriyle çatışması ve ortak kontrol iradesinin bu çatışmadan ortaya çıkması, ortak girişim şirketinin hakim pay sahiplerinden herhangi birinin iradesine bağımlı hale gelmesini önlemektedir.

Bu bağlamda, şirketler topluluğuna ilişkin düzenlemelerde, kontrolün egemen olduğu bir başka kurum olan sermayeye katılmalı ortak girişimlerin Kanunkoyucu bakımından dikkate alınmamasına rağmen<sup>840</sup>, **Tekinalp’in**<sup>841</sup> işaret ettiği çelişki, ortak girişim şirketi bakımından da söz konusu olmakta; özellikle yoğunlaşma niteliğini taşıyan sermayeye katılmalı ortak girişimlerde ortak girişim şirketinin hakim teşebbüslerden ayrı ekonomik birim olması ile ortak kontrole tabi kılınması açısından ortaya çıkmaktadır. Daha açık bir anlatımla, sermayeye katılmalı ortak girişim, hakim teşebbüslerden ayrı bir ekonomik birimdir. Ancak bu ekonomik birim, aynı zamanda hakim teşebbüslerin ortak kontrolü altındadır. Bu noktada, bir yandan Rekabet Hukuku’nda çıkış noktası olarak benimsenen “sermayeye katılmalı ortak

<sup>838</sup> Ortaklık iradesinin ortaklık organlarında olduğu yönünde bkz. **Gansweid**, s. 55.

<sup>839</sup> Ortak kontrolün oluşum süreci ve ortak girişim şirketi üzerindeki iradenin tekil özelliği için bkz. a.ş. § 10, II.

<sup>840</sup> Bu yönde bkz. **Mestmäcker**, *Gemeinschaftsunternehmen*, s. 11.

<sup>841</sup> **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)** No. 1992.



girişimin bağımsız bir ekonomik birim” olma özelliği ile hakim teşebbüslere bağımlı olma özelliği, birbiriyle çelişmektedir.

Bu çelişki, daha ayrıntılı olarak incelenmelidir. Ortak girişim şirketinin bağımsız bir ekonomik birim olması, bir ekonomik birimin sahip olması gereken tüm unsurlara sahip olmasından ileri gelir. Diğer bir ifadeyle, ortak girişim şirketi, kendine ait bir örgütlenmeye, bir ticari işletmeye, bir yönetim teşkilatına sahiptir. Bu olgu, ortak girişim şirketinin pazarda bağımsız bir aktör olarak, Rekabet Hukuku’nda yerleşik deyimle bağımsız bir teşebbüs olarak ortaya çıkmasını beraberinde getirmektedir ve sermayeye katılmalı ortak girişimin “dış cephesini” yansıtmaktadır. Oysa, sermayeye katılmalı ortak girişimi çevreleyen iç ilişkiye göz atıldığında, bu şirketin bağımlı olduğu ortaya çıkmaktadır. Bu bağımlılık ilişkisi ise sermayeye katılmalı ortaklığın iç cephesini ortaya koymaktadır. Böylelikle çelişki, görünürde sermayeye katılmalı ortak girişimin dış cephesi ile iç cephesi arasında ortaya çıkmaktadır.

Oysa, bu çelişkinin şu şekilde telif edilebileceği kanısındayız : Sermayeye katılmalı ortak girişimin bağımsız bir ekonomik birim olması, onun herhangi bir bağımlılık ilişkisine tabi olmadığı anlamına gelmemektedir. Onun bir ekonomik birim olarak bağımsızlığı, sermayeye katılmalı ortak girişimin bir yoğunlaşma olarak ortaya çıktığı durumlarda söz konusu olmaktadır. Hakim teşebbüsler, kaynaklarının bir kısmını, yeni kuracakları şirkette (ortak girişim şirketi) öyle bir şekilde bir araya getirmelidir ki, ortaya yönetim teşkilatı ve ticari işletme fonu itibarıyla yeni bir teşebbüs çıkmalıdır. Bu açıdan, ortak girişim şirketinin ortak kontrol altında bulunması ve bağımlı bir ortaklık olarak nitelendirilmesi de, söz konusu ekonomik birimin hakim teşebbüslerden ayrı bir ekonomik birim olması gerçeğini etkilemez.

Bu noktada, özellikle Rekabet Hukuku’nda, bir sermayeye katılmalı ortak girişimin yoğunlaşma olarak nitelendirilmesi açısından ortak girişim şirketinin hakim teşebbüslerden ayrı bir ekonomik birim olarak ortaya çıkmasının bir koşul olarak öngörülmesi<sup>842</sup>, Ortaklıklar Hukuku’nun verileriyle de doğrulanmaktadır ve ortak girişim şirketinin aynı anda “hem bağımsız bir ekonomik birim olarak

---

<sup>842</sup> bkz. yuk. § 7,II, B, 3.

nitelendirilmesinin” hem de hakim teşebbüslere bağımlı olmasının yarattığı çelişkiyi ortadan kaldırmaktadır: İlk olarak, sermayeye katılmalı ortak girişimin bağımsız bir ekonomik birim olması, hakim teşebbüslerden ayrı bir teşebbüs olarak ortaya çıkması anlamına gelmektedir. Diğer bir açıdan, Rekabet Hukuku anlamında yoğunlaşma oluşturan sermayeye katılmalı ortak girişime “dışarıdan bakıldığında”, bu teşebbüs, bağımsız bir teşebbüs görünümünü arz eder. Farklı bir ifadeyle, yoğunlaşma oluşturan bir sermayeye katılmalı ortak girişim, adeta hakim paysahiplerinin desteği olmaksızın da pazarda varlığını sürdürebilen, bağımsız ve ayrı bir teşebbüs olarak ortaya çıkan bir ekonomik birimdir.

Bu bağlamda, sermayeye katılmalı ortak girişimin “hakim teşebbüslerden ayrı bir ekonomik birim “ olması, onun gerçek bir teşebbüs olarak yapılandırılması anlamına gelir ve onun Ortaklıklar Hukuku anlamında çoğul bağımlılığa tabi bir ortaklık olmasıyla çelişmez. Zira ortak girişim şirketinin bağımlılığı, onun iç ilişkilerini ilgilendiren bir olgu iken, onun hakim teşebbüslerden ayrı bir teşebbüs olması ve özellikle Rekabet Hukuku anlamında bağımsız bir ekonomik birim olmasından kasıt, onun hakim paysahiplerinden ayrı bir ekonomik birim olmasıdır.

Bu nedenle, söz konusu çelişkinin, sadece görünürde mevcut olduğunu, sermayeye katılmalı ortak girişimde, bu oluşumun “bağımsız bir ekonomik birim” olma özelliğiyle “ hakim teşebbüslere bağımlı olma” özelliğinin birbiriyle çelişmediği kanaatine varıyoruz. Özellikle, ortak kontrolün niteliğinin bir sonucu olarak, sermayeye katılmalı ortak girişimin, hakim teşebbüslerle tekil bir ekonomik birim oluşturmaması, bilakis bu teşebbüslerin ortak iradesine tabi olması (atipik bağımlılık), bu çelişkiyi ortadan kaldırmaktadır.

Ortak girişim şirketi atipik bir bağımlılık yapısı arz etmektedir<sup>843</sup>. Zira, bu yapıda birden çok “hakim” bulunmakta ve bağılı ortaklık (ortak girişim şirketi), bu hakim ortaklıklardan hiç birinin tekil iradesine tabi kılınmamaktadır<sup>844</sup>. Bağılı ortaklığın

---

<sup>843</sup> Bu yönde, Na, s. 2. Bu sorun, sermayeye katılmalı ortak girişimin hukuki yapısı gözetilerek irdelendiğinde, ortak girişim şirketinin hakim teşebbüsler arasında temel sözleşme uyarınca kurulan adi ortaklığın kontrolü altında bulunduğu sonucu ortaya çıkmaktadır.

<sup>844</sup> Bu takdirde, sermayeye katılmalı ortak girişimlerde, ortak kontrolü paylaşan paysahiplerinin hemen tüm öğretisi tarafından “hakim paysahibi” olarak adlandırılmasının isabeti tartışılmalıdır. Acaba, hedef ortaklığı münhasıran kendi faaliyet politikalarına tabi kılamayan bir paysahibini

organları, sonuçta hakim ortakların ortak iradeleri doğrultusunda hareket ettiğinden, hiç bir hakim ortak tek başına etkin olamamakta; ortak girişim şirketinin iradesi, her bir hakim ortağın iradesinin diğer bir hakim ortağa açıklanması ve bu süreç sonunda ortak paydanın elde edilmesi sonucunda ortaya çıkan yeni bir irade niteliğini taşımaktadır. Bu iradeyi “ortak kontrol iradesi” olarak adlandırıyoruz.

### **C. Ortak Kontrol İradesinin Oluştığı Zemin : Hakim Paysahiplerinin Adi Ortaklığı**

Sermayeye katılmalı ortak girişimin hakim teşebbüslerle ekonomik bir bütün oluşturulmaması<sup>845</sup>, kanımızca şirketler topluluğuna ilişkin hukuki ihtiyacı,

---

hakim paysahibi olarak adlandırmak ne denli doğru olacaktır? Gerçekten de, sermayeye katılmalı ortak girişimlerdeki hakimiyet ile özellikle şirketler topluluğunda kendisini gösteren hakimiyet birbirinden farklıdır. Bu farklılık, hakimiyetin niteliğinden ileri gelmektedir : Şirketler topluluğundaki hakimiyet tekil iken sermayeye katılmalı ortak girişimdeki hakimiyet ortak niteliktedir. Ancak, ortak girişim şirketindeki hakim paysahibi nitelemesi dayanaksız değildir : İlk olarak, fazla paysahibinin tek başına hakim olmamalarına rağmen hakim olarak adlandırılmasının nedeni, bu kimselerin hakimiyeti paylaşmalarından ileri gelmektedir. Nitekim bu kişiler birbirleriyle uzlaşma içinde hareket ettikleri müddetçe ortaklığa hakimdirler. İkinci olarak, meseleye her bir paysahibi açısından yaklaşıldığında, aşağıda irdeleneceği üzere (bkz. §10, IV) ortak kontrol münferit hakim paysahiplerinden hiç birinin iradesinin devre dışı kalmasına imkan tanımadığı için, etkin konumda olan paysahiplerinden herhangi birinin arzulamadığı bir kararın ortak girişim şirketinin organlarında alınması mümkün değildir. Bu itibarla ortak girişim şirketinin etkin paysahiplerinin “hakim paysahibi” sıfatı, kendi rızası hilafına karar alınmasını önleme yetkisine dayanmaktadır. Bazı yazarlar, bu gücü, “negatif kontrol” olarak adlandırmaktadır; bkz. **Yüksel**, s.102; buna karşılık meseleye bağımlılık açısından yaklaşan ve veto etme yetkisinin tek başına Bağlı Ortaklıklar Hukuku anlamında bağımlılık yaratmayacağını, ancak başka hukuki ve fiili araçlarla tamamlanmak suretiyle bağımlılığa yol açacağını vurgulayan **Emmerich/Habersack**, § 17, No. 25. Kanımızca burada kontrolün paylaşılması söz konusu olmakla birlikte, negatif anlamda bir kontrolden söz etmek yerinde olmayacaktır. Her ne kadar, bizim de önleyici irade olarak adlandıracağımız (bkz. aşa. § 10, II/IV) “münferit hakim paysahiplerinin kendi arzularına aykırı karar alınmasını önleme gücü”, tekil kontrolün aksine “ hedef ortaklıkta belirli bir kararı aldırma gücünü” sağlamsa da, ortak kontrol iradesinin de aslında bir tekil irade niteliği taşıdığı gözetildiğinde (ortak kontrolün oluşumu hakkında bkz. aşa. §10, II.), burada münferit hakim paysahiplerinin iradelerinin sadece önleyici irade olarak tezahür etmediği, aynı zamanda uzlaşma halinde “ diğer hakim paysahipleriyle birlikte ortak girişim şirketinin organlarında karar alınmasını sağlamayı içerdiği anlaşılmaktadır. Böylelikle, temel sözleşmenin ortak girişim şirketinin faaliyet politikalarını doğru bir şekilde belirleyebilmesi halinde hakim paysahipleri arasında uzlaşma ortamı oluşacak, münferit hakim paysahibi, “bir kararın alınmasını önleyen bir aktör” olmanın dışında “kararın alınmasını sağlayan aktör” konumuna yerleşecektir. Hakim paysahiplerinin uzlaşma içinde hareket etmeleri olasılığında, sağlayıcı (olumlu) irade ön plana geçecek, önleyici irade geri planda kalacaktır. Bu itibarla, sermayeye katılmalı ortak girişimde hakim paysahiplerinden her birinin sahip olduğu gücü negatif kontrol olarak nitelendirmekten bilinçli olarak kaçınıyoruz.

<sup>845</sup> İki teşebbüsün bir ekonomik bütün oluşturabilmesi için, bu iki teşebbüs arasında ekonomik açıdan bir bağımlılık ilişkisinin kurulması ve her iki teşebbüsün aynı irade tarafından ortak bir ekonomik amaç doğrultusunda yönetilmesi gerekmektedir. Örneğin şirketler topluluğu bünyesinde yer alan her bir ortaklık, hukuken bağımsızlığını korumakla birlikte şirketler topluluğunun oluşturduğu ekonomik bütünün bir parçasıdır ve ekonomik açıdan bağımsız

sermayeye katılmalı ortak girişimler açısından aynı ölçüde varit olmadığını ortaya koymaktadır. Bu veriler ışığında, sermayeye katılmalı ortak girişimin Ortaklıklar Hukuku'nun ve Rekabet Hukuku'nun kesişim alanındaki konumunu belirlemek gerekir : Yoğunlaşma olarak nitelendirilmesi söz konusu olan bir sermayeye katılmalı ortak girişim, hakim teşebbüslerden ayrı bir ekonomik birimdir<sup>846</sup>. Ayrı bir ekonomik birim olmanın anlamı, ilgili pazarda kendi kaynaklarıyla faaliyet gösterebilecek donanım ve yönetim örgütüne sahip olmaktır. Bununla birlikte, bağımsız bir ekonomik birim olan sermayeye katılmalı ortak girişim, hakim teşebbüslerin ortak kontrolü altındadır; diğer bir deyişle hakim teşebbüslerin ortak iradesine bağımlıdır.

Bu itibarla, ortak girişim şirketinin iradesi, şirketler topluluğu bünyesinde yer alan bir ortaklığın aksine tek bir hukuk öznesine tabi olmayıp, hakim paysahipleri arasında temel sözleşme uyarınca kurulan adi ortaklığa tabidir. Bu noktada, adi ortaklığın bir hukuk öznesi olmadığını, dolayısıyla ortak girişim şirketinin gerçekte söz konusu adi ortaklığa ortak olan hakim paysahiplerinin ortak kontrolü altında olduğunu vurgulamak gerekir. Ortak girişim şirketinin iradesi, hakim paysahipleri arasında akdedilen temel sözleşme uyarınca ortaya çıkan adi ortaklık bünyesinde belirlenmektedir<sup>847</sup>.

Bu adi ortaklığın amacı, ortak girişim şirketinin ortak kontrol altında yönetilmesidir. Bu itibarla, ortak girişim şirketinde stratejik kararların hangi

---

değildir; bkz. **Hüffer**, § 18, No. 10, **Forstmoser/ Meier–Hayoz/Nobel**, § 60, No. 3, **Beyeler**, s. 8-9. Oysa, sermayeye katılmalı ortak girişimlerin kavramsal yapısına ilişkin incelemelerde de ele alındığı üzere (bkz. yuk. § 4, VI, F, 2, c), ortak girişim şirketini kuran hakim teşebbüslerin ekonomik açıdan birbirlerinden bağımsız olmaları söz konusudur. Her ne kadar söz konusu teşebbüsler, ortak girişim şirketini ortak bir strateji ışığında ortaklaşa yönetseler de, hakim teşebbüslerin birbirinden bağımsız olmaları ve ortak kontrolün zorunlu bir sonucu olarak ortak girişim şirketinin hakim teşebbüslerden hiç birine bağımlı olmaması, sermayeye katılmalı ortak girişimlerde ortak girişim şirketleriyle hakim teşebbüsün ekonomik açıdan bir bütün oluşturmalarına engeldir. Bu özellik, ortak girişim şirketinin yabancı yönetime tabi olan bir teşebbüs olmasına rağmen bağımsız bir ekonomik birim olarak nitelendirilmesini temellendirmekte, kontrol ile bağımsız bir ekonomik birim olma özelliği arasındaki kavramsal çatışmayı telif etmektedir.

<sup>846</sup> Bir çok yazar yerine bkz. **Zurkinden**, s. 6-7, ayrıca yoğunlaşmanın karakteristik özelliğinin bağımsız ekonomik birimlerin oluşumuna yol açması olduğu yönünde bkz. **Na**, s. 1. Bu noktada, Rekabet Hukuku'nda yaygın bir şekilde kullanılan “bağımsız ekonomik birim” terimini Ortaklıklar Hukuku terminolojisi anlamında benimsemekten bilinçli olarak kaçınıyoruz. Zira Rekabet Hukuku açısından isabetli olan bu terim, ortak girişim şirketinin Ortaklıklar Hukuku anlamında bağımlı olması karşısında yanılığ yaratabilir. Bu nedenle, “bağımsız ekonomik birim” terimi yerine “hakim teşebbüslerden ayrı bir ekonomik birim” terimini tercih edeceğiz.

<sup>847</sup> **Gansweid**, s. 55.

yönde alınacağı, bu adi ortaklıkta saptanmaktadır. Bu kararların içeriğinin saptanması, adi ortaklığın yönetimini ilgilendiren bir meseledir. Adi ortaklıklarda ortaklık sözleşmesinde aksi kararlaştırılmadıkça ortaklık, ortakların oybirliğiyle alınacak kararlarla yönetilir (BK.m. 524). Bu açıdan, ortak girişim şirketinin kökeninde yatan adi ortaklık sözleşmesinin karakteristik özelliği, müşterek yönetim kuralının bertaraf edilmemesidir. Aksi takdirde ortak kontrolden söz etmek mümkün olamayacaktır<sup>848</sup>.

Ortak kontrol iradesi de, tıpkı şirketler topluluğunun kökeninde yatan tekil irade gibi yabancı bir iradedir. Ancak her iki irade arasındaki kritik fark, kanımızca kendisini şu noktada göstermektedir : Ortak kontrol iradesi, hiç bir zaman tam anlamıyla hakim ortaklardan birinin iradesiyle örtüşmediğinden, hakim ortakların menfaati, sermayeye katılmalı ortak girişimin kendi amacı doğrultusunda faaliyet göstermesi ve bu faaliyetten en yüksek düzeyde kâr elde etmesi yönünde ortaya çıkar<sup>849</sup>.

---

<sup>848</sup> BK. m. 524, adi ortaklıkta kararların ortakların oybirliğiyle alınacağını, ancak ortaklık sözleşmesinde bu yetersayının ortak sayısı bakımından oy çoğunluğuna indirilebileceğini öngörmektedir. Her durumda temel sözleşme uyarınca kurulacak adi ortaklık, hakim pay sahiplerinin tümünü kapsayacak bir çoğunluğu öngörmelidir ki, ortak kontrolden söz edilebilsin. Bu bağlamda, temel sözleşmeye sadece hakim pay sahiplerinin taraf olduğu durumlarda oybirliği kuralı bertaraf edilmemelidir; zira aksi takdirde hakim pay sahiplerinden birinin dahi iradesinin devre dışı kalması, ortak kontrolü ortadan kaldıracaktır. Diğer yandan, temel sözleşmeye hakim pay sahipleri dışındaki kimselerin de taraf olması olasılığında, bu sözleşmede, stratejik kararların alınmasında hakim pay sahiplerinin her birinin (tümünün) olumlu oyunu kapsayacak şekilde oy çoğunluğunun belirlenmesi ve bu bağlamda stratejik kararların özellikle her bir hakim pay sahibinin olumlu oy vermesi kaydıyla oy çoğunluğuna bağlanması, ortak kontrolü sağlayacaktır. Aşağıda ortak kontrole ilişkin kişisel tanımımız uyarınca, (bkz. aşa. § 10, II ) ortak kontrolde hakim pay sahiplerinden hiç birinin iradesinin devre dışı kalmaması gerektiğinden, temel sözleşmeye hakim pay sahipleri dışındaki kimselerin taraf olması olasılığında, oy çoğunluğunun kararlaştırılması, ortak kontrol bakımından yeterli olamayacak; belirli bir stratejik kararın alınmasında hakim pay sahiplerinden her birinin olumlu oyunun aranması zorunlu olacaktır. Belirtmemiz gerekir ki, gerek oybirliğinin gerek her bir hakim pay sahibinin olumlu oyunu kapsayacak şekilde oy çoğunluğunun, temel sözleşme uyarınca kurulacak adi ortaklıkta alınacak her bir karar bakımından varlığı aranmamalı, sadece ortak kontrolün maddi içeriğini oluşturan stratejik kararlarda bu yetersayının varlığı, ortak kontrolün varlığı açısından yeterli görülmelidir.

<sup>849</sup> **Mestmäcker**, *Gemeinschaftsunternehmen*, s. 12. Kuşkusuz ki, hakim pay sahiplerinin ortak girişimini “her bir hakim pay sahibinin öznel menfaatlerini de tatmin edecek şekilde” kullanmaları söz konusu olmaktadır, Farklı bir anlatımla, her bir hakim pay sahibi, ortak girişim şirketinin işletme konusunun kendi işletme konusuyla kesiştiği noktada, ortak girişim şirketinden menfaat edinme gayreti içindedir. Basit bir örnekle, kamyon üreten bir ortak girişim şirketinin, hakim pay sahiplerinden birinin bir demir-çelik üreticisi olması olasılığında, ihtiyaç duyduğu çelik hammaddesini hakim pay sahibi dışında başka çelik üreticilerinden temin etmesi, pek söz konusu olmamaktadır. Nitekim hakim pay sahipleri, kendileri ile ortak girişim şirketi arasındaki ekonomik ilişkileri temel sözleşmelerde ve uydu sözleşmelerinde düzenlemektedirler. Şu kadar ki, Rekabet Hukuku'nda bir ortak girişimin yoğunlaşma olarak nitelendirilmesi için hakim pay sahipleriyle ortak girişim arasındaki sağlama ilişkilerine önemli sınırlamalar getirilmektedir. Söz konusu sınırlama, ortak girişim şirketinin bağımsız bir ekonomik birim olarak

Bu değerlendirmelerin bir sonucu olarak, Şirketler topluluğunda hakim ortaklıkla bağlı ortaklıklar bir ekonomik bütün oluştururken<sup>850</sup>, sermayeye katılmalı ortak girişimde ortak girişim Şirketi ile hakim ortaklar/teşebbüsler bir ekonomik bütün oluşturmazlar. Son tahlilde, Şirketler topluluğunda bağlı ortaklık, Şirketler topluluğu menfaatinin (*Konzerninteresse*) saf bir aracı niteliğindedir<sup>851</sup>. Bağlı ortaklık bir araçtır, çünkü etkisine maruz kaldığı hakimiyet araçları vasıtasıyla onun bağımsız iradesi ve kendi menfaati tamamen topluluk amacına feda edilmiştir. Sermayeye katılmalı ortak girişim ise, ancak hakim pawsahiplerinin ortak kontrol iradesine feda edilmektedir ki, bu ortak kontrol iradesinin oluşumunda birden fazla iradenin devreye girmesi, topluluk Şirketinin bağımlılığı ile ortak girişim Şirketinin bağımlılığı arasında bir mahiyet farkı yaratmaktadır.

Bu veriler ışığında, ortak girişim Şirketi bağımsız bir yönetime sahip olmamakta ve hakim teşebbüslerin “ortak kontrol iradesine” tabi kılınmakta ise de, kanımızca söz konusu bağımlılığın mahiyeti Şirketler topluluğunun temelinde yer alan bağımlılıktan farklıdır ve atipik niteliktedir. Kanımızca bu olgu, Şirketler Topluluğu Hukuku’nda hakim ortaklığın bağlı ortaklığın borçlarından sorumlu olmasını öngören sorumluluk rejiminin ortak girişimlere uygulanmasına engeldir<sup>852</sup>.

Sermayeye katılmalı ortak girişimlerde bu yaklaşımın yaratacağı boşluk, diğer bir anlatımla, ortak girişim Şirketin borçlarından dolayı hakim teşebbüslere prensip olarak baŐvurulamayacak olmasının ortak girişim Şirketiyle ilgili menfaat çevresi açısından yaratacağı dezavantaj, kanımızca Sorumluluk Hukuku’nun diğer

---

yapılandırılması düşüncesine dayanmaktadır. Bu bağlamda, anonim ortaklıkların ortak girişim Şirketleri açısından elverişliliği de bir kez daha vurgulanmalıdır : Hakim pawsahipleriyle ortak girişim Şirketi arasındaki bu tür sağlama ilişkilerinin anasözleşmeye yansıtılamaması ve bu suretle korporatif düzenin bir parçası haline getirilmemesi de, ortak girişim Şirketini hakim pawsahiplerinden bir nebze daha soyutlamakta ve ortak girişim Şirketinin bağımsız bir ekonomik birim olmasını temellendirmektedir.

<sup>850</sup> **Beyeler**, s. 9, **Rubli**, s. 10.

<sup>851</sup> **Wortmann**, s. 49-50, **Yanlı**, Perdenin Kaldırılması, s. 120.

<sup>852</sup> Her iki messesе arasındaki bu farklılığı vurgulayan **Mestmcker**, *Gemeinschaftsunternehmen*, s. 21- 22 .Söz konusu rejimin ortak girişim Şirketi zerindeki ortak kontrolün kötüye kullanılması halinde kıyasen uygulanma kabiliyeti için bkz. § 13, I, B. Ayrıca hakim pawsahiplerinden en az birinin bir topluluk Şirketi olması veya hakim ortaklığın bir ortak girişim Şirketi olarak yapılandırılması gibi durumlarda, Şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanması gündeme gelebilir; bu konudaki değerlendirmeler için bkz. aşa. § 13, II/III.

müesseseleriyle giderilebilir. Bu bağlamda, ortak girişim şirketinde hakim pay sahiplerinin ortaklığa karşı sadakat yükümlülüğü altında bulunup bulunmadığı araştırılmalı; bu konuda olumsuz bir sonuca varılması halinde anonim ortaklığa egemen olan ilkelerden hareket edilip edilemeyeceği irdelenmeli<sup>853</sup>; tüzel kişilik perdesinin aralanması teorisinin ortak girişimler bakımından uygulama alanı belirlenmelidir<sup>854</sup>.

Kuşkusuz ki, ortak girişim şirketi ile hakim teşebbüsler arasında özellikle uydu sözleşmeleri uyarınca kurulan ekonomik ilişkiler<sup>855</sup>, hakim teşebbüslerin ortak girişim şirketinden doğrudan doğruya menfaat elde etmesine de yol açacaktır. Ancak ortak girişim şirketinin hakim ortaklıklardan herhangi birisinin menfaatleri uğruna, kendi işletme amacını gerçekleştirme düşüncesinden uzaklaşması söz konusu olmayacaktır. Aksi takdirde, bir ortak girişimin varlığından söz etmek mümkün olmayacaktır.

Bağlı Ortaklıklar Hukuku'nun düzenlenmesinin ardında yatan saikler ışığında, şirketler topluluğu bünyesindeki bağlı ortaklıklar ile ortak girişim şirketi arasında yaptığımız bu karşılaştırma, sadece yoğunlaşmalar alanında geçerlidir. Zira, gerek şirketler topluluğu gerek tam işlevli olarak yapılandırılan sermayeye katılmalı ortak girişimler, yoğunlaşmaların konusunu oluşturmaktadır. Oysa, yoğunlaşma niteliğini taşımayan ortak girişimlerde, ortak girişim şirketi, bağımsız bir ekonomik birim olarak yapılandırılmamakta, doğrudan doğruya hakim ortaklıkların menfaatleri doğrultusunda faaliyet göstermektedir<sup>856</sup>.

---

<sup>853</sup> Bu konuda dürüstlük kuralından yararlanılması için bkz. § 14,III, B, 3.

<sup>854</sup> Bu teorisinin sermayeye katılmalı ortak girişimlerdeki etkileri için bkz. a.ş. § 14, II, B.

<sup>855</sup> Anonim ortaklıkta ortaklık ile pay sahipleri arasında pay sahipliği dışında kalan hukuki ilişkiler bakımından TTK Tasarısı m. 358, pay sahibinin anonim ortaklığa karşı borçlanmasını yasaklamaktadır. Bu yasağın tek istisnası, şirketin işletme konusuna giren ve pay sahibinin işletmesi gereği yapılan işlemlerdir. Hükmü sermayeye katılmalı ortak girişimler bakımından ele aldığımızda, her iki tarafın işletme konusunu ilgilendiren işlemler, hakim pay sahipleri ile ortak girişim şirketi arasında akdedilecek uydu sözleşmelerinin konusunu oluşturabilecek, bununla birlikte, hakim pay sahiplerinin bu sınırların dışında ortak girişim şirketine borçlanması, hukuka aykırı olacaktır. Ayrıca Tasarı m. 358, borçlanmanın hem anonim ortaklığın hem de pay sahibinin işletme konusunu ilgilendirdiği durumlarda dahi, ancak söz konusu işlemin piyasadaki emsalleriyle aynı veya benzer koşullara tabi tutulması halinde pay sahibinin ortaklığa borçlanmasına imkan tanımaktadır. Kanunlaşması halinde söz konusu düzenleme, özellikle sermayeye katılmalı ortak girişimlerde ortak girişim şirketinin kaynaklarının hakim pay sahipleri tarafından kötüye kullanılmasını önlemeye elverişli bir araç olarak nitelendirilebilir.

<sup>856</sup> Bu tür ortak girişimler, Rekabet Hukuku'nda kısmi işlevli ortak girişim olarak nitelendirilmekte ve rekabeti sınırlayıcı anlaşmalara ilişkin ATA.m. 81 ve RKHK.m. 4 uyarınca denetlenmektedir.

Böylelikle yukarıda ortak girişimin şirketler topluluğunu karakterize eden bağımlılık ilişkisinden farklı mahiyette bir hakimiyet ilişkisine tâbî olduğu konusundaki tespitler, münhasıran yoğunlaşma niteliğini taşıyan ortak girişimler bakımından geçerlidir<sup>857</sup>. Ortak girişimin sadece bu türü yoğunlaşma niteliğini taşır ve kökeninde yatan hakimiyet ilişkisi itibariyle şirketler topluluğu müessesesi ile karşılaştırılmaya elverişlidir.

Bu bağlamda, yabancı yönetimin şirketler topluluğu bünyesindeki bağlı ortaklık ile sermayeye katılmalı ortak girişim üzerinde farklı etkiler yaratması, ilkinde hakim ortaklığın, ikincisinde hakim ortaklıkların hedef ortaklık üzerinde icra ettiği belirleyici etkinin mahiyet farklılığından kaynaklanmaktadır : Şirketler topluluğunda tekil kontrol söz konusu olurken, sermayeye katılmalı ortak girişimlerde ortak kontrol etkili olmaktadır<sup>858</sup>.

Ortak kontrol, genel bir yaklaşımla, ortaklığın aynı anda birden fazla öznenin paylaştığı bir kontrol ilişkisine tâbî olmasını gerektirmektedir. İlk bakışta, ortak kontrolü tekil kontrolden ayıran biçimsel özellik hemen göze çarpmaktadır : Tekil kontrol tek bir özne tarafından icra edilirken, ortak kontrol, en az iki hakim öznenin varlığını zorunlu kılmaktadır<sup>859</sup>. Ancak, gerek tekil kontrolün, gerek ortak kontrolün hedef ortaklık üzerindeki etkileri; şu noktada benzeşmektedir : Hedef ortaklık, başka bir öznenin iradesinin hakimiyeti altındadır. Hedef ortaklığın iradesi, hakim iradeye göre oluşur.

Bu noktadan hareketle, ortak kontrol kavramının niteliğinin ve hükümlerinin saptanması için, öncelikle kontrol kavramının ortaya konulması gerekir. Bu aşamada, kontrol kavramının çeşitli hukuk disiplinlerindeki görünülerinin ele alınması ve bu görünülerin Ortaklıklar Hukuku anlamında kontrol ile karşılaştırılması amacıyla ilk olarak bu kavram irdelenecektir. Şu kadar ki, özellikle Şirketler Topluluğu Hukuku'nda önemli bir yer tutan “tekil kontrol”,

---

<sup>857</sup> Sermayeye katılmalı-sözleşmesel ortak girişim ve kısmi işlevli-tam işlevli ortak girişim ayrımlarının birbiriyle örtüşmediğini, her sermayeye katılmalı ortak girişimin yoğunlaşma niteliğini taşımadığını yukarıda ele almıştık; bkz. yuk. §3, II, E, 1.

<sup>858</sup> Bu olguyu “*sermayeye katılmalı ortak girişimlerde şirketler topluluğunun aksine hakim teşebbüs cephesinde tek değil birden çok ortaklığın yer aldığı*” şeklinde ifade eden Na, s. 11.

<sup>859</sup> Hannes **Scheibitz**, Gemeinsame Kontrolle im Rahmen der Europäischen Fusionskontrollverordnung, diss., Frankfurt am Main, 1999, s. 92 vd.



kavramsal açıdan incelenecek, şirketler topluluğu müessesesi tüm yönleriyle ele alınmayacaktır. Söz konusu incelemenin ardından ortak kontrol kavramı ele alınacak; kontrolün her iki görünüm biçimi birbiriyle karşılaştırılarak bu müessesenin ayırıcı özellikleri araştırılacaktır.

Bu incelemede, özellikle Rekabet Hukuku'nun kontrol kavramı bakımından ortaya koyduğu yaklaşım ağırlıklı olarak ele alınacaktır. Çalışmamızın ağırlık konularından birisi de, Rekabet Hukuku anlamında kontrol kavramının Ortaklıklar Hukuku anlamında kontrol kavramı ile ilişkisinin belirlenmesidir. Bu nedenle, Rekabet Hukuku'nda kavramsal yapısı ele alınan ve zengin bir uygulamaya konu olan kontrol kavramının, Ortaklıklar Hukuku anlamında kontrol müessesesiyle ne ölçüde bağdaştığının araştırılması gerekecektir. Çeşitli hukuk disiplinlerinde kontrol müessesesinin ele alınış biçimi irdelendikten sonra, kontrol ve ortak kontrol kavramlarını tanımlamak, bu müesseselerin yapısını ve etkilerini incelemek mümkün olacaktır.

## **II. Çeşitli Hukuk Disiplinlerinde Kontrol Kavramının Ele Alınış Biçimi**

### **A. Ortaklıklar Hukuku**

#### **1. Payscaleleri Arasında Menfaat İhtilafları Açısından**

Anonim ortaklıklar, ekonomik açıdan üstlendikleri işlevler<sup>860</sup> itibariyle çetin menfaat çatışmalarına zemin oluşturmaktadır. Bu çatışmaların en şiddetlisi, kuşkusuz ki, çoğunluk ile azınlık arasındaki menfaat çatışmalarıdır. Bir anonim ortaklığa, ilke olarak çoğunluk paysahibi hakimdir<sup>861</sup>. Payların çoğunluğuna tek bir paysahibi veya aynı menfaatleri benimseyen bir paysahibi grubu malik değilse, ortaklığa kimin hakim olacağı, bu kez payların dağılımı, güç boşluğu<sup>862</sup>, münferit paysahiplerinin hakimiyeti ele geçirmek üzere işbirliği yapıp yapmamaları gibi çeşitli ögelere göre

---

<sup>860</sup> Bu işlevler için bkz. **Poroy (Tekinalp/Çamoğlu)** No. 441.

<sup>861</sup> TTK Tasarısı m. 195/2 hükmü de, payların çoğunluğuna sahip olan paysahibinin, ortaklık üzerinde hakimiyeti elde ettiği yönünde bir karine getirilmektedir.

<sup>862</sup> Güç boşluğu, sermayesi tabana yayılmış çok ortaklı anonim ortaklıklarda, yatırımcı paysahibi konumunda bulunan paysahiplerinin genel kurula ilgi göstermemeleri nedeniyle, ortaklığın azınlık paysahiplerinin veya ortaklık dışındaki bir öznenin güdümüne girmesidir; kavram için bkz. **Poroy (Tekinalp/Çamoğlu)** No.692.

belirlenecektir. Bu anlamda TTK, bir anonim ortaklıkta hakimiyetin nasıl ele geçirileceğiyle ilgilenmemekte, ancak çoğunluk ve azlık pay sahipleri arasındaki menfaat çatışmalarına önem izafe etmektedir.

Bu bağlamda, ortaklığın kaderinin münhasıran çoğunluk pay sahibi tarafından belirlenmesi karşısında, azınlık pay sahiplerine “olumlu ve olumsuz azınlık hakları” olarak adlandırılan haklar tanınmıştır<sup>863</sup>. Buna rağmen, öğretilde hakim olan görüş, özellikle Türk Hukuku’nda azınlık haklarının beklenen yararı sağlamadığı yönünde istikrar kazanmıştır<sup>864</sup>. Avrupa Topluluğu Hukuku’nda da, bireysel pay sahipliği haklarının ve azınlık haklarının iyileştirilmesi yönündeki çalışmalar yoğun bir şekilde sürdürülmektedir<sup>865</sup>. Avrupa Topluluğu Hukuku’nun gelişim çizgisini izleyen TTK Tasarısı da, azınlık haklarının iyileştirilmesi yönünde bazı yenilikler getirmektedir<sup>866</sup>.

Anonim ortaklığın iç işleyişini bu denli etkileyen bu menfaat çatışması, Kanunkoyucu tarafından münhasıran bireysel pay sahipliği haklarının ve azınlık haklarının korunması açısından ele alınmış; hakimiyet kavramının oluşumu ve ortaklık üzerindeki etkilerine yönelik herhangi bir düzenleme getirilmemiştir<sup>867</sup>. Bu nedenle, ortak girişimin kökeninde yatan ortak kontrol ilişkisinin kavramsal yapısının araştırılmasında çoğunluk-azlık pay sahipleri arasındaki menfaat çatışmaları uyarınca kanunda yer bulan ve azınlık pay sahiplerini korumaya yönelik olarak getirilen düzenlemelerden yararlanılması mümkün gözükmemektedir.

---

<sup>863</sup> Bu hakların toplu bir değerlendirilmesi için bkz. **Poroy (Tekinalp/Çamoğlu)** No. 753 vd. Bu haklardan, anonim ortaklığın haklı sebeple feshinin sermayeye katılmalı ortak girişimde işleyişi için bkz. aşa. § 15, III, F.

<sup>864</sup> Bu konuda TTK Tasarısı’nda azlık haklarının iyileştirilmesine yönelik olarak getirilen yenilikler için bkz. TTK Tasarısı Genel Gerekçe, s. 374.

<sup>865</sup> Bu yöndeki çalışmalar için özellikle bkz. Yüksek Uzmanlar Kurulu Raporu, s. 43.

<sup>866</sup> Azınlık haklarının iyileştirilmesi bakımından TTK Tasarısı’nda atılan somut adımlar, bu hakların iyileştirilmesi ve yeni azınlık haklarının ihdas edilmesi yönünde ortaya çıkmıştır (bkz. TTK Tasarısı, 2005, Genel Gerekçe, s. 374). Azınlık haklarının iyileştirilmesi bakımından, gündeme bağlılık ilkesinin bu hakların kullanılmasını önleyici etkisi ortadan kaldırılmış (yönetim kurulu üyelerinin görevden alınması açısından bkz. Tasarı m. 364/1 özel denetçi atanması için bkz. Tasarı m. 438/1) aynı zamanda haklı nedenle ortaklığın feshinin dava edilmesi (Tasarı m. 531), pay senetlerinin basılmasını isteme hakkı (Tasarı m. 486) ve denetçinin görevden alınması (Tasarı m. 389/4) gibi konularda yeni azınlık hakları getirilmiştir.

<sup>867</sup> Alman Hukuku bakımından aynı sonuca varan **Na**, s. 1.

## 2. Avrupa Topluluğu Ortaklıklar Hukukuna Özgü Düzenlemeler Işığında Kontrol Kavramı

Avrupa Topluluğu Hukuku'nda bir Ortaklıklar Hukuku düzeninin oluşturulması yönünde önemli düzenlemelerden birisi, ortaklıkların yıl sonu hesaplarının konsolidasyonuna ilişkin AT 7. Ortaklıklar Hukuku Yönergesi'dir<sup>868</sup>. Yönerge'nin amacı, birbirleriyle hakimiyet ilişkisi içinde bulunan ortaklıkların hesaplarının bütünsel olarak değerlendirilmesini öngörerek, bu ortaklıkların gerçek mali yapılarının ilgililere açıklanmasına imkan tanınmasıdır (Yönerge, Giriş Kısmı). Yönerge, konsolidasyona tabi ortaklıkları belirlemek amacıyla hakimiyet kavramı üzerinde durmuş, bu açıdan kontrol anlayışını benimsemiştir (Yönerge m. 1 fıkra 1 bent c).

Yönerge'de, hakim ortaklığın tabi ortaklık üzerindeki etkisinin maddi içeriği, diğer bir anlatımla hakim ortaklığın tabi ortaklığı yönetme gücünün tabi ortaklık üzerinde ne tür etkiler doğurduğu meselesi ele alınmamış, bunun yerine hangi durumlarda kontrolün söz konusu olacağı meselesi üzerinde durulmuş; bu bağlamda dört temel durumdan hareket edilmiştir.

Bu durumlardan ilki, bir ortaklığın bir diğer ortaklığın oy haklarının yarısından fazlasına sahip olması durumudur (Yönerge 1/1). İkinci durum, bir ortaklığın bir diğer ortaklığın ortağı olmak kaydıyla yönetim veya gözetim organlarının üyelerinin çoğunluğunu belirleyebilme veya görevden alabilme yetkisidir (Yönerge 1/1 bent b). Hakimiyetin elde edilmesine ilişkin üçüncü durum, anasözleşmede yer alacak düzenlemeler veya bir sözleşme marifetiyle diğer bir ortaklık üzerinde belirleyici etki icra etme hakkına sahip olunmasıdır (Yönerge 1/1 bent c). Dördüncü durum ise, iki olasılığı içermektedir. Hakimiyete yol açan ilk olasılık, bir ortaklığın, ortağı bulunduğu ortaklıkta kendi oylarıyla yönetim organının üyelerinin çoğunluğunu atayabilme durumudur. İkinci olasılık ise bir sözleşme (oy sözleşmesi) uyarınca oy haklarının çoğunluğu üzerinde tasarruf edilmesidir (Yönerge 1/1 bent d).

---

<sup>868</sup> 83/349/AET Sayılı Konsolide Hesap Düzenine İlişkin 7. Avrupa Konseyi Yönergesi, ATRG., 18.07.1983, L 193.

Yönerge’de esas alınan ve hakimiyete yol açtığı varsayılan temel durumlar, Türk Hukuku’nda TTK Tasarısı m. 195 hükmünde de yansıma bulmuştur ve aşağıdaki bölümde incelenecektir<sup>869</sup>. Şu kadar ki, Yönerge’nin 1. maddesi, Avrupa Ortaklıklar Hukuku’nda benimsenen hakimiyet anlayışını ortaya koyması bakımından önemlidir. Nitekim Yönerge 1/1 bent c hükmü, belirleyici etki icra etme hakkından söz etmektedir. Bu düzenleme, kontrol anlayışının bir yansımasıdır. Bununla birlikte, Yönerge’nin 1. maddesinin 2. fıkrası, üye devletleri “fiili hakimiyet” veya “kontrol” anlayışını tercih etmekte serbest bırakmıştır<sup>870</sup>. Ayrıca, “belirleyici etki icra etme” imkanından söz edilerek, kontrolün maddi içeriğine ilişkin bir ölçüt ortaya konulmaktadır. Ancak, söz konusu ölçüt somutlaştırılmamakta, hakim ortaklığın tabi ortaklık organları tarafından alınacak hangi kararları belirleyebilme imkanını elde etmesi halinde hakimiyetten söz edileceği, Yönerge’de açıklığa kavuşturulmamaktadır.

Aşağıda kontrol kavramı bütünüyle incelendikten sonra bu kez kontrolün maddi içeriği araştırılacak, bu araştırmada söz konusu ölçütün somutlaştırılmasına gayret edilecektir<sup>871</sup>. Bu noktada kaydetmek gerekir ki, Avrupa Ortaklıklar Hukuku , bu Yönerge’yle, örtülü bir şekilde de olsa hakimiyet kavramını “ belirli bir ortaklık üzerinde belirleyici etki icra etme imkanı” olarak tanımlamaktadır. Söz konusu tanım, kontrol müessesesinin kavramsal yapısının araştırılması bakımından önemli bir çıkış noktasıdır.

Bu çerçevede, Yedinci Yönerge’nin yürürlüğe konulmasını izleyen dönemde, İkinci Ortaklıklar Hukuku Yönergesi<sup>872</sup>, nde de değişiklik yapılmış, bu Yönerge’ye eklenen 24 A hükmünde, hakimiyet kavramına yer verilmiştir. Hükümde, oy haklarının çoğunluğunun elde edilmesi veya sair yollardan hedef şirket üzerinde baskın bir etki (*dominant influence*) icra etme imkanının elde edilmesi halinde hakimiyetin mevcut olacağı belirtilmekte, üye devletlerin hukuk sistemlerinin

---

<sup>869</sup> bkz. aşa. § 9, II, A, 3, a.

<sup>870</sup> **Habersack**, s. 186; ayrıca bkz. Christine **Windbichler**, Corporate Group Law for Europe : Comment on the Forum Europeum’s Principles and Proposals for a European Corporate Group Law, European Business Organisation Law Review, C. 1, Yıl : 2000, s. 270.

<sup>871</sup> Belirleyici etki icra etme imkanının somut olarak stratejik kararları ilgilendirdiği yönünde bkz. aşa. § 9, II, D, 2, c, bb.

<sup>872</sup> 13.12.1976 tarihli ve 77/91/AET Sayılı İkinci Ortaklıklar Hukuku Yönergesi, (ATRG., 31.01.1977, L26). Yönerge’de değişiklik yaparak 24 A hükmünü getiren : 23.11.1992 tarihli ve 92-101 AET Sayılı Konsey Yönergesi, ATRG. 28.11.1992, L347.

birbiriyle uyumsuzluk arz etmesi ihtimaline binaen üye devletlere hangi durumda baskın etkinin varlığından söz edilebileceğini düzenleme yetkisi verilmektedir (İkinci Ortaklıklar Hukuku Yönergesi, m. 24 A, f. 3).

Yönerge’de kullanılan baskın etki kavramı, Rekabet Hukuku’nda kullanılan “belirleyici etki<sup>873</sup>” (*decisive influence*) kavramıyla benzeşmektedir. Öğretide genel olarak kabul gören anlayış uyarınca, Avrupa Hukuku’nun çeşitli alanlarında gündeme gelen kontrol (hakimiyet) kavramının anlamı halen tam olarak ortaya konulmamıştır. Ancak Yedinci Yönerge’de yer alan yaklaşım, önemli bir çıkış noktası olarak değerlendirilmektedir<sup>874</sup>.

### 3. Şirketler Topluluğuna Özgü Düzenlemeler Işığında Kontrol Kavramı

#### a. TTK Tasarısı’nda Şirketler Topluluğu

Türk Ticaret Kanunu’nun Ortaklıklar Hukuku’na özgü düzenlemelerinde kontrol kavramı ele alınmamıştır. TTK Tasarısı ise, kontrol kavramını hususi olarak Şirketler Topluluğu Hukuku çerçevesinde ele almış, buna karşılık ortak kontrole yönelik herhangi bir hüküm sevk etmemiştir<sup>875</sup>.

<sup>873</sup> Burada ayrıntılarına girmemekle birlikte, belirleyici etki; bir teşebbüsün, başka bir teşebbüsün stratejik pazar davranışlarını etkileyecek ticari politikalarını etkileyebilmesi anlamına gelmektedir; bkz. **Erdem**, Birleşme ve Devralmalar, s. 53, **Whish**, Competition Law, s. 806.

<sup>874</sup> **Windbichler**, s. 268. Yazar, haklı olarak, Avrupa Hukuku alanında, bu hukuk sisteminin çeşitli disiplinleri açısından geçerli olacak tekil bir kontrol kavramının geliştirilmesinin gerektiğini savunmaktadır.

<sup>875</sup> Ortak kontrolün Kanunkoyucu tarafından dikkate alındığı hukuk sistemi, Fransız Hukuku’dur. Ortak kontrol kavramı, Fransız Hukuku’nda, şirketler topluluğuna özgü hükümler çerçevesinde Fransız Ticaret Kanunu’nda (FTK) pozitif bir düzenlemeye konu olmuştur. Fransız Hukuku’nda şirketler topluluğu, Fransız Ticaret Kanunu’nun Ticaret Ortaklıklarına ve Ekonomik Menfaat Gruplarına İlişkin 2. Kitabı’nda, Çeşitli Ticaret Ortaklıklarına İlişkin Ortak Hükümler başlıklı 3. Faslı’nda yer alan “Yavru Şirketler, Paylar ve Bağlı Şirketler” başlıklı 3. Bölüm’de 233-1 ila 233-31 hükümleri arasında düzenlenmektedir. Bu çerçevede, FTK.m. 233-3 f. III uyarınca, iki veya daha fazla kişinin ortak bir politika yürütülmesini öngören bir sözleşme uyarınca diğer kişinin genel kurulunda alınan kararları belirleyebilmesi halinde ortak kontrolden söz edilecektir. Fransız Hukuku’nda “genel kurulda alınan kararları belirleyebilme” ölçütünün kabul edilmesi isabetlidir. Zira, bu organda alınacak kararları belirleyebilen kişi, hem genel kurulda alınacak olan stratejik kararları biçimlendirebilecek, hem de genel kurulda alınan yönetim kurulunun seçimine ilişkin kararı tek başına belirleyerek bu organda alınacak stratejik kararlar üzerinde de hakimiyet sağlayabilecektir.

Avrupa Topluluğu Hukuku'nda şirketler topluluğunun düzenlenmesine ilişkin gelişmelerin<sup>876</sup> etkisiyle TTK Tasarısı'nda şirketler topluluğuna ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir<sup>877</sup>. Şirketler topluluğu, kanımızca, bir hakim ortaklık ve ona bağlı en az bir bağlı ortaklıktan oluşan, birden fazla şirketin hakimiyete yol açan araçlar marifetiyle tekil bir yönetim anlayışı ekseninde ekonomik bir bütün haline getirilmesini öngören bir yoğunlaşma modelini ifade etmektedir<sup>878</sup>.

Tasarı'da yer alan şirketler topluluğuna ilişkin düzenlemeler, tek elden yönetim anlayışından hareketle hazırlanmış, bu hükümlerde “ortak yönetime” veya “ortak kontrole” ilişkin düzenlemelere yer verilmemiştir. Bu itibarla, şirketler topluluğuna ilişkin düzenlemelerin sermayeye katılmalı ortak girişimlere uygulanma kabiliyeti hassasiyetle araştırılmalıdır<sup>879</sup>.

Kanımızca, şirketler topluluğu müessesesi ile sermayeye katılmalı ortak girişim arasında iki noktada bağlantı kurmak mümkündür : İlk olarak, sermayeye katılmalı ortak girişimleri karakterize eden ortak kontrol kavramının analizinde, şirketler topluluğunun esasını oluşturan hakimiyet kavramından ne ölçüde yararlanılabileceği tespit edilmelidir.

Buna karşılık, ikinci bağlantı noktası, şirketler topluluğuna özgü hükümlerin, sermayeye katılmalı ortak girişimlere ne ölçüde uygulanabileceği meselesini ilgilendirmektedir. Nitekim ortak girişim şirketinde, hakim pay sahiplerinden biri, bir şirketler topluluğuna tâbî bir ortaklık olabilir. Hatta, iki ayrı şirketler topluluğuna tabi olan iki ortaklığın bir sermayeye katılmalı ortak girişimde hakim pay sahibi olarak yer almaları da gündeme gelebilir. Bu olasılıkta, ortak girişim şirketinin söz konusu

<sup>876</sup> Bu gelişmeler için özellikle bkz. **Windbichler**, s. 281 vd., ayrıca Yüksek Uzmanlar Kurulu Raporu, s. 94 vd.

<sup>877</sup> Bu düzenlemeler, Tasarı'nın ticaret şirketlerine ayrılan İkinci Kitap'ın “Genel Hükümler” başlıklı Birinci Kısım'ında 195-209 hükümleri arasında yer almaktadır. Bu düzenlemelerde, hakim-yavru şirket ayırımına (Tasarı m. 195), bu şirketlerin birbirine katılımından doğan payların ve oy oranlarının hesaplanmasına (Tasarı m. 196), şirketlerin birbirlerine karşılıklı olarak katılmalarına (Tasarı m. 197), bir şirketin diğer bir şirketin belirli oranın üstünde paylarını edinmesi ve pay oranlarının bu sınırların altına düşmesine bağlanan bildirim, ilan ve tescil yükümlülüklerini (Tasarı m. 198), hakim şirketin ve bağlı şirketin muhasebe kayıtlarını ve raporlama yükümlülüklerini (Tasarı m. 199), hakim şirketin pay sahiplerinin özellikli bilgi alma haklarını (Tasarı m. 200), bağlı şirketin hakim şirkete ait payları edinmesine bağlanan sonuçları (Tasarı m. 201) ve sorumluluğa ilişkin hukuki rejimi (Tasarı m. 202-209) düzenlemiştir.

<sup>878</sup> Çeşitli tanımlar için karşı. **Von Büren**, s. 15, **Böckli**, No. 1189 vd., **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, No. 1996, **Oertle**, s. 20.

<sup>879</sup> Bu konudaki ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. aşa. § 13, I, A.

şirketler topluluklarına dahil olup olmadığı irdelenmelidir. Bu soruya olumlu yanıt verilebilirse, şirketler topluluğuna ilişkin düzenlemelerin sermayeye katılmalı ortak girişime, bu müessesenin şirketler topluluğuna dahil olmasının (*Konzernzugehörigkeit*) yol açtığı meseleler bakımından uygulanması söz konusu olacaktır.

Görüldüğü üzere, yukarıda değinilen ilk bağlantı bakımından, şirketler topluluğu hükümlerinin ortak girişimlere doğrudan uygulanması söz konusu değilken, hakim pay sahiplerinin birinin veya tümünün şirketler topluluğu bünyesinde yer alan ortaklıklar olması olasılığında, “Şirketler Topluluğu Hukuku” ile sermayeye katılmalı ortak girişimlere uygulanacak hukuki rejim arasında bir bağlantı kurulmakta, böylelikle şirketler topluluğuna özgü düzenlemelerin sermayeye katılmalı ortak girişimlere uygulanması gündeme gelebilmektedir<sup>880</sup>.

TTK Tasarısı'nın 195 vd. hükümlerinde hakimiyet müessesesi, hukuki yapısının bütün yönleriyle irdelenmemiş; buna karşılık hangi durumların varlığı halinde hakimiyetin söz konusu olacağı ortaya konulmuş ve hakimiyetin varlığına karine oluşturan bir duruma da yer verilmiştir. Esas itibarıyla, hakimiyet kavramına Tasarı'da yer verilmesinin amacı, hakimiyet ilişkisine – şirketler topluluğuna özgü- hukuki sonuçlar bağlanmasıdır. Bu noktada, genel bir yaklaşımla, Tasarı'da, hakimiyetin kavramsal yapısına ışık tutacak düzenlemelerden ziyade, hangi koşullarda hakimiyetten söz edilebileceği ve hakimiyete hangi hukuki sonuçların bağlanacağı meselelerine ağırlık verilmiştir. Bu yaklaşım isabetli bulunabilir; zira Şirketler Topluluğuna özgü düzenlemelerin temel amacı, tekil hakimiyet ilişkisine bazı hukuki sonuçların, özellikle hakim teşebbüsün sorumluluğuna ilişkin sonuçların bağlanmasıdır<sup>881</sup>. Ayrıca, incelendiği üzere, şirketler topluluğunun kökeninde yer alan hukuk politikası fiili hakimiyet anlayışına göre değil de kontrol anlayışına göre biçimlendiğinden, Kanunkoyucu, hakim özeninin bağlı ortaklık üzerindeki etkisinin maddi içeriğiyle ilgilenmemektedir<sup>882</sup>. Bu veriler ışığında, Şirketler Topluluğu

<sup>880</sup> Bu meselelere ilişkin tartışmalar için bkz. aşa. § 13, II ve III.

<sup>881</sup> Özellikle bkz. **Hüffer**, § 15, No. 3.

<sup>882</sup> Biraz daha somutlaştırmak gerekirse, fiili hakimiyet anlayışında, hakim özeninin bağlı ortaklık üzerinde gerçekten hakimiyet kurup kurmadığı araştırılırken, zorunlu olarak şu sorunun yanıtlanması gündeme gelmektedir : Hakim özne, bağlı ortaklık üzerinde ne tür bir etki icra etmektedir ki, hakimiyetin varlığından söz edilebilsin? Bu soru, doğrudan doğruya hakimiyetin maddi içeriğini ilgilendirmektedir. Buna karşılık kontrol anlayışı benimsendiğinde, bu maddi içeriğin hiç bir önemi yoktur çünkü yargıcın, bağlı ortaklıklara özgü düzenlemeleri uygulaması

Hukuku'nu bütünüyle ele almamız söz konusu olmaksızın, sadece hakimiyete yol açan durumları ele alacağız ve bu noktadan hareketle hakimiyet/kontrol müessesesinin kavramsal yapısına ilişkin veriler elde etmeye gayret edeceğiz.

## **b. Hakimiyete Yol Açan Durumlar**

### **aa. Genel Bakış**

Tasarı m. 195 hükmünde, iki şirket arasında hakimiyetin oluşumuna yol açan durumlara (Tasarı m. 195/1/a-b), ve hakimiyetin varlığına karine teşkil eden bir duruma da yer verilmiştir (Tasarı m. 195/2).

Esasen hükümde hangi durumlarda hakimiyetin söz konusu olacağı belirtilmiş; hakimiyet kavramı açıklanmamıştır. Hakimiyet kavramı, hakim olanla (hakim şirket) tâbî olan (bağlı şirket) arasında kurulan ilişkinin niteliğinin ve bu ilişkinin bağlı şirket üzerindeki maddi etkilerinin ortaya konulmasını gerektirmektedir<sup>883</sup>. Tasarı m. 195 hükmü, hakimiyeti sağlayan durumları, dolayısıyla hakimiyetin sağlanmasına hizmet eden araçları ortaya koymaktadır<sup>884</sup>. Bu itibarla, ortak girişimlerde ortak kontrolün tesis edilmesine hizmet eden araçların araştırılmasında, bu düzenlemeden yararlanılıp yararlanılamayacağı irdelenmelidir.

Genel bir yaklaşımla, şirketler topluluğunu meydana getiren kontrol unsurunun oluşumunu sağlayan araçlar, Ortaklıklar Hukuku'na özgü araçlar ve sözleşme olmak üzere ikiye ayrılır<sup>885</sup>. Tasarı'da, hakim şirket-bağlı şirket ilişkisinde, hakimiyete yol açan durumlarla (Tasarı m. 195/1), hakimiyetin varlığına karine oluşturan durumlar

---

için, kontrole yol açtığı kabul edilen veya varsayılan olguların varlığıyla yetinilecektir. Bu olasılıkta, hakim ortaklığın bağlı ortaklık üzerindeki etkilerinin araştırılmasına lüzum yoktur. Kontrol anlayışını esas alan Avrupa Topluluğu, Alman ve (TTK Tasarısı bağlamında) Türk Hukuk sistemlerinde, Kanunkoyucu, kontrolün varlığını belirli olgulara bağlamakta, sadece bu olguların varlığının sınanmasıyla yetinilmektedir. Bir kez bu olgulardan birinin varlığı saptanırsa, kontrol de mevcuttur ve kontrole bağlanan tüm hukuki sonuçlar devreye girecektir.

<sup>883</sup> İsviçre Hukuku'nda da İBK.m. 663e hükmünün hangi durumlarda konsolidasyonun zorunlu olduğunu ortaya koymak üzere düzenlendiği, Kanunkoyucu'nun şirketler topluluğunun örgütlenmesine, yönetilmesine, kontrolün içeriğine, hatta sorumluluğa ilişkin hükümleri dahi ele almadığı ortaya konulmaktadır, **Hofstetter**, s. 302.

<sup>884</sup> Mehaç Avrupa Hukuku'nda ve onu izleyen hukuk sistemlerinde söz konusu olguların birer "hakimiyet aracı" niteliğini taşıdığı yönünde Ünal **Tekinalp**, Anonim Ortaklıklara İlişkin Yeni Hukuk Politikalarının Dinamikleri, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan, Ankara, 2003, s. 239.

<sup>885</sup> Teşebbüslerin yoğunlaşmasını sağlayan araçların bu şekilde ayrıldığını ortaya koyan **Öztek**, s. 32.



(Tasarı m. 195/2) arasında ayırım yapılmıştır. Bu ayırım ışığında, bir şirketin başka bir şirketteki oy haklarının çoğunluğuna sahip olması, ortaklık sözleşmesine dayalı olarak yönetim kurulunda çoğunluğu oluşturan sayıda üyenin seçilme hakkına sahip olması, kendi oy hakları dışında kullanmaya yetkili olduğu başkalarına ait olan oy haklarıyla birlikte oy haklarının çoğunluğunu kullanabilmesi veya iki şirket arasında bir hakimiyet sözleşmesi bulunması halinde, hakimiyetten söz edilecektir (Tasarı m. 195/1). Hakimiyetin söz konusu olması için, sayılan durumların tümünün bir arada varlığı aranmayacak, bu dört durumdan herhangi birinin varlığı halinde hakimiyetten söz edilecektir<sup>886</sup>. Söz konusu durumlar, Tasarı'da birer faraziye olarak öngörülmüştür. Bu durumlardan birinin varlığı halinde, gerçek anlamda hakimiyetin bulunmadığı ileri sürülemeyecektir<sup>887</sup>.

Bununla birlikte, Tasarı'da bir sermaye şirketinin bir diğerini, sayılan durumlar dışında başka bir yolla hakimiyeti altında bulundurması halinde de, hakimiyetin varlığına hükmedileceği öngörülmektedir (Tasarı m. 195/1 bent b). Bu düzenleme, hakimiyetin hangi araçla elde edildiğinden çok, hakimiyetin mevcut olup olmadığının önem taşıdığını ortaya koymakta; fiili olguların hakimiyete yol açabileceğini düşündürmektedir. Ancak, Tasarı m. 195 hükmünün gerekçesi incelendiğinde, başka bir yolla hakimiyetin elde edilmesinden, kontrole yol açan fiili olguların değil, pay devri gibi başka sözleşmeler yoluyla kontrolün elde edilebileceğinin öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Bu açıdan denilebilir ki, en azından TTK Tasarısı'nın kanunlaşması halinde Türk Hukuku'nda, hakimiyetin elde edilmesi açısından fiili olgulara itibar edilmemektedir<sup>888</sup>. Niteliği itibariyle kontrol, gerek hakim ortaklığın gerek bağlı ortaklığın yapısı üzerinde bir değişiklik (yapısal değişiklik) yaratmaktadır<sup>889</sup>. Bu açıdan, fiili olgulara kontrole yol açan bir olgu

---

<sup>886</sup> TTK Tasarısı, Madde Gerekçeleri, Madde 195, s. 475.

<sup>887</sup> Faraziyenin, kanunun kesin sonuç bağladığı, aksi ileri sürülemeyen ve kanıtlanamayan bir varsayım olduğu yönünde bkz. **Oğuzman/Barlas**, s. 240.

<sup>888</sup> Alman Hukuku'nda da fiili ve ekonomik olguların POK. § 17 anlamında kontrolü oluşturmayacağı yönünde bkz. **Stein**, s. 99, **Hüffer**, § 17, No. 24, özellikle belirleyici etkinin tek başına ekonomik ilişkilerden kaynaklandığı durumda kontrolden söz edilemeyeceği yönünde bkz. İsviçre Hukuku'nda **Rubli**, s. 16, ayrıca **Yanlı**, Perdenin Kaldırılması, s. 125.

<sup>889</sup> Rekabet düzenini tehdit eden oluşumları inceleyen ve yaptırımlara bağlayan Rekabet Hukuku'nda, yoğunlaşmalar "yapısal değişiklik yaratan oluşumlar" olarak sınıflandırılmaktadır. Zira her yoğunlaşma işlemi ve bu çerçevede şirketler topluluğunda ve yoğunlaşma özelliği taşıyan sermayeye katılmalı ortak girişimlerde, gerek hakim ortaklık veya hakim ortaklıklar gerek bağlı ortaklık ve ortak girişim şirketi, hakimiyetin etkisiyle ciddi bir yapısal dönüşüme uğramaktadır; bu konudaki değerlendirmeler için bkz. yuk. § 7, II, B, 1.

niteliğinin izafe edilmemesi kanımızca isabetlidir; zira bu olgular, kanımızca bağlı ortaklık üzerinde sürekli nitelikteki yapısal etkilere yol açmamaktadır<sup>890</sup>.

Diğer yandan, bir şirketin diğer bir şirketin paylarının çoğunluğuna veya çoğunluk etkisini yaratan miktarda paya<sup>891</sup> sahip olması ise, hakimiyete karine teşkil edecektir (Tasarı m. 195/ 2). Böylelikle, söz konusu durumun hakimiyete yol açmadığı, bunu iddia eden tarafından kanıtlandığında, söz konusu karine çürütülecektir<sup>892</sup>. Örnek olarak, bir paysahibinin bir anonim şirkette esas sermayenin çoğunluğunu temsil eden paylara sahip olması durumunda, yönetime katılma hakları bakımından daha güçlü konumda olan, örneğin oyda imtiyazlı paylara sahip olan bir azınlık paysahibi ortaklığa hakim olabilir. Bu bağlamda, sermayeye katılmaya oranla hak sahibi olma ilkesinin sermayeye katılma ile yönetime katılma gücü arasında kurduğu dengenin başka araçlarla bozulduğunun kanıtlandığı durumlarda; hakimiyete bağlanan şirketler topluluğuna özgü yaptırımlar, uygulama alanı bulamayacaktır.

Kanımızca, gerek hakimiyete yol açan durumların, gerek hakimiyetin varlığına karine oluşturan durumların sayılması, hakimiyeti sağlayan araçların belirlenmesi bakımından oldukça yararlıdır. Düzenlemede ayrıca hakimiyet kavramının maddi içeriğine ve bu ilişkinin bağlı şirket üzerindeki etkilerine değinilmemesi de olağandır; zira Tasarı'nın kanunlaşması halinde Kanunkoyucu'nun amacı, hakimiyetin ne olduğunu ortaya koymak değil, hakimiyetin sonuçlarını, diğer bir

---

<sup>890</sup> Aynı yönde **Beyeler**, s. 111.

<sup>891</sup> Çoğunluk etkisini yaratan miktarda paydan kasıt, payların çoğunluğunu temsil etmemekle birlikte, ortaklıkta mevcut olan güç boşluğu nedeniyle (kavram için bkz. yuk. dn. 440), kararın alınması açısından sahibine yeterli gücü bahşeden oranda paylar kastedilmektedir. Bu oran için bir ölçüt sunulması mümkün değildir, zira ortaklığın paylarının ortaklığın yönetimine ilgi duymayan pysahipleri arasında ne ölçüde yayıldığı, somut olarak her bir anonim ortaklıkta farklı olabilir. Şu kadar ki, Fransız Hukuku'nda, Fransız Ticaret Kanunu'nun L233-3 hükmünün II. Fıkrası uyarınca, daha yüksek oranda paya sahip bir paysahibinin bulunmaması kaydıyla, ortaklığın paylarının % 40'ına sahip bulunan paysahibinin ortaklığa hakim olduğu yönünde bir karine mevcuttur. Bu durum öğretide "fiili kontrol" (*control de fait*) olarak adlandırılmaktadır. bu konuda bkz. René **Chaput**, *Droit des sociétés*, Paris,1993, No. 775.

<sup>892</sup> Aşağıda kontrolün tesis edilmesine ilişkin araçlar arasında imtiyazları ve yönetim kurulunda temsil edilme haklarını irdelerken ortaya konulacağı üzere, anonim ortaklıkta payların çoğunluğuna sahip olan paysahibinin ortaklığa egemen olmasını sağlayan çoğunluk ilkesi ve sermayeye katılmaya oranla hak sahibi olma (oransallık) ilkesinin çoğunluk ile azlık arasında kurduğu bu denge, imtiyazla ve sair yönetime katılma haklarıyla bozulabilir. Kural, payların çoğunluğunu elinde bulunduran paysahibinin (hakim şirketin) ortaklığı (bağlı şirketi) hakimiyeti altında bulundurması olduğundan, Tasarı m. 195/2, karineyi bu anlayışa uygun olarak koymaktadır. Oysa bu hakimiyeti ortadan kaldıracak nitelikte bir oyda imtiyazın veya yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazının varlığı halinde, söz konusu karine çürütülebilecektir; bu konuda ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. aşa. § 11, IV, C/ D.

anlatımla birden çok şirketin tekil yönetim halinde toplanmasına bağlanacak hükümleri düzenlemektir. Şu kadar ki, hakimiyetin sağlanmasına hizmet eden araçlar olarak nitelendirdiğimiz durumların gerçek anlamda hakimiyetin oluşumunu sağlayıp sağlamayacağı, başka bir meseledir. Bu meselenin irdelenmesi, sadece teorik bir değer taşır. Zira, bu inceleme sonucunda söz konusu araçların gerçek anlamda hakimiyete yol açmayacağıının saptanması halinde dahi, hakimiyete bağlanan yaptırımlar uygulama alanı bulacaktır. Bunun nedeni, Tasarı'da belirli olguların gerçekleşmesi halinde hakimiyeti aksi kanıtlanamayacak şekilde varsayılmasıdır. Bu itibarla, söz konusu değerlendirme, sadece söz konusu araçların *de lege feranda* birer hakimiyet aracı olarak muhafaza edilip edilmemesinin incelenmesi açısından bir anlam taşıyabilir.

#### **bb. Oy Haklarının Çoğunluğuna Sahip Olunması veya Oy Haklarının Çoğunluğu Üzerinde Tasarruf Edilmesi**

Hakimiyet kavramı, ortaklığın yönetimini ilgilendirmesi yönünden yönetsel hakları ve bu haklar içinde özellikle oy hakkını ilgilendirmektedir<sup>893</sup>. Hakimiyetin elde edilmesi için, mutlaka oy haklarına sahip olunması gerekmemektedir; önemli olan, bir anonim ortaklıkta toplam oyların hangi yönde kullanılacağını belirleme imkanına sahip olunmasıdır. Bu nedenle, oy haklarının çoğunluğuna sahip olunması da [Tasarı m. 195/1/a bent (1)], bir oy sözleşmesi marifetiyle oy çoğunluğu üzerinde tasarruf edilmesi de (Tasarı m. 195/1/a bent (3)) hakimiyet ilişkisinin kurulmasını sağlayacaktır. Gerçekten de, hakimiyet açısından belirleyici olan, sermayenin çoğunluğuna katılmak değil, oy haklarının çoğunluğunu elinde bulundurmak<sup>894</sup> veya etkileyebilmektir.

Kuşkusuz ki, oy haklarının çoğunluğunu haiz olan veya söz konusu çoğunluğu kullanma yetkisini elinde bulunduran<sup>895</sup> pay sahibi, hakim pay sahibi konumuna

---

<sup>893</sup> Baus, s. 24.

<sup>894</sup> TTK Tasarısı, Madde Gerekçeleri, Madde 195, s. 474.

<sup>895</sup> Oy haklarının çoğunluğunu haiz olmayan kimsenin bu hakları kullanmasına imkan tanıyan araçlar, oy hakkının temsil marifetiyle kullanılması ve oy sözleşmeleridir. Bu anlamda, bir pay sahibine kendisi dışında kalan pay sahiplerinin oy haklarının kullanılması konusunda temsil yetkisi verilirse ve toplamda tüm oyların çoğunluğunu oluşturan bu oyların hangi yönde kullanılacağı konusunda inisiyatif temsilciye tanınırsa, söz konusu temsil yetkisini haiz olan pay sahibi (hakim şirket) oy haklarının çoğunluğunu belirlediği yönde kullanılacak, böylelikle şirket üzerinde hakimiyeti ele geçirebilecektir. Oy haklarının çoğunluğunun elde

erişecektir. Zira, bu çoğunluk, paysahibine (hakim şirkete), bağlı şirketin genel kurulunda alınacak kararların önemli bir çoğunluğunu<sup>896</sup> belirleme ve bu arada yönetim kurulunda görev alacak kimseleri de özgürce seçebilme imkanını bahşetmektedir.

Oy çoğunluğuna sahip olunması, sermayenin yarısından fazlasına karşılık gelen paylara sahip olmaya dayanabileceği gibi, itibari değerlerin farklılaşmasına<sup>897</sup> veya oyda

---

edilebileceği bir başka durum ise, oy sözleşmeleridir. Oy sözleşmeleri uyarınca bir araya getirilen çoğunluk oylarının sözleşmeye taraf olan paysahiplerinden birinin inisiyatifi doğrultusunda kullanılacağı kararlaştırılırsa (bu yöntemin geçerliliği için bkz. **Moroğlu**, Oy Sözleşmeleri, s. 5) bu paysahibi, Tasarı m. 195/1/a bent (3) anlamında hakimiyeti ele geçirebilecek ve hakim şirket olarak nitelendirilebilecektir. Hüküm açısından dikkate değer nokta, oy çoğunluğunu elinde bulunduran kişinin paysahibi sıfatını taşımasıdır.

<sup>896</sup> Oy çoğunluğunu elinde bulunduran paysahibi, kanunun nitelikli yetersayı aradığı hallerde (TTK.m. 388), ancak söz konusu yetersayıları oluşturacak oranda oy hakkını elinde bulundurması halinde bu kararların alınması konusunda belirleyici bir etkiye sahip olabilir. Paysahibinin sadece oyların çoğunluğunu elinde bulundurduğu ve güç boşluğunun söz konusu olmadığı bir anonim ortaklıkta tek başına çoğunluk oylarına sahip olmak, paysahibine genel kurulda nitelikli yetersayıyla alınacak kararlar üzerinde belirleyici etki icra etme imkanını sağlayamayacak, gerçek anlamda bir hakimiyetten söz etmek söz konusu olamayacaktır. Bu olasılıkta gerçek anlamda hakimiyetten söz edilebilmesi için, ek başka araçlardan yararlanılması gerekecektir. Örnek olarak, hakim paysahibinin paysahiplerinin ortaklığa karşı taahhütlerinin artırılmasını konu edinen konularda istediği kararın alınmasını sağlayabilmesi için, diğer paysahiplerle bu yönde bir oy sözleşmesi yapması düşünülebilir. Şu kadar ki çoğunluk oylarıyla her kararın alınmasına muktedir olunamaması, çoğunluk oylarını elinde bulunduran paysahibinin hakim konumunda bulunmadığı anlamına gelmez. Burada açıklanmak istenen, hakim paysahipliğinin tam anlamda hakimiyeti beraberinde getirmemesidir.

<sup>897</sup> Bir anonim ortaklıkta, farklı itibari değerlere sahip olan paylar çıkarılabilir; bkz. **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, No. 779, 801, **Kendigelen**, s. 110-111; karş. Tahir **Çağa**, Anonim Şirketlerde İmtiyazlı Oy Hakkı Veren Hisse Senetleri, İktisat ve Maliye, Yıl : 1970, C. 17, S. 1, s. 34. Bir anonim ortaklıkta farklı itibari değerde payların çıkarılması durumunda, oy hakkının payların itibari değerine göre belirlenip belirlenmeyeceği konusunda öğreti ikiye ayrılmaktadır. Soruya olumlu yanıt verenler için bkz. Ömer **Teoman**, Anonim Ortaklıklarda Paysahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu, Ankara, 1987, s. 10; **Teoman**, Payın Birim Değeri, s. 498, **Moroğlu**, Oy Sözleşmeleri, s. 2, **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku, s. 649; soruya olumsuz yanıt verenler için bkz. **Arslanlı**, **Anonim Şirketler, I**, s. 146-147 (yazarın görüşüne yönelik eleştirel yaklaşımda bulunan **Kendigelen**, s. 107, dn. 277), Oğuz **İmregün**, Anonim Şirketlerde Paysahipleri Arasında Umumi Heyet Kararlarından Doğan Menfaat İhtilafları, İstanbul, 1962, s. 31; buna karşılık temelde meseleyi olumsuz yanıtlamakla birlikte, belirli durumlarda bu ilkeden yararlanılabileceğini ileri süren **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, No. 961a. İlk olarak, Türk Hukuku'nda farklı itibari değerde pay çıkarılmasını yasaklayan bir düzenleme bulunmamaktadır. Şu kadar ki, farklı itibari değerlerde payların çıkarılması "görünüşte", paysahipliği haklarının kullanılması bakımından bir karmaşa yaratabilir. Bu karmaşanın, Anonim Ortaklıklar Hukuku'na hakim olan ilkeler gözetilerek telif edilmesi mümkündür. Nitekim, eşitlik ilkesi ve sermayeye katılmaya oranla hak sahibi olma ilkesi, bu sorunun çözümüne ışık tutmaktadır. Her payın en az bir oy hakkı vereceğini düzenleyen TTK.m. 373/1 hükmünün, paysahibinin oy hakkının vazgeçilmez hak cephesini ortaya koyan bir hüküm olduğu gözetildiğinde, farklı itibari değerlerde paylar çıkarılması, her durumda pay başına düşen en az bir oy hakkının teminat altına alınması kaydıyla sakınca yaratmayacak; sermayeye katılmaya oranla hak sahibi olma ilkesi, oy haklarının da payın itibari değerine göre belirlenmesini, belirtildiği üzere bu belirleme yapılırken pay başına en az bir oy hakkının muhafaza edilmesini gerekli kılmaktadır. Bu itibarla, farklı itibari değerli payların varlığında oy hakkı, pay sayısına göre değil, payların itibari değerine göre belirlenmeli, her durumda pay başına en az bir oy düşmelidir. Bu bağlamda farklı itibari değerli paylar bakımından üzerinde durulmayan bir başka nokta da bu yaklaşımı temellendirmektedir :

imtiyaza da (TTK.m. 401) dayanabilir. Gerçekten de, oy haklarının çoğunluğuna sahip olunması ile oy haklarının çoğunluğu üzerinde tasarruf edilebilmesi birbirinden farklı kavramlardır. İlkinde, doğrudan doğruya paysahibinin maliki olduğu paylardan doğan oy haklarının oy çoğunluğunu oluşturması söz konusu iken, ikincisi, oy haklarının çoğunluğunun hangi yönde kullanılacağını belirleyebilme durumunu yansıtmaktadır ve oy çoğunluğunu elde edecek oranda paya sahip olmanın yanısıra, oyların çoğunluğuna sahip olmayan paysahibinin bir sözleşmeye dayanarak başka paysahiplerinin oy hakları üzerinde tasarruf etme imkanını elde etmesi durumunu da kapsamaktadır. Bu sözleşme, oy sözleşmesi olarak adlandırılmaktadır ve bu sözleşmenin kontrolün elde edilmesindeki işlevleri aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir<sup>898</sup>.

Gerek oy çoğunluğuna sahip olunması, gerek oy sözleşmesi marifetiyle oy çoğunluğu üzerinde tasarruf edilmesi halinde, gerçek anlamda hakimiyet söz konusu olmayabilir veya hakimiyetin her an ortadan kalkması tehlikesi ortaya çıkabilir<sup>899</sup>. Buna rağmen, Tasarı'nın bu durumlarda hakimiyetin varlığını kabul etmesi,

---

Pay, bir işlevi itibariyle paysahipliği konumunu belirleyen ve sermayenin belirli bir parçasını temsil eden bir birimdir. Ancak, farklı itibari değerli payların varlığı halinde bu işlev farklı bir görünüm arz etmektedir : Bu olasılıkta, paylardan her biri, oransallık ilkesine tabi olan paysahipliği hakları bakımından paysahipliği haklarının kaynağı olmakla birlikte, bu kaynağı simgeleyen asgari birim olmaktan çıkmaktadır. Örneğin, bir ortaklıkta 1 kuruluşluk ve 2 kuruluşluk payların varlığı halinde 1 kuruluşluk payların 1 diğerlerinin 2 oy hakkı verdiğini kabul edilmektedir. Bu açıdan her iki farklı değerdeki pay da paysahipliği haklarının kaynağı olmakla birlikte, bu paylardan sadece 1 kuruluşluk paylar asgari birimdir ve tüm paylar, “oransallık ilkesine tabi haklar” itibariyle ne ölçüde hak bahsettiğinin belirlenmesi bakımından, bu 1 kuruluşluk paylara indirgenerek irdelenmelidir.

Diğer yandan, farklı itibari değerde payların çıkarılması ve tüm paylara eşit oy hakkı tanınması durumunda, düşük itibari değerli paylar lehine oy hakkında imtiyazın oluşup oluşmadığı bakımından öğretide baskın görüş, bu olasılıkta oyda imtiyazın söz konusu olacağı yönündedir; **Kendigelen**, s. 99, 119-120. Farklı itibari değerdeki paylara eşit oy hakkı tanınması suretiyle imtiyaz yaratılmasına ilişkin değerlendirmelerimiz için bkz. aşağıda § 11, IV, C, 1.

<sup>898</sup> bkz. aşağıda § 11, VI, C, 1.

<sup>899</sup> Somut örneklerle netleştirmek gerekirse, bir anonim ortaklıkta toplam oyların yarısından fazlasına sahip olan bir paysahibi, söz konusu oy haklarını konu edinen bir oy sözleşmesi yaparak, bu oyları sözleşmenin diğer tarafının belirlediği yönde kullanmayı taahhüt edebilir ve bu suretle ortaklık üzerindeki hakimiyetini sözleşmenin diğer tarafına devredebilir. Bu olasılıkta, oy çoğunluğunu elinde bulunduran taraf, buna rağmen ortaklık üzerinde hakim olabileme imkanını kendi iradesiyle terk etmektedir. Başka bir örnek de, hakimiyet sözleşmesi uyarınca elde edilmesi söz konusu olan hakimiyetin., diğer tarafın sözleşmeye uygun hareket etmemesi nedeniyle elde edilememesidir. Görüldüğü üzere, gerek oyların çoğunluğuna paysahipliği sıfatıyla sahip olunması gerek bir sözleşme uyarınca hakimiyetin elde edilmesi olasılığında, fiilen hakimiyetin elde edilememesi ihtimali mevcuttur. Buna rağmen ekonomik gerçeklik, bu örnekleri doğrulamamakta, hakimiyeti elde edenin, söz konusu gücü kullandığını ortaya koymaktadır. Bu nedenle Kanunkoyucu, oy çoğunluğu üzerinde tasarruf edilmesi halinde, hakimiyetin varlığına hükmetmektedir.

kanımızca Şu Şekilde açıklanabilir : Tasarı, bir ortaklığın (hakim ortaklık) diğer bir ortaklık üzerindeki etkinliğinin belirli bir seviyenin üzerinde olması halinde, bu etkinliğin kullanılacağını, bu nedenle söz konusu etkinliği elinde bulunduran ortaklığın, bu etkinliğe tabi olan ortaklığın tasarruflarından sorumlu tutulmasını (Konzernhaftung) ngrmektedir. Nitekim, oy çoğunluğunu, paysahipliği sıfatı sayesinde elinde bulunduran veya bir oy sözleşmesine istinaden yönlendirebilen özne, ilke olarak bu gücü kullanacak ve nitelikli yetersayıların öngörüldüğü durumlar (TTK.m. 388/1,2) hariç olmak üzere ortaklık iradesinin oluşumunu tek başına biçimlendirecektir.

Tekil kontrole yol açtığı kabul edilen oy çoğunluğu, ortak kontrolün elde edilmesi bakımından da aynı işlevi üstlenebilir. Sahip oldukları veya üzerinde tasarruf ettikleri oyların toplamı oy çoğunluğuna erişen en az iki paysahibi, aralarında kurulan bir işbirliği sözleşmesi uyarınca bilinçli bir Şekilde bir arada hareket etmek suretiyle<sup>900</sup> ortaklık organlarında alınacak olan kararları ortak iradeleriyle belirleyebileceklerdir. Bu açıdan da, oy çoğunluğu üzerinde tasarruf etme yetkisinin, paysahipliğine, oyda imtiyaza veya oy sözleşmesine istinaden elde edilmesi arasında, kontrolün varlığı açısından bir fark yoktur.

Kontrole yol açan bu üç durum arasındaki fark, ilk iki durumun doğrudan doğruya paysahipliği sıfatından kaynaklanması, üçüncü durumda ise oy hakkının başka kimseler elinde bulunması ve bu kimselerin oy haklarını “oy çoğunluğu üzerinde tasarruf etmesi söz konusu olan tarafın” belirlediği Şekilde kullanmayı taahhüt etmeleridir. Son durumda, kontrolün korporatif nitelik taşımayan bir araç marifetiyle elde edilmesi, oy sözleşmesinin ortaklık düzeninde icrası sorununu beraberinde getirmektedir<sup>901</sup>. Bu nedenle ilk iki durum, kontrolün istikrarı açısından daha güvencelidir.

---

<sup>900</sup> Bilinçli hareketten kasıt, toplam oyları oy çoğunluğunu sağlayan en az iki paysahibinin, ortaklığı ortaklaşa yönetme ve kontrol etme iradesini sistematik bir Şekilde hayata geçirmesi anlamına gelmektedir. Çünkü kontrol, kalıcı hakimiyeti gerektirdiğinden, bu paysahiplerinin münferit menfaatlerinin gereği olarak belirli bir kararın alınmasında veya kısa bir dönem için elbirliği yapmaları, orta kontrolü sağlamayacaktır. Kontrolün kalıcılığına ilişkin değerlendirmelerimiz için bkz. aşa. Ő 10, I.

<sup>901</sup> Bu sorunla ilgili incelemeler için bkz. aşa. Ő 11, VI, C, 3.

## cc. Yönetim Organında Görev Alacak Üyelerin Çoğunluğunu Seçebilme İmkânı

Hakimiyeti sağlayan bu iki araç dışında hükümde anılan bir üçüncü araç ise, Tasarı m. 195/1/a bent (2) hükmünde belirtilen “bir şirketin yönetim organında çoğunluğu oluşturan sayıda üyenin seçimini sağlayabilmek” hakkıdır. Hükümde sayılan dört araç, hakimiyetin varlığı açısından bir arada aranmadığından ve birbirlerine alternatif olarak öngörüldüğünden, hükme göre, ortağı olduğu başka bir şirkette salt bu hakka sahip olan şirket, hakim şirket konumuna erişebilecektir<sup>902</sup>. Söz konusu düzenlemenin mehzazı, AT 7. Ortaklıklar Hukuku Yönergesi'nin m. 1/1 (B) hükmüdür. Konsolide hesap tutma yükümlülüğüne ilişkin mehzaz düzenleme de, ortağı olduğu bağlı şirketin yönetim organında görev alacak üyelerin çoğunluğunu atama ve görevden alma yetkisini haiz olan şirketi hakim şirket olarak nitelendirmekte ve bu şirketlere konsolide hesap tutma yükümlülüğü getirmektedir.

Bu açıdan bakıldığında, düzenlemenin belirtilen hükümde, yönetim organında görev yapacak kimselerin çoğunluğunun seçilmesini sağlama imkanının varlığı halinde, bu imkana sahip olan şirketin diğer şirketin yönetimi üzerinde belirleyici bir güce sahip olabileceği dikkate alınmış; bu nedenle her iki şirket, konsolide hesap tutma yükümlülüğüne tabi kılınmıştır. Bu açıdan, söz konusu düzenlemenin, hakimiyet ilişkisini ele almaktan ziyade, hangi teşebbüslerin konsolidasyona tabi olduğunu ortaya koymak düşüncesiyle getirildiği belirtilmelidir. Ancak, hükmün bu duruma “hakim şirket-bağlı şirket” başlıkları altında yer vermesi, Konsey'in söz konusu hakkın varlığı halinde hakimiyetin mevcut olduğunu varsaydığını ortaya koymaktadır<sup>903</sup>.

Tasarı m. 195/1/a bent 2 hükmü ise, isabetli olarak “ortaklık sözleşmesine dayalı olarak yönetim organında çoğunluğu oluşturan sayıda üyenin seçimini sağlayabilmek hakkını” kontrolün araçlarından biri olarak öngörmektedir. İlk olarak Tasarı, söz konusu aracın mutlaka ortaklık sözleşmesinde yer almasını zorunlu kılarak, bu araca korporatif düzenin bir parçası olarak öngörülmek kaydıyla kontrolü sağlayan bir araç

<sup>902</sup> Bu yönde bkz. TTK Tasarısı Madde Gereççeleri, m. 195, s. 472.

<sup>903</sup> Bu yönde **Windbichler**, s. 268-269.

niteliğini izafe etmektedir<sup>904</sup>. İkinci olarak Tasarı, Yönerge'nin aksine “yönetim kurulunu veya bu organda görev yapan yöneticilerin çoğunluğunu görevden alabilme” yetkisine kontrolü sağlayıcı bir önem izafe etmemiştir<sup>905</sup>. Kontrolün kalıcılık özelliği dikkate alındığında, sırf yönetim kurulu üyelerinin görevden alınmasını sağlama imkanı, kontrolün oluşumuna zemin hazırlamayacaktır. Zira, bu imkana sahip olan pay sahibi, ancak kendi belirlediği yönde hareket etmeyen yönetim kurulu üyelerini görevden alabilme imkanına sahip olacaktır. Bu imkan ise, yönetim kurulunun hangi yönde karar alacağını belirleme gücünü kapsamayacaktır. Açık bir anlatımla bu imkan, sadece “bu imkana sahip olan pay sahibinin (kontrol) iradesine aykırı hareket eden yöneticilerin görevden alınmasını” sağlayabilecek; bu güç ise, kontrolün “belirleyici etkiyi içermeye” karakteriyle uyuşmayacaktır.

Bu yaklaşım isabetlidir. İlk olarak, yönetim kurulunun çoğunluğunun seçilmesini sağlama hakkı, doğrudan doğruya bu organda alınacak stratejik kararları etkileyen bir araç iken, bu organda görev yapan üyelerin çoğunluğunu görevden alma, tek başına kontrolün elde edilmesini sağlamayacaktır. Zira, yönetim kurulunu görevden alabilme yetkisi, bu yetkiye sahip olan pay sahibinin stratejik kararlarda etkili olmasını önleyen yöneticilerin görevden alınmasını sağlasa da, onun bu iradesinin yönetim kurulunda alınacak kararlara yansımaya, diğer bir anlatımla onun kontrolü elde etmesine veya ortak kontrolü paylaşmasına hizmet etmeyecektir. İkinci olarak, Tasarı hükmü, “yönetim kurulunun üye sayısının çoğunluğunun seçilmesini sağlayabilme hakkından” söz etmektedir. Yönetim kurulunda temsil edilme hakkına ilişkin açıklamalarımızda ele alacağımız üzere<sup>906</sup>, Türk Hukuku'nda, pay sahibine yönetim kurulu üyesini doğrudan doğruya belirleme imkanı tanınmamakta, ancak aday göstererek genel kurul tarafından bu adayların yönetim kuruluna seçilmesini sağlama hakkı geçerli kabul edilmektedir. Tasarı'nın bu düzenlemesi, bu yönden de yerindedir.

---

<sup>904</sup> **Von Büren**, sözleşme özgürlüğü ilkesinin pay sahipleri sözleşmesine tanıdığı geniş alanı gözeterek yönetim kurulunun seçilmesi konusunda tarafların bir borç sözleşmesi akdetmelerinin mümkün olduğunu ortaya koymaktadır; bkz. **Von Büren**, s. 80, aynı olguya işaret eden **Okutan**, s. 387. Kuşkusuz ki, bu tür bir düzenleme, paya bağlanmadığı müddetçe pay sahipleri arasında üstlenilen sözleşmesel bir taahhüt niteliğini taşımakta, ortaklık düzenine dahil olmamaktadır; bkz. **Okutan**, s. 387.

<sup>905</sup> Söz konusu imkanın Banka Hukuku'nda kontrolü sağlayan bir araç olarak nitelendirilmesine yönelik eleştirel yaklaşımımız ve meselenin değerlendirilmesi için bkz. aşa. § 9, II, B.

<sup>906</sup> Bkz. aşa. § 11, IV, D, 4.



Böylelikle; gerek Yönerge hükmü, gerek Tasarı m. 195/1/a bent 2 hükmü, başka bir şirkette yönetim organında görev alacak kimselerin çoğunluğunu seçtirme imkanını haiz olan pay sahibinin, hakim şirket konumunda bulunduğunu esas almaktadır. Bu olasılıkta, hakim şirket, bağlı şirketin yönetimini ele geçirecek, söz konusu şirketin yönetim organının, şirketler topluluğundaki şirketleri bir araya getiren tekil yönetim anlayışı ekseninde hareket etmesini sağlayabilecektir. Gerek Konsey, gerek TTK Komisyonu, bu olasılıkta hakimiyetin varlığından hareket etmektedir.

Anonim ortaklıklarda, yönetim kurulunda görev alan üyelerin çoğunluğunun seçilmesini sağlama hakkı, doğrudan doğruya oy haklarının çoğunluğu üzerinde tasarruf etme imkanından doğabilir. Bu bölümde incelediğimiz üzere, çoğunluk pay sahipliği, oyda imtiyaz veya oy sözleşmesi gibi araçlardan birine istinaden oy çoğunluğu üzerinde tasarruf edebilen bir pay sahibi, zaten yönetim kurulunda görev alabilecek kimselerin tümünü de belirleyebilme imkanına kavuşacaktır. Bununla birlikte, oy çoğunluğu üzerinde tasarruf etme imkanının mevcut olmadığı durumlarda da pay sahibi, yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunu seçtirme imkanını elde edebilir. Buna ilişkin en etkili araç, yönetim kurulunda temsil edilme hakkıdır<sup>907</sup>.

Bir kez başka bir ortaklığın yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunu seçtirme hakkının edinilmesi halinde<sup>908</sup>, bu hakkı elde eden özne ile bu hakkın kullanılacağı ortaklık arasında bir hakimiyet ilişkisi kurulduğu kabul edilmektedir<sup>909</sup>. Yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunu seçtirme imkanının bir kontrol aracı olarak görülmesinin nedeni, hak sahibinin bu hak marifetiyle yönetim kuruluna seçtireceği üyelerin oylarını belirleyerek dilediği kararları aldirabileceği varsayımına dayanmaktadır.

Tasarı'nın kontrol anlayışını esas alması karşısında, bir kez bu hakkın edinilmesi, kontrolün varlığı yönünde bir faraziye oluşturacaktır. Bu hakkın gerçek anlamda

---

<sup>907</sup> Yönetim kurulunda temsil edilme hakkı, kavramsal yapısı ve hukuki niteliği itibarıyla aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir, bkz. a.ş. §11, IV, D, 4.

<sup>908</sup> TTK Tasarısı m. 195'in Gerekeçesi'nde belirtildiği üzere, şirketler topluluğunda yavru ortaklıkların sermaye ortaklığı olması zorunlu tutulurken, hakim özne, bir sermaye ortaklığı olabileceği gibi, bir kişi ortaklığı ya da bir gerçek kişi dahi olabilir. Bu nedenle, hakim olan açıdan gündeme gelen tüm alternatifleri kapsamı amacıyla çalışmamızda "hakim özne" kavramına yer verilmektedir. Hakim öznenin bir ortaklık olması halinde ise "hakim ortaklık" terimi tercih edilmektedir.

<sup>909</sup> **Von Büren**, s. 79-80.

hakimiyete yol açıp açmayacağı sınınamadan, hakimiyet ilişkisinin varlığına bağlanan hükümler uygulama alanı bulacaktır. Bu itibarla, Tasarı'nın kanunlaşması halinde Türk Ortaklıklar Hukuku, yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunu seçtirme hakkının varlığı halinde, başka hiç bir koşul aramaksızın hakimiyetin olduğu sonucuna varmakta ve buna ilişkin hükümde bir faraziye öngörerek söz konusu varsayımın yürütülmesine olanak tanımamaktadır. Tasarı'nın Avrupa Topluluğu Hukuku'na koşut olan<sup>910</sup> bu yaklaşımı yerindedir : Şirketler topluluğuna ilişkin düzenlemelerin menfaat sahiplerinin, özellikle şirket alacaklılarının ve azınlık pay sahiplerinin menfaatlerine koruma amacına yöneldiği dikkate alındığında, bir ortaklığın, kendi yönetim kurulunda görev alacak üyelerin çoğunluğunu belirleme yetkisini haiz olan öznenin hakimiyeti altında bulunacağını kabul edilmesi ve menfaat sahiplerinin haklı çıkarlarının bu özneye karşı korunması yerindedir. Nitekim, bu çalışmada kontrolün maddi içeriği olarak kabul ettiğimiz “ ortaklığın faaliyet ve finans politikasını ilgilendiren kararlar” bakımından ağırlığın yönetim kuruluna kayması da, yönetim kurulunu bu suretle etkileme imkanını elde eden öznenin hakim özne olarak nitelendirilmesini haklı kılmaktadır.

Şu kadar ki, çalışmamızın Ortaklıklar Hukuku ile Rekabet Hukuku'nun kesişim alanını ilgilendirmesi ve her iki disiplinin kontrol kavramına yaklaşımlarının farklı bulunması karşısında, yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunu seçtirme hakkının her durumda hakimiyeti (kontrolü) sağlamayacağı vurgulanmalıdır. Bu noktada belirtmemiz gerekir ki, Tasarı m. 195 hükmünün bir faraziye öngörmesi karşısında, artık üye çoğunluğunu seçtirme imkanının Ortaklıklar Hukuku açısından hakimiyeti sağlayıp sağlamadığını tartışmanın bir anlamı yoktur. Bu araçlar, Ortaklıklar Hukuku anlamında kontrolü başlı başına sağlar ve şirketler topluluğuna özgü düzenlemelerin uygulanması zorunluluğunu beraberinde getirir. Ancak bu noktada, Ortaklıklar Hukuku açısından bu şekilde sağlandığı varsayılan kontrolün, her durumda Rekabet Hukuku anlamında da kontrolü sağlamayacağını belirtme gerekliliği ortaya çıkmaktadır.

İlk olarak, bir ortaklık üzerindeki hakimiyet, o ortaklığın karar organlarında alınan her türlü stratejik kararı, diğer bir deyişle ortaklığın faaliyet ve finans politikalarına özgü tüm kararları kapsamalıdır. Bu kararlar, anonim ortaklıklarda yerine göre hem

---

<sup>910</sup> **Rübli**, s. 16.

genel kurul hem de yönetim kurulu tarafından alınabildiği gibi, bu kararların bazıları da genel kurulun münhasır yetki alanına girmektedir<sup>911</sup>. Ortaklıklar Hukuku, kanunlaşması halinde Tasarı m. 195 ve Avrupa 7. Ortaklıklar Hukuku Yönergesi m. 1 bent (b) uyarınca, genel kurulda alınacak kararlar bakımından yönetim kurulu üye sayısının çoğunluğunu seçtirme hakkını yeterli görmekte; bu hak sayesinde hak sahibinin yönetim kurulunda alınacak kararları da belirleyebileceği düşüncesinden hareket etmektedir. Oysa, kontrol kavramının konusunu oluşturan stratejik kararlar bakımından meseleye yaklaşıldığında, stratejik karar olarak nitelendirilen ve kontrolün maddi içeriğini oluşturduğu kabul edilen “ortaklığın yönetim ve finans politikalarına ilişkin kararlar”, sadece yönetim kurulunda alınan kararları ve genel kurulda yönetim kurulunun seçimine ilişkin kararı kapsamamaktadır.

Aşağıda incelenecek olmakla birlikte<sup>912</sup>, genel kurulda bütçenin, iş planının ve yatırım planının onanması, sermaye artırımı gibi kararlar, Rekabet Hukuku ve Sermaye Piyasası Hukuku anlamında stratejik karar olarak sınıflandırılmaktadır<sup>913</sup>. Bu nedenle, bir öznenin bir ortaklık üzerinde hakimiyeti elde edebilmesi için, o ortaklıkta alınacak olan tüm stratejik kararları belirleyebilmesi gerektiğinden<sup>914</sup>, salt yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunu seçtirme hakkı, hak sahibine Rekabet Hukuku ve Sermaye Piyasası Hukuku anlamında kontrolü bahşetmeyecek; bu hakkın ortaklık organları tarafından alınacak tüm stratejik kararları belirleme imkanını tanıyan diğer kontrol araçlarıyla tamamlanması gerekecektir.

İkinci olarak, anonim ortaklıkta stratejik karar olarak nitelendirilen ve ortaklığın yönetim ve finans politikalarını ilgilendiren kararların ağırlıklı olarak yönetim kurulunda alındığı ve bu nedenle bu organın alacağı kararlar üzerinde etkili olabilmenin kontrolü de beraberinde getirebileceği kabul edilse dahi, yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunu seçtirme hakkı, sahibine bu ortaklığı kontrol etme imkanını her zaman bahşetmeyecektir. Bu bölümde incelendiği üzere, yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunu seçtirme imkanının bir kontrol aracı olarak görülmesinin nedeni, bu hakkın sahibinin bu hak marifetiyle yönetim kuruluna seçtireceği üyelerin

---

<sup>911</sup> Stratejik karar kavramı ve bu kararların anonim ortaklıklarda genel kurul ile yönetim kurulu arasındaki dağılımı için bkz. aşa. § 10, III, B.

<sup>912</sup> bkz. aşa. § 10, III, B.

<sup>913</sup> Rekabet Hukuku için bkz. § 9, II, D Sermaye Piyasası Hukuku için bkz. aşa. § 9, II, C.

<sup>914</sup> **Zurkinden**, s. 54-55.

oylarını belirleyerek dilediği kararları alırdabileceği varsayımına dayanmaktadır. Oysa, hak sahibinin yönetim kurulda stratejik kararları etkileyebilmesi için, karar yetersayısının üye sayısının çoğunluğundan daha yüksek bir eşiğe göre belirlenmemesi gerekir.

TTK Tasarısı m. 390/1, toplantı yetersayısını üye sayısının salt çoğunluğu, karar yetersayısını ise toplantı yetersayısının sağlanması kaydıyla toplantıya katılan üyelerin çoğunluğu olarak belirlediğinden, ilke olarak üye sayısının çoğunluğunu seçtiren bir pay sahibi, kanunun öngördüğü bu yetersayıların anasözleşmeyle yükseltilmemesi kaydıyla yönetim kurulunda alınacak stratejik kararları belirleyebilme imkanına kavuşacaktır. Ancak, anasözleşmede yönetim kuruluna özgü karar yetersayısını ağırlaştırıcı düzenlemelere yer verilmesi halinde<sup>915</sup>, yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunu seçtirme hakkı, bu organ tarafından alınacak stratejik kararlar üzerinde hakimiyeti sağlayıp sağlamadığı irdelenmelidir. Bu olasılıkta dahi, yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunu seçtirme hakkı, bir anlamda kontrolü sağlayacaktır : Yönetim kurulunda alınacak kararlar, her durumda bu hakka sahip olan pay sahibinin menfaatini temsil eden yöneticilerin olumlu oylarıyla alınabilecektir.

TTK Tasarısı'nın kanunlaşması halinde, -gerçek anlamda hakimiyeti bahşetmeyebileceğine ilişkin bu açıklamalarımız saklı kalmak kaydıyla- yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunu seçtirme imkanının edinilmesi , Ortaklıklar Hukuku anlamında hakimiyet ilişkisini meydana getirecektir. Ortak kontrol açısından da aynı sonuca varmak ve bu hakkı aralarındaki stratejik bir ilişki uyarınca ortaklaşa elde eden en az iki ortağın Ortaklıklar Hukuku anlamında kontrolü (ortak kontrolü) elde edeceğini kabul etmek gerekir. Zira Tasarı m. 195, bu hakkın edinilmesini, başkaca bir koşul aramaksızın kontrolün oluşumuna yol açan bir araç olarak nitelendirmektedir. Bununla birlikte, Rekabet Hukuku anlamında kontrolün varlığından söz edebilmek için, yönetim kurulunda alınacak stratejik kararlar bakımından çoğunluğun yeterli olmayacağı bir yetersayının öngörülmemesi ve ayrıca incelenen aracın (yönetim kurulunun çoğunluğunu seçtirme hakkının) genel kurulda

---

<sup>915</sup> Ortak kontrol açısından bu tür düzenlemelerin etkisi için bkz. a.ş. § 11, III, A, 2.

alınacak diğer stratejik kararlar üzerinde hakimiyeti sağlayacak diğer araçlarla tamamlanması gerekecektir.

#### **dd. Hakimiyet Sözleşmeleri ve Hakimiyete Yol Açan Diğer Durumlar**

Hakimiyet sözleşmesi, iki ortaklık arasında kurulan, bir ortaklığın (bağlı ortaklık) diğerinin (hakim ortaklık) hakimiyetine girmeyi taahhüt ettiği sözleşmedir<sup>916</sup>. Hakimiyet sözleşmeleri, sözleşmesel bir şirketler topluluğunun oluşumuna zemin hazırlamaktadır<sup>917</sup>. Bu sözleşme, Alman Şirketler Topluluğu Hukuku'nda yaygın bir uygulama alanına sahiptir. Türk Hukuku'nda, hakimiyet sözleşmeleri henüz uygulanmamaktadır. Bu nedenle, bu kontrol aracı üzerinde sadece ana hatları itibariyle durulacaktır.

İki ortaklık arasında bir hakimiyet sözleşmesi kurulduğunda, bağlı ortaklığın iradesi, doğrudan doğruya hakim ortaklığın belirlediği şekilde oluşmaktadır. Bağlı ortaklığın iradesi, şeklen yine bu ortaklığın organlarının aldığı kararlarla oluşur. Şu kadar ki, bu kararların maddi içeriğini bu organlar değil, hakim ortaklık belirler<sup>918</sup>. Böylelikle bağlı ortaklığın iradesi, Ortaklıklar Hukuku'nda varsayılan “bağımsız yönetim ilkesi”<sup>919</sup> uyarınca, ortaklığın kendi iç irade oluşum süreci işletilerek meydana getirilmemekte, bu iradenin yerine yabancı bir irade olan hakim irade geçmektedir.

Hakimiyet sözleşmesi yapıldığında, bağlı ortaklığın gerek genel kurulunda, gerek yönetim kurulunda alınan kararlar, doğrudan doğruya hakim ortaklığın talimatları doğrultusunda biçimlenmektedir. Görüldüğü üzere, hakimiyet sözleşmesi, pay sahipliği, oyda imtiyaz, yönetim kurulunda temsil edilme hakkı ve oy sözleşmesi gibi Ortaklıklar Hukuku'na özgü araçların yokluğunda dahi hakimiyet ilişkisini kurabilmektedir. Böylelikle, hakim özne, bağlı ortaklığın pay sahibi sıfatını taşıyorsa dahi, hakimiyet sözleşmesi marifetiyle bu ortaklık üzerinde kontrolü elde edebilecektir.

<sup>916</sup> Çeşitli tanımlar için bkz. **Hüffer**, § 291, No. 5 vd., **Yanlı**, Perdenin Kaldırılması, s. 167-168, **Yanlı**, İnançlı YK Üyeleri, s. 656, dn. 5.

<sup>917</sup> **Yanlı**, Perdenin Kaldırılması, s. 144.

<sup>918</sup> Bu olgu dilimize “organsal yetkilerin kaydırılması” olarak çevrilebilecek “*Organverschiebung*” terimiyle ifade edilmektedir; bkz. **Ruchin**, s. 127.

<sup>919</sup> Bu ilkenin gerçekte bağdaşmadığı olgusu için bkz. TTK Tasarısı Madde Gereççeleri, Madde 195-209 ile İlgili Genel Açıklamalar, s. 69.

### c. Hakimiyete Karine Oluşturan Durumlar

TTK Tasarısı, kontrolün oluşumuna ilişkin öngördüğü faraziyelerin dışında, bir de karineye yer vermektedir. Buna göre, bir sermaye şirketinin paylarının çoğunluğuna veya çoğunluk etkisini haiz miktarda paya sahip olunması, hakimiyetin varlığına karine teşkil edecektir (Tasarı m. 195/2).

İlk olarak, payların çoğunluk paysahipliğinin hakimiyet açısından bir faraziye olarak değil de, bir karine olarak nitelendirilmesinin nedeni, prensip olarak sermayenin çoğunluğunu temsil eden payların oy haklarının da çoğunluğunu bahşetmesi, oy dağılımının kural olarak pay dağılımıyla örtüşmesidir<sup>920</sup>. Diğer bir ifadeyle, bir ortaklık üzerinde hakimiyeti yönetsel haklar ve özellikle oy hakkı karakterize ettiğine göre, çoğunluk paysahipliği, ancak oy haklarının çoğunluğuna sahip olunması ile örtüşmesi kaydıyla hakimiyeti sağlayabilir. Bu nedenle, payların çoğunluğuna sahip olunması durumu, hakimiyet açısından bir karine olarak öngörülmüştür. Kural, TTK.m. 373 uyarınca her bir payın bir oy hakkı bahşetmesi olduğuna göre; ilke olarak pay çoğunluğunu elinde bulunduran paysahibi, hakimiyeti ele geçirecektir. Bu nedenle, Tasarı, pay çoğunluğunun varlığı halinde hakimiyetin de elde edileceği yönünde bir karine koymuştur. Buna karşılık, pay- oy hakkı arasındaki denge yukarıda belirtilen araçlardan biri ile bozulmuşsa, ilgililer ve bu cümleden olarak özellikle hakim özne, pay çoğunluğunun hakimiyet bahşetmediğini kanıtlamak suretiyle bu karineyi çürütebilecek ve şirketler topluluğuna özgü düzenlemelerin uygulama alanının dışına çıkacaktır.

Tasarı m. 195/2 hükmü, aynı zamanda “çoğunluk etkisini haiz oranda paysahipliğinden” söz etmektedir. Çoğunluk etkisini haiz oranda paysahipliği, bir paysahibinin elinde bulunan payların, sermayeye katılımı çoğunluğun altında olmasına rağmen, diğer payların çok sayıda paysahibi arasında dağılması nedeniyle sahibine, adeta çoğunluk paysahibinin konumuna benzer bir konum bahşetmesini ifade etmektedir. Nitekim, güç boşluğunun söz konusu olduğu ortaklıklarda, çoğunluğun çok altındaki pay oranları dahi hakimiyet bahşedebilir. Ancak bu

<sup>920</sup> Oy dağılımının pay dağılımıyla örtüşmemesi durumu, paylar arasında itibari değer farklılığı, oyda imtiyaz veya oydan yoksun payların varlığı gibi nedenlerden kaynaklanabilir, bkz. yuk. § 6, II, B.

noktada, hakimiyetin, kalıcı olma özelliği göz ardı edilmemelidir. Tesadüfi veya geçici nitelikteki bir belirleyici etki, kontrolün oluşumunu sağlamayacaktır. Bu noktada önemli olan, hangi oranda paya sahip olan paysahiplerinin belirleyici etkiye sahip olduğu değil, bu etkinin sürekliliğidir<sup>921</sup>.

#### 4. Değerlendirme

Avrupa Hukuku'nda şirketler topluluğu konusuna ilişkin dinamik gelişmelerden hareketle TTK Tasarısı'nda yer verilen düzenlemelerde, şirketler topluluğu müessesesinin kökeninde yatan hakimiyet kavramının hangi durumlarda ortaya çıkacağı düzenlenmiş; bu çerçevede, hakimiyeti sağlayan araçlara ve hakimiyetin varlığına karine teşkil eden durumlara yer verilmiştir. Avrupa Hukuku'nda ve bu hukuk sisteminin etkisi altında olan ulusal hukuk düzenlerinde olduğu gibi, Türk Hukuku'nda benimsenmesi söz konusu olan bu yeni sistemde de, hakimiyetin hangi durumlarda ortaya çıkacağı belirlenmiş ve hakimiyete bağlanan hukuki sonuçlar ortaya konulmuştur. Bu yaklaşım, şirketler topluluğunun pozitif bir düzenleme ile ele alınmasının ardında yatan düşünce ile örtüşmektedir : Şirketler topluluğu, paysahiplerinin bilgi alma haklarını kullanmalarının güçleşmesi, topluluk bünyesinde yer alan şirketlerin girift ekonomik ilişkileri sebebiyle bu şirketlerin dürüst ve güvenilir bir finansal yapı arz etmemeleri ve nihayet hakim şirketin bağlı şirketler üzerindeki hakimiyetinden dolayı menfaat sahiplerinin uğradıkları zararın tazmini yönlerinden ele alınmaktadır<sup>922</sup>.

Şirketler topluluğuna ilişkin pozitif düzenlemelerin konuluş amacı gözetildiğinde, hakimiyetin bağlı ortaklık üzerinde nasıl bir etki yarattığının, diğer bir açıdan bu etkinin “maddi içeriğinin“ irdelenmemesi son derece doğaldır. Zira, Kanunkoyucu açısından önemli olan, hakimiyetin varlığıdır. Hakimiyetin varlığı için ise, belirli olgular esas alınmaktadır. Bir kez hakimiyetin varlığı tespit edilirse, hakimiyete bağlanan hukuki sonuçlar ve hakimiyetin yarattığı hukuki sorunların çözümlenmesine yönelik mekanizmalar devreye girecektir. Bu nedenle, hakimiyetin varlığının sınanması yeterlidir; yoksa onun varlığına bağlanacak olan hükümlerin uygulanması için, hakimiyet ilişkisinin yapısına değinilmesine gerek yoktur.

<sup>921</sup> Rekabet Hukuku'nda güç boşluğunun varlığı halinde kontrolün varlığı için aranan koşullar bakımından bkz. aşa. § 9, II, D, 2, b.

<sup>922</sup> Şirketler Topluluğu Hukuku'nun bu düzenleniş amacı konusunda bkz. yuk. dn. 424..

Bu noktadan hareketle, kontrol kavramının ve sermayeye katımlı ortak girişimi karakterize eden ortak kontrol kavramının maddi içeriğinin belirlenmesinde, şirketler topluluğuna özgü düzenlemelerden yararlanmak mümkün gözükmemektedir. Bununla birlikte, şirketler topluluğuna ilişkin hukuki düzende öngörülen hakimiyeti tesis eden araçlar ve hakimiyetin varlığına karine oluşturan durumlardan, ortak kontrolün elde edilmesinde yararlanılabilir. Bu araçlardan her birinin ortak kontrolün tesis edilmesine ne ölçüde hizmet edeceği, aşağıda ayrı ayrı ele alınacaktır<sup>923</sup>.

Ayrıca, Ortaklıklar Hukuku açısından gerçek anlamda kontrolden söz edilebilmesi için; hem genel kurulda, hem de yönetim kurulunda alınacak olan stratejik kararlar üzerinde hakimiyetin elde edilmesi gerekmektedir<sup>924</sup>. Bununla birlikte, Şirketler Topluluğu Hukuku'nda TTK Tasarısı m. 195 hükmü, yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunu seçtirme imkanının varlığını, kontrol açısından yeterli görmektedir. İncelendiği üzere, Avrupa Topluluğu Ortaklıklar Hukuku'na koşut olan bu yaklaşım, anonim ortaklıklarda yönetim kurulunun giderek daha ağırlıklı bir konum edindiği gerçeğinden hareket etmektedir.

Son olarak, Ortaklıklar Hukuku'nda, kontrolün, Ortaklıklar Hukuku'na özgü araçlarla ve sözleşmeyle elde edilmesi esastır. Kontrolün fiilen elde edilmesi halinde bağımlılık söz konusu olmakla birlikte, tek elden yönetim unsuru oluşmamaktadır<sup>925</sup>.

## **B.Banka Hukuku**

Banka Hukuku'na ilişkin asli düzenleme konumunda olan Bankacılık Kanunu<sup>926</sup>, finansal piyasalarda güven ve istikrarın sağlanmasına, kredi sisteminin etkin bir şekilde çalışmasına, tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatlerinin korunmasına yönelik düzenlemeler getirmektedir (BankK.m.1). Banka krizlerinin yol açtığı olumsuz ekonomik sonuçları dikkate alan Kanunkoyucu, 4389 Sayılı eski Bankalar

---

<sup>923</sup> bkz. aşı. § 11, II vd.

<sup>924</sup> Organlar arasındaki eşitlik ilkesinden hareketle aynı görüşü savunan **Rubli**, s. 16; Rekabet Hukuku bakımından aynı yöndeki değerlendirmeler için bkz. § 9, II, D, 2, c bb.

<sup>925</sup> bkz. yuk. dn. 888.

<sup>926</sup> 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu, RG. 01.11.2005, 25983.



Kanunu'yla<sup>927</sup> birlikte, bankaların mali yapısının korunmasına ilişkin ayrıntılı önlemler getirmiş; bu önlemlerin yarar sağlamaması ve bankanın mali yapısının zayıflaması olasılığında bankanın yeniden yapılandırılmasına veya tasfiye edilmesine yönelik olağandışı bir hukuki rejim öngörmüştür (EBankK.m. 14). Kanunkoyucu, bu rejimin dayandığı hukuki yapıyı bankanın uğradığı zararların banka kaynaklarını kötüye kullanan banka yöneticileri ve bundan menfaat sağlayan bankanın hakim pay sahipleri tarafından karşılanması felsefesine dayandırmıştır<sup>928</sup>(EBankK.m. 17). 5411 Sayılı Bankalar Kanunu da, ilke olarak aynı anlayışı yansıtmaktadır<sup>929</sup>. Bankacılık Kanunu'na hakim olan bu anlayış, "hakim pay sahipliği" kavramına kanunda yer verilmesine yol açmıştır. Diğer bir ifadeyle, Bankalar Kanunu'nda hakimiyet kavramına değinilmesinin nedeni, bankanın mali durumunun bozulması olasılığında sorumlular çevresinin belirlenmesi düşüncesidir.

Mali yapısı zayıflayan bankanın zararlarını karşılayacak sorumlular çevresinin belirlenmesinde, "hakim ortak" ve buna bağlı olarak "kontrol" kavramları önem kazanmaktadır. Bankaların anonim ortaklık olarak kurulmasının zorunlu bulunması [BankK.m.7/1 bent (a)] ve hakim pay sahiplerine "bankanın yönetimine hakim olmalarını kullanarak haksız menfaat elde etmeleri halinde bazı yaptırımlar getirilmesi"<sup>930</sup> dikkate alındığında, Banka Hukuku'ndaki kontrol kavramının ne ölçüde Ortaklıklar Hukuku'ndaki kontrol kavramıyla örtüştüğü ve sermayeye katılmalı ortak girişimlerdeki kontrol kavramına ışık tutup tutmadığı irdelenmelidir.

<sup>927</sup> 4389 Sayılı eski Bankalar Kanunu, RG.23.6.1999, 23734.

<sup>928</sup> Bu konuda bkz. Ünal **Tekinalp**, Fondaki Bankanın Hukuku, İstanbul, 2003, s. 75 vd., Seza **Reisoğlu**, Bankalar Kanunu Şerhi ve Bankacılık Uygulamasında Diğer Hukuki Kavramlar, Ankara, 2002, s. 959 vd.

<sup>929</sup> Şu kadar ki, eski Bankalar Kanunu'nda mali yapısı bozulan bankaların yeniden yapılandırılması ağırlıklı rejim olarak ön plana çıkarken, bankanın bankacılık izinlerinin kaldırılması ve ilerleyen süreçte iflasının istenmesi, daha arka planda kalmaktaydı. Eski Bankalar Kanunu'nda 14/3 hükmünde her iki yonteme birlikte yer verilmiş; her iki olağanüstü rejim arasında bir öncelik veya üstünlük sıralaması yapılmamıştır. Bununla birlikte, Bankalar Kanunu'nun Gereçesi'ne de yansıyan "borca batık duruma gelen bankaların TMSF tarafından sağlanacak mali destekle (BankK.15/6) bankacılık sistemi içinde tutulması ve bu sayede bankacılık sisteminin bankanın mali zaafından mümkün olduğunca az zarar görmesinin sağlanması" amacı, eski Bankalar Kanunu uygulamasında mali yapısı bozulan bankalardan sadece birisinin bankacılık izinlerinin kaldırılmasına yol açmıştır. Kanunkoyucu, Yen Bankalar Kanunu'nda her iki yöntemi de muhafaza etmiş (BankK.m. 71/2), her iki yöntemin uygulanmasına bağlanan hukuki sonuçları BankK.m. 106 vd. hükümlerinde ele almış, ancak hangi yöntemin hangi koşullarda uygulanacağına ilişkin hükümlere yer verilmemiştir. Böylelikle yeni sistemde de, somut durumda hangi olağanüstü yöntemin uygulanabileceğinin, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu'nun takdir yetkisine ilişkin bir mesele olduğu ileri sürülebilir.

<sup>930</sup> Nitekim, çeşitli işlem ve eylemleriyle banka hakkında BankK.m. 71 vd. hükümlerinde öngörülen olağanüstü önlemlerin uygulanmasına yol açan hakim ortaklar hakkında şahsi iflas talep edilmesi söz konusu olmaktadır (BankK.m. 110).

Hakim ortak kavramı BankK.m. m. 3 hükmünde “*bir ortaklığı doğrudan ya da dolaylı olarak, tek başına veya birlikte kontrol eden gerçek veya tüzel kişi*” olarak tanımlanmıştır. Tanımın esaslı unsuru olan kontrol kavramı da, aynı hükümde “*bir tüzel kişinin sermayesinin asgari yüzde ellibirine<sup>931</sup> sahip olma şartı aranmaksızın, çoğunluğuna doğrudan veya dolaylı olarak sahip olunması veya bu çoğunluğa sahip olunmamakla birlikte imtiyazlı hisselerin elinde bulundurulması veya diğer hissedarlarla yapılan anlaşmalara istinaden oy hakkının çoğunluğu üzerinde tasarrufta bulunulması suretiyle veya herhangi bir suretle yönetim kurulu üyelerinin karara esas çoğunluğunu atayabilme ya da görevden alma gücünün elinde bulundurulması*” olarak tanımlanmıştır.

İlk olarak Kanunkoyucu, kontrol kavramını tanımlamadığı gibi, hükümde saydığı olguları “kontrole yol açan durumlar” olarak değil, kontrol kavramını oluşturan ölçütler olarak esas almaktadır. Yasama tekniği açısından, hükmün bu düzenleniş biçimi, yerinde değildir. BankK. m. 3, kontrolün, banka anonim ortaklığının çoğunluk paylarına doğrudan veya dolaylı yoldan sahip olunması yoluyla (1), çoğunluk paylarına sahip olunmamasına karşılık imtiyazlı paylar marifetiyle (2) veya pawnsahipleri sözleşmesi uyarınca (3) elde edileceğini ortaya koymuştur. Hükümde kullanılan “*veya herhangi bir suretle*” ifadesinden, kontrolün elde edilmesine hizmet eden araçların tüketici bir şekilde belirtilmediği anlaşılmaktadır. Kanunkoyucu, bu anlamda Ortaklıklar Hukuku’nun yüzleştigi modern gelişmeler sayesinde, kontrolü sağlamaya yönelik olarak uygulamanın yarattığı veya yaratacağı başka mekanizmalar yoluyla da kontrolün elde edilmesine imkan tanımaktadır.

Kanunkoyucu’nun çoğunluk paylarına sahip olunmasına ve pawnsahipleri arasında yapılan sözleşmeler marifetiyle kontrolün elde edilmesine ilişkin yaklaşımını, Ortaklıklar Hukuku çerçevesinde değerlendirmiştik<sup>932</sup>. Kanunkoyucu’nun BankK.m.

<sup>931</sup> Yasakoyucunun, sermayenin çoğunluğunu ifade etmek üzere “ %51” ölçütüne başvurması isabetli değildir. Her türlü ortaklık tipini kapsayacak şekilde çoğunluk; “sermayenin yarısından fazlası” veya “ sermayenin % 50’sinden fazlası” ifadesiyle açıklanabilirdi. Bu konuda, çoğunluk kavramı için bkz. yuk. dn. 483.

<sup>932</sup> bkz. yuk. § 9, II, A, 3, bb/ dd. Görüldüğü üzere, Ortaklıklar Hukuku’nda TTK Tasarısı m. 195, çoğunluk paylarına sahip olunmasını hakimiyete karine olarak nitelendirirken, BankK.m. 3, bu durumun varlığı halinde hakimiyetin varlığına hükmetmektedir. Bu açıdan Tasarı m. 195 hükmünün yaklaşımı daha isabetlidir, çünkü hakimiyeti bahşeden, pay çoğunluğu değil toplam oyların çoğunluğudur. Ancak yine de bu olgu, Bankacılık Kanunu’nun meseleye hatalı yaklaştığı anlamına gelmemektedir. Zira görüldüğü üzere, Kanunkoyucu, hakimiyetin varlığına belirli

3 hükmünde imtiyazları kontrolün elde edilmesine ilişkin bir araç olarak nitelendirmesi yerindedir. Nitekim, yönetime katılmada imtiyazın bu anlamda kontrolün elde edilmesine ne şekilde hizmet ettiği, aşağıda irdelenecektir<sup>933</sup>.

Bununla birlikte BankK. m. 3'deki tanımda eleştirilmesi gereken kritik nokta, Yasakoyucu'nun kontrolün maddi içeriğine ilişkin yaklaşımı<sup>934</sup> ve "yönetim kurulunun karara esas olan çoğunluğunu atayabilme veya görevden alabilme" gücünün kontrole yol açan bir durum olarak nitelendirilmesidir. Kanunkoyucu'nun söz konusu yaklaşımı iki yönden eleştirilmelidir : İlk olarak kontrolü sağlayacak gücün şirket organlarından sadece birisi üzerinde, yani yönetim kurulu üzerinde icra edilmesi yeterli görülmektedir<sup>935</sup>. İkinci olarak, yönetim kurulu üyelerini atama imkanı ve görevden alma imkanlarının, birbirine alternatif olarak kontrolü sağlayabilecek imkanlar olarak nitelendirilmesi yerinde değildir.

İlk olarak, bir anonim ortaklıkta, yönetim kurulunun karar alabilecek çoğunluğunu belirleyebilmenin<sup>936</sup>, kontrolün sağlanması açısından yeterli görülmesi yerinde değildir. Zira Ortaklıklar Hukuku anlamında kontrol kavramının temellerinin ve kavramsal sınırlarının belirlenmesinde "ortaklığın stratejik kararlarının alınmasında

---

sonuçlar bağlarken, hakimiyetin söz konusu olacağı durumlarda belirli bir hukuk politikası uygulamakta ve hakimiyetin mevcut olduğunu varsaymaktadır. Ancak teorik anlamda, çoğunluk paylarına sahip olma durumu, her zaman hakimiyet bahsetmeyecektir. Basit bir örnekle yinelemek gerekirse, diğer pay sahiplerinin sahip oldukları paylara tanınacak oyda imtiyaz marifetiyle çoğunluk pay sahibisiyle azınlık arasında kurulan güç dengesi azlık lehine bozulabilir.

<sup>933</sup> bkz. aşa. § 11, IV, C, 1 ve § 11, IV, D, 4.

<sup>934</sup> Aşağıda (§ 10, III, B, 1) inceleyecek olmakla birlikte kontrolün maddi içeriğinden kastımız, kontrolün konusudur. Diğer bir anlatımla, bu içerik, hangi tür kararlar üzerinde hakimiyetin elde edilmesi halinde kontrolden söz edilebileceği meselesini ilgilendirmektedir.

<sup>935</sup> Bu yönde bkz. aşa. § 10, III, A.

<sup>936</sup> Bankacılık Kanunu'nda banka yönetim kurulunun hangi yetersayılarla toplanacağına ve karar alacağına dair bir düzenleme bulunmadığından, banka anonim ortaklığında yönetim kurulunun karar alması da TTK.m. 330/1 hükmünde öngörülen yetersayı kuralına tâbidir. Bu hüküm uyarınca, toplantı yetersayısı, yönetim kurulunda görevli olan üyelerin sayısının yarısından bir fazlası, karar yetersayısı ise toplantı yetersayısının sağlanması kaydıyla toplantıda hazır bulunanların çoğunluğudur. Hükümde yer alan "yarısından bir fazlası" ibaresi, öğretilerde bazı yazarlarca ise gerçek anlamda üye sayısının bir fazlası olarak nitelendirilmiştir (bu konuda bkz. aşağıda...) Kanunkoyucu'nun TTK'nın çeşitli hükümlerinde ve aynı zamanda aynı hükümde "çoğunluk" terimini kullanırken burada "yarıdan bir fazla" terimini kullanmasının tesadüfi olmadığı gerekçesiyle ikinci görüş zamanla daha ağır basmıştır TTK Tasarısı m. 390 ise , toplantı yetersayısını üye sayısının salt çoğunluğu olarak belirlemek suretiyle bu konudaki tartışmaları ortadan kaldırmıştır. Bu düşünceler ışığında, BankK.m. 3'te yönetim kurulunun "**karara esas çoğunluğu**" ifadesinin kullanılması, meselenin çözümünü TTK'daki düzenlemeye bırakmaktadır.

belirleyici etki icra etmek” ögesi çıkış noktası olarak benimsendiğinde<sup>937</sup>, ortaklıkla ilgili stratejik kararların hangi organda alındığının saptanması gerekmektedir. Bu anlamda Kanunkoyucu, Bank.K.m. 3’te yer verdiği kontrol tanımında, yönetim kurulunda çoğunluğun sağlanmasını yeterli görmekte, bu gücü eline geçiren pay sahibinin hakim pay sahibi olarak nitelendirileceğini ortaya koymaktadır.

Söz konusu yaklaşım, örtülü olarak “stratejik kararların sadece yönetim kurulunda alındığı” varsayımına dayanması itibariyle, hakimiyet kavramı açısından isabetli değildir. Zira, anonim ortaklıklarda, genel kurulla yönetim kurulunun kanunla belirlenen ayrı ayrı münhasır yetki alanları dışında kalan ve anasözleşmeyle belirli bir organın yetki alanına dahil olmayan meselelerin yönetim kurulunda karara bağlanması esastır<sup>938</sup>. Bu itibarla, Bank. K. m. 3’te ortaya konulan hakimiyet kavramı, pay sahibine münhasıran yönetim kurulunda alınan stratejik kararlara yön verme imkanı tanıyacaktır.

Buna karşılık, kanunun genel kurula münhasıran yetki verdiği veya pay sahiplerinin anasözleşmeyle genel kurulun yetki alanına dahil ettikleri stratejik konularda yönetim kurulunun herhangi bir karar alması söz konusu olamayacaktır. Böylelikle münhasıran yönetim kurulunda karar çoğunluğunu elinde bulunduran hakim pay sahibi, genel kurulda alınacak bu tür stratejik kararlarda söz sahibi olamayacak; bu yüzden gerçek anlamda bir hakimiyetten söz edilemeyecektir<sup>939</sup>.

---

<sup>937</sup> Nitekim kontrol kavramının maddi içeriğini oluşturan kararlar için bkz. aşa. § 10, III, A.

<sup>938</sup> Bu konuda bkz. §12, I, D. Anonim Ortaklıklar Hukuku’nda eğilim, yönetim kurulunun yetkilerinin giderek genişlemesi ve bu organın anonim ortaklık bünyesindeki konumunun güçlenmesidir; özellikle payları çok sayıda pay sahibi arasında dağılmış halka açık anonim ortaklıklar bakımından bu olguya işaret eden Christian J. **Meier-Schatz**, Der unabhängige Verwaltungsrat, Ein Beitrag zur Corporate Governance Debatte, Festschrift für Jean Nicholas Druey zum 65. Geburtstag, Zürich, 2002, s. 489, ayrıca bkz. **Helvacı**, Hukuki Sorumluluk, s. 19, bu eğilimin genel kurulun ve dolayısıyla pay sahibinin ortaklıktaki konumunu zayıflatıcı yönüne işaret eden **Kaya**, s. 11. Nitekim TTK Tasarısı’nın m. 407 hükmü de aynı anlayışı yansıtmakta ve genel kurulun kanunla ve anasözleşmeyle kendisine verilen görevlerle sınırlı olarak yetkili olduğunu ortaya koymaktadır; bu konudaki ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. aşa. § 12, I, D.

<sup>939</sup> Buna rağmen, yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunun seçilmesini sağlama gücüne sahip olan pay sahibinin özellikli bir sorumluluğa tabi kılınmasının nedeni şu şekilde açıklanabilir : Banka anonim ortaklığına ilişkin stratejik kararlar genel kurulda ve yönetim kurulunda alınmakla birlikte, bankalarda yönetim kurulunun ve yönetim teşkilatının konumu, genel kurula nazaran daha ağırlıklı ve işlevseldir (**bkz. Reisoğlu**, s. 222 vd.). Bu itibarla yönetim kurulunun çoğunluğunu seçilmesini sağlama gücüne sahip olan pay sahipleri, bankanın kendi menfaatleri doğrultusunda yönetilmesini sağlayabileceklerdir. Bu noktadan hareketle Kanunkoyucu, bankanın yönetimini yönlendirme imkanına sahip olan ortakları hakim ortak olarak adlandırmakta ve kendilerine menfaat temin etmeleri halinde bu kimseleri şahsi iflas yaptırımına tabi tutmaktadır (BankK.m.110).

Yönetim kurulunda karar alabilecek üye çoğunluğunu seçme imkanına sahip olan pay sahibinin, aynı zamanda genel kurulda da stratejik kararların alınmasında söz sahibi olabileceği göz ardı edilmemelidir. Zira, yönetim kuruluna karar alabilecek çoğunluğu oluşturacak sayıda üyenin seçilmesini sağlama imkanının, sermayenin tamamını temsil eden payların yarısından fazlasına sahip olunması (çoğunluk pay sahipliği) veya genel kurulda alınacak tüm kararları kapsayan oyda imtiyaz olgularından birine dayanması olasılığında, pay sahibi genel kurulda da stratejik kararları alma imkanını elinde tutacaktır<sup>940</sup>. Bu durumlar dışında, yönetim kurulunda karar alabilecek çoğunluğu atama yetkisi, pay sahibine tanınan “yönetim kurulunda temsil edilme hakkından” ya da pay sahipleri sözleşmesi veya oy sözleşmesi uyarınca pay sahibinin elde ettiği sözleşmesel haklardan kaynaklanıyorsa, pay sahibinin “yönetim kurulunda belirli sayıda yönetim kurulu üyesini seçtirmekten” öte bir hakimiyet konumuna sahip olduğundan söz edilemez. Nitekim, bu konumda olan pay sahibi, çoğunluk paylarına sahip olmadığından veya oy haklarının yarısından fazlasına sahip olacak şekilde oyda imtiyazla donatılan paylara sahip olmadığından, genel kurulda alınacak stratejik kararlara yön veremeyecektir.

Bu düşünceler ışığında, yönetim kurulunun karara esas çoğunluğunun seçilmesini sağlayabilme yetkisi, banka pay sahibinin gerçek anlamda hakimiyeti sağlaması açısından yeterli olmamakta; ancak söz konusu pay sahibinin aynı zamanda genel kuruldaki stratejik kararlara yön verebilme gücüne sahip olduğu durumlarda, pay sahibinin hakimiyetine işaret etmektedir. Bank.K.m. 3 hükmündeki “hakim pay sahibi” tanımı, bu yönden yetersizdir<sup>941</sup>.

---

<sup>940</sup> Belirtmek gerekir ki, çoğunluk paylarına sahip olan bir pay sahibinin bu yolla ortaklığa hakim olabilmesi için, azınlık pay sahiplerine oyda imtiyaz yoluyla toplam oyların yarısından fazlasının tanınmamış olması gerekmektedir. Diğer bir deyişle, bir anonim ortaklıkta payların yarısından fazlasına sahip olan ancak toplam oy haklarının yarısından fazlasına sahip olmayan bir pay sahibi çoğunluk pay sahibi olmakla birlikte hakim pay sahibi olarak nitelendirilemez. Bu anlamda imtiyazın sermayeye oranla hak sahibi olma ilkesi açısından etkileri için bkz. aşa. § 11, IV, A.

<sup>941</sup> 4389 Sayılı Bankalar Kanunu bakımından aynı eleştiriyi getiren **Tekinalp**, Fon’daki Banka, s. 33. Görüldüğü üzere, Banka Hukuku’ndaki düzenlemelerde öngörülen hakimiyet de pay sahibine gerçek anlamda hakimiyet bahşetmemektedir. Buna rağmen Kanunkoyucu, bankaların istismarını önlemek ve gerçek sorumluları yaptırma tabi tutmak gayesiyle, hükümde öngörülen pay sahibini “hakim pay sahibi” olarak nitelendirmiş ve ağır bir sorumluluk rejimine tâbî tutmuştur.

Buna rağmen, burada da, aynen Avrupa 7. Ortaklıklar Hukuku Yönergesi ve Tasarı m. 195 hükmünde olduğu gibi, Tasarı'ya hakim olan hukuk politikasının etkileri gözlemlenmektedir : Açık bir anlatımla, Kanunkoyucu, yönetim kurulunun karara esas olan çoğunluğunu seçme erkini, hakimiyetle eşdeğer tutmaktadır. Bu itibarla, bir pay sahibinin söz konusu erke sahip olması halinde, artık o pay sahibi, hakim pay sahibidir. Bu erkin ona gerçek anlamda hakimiyeti bahşedip bahşetmeyeceğine bakılmayacaktır.

BankK.m. 3'teki hakim pay sahibi tanımına yönelik ikinci eleştiri noktası ise, tanımda "yönetim kurulunun karara esas çoğunluğunu "atayabilme" ve "görevden alma" yetkilerinin, kontrolün birbirine alternatif iki görünüm biçimi olarak sunulmasıdır.

Yönetim kurulunun çoğunluğunun seçilmesini sağlayabilmek, ancak genel kuruldaki stratejik kararlara etki edebilme imkanıyla birleştiği takdirde hakimiyeti sağlarken, yönetim kurulunda karar alabilecek çoğunluğu sağlayan yönetim kurulu üyelerinin görevden alınması yetkisinin, pay sahibine banka anonim ortaklığı üzerinde hakimiyet bahşetmesi mümkün değildir<sup>942</sup>. Yönetim kurulu üyelerinin görevden alınmasına, anonim ortaklıklarda münhasıran genel kurul karar verebilir<sup>943</sup>. Bu bağlamda, herhangi bir pay sahibinin genel kurul dışında kendi iradesiyle yönetim kurulunun karara esas olan çoğunluğunu görevden alması mümkün olmayacaktır.

Bu açıdan, yönetim kurulu üyelerinin görevden alınması konusunda karar verme yetkisinin, genel kurulun yetki alanı dışına çıkarılması ve bu konuda belirli pay sahiplerine yetki verilmesi mümkün değildir. Görevden alma kararını münhasıran genel kurul vereceğine göre, belirli pay sahiplerine bu kararın alınmasında belirleyici etki icra etme , diğer bir anlatımla "genel kurulda yöneticilerini azli yönünde karar alınmasını sağlama" imkanının hangi suretle tanınabileceğinin tartışılması gerekmektedir.

İlk olarak, oy haklarının çoğunluğuna sahip olan kimselerin, bu imkana sahip olduğu belirtilmelidir. Nitekim Ortaklıklar Hukuku'nda ve bu çerçevede TTK Tasarısı m.

<sup>942</sup> Bu konudaki eleştirel görüşümüz için bkz. yuk. § 9, II, A, 3, b, cc.

<sup>943</sup> **Poroy (Tekinalp/Çamoğlu)**, No. 664a, **Fahiman Tekil**, Anonim Şirketler, s. 263.

195 hükmü uyarınca, oy haklarının çoğunluğuna sahip olunması halinde hakimiyetin varsayılacağına değinmiştik<sup>944</sup>. Böylelikle çoğunluk pay sahibi, yönetim kurulu üyelerinin görevden alınmasına da muktedir olacaktır.

Oy haklarının çoğunluğuna sahip olunması, sermayenin yarısından fazlasını temsil eden paylara sahip olunması yoluyla mümkün olabileceği gibi, oyda imtiyaz ile de mümkün olabilir<sup>945</sup>. BankK. m. 3 hükmünde yer alan kontrol tanımında anılan bir diğer araç, pay sahipleri sözleşmeleridir. Gerçekten de pay sahipleri, aralarında bir sözleşme yaparak, pay sahiplerinden birinin talebi üzerine genel kurulda, pay sahiplerinin birinin teklifi üzerine yönetim kurulunun görevden alınması yönünde oy kullanmayı kararlaştırabilirler.

Şu kadar ki, her üç olasılıkta da, pay sahibinin doğrudan doğruya yönetim kurulunu görevden alabileceğinden söz edilemez. Yönetim kurulunun atanmasında da, görevden alınmasında da münhasıran genel kurul yetkilidir. Böylelikle, belirtilen üç araçtan herhangi birine sahip olan pay sahibi, ancak genel kurulun toplanmasını sağlayarak yönetim kurulunun görevden alınmasını sağlayabilecektir. Genel kurulun toplanmasının sağlanması halinde, sermayenin çoğunluğuna katılımı veya oyda imtiyaz marifetiyle oy haklarının çoğunluğunu elinde bulunduran pay sahibi, yönetim kurulunun görevden alınmasına ilişkin karar verilmesini sağlayabilecek<sup>946</sup>, korporatif nitelik taşıyan bu iki araç marifetiyle yönetim kurulunun görevden alınmasını temin edebilecektir.

Buna karşılık, yönetim kurulunun görevden alınması konusunda pay sahiplerinden birine pay sahipleri sözleşmesi yoluyla belirleyici etki tanınması halinde, toplanacak genel kurulda pay sahipleri sözleşmesine taraf olan pay sahipleri, kendisine “yönetim kurulunun görevden alınması” hususunda belirleyici etki tanınan pay sahibinin inisiyatifi doğrultusunda oy kullanacak; böylelikle yönetim kurulunun görevden alınması söz konusu olacaktır.

---

<sup>944</sup> bkz. yuk. § 9, II, A, 3,b,bb.

<sup>945</sup> Oy hakkında imtiyazın ortaklık üzerinde etkinlik sağlama işlevi için bkz. **Kendigelen**, s. 63.

<sup>946</sup> Anonim ortaklıklarda yönetim kurulu üyelerinin ortaklıkla olan hukuki ilişkilerinin vekalet sözleşmesi (veya istisnaen hizmet sözleşmesi) olarak nitelendirilmesi, genel kurulun yönetim kurulunu her zaman azledebilmesini temellendirmektedir (TTK.m. 316). Ayrıca yönetim kurulu üyelerinin azli, gündeme bağlılık ilkesinin bir istisnasını oluşturmaktadır; bkz. **Poroy (Tekinalp/Çamoğlu)**, No. 699.

Her durumda, ortaklık üzerinde hakimiyetin ele geçirilmesi bakımından, “yönetim kurulu üyelerinin görevden alınmasını sağlama” yetkisinin, “yönetim kurulunun karar alabilecek çoğunluktaki üyelerini atama” yetkisiyle eşdeğer tutulması mümkün değildir. Yukarıda incelendiği üzere, yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunun seçilmesini sağlama gücü, başka araçlarla birlikte belirli bir grup paylara sahip olan pay sahiplerine ortaklık üzerinde hakimiyet sağlarken, yönetim kurulu üyelerini görevden alma yetkisinin aynı işlevi yerine getirmesi söz konusu olamayacaktır. Zira, münhasıran bu erke sahip olan pay sahibi , hiç bir surette ortaklığın stratejik kararları üzerinde söz sahibi olamayacak, böylelikle kontrolün maddi içeriğini oluşturan “stratejik kararların alınmasında söz sahibi olma ve böylelikle ortaklık üzerinde belirleyici etki icra etme ” imkanından yoksun kalacaktır.

Bu tür bir mekanizmanın etkin bir sonuç doğurabileceği ve bu şekilde şirketin yönetim yapısının değişeceği düşünülse bile, yeni yönetimi seçecek olan özne, yine bu güce sahip olan pay sahipleridir. Bu gerekçelerle, BankK. m. 3 hükmünde yönetim kurulunun karar alabilecek çoğunluğunu görevden alma yetkisine sahip olmanın hakimiyete yol açabilecek bir olgu olarak ortaya konulması yerinde değildir.

Görüldüğü üzere, Banka Hukuku da hakimiyet müessesesine kavramsal açıdan yaklaşmamakta, hangi olguların varlığı halinde hakimiyetten (kontrolden) söz edilebileceğini ortaya koymaktadır. Bu açıdan, BankK.m. 3 hükmünün de hakimiyet müessesesinin kavramsal yapısının ve maddi içeriğinin belirlenmesi açısından herhangi bir katkı sağlamadığı tespit edilmektedir. Bu gerekçelerle son tahlilde Bankalar Kanunu’nda öngörülen kontrol tanımı, Ortaklıklar Hukuku anlamında kontrol kavramı ve dolayısıyla sermayeye katılmalı ortak girişimlerde kontrol kavramı açısından yol gösterici nitelik taşımamakta<sup>947</sup>, söz konusu düzenleme sadece imtiyazlı payların kontrolün elde edilmesine ilişkin bir araç olarak nitelendirilmesi yönünden önem arz etmektedir.

---

<sup>947</sup> Bankalar Kanunu’nun bankanın mali yapısının korunması ve bu yapının bozulması halinde uğranılan zararın korunması bakımından, mümkün olduğunca geniş bir kitleyi sorumlu tutma amacı göz önüne alındığında, yukarıda eleştirilen yönleri dışında BankK.m. 3 ‘teki bu yaklaşım isabetlidir. Zira Kanunkoyucu, ortaklık üzerinde hakimiyetini fiilen kullansın veya kullanmasın bu gücü elinde bulunduran pay sahiplerini sorumlu kılarak bu kimselerin bankanın yönetimini sürekli olarak izlemelerini ve banka kaynaklarının amacı dışında kullanılmasını önlemelerini amaçlamıştır.



### C.Sermaye Piyasası Hukuku

Sermaye Piyasası Kanunu'nda, kontrol kavramına ilişkin herhangi bir hüküm sevk edilmemiştir. Sermaye Piyasası Hukuku'na tabi olan bir çok ortaklığın başka ortaklıkları tekil kontrol altında bulundurdıkları veya başka ortaklıklarla birlikte kurdukları ortak girişimleri ortaklaşa kontrol ettikleri, bilinen bir gerçektir<sup>948</sup>. Kamuyu aydınlatma ilkesi, sermaye piyasası hukukuna tabi olan ortaklıkların faaliyetlerinin ve mali yapılarının her yönüyle ortaya konulmasını ve kamunun doyurucu bir şekilde bilgilendirilmesini öngördüğünden<sup>949</sup>, bu ortaklıkların hesaplarının, kontrol ettikleri ortaklıklarla birlikte tutulması ve tüm bu ortaklıkların mali yapısının bir bütün olarak ele alınması zorunludur. Bu amaçla, kontrol eden ortaklıkla kontrol edilen ortaklıkların hesaplarının birlikte tutulması ve bütünleştirilmesi "konsolidasyon"<sup>950</sup> olarak adlandırılmaktadır. Konsolide bilanço ise, hakim şirketin ve bağlı şirketlerin mali yapılarını, bu öznelerin birbirleriyle ilişkilerini ortaya koyacak şekilde yansıtan bilançodur.

Sermaye Piyasası Kurulu, Sermaye Piyasası Kanunu'na tâbî ortaklıklara uygulanacak muhasebe standartlarını belirlemek üzere düzenlediği ve konsolidasyon hükümlerini ele aldığı "Sermaye Piyasasında Muhasebe Standartları Hakkında Tebliğ"<sup>951</sup>de, kontrol, hakim ortaklık<sup>952</sup>, yavru ortaklık ve müşterek yönetime tâbî ortaklık kavramlarını tanımlamıştır.

Tebliğ'in amacı, Sermaye Piyasası Kanunu'na tabi olan ortaklıklar tarafından düzenlenecek mali tablo ve raporların tabi olacağı muhasebe standartlarını

<sup>948</sup> Buna ilişkin örnekler, Rekabet Kurulu kararlarında yansıma bulmaktadır; bir örnek için bkz. 24.4.2006 tarihli ve 06-29/ 351-85 Sayılı OMV/Doğan Şirketler Grubu AŞ kararı, RG. 6.7.2006, 26193.

<sup>949</sup> Halka açık anonim ortaklıklarda kamuyu aydınlatma yükümlülüğü için bkz. Veliye **Yanlı**, Kamunun Aydınlatılması, İstanbul, 2005.

<sup>950</sup> Konsolide bilançonun, bağlı ortaklıkların ve hakim ortaklığın bilançolarının toplamından (bir araya getirilmesinden ) başka bir özellik taşıdığı, şirketler topluluğunun mali yapısını adeta tek bir hukuki bir birimmişcesine ortaya koyduğu yönünde bkz. **Habersack**, s. 184. Konsolide bilançonun yıllık bir bilanço olmadığını, daha ziyade (bağlı ortaklıkların ve hakim ortaklığın mali yapıları ve ilişkileri açısından) bilgi verici, açıklayıcı ve özellikle denetleyici bir araç olduğuna işaret eden **Tekinalp**, Bilanço, s. 234.

<sup>951</sup> Seri : XI No: 25 sayılı bu Tebliğ için bkz. RG. 15.11.2003 ,25290 mükerrer. Tebliğ'de, "Sermaye Piyasasında Muhasebe Standartları Hakkında Tebliğ'de Değişiklik Yapılması Hakkında Tebliğ (RG. 21.12.2004 , 25677) ile bazı değişiklikler yapılmıştır.

<sup>952</sup> Tebliğ'de ana ortaklık terimi tercih edilmiştir.

belirlemektir (Tebliğ m. 1). Bu çerçevede, başka ortaklıklara iştirak eden hakim ortaklıklarla bu ortaklıklara tâbî olan yavru ortaklıkların hesaplarının konsolide bir şekilde tutulması öngörülmüş; hangi ortaklıkların konsolidasyon zorunluluğuna tabi olduğunu belirlemek üzere, bazı kavramların tanımlanması yoluna gidilmiştir.

Kontrol, hakim ortaklık ve yavru ortaklık kavramları, Tebliğ'in "İşletmelerin Birleşmesi" başlıklı 12. Kısmı'nda tanımlanmıştır (Tebliğ m. 302 vd.). Tebliğ m. 304 uyarınca kontrol, bir işletmenin finansal veya faaliyet politikalarını yönetme gücünü o işletmeden fayda sağlayacak şekilde elde bulundurma "olarak tanımlanmaktadır"<sup>953</sup>.

Tebliğ m. 330<sup>954</sup> hükmünde ise kontrolün görünüm biçimlerine yer verilmekte; ayrıca "kontrol" kavramına bağlanan hukuki sonuçların "müşterek kontrol" açısından

---

<sup>953</sup> Nitekim öğretilerde **Erdem** de, Rekabet Hukuku'nda belirleyici etkiyi tanımlarken "başka bir teşebbüsün ticari politikalarını etkileyebilme durumunu" ölçüt olarak almaktadır; bkz. **Erdem**, Birleşme ve Devralmalar, s.53. **Yanlı** ise, şirketler topluluğu müessesesini irdelerken, Alman hukuk öğretisinin, şirketler topluluğunun varlığını sınarken, hakim ortaklığın bağlı ortaklığa, iktisadi faaliyetin tüm alanlarında talimat verebilme kabiliyetini aramadığını, iktisadi politikaları ve yönetimin diğer temel konularında talimat verme yetkisinin yeterli olacağı görüşüne eğilim gösterdiğini ortaya koymaktadır, bkz. **Yanlı**, Perdenin Kaldırılması, s. 143.

<sup>954</sup> Madde metni şu şekildedir :

#### ***Kontrolün Varlığının Belirlenmesi***

***Madde 330.*** Ana ortaklığın doğrudan veya bağlı ortaklıkları vasıtasıyla dolaylı olarak bir ortaklıktaki oy haklarının yarısından fazlasını kontrol etmesi durumunda, aksini kanıtlayan açık deliller olmadıkça, kontrolün var olduğu kabul edilir. Oy haklarından yarısından daha azı kontrol edilmekle beraber, aşağıdaki şartlardan birinin varlığı halinde de kontrolün var olduğu kabul edilir:

a) Diğer pay sahipleriyle yapılan anlaşma gereği oy hakkının yarısından fazlasının kontrol edilmesi,

b) Bir düzenleme veya sözleşme gereği, işletmenin finansal ve faaliyet politikalarını idare etme yetkisini haiz olunması,

c) İşletmenin yönetim kurulu veya bu hakları haiz yürütme organının üyelerinin çoğunluğunu atama veya görevden alma gücüne sahip olunması,

d) Yönetim kurulunda veya bu hakları haiz yürütme organında oyların çoğunluğunu kontrol etme gücünün elde bulundurulması.

*İlgili işletmenin iflas aşamasında olması veya diğer yasal yeniden yapılandırma uygulamalarına konu olması veya ana ortaklığa fon transfer etmesini kısıtlayan uzun vadeli kısıtlar altında faaliyet göstermesi durumunda kontrolün ortadan kalktığı kabul edilebilir.*

*İşletmenin finansal ve faaliyet politikalarını idare etme yetkisinin bulunup bulunmadığının değerlendirilmesinde, oy hakkını haiz adi hisse senetleri ile değiştirilebilir durumda olan finansal araçlar da dikkate alınır. Konsolidasyon uygulamasında söz konusu finansal araçlar bu*

da geçerli olacağı vurgulanmaktadır ( Tebliğ m. 330/4). Böylelikle, söz konusu düzenlemenin ortak kontrol olgusu gözetilerek sevk edildiği ortaya çıkmaktadır.

Kurul, bir ortaklıktaki oy haklarının yarıdan fazlasına sahip olunması halinde kontrolün varsayılacağını öngörmekte; aksinin ancak açık delillerle kanıtlanabileceğini öngörmektedir (Tebliğ m. 330/1). Görüldüğü üzere SPK, payların çoğunluğuna sahip olunmasını esas almamış, oy haklarının çoğunluğunu kontrol açısından ölçüt olarak benimsemiştir<sup>955</sup>. Bu noktada dikkate değer husus, Ortaklıklar Hukuku'nda kontrole ilişkin açıklamalarımız çerçevesinde belirttiğimiz üzere, “oy çoğunluğunun hakimiyeti sağlamayabileceği” yönündeki görüşümüzün, Sermaye Piyasası Hukuku'ndaki bu pozitif düzenlemeyle açıkça ortaya konulmuş olmasıdır<sup>956</sup>.

Diğer yandan Kurul, oy haklarının çoğunluğuna sahip olunmadığı bazı durumlarda da, ortaklığın kontrol edilebileceğini kabul etmiştir [Tebliğ m. 330/1 bent (a),(b), (c)]. Bu durumlardan ilki, pay sahibinin diğer pay sahipleriyle anlaşması ve bu anlaşma uyarınca oy haklarının yarıdan fazlasını kontrol etmesidir (Tebliğ m. 330/1 bent (a)). Bir pay sahibinin diğer pay sahipleriyle yaptığı anlaşma uyarınca oy haklarının yarısından fazlası üzerinde tasarruf edebilmesi halinde, taraflar arasında bir “oy sözleşmesi” kurulmaktadır. Hükümde oy haklarının fazlasına sahip olunmaması halinden söz edildiğinden, burada tek başına ortaklığı kontrol edebilecek konumda bulunmayan pay sahibinin, diğer pay sahipleriyle yapacağı oy sözleşmesi marifetiyle kontrolü elde etmesi kastedilmektedir<sup>957</sup>. Böylelikle hükümde ele alınan anlaşma, kontrolün elde edilmesi amacıyla yönelik oy sözleşmesidir.

---

*Tebliğın “Finansal Araçlar” başlıklı Kısmı uyarınca muhasebeleştirilir. Bu fıkradaki hükümler, müşterek kontrol için de geçerlidir.*

<sup>955</sup> Tebliğ m. 330/1 hükmünde yer alan “oy haklarının yarıdan fazlasını kontrol etme” ibaresini, oy haklarının yarıdan fazlasına sahip olunması olarak yorumlamak gerekmektedir. Zira hükmün (a) bendinde yine “oy hakkının yarıdan fazlasının diğer pay sahipleriyle yapılan anlaşma gereği kontrol edilmesinden” söz edildiği için, söz konusu ibare, doğrudan doğruya oy haklarının yarıdan fazlasına sahip olunmasını ortaya koymaktadır. Bir ortaklıkta pay çoğunluğuna sahip olmakla, oy çoğunluğuna sahip olmak, birbiriyle örtüşmeyebilir. İlk olarak, imtiyazlı payların toplamı çoğunluğu oluşturmasa dahi, bu paylara tanınan oy haklarının toplamı, çoğunluk paylarına tanınan toplam oylardan fazlaysa, çoğunluk paylarına sahip olan kimseler nicel bakımdan oyların çoğunluğuna sahip olamaz. İkinci olarak, bir ortaklıkta birbirinden farklı itibari değerleri olan payların mevcut olabileceği kabul edilmektedir; bkz. yuk. dn. 897.

<sup>956</sup> Ortaklıklar Hukuku bakımından bu değerlendirmemiz için bkz. yuk. §9, II, A, 3, b, bb.

<sup>957</sup> Oy sözleşmelerinin kontrolün elde edilmesine ve anonim ortaklığın istikrarlı bir şekilde yönetilmesine yönelik işlevi için bkz. Jürgen **Dohm**, Les accords sur l'exercice du droit de vote de l'actionnaire, Genève, 1971, s. 8-9.

Tebliğ’de ele alınan bir başka kontrol aracı, bir düzenleme veya sözleşme gereği, işletmenin faaliyetinin ve finansal politikasını yönetme yetkisine sahip olmaktır (Tebliğ m. 330/1 bent (b) ). Tebliğ’de terim birliğine önem vermeyen Kurul, burada bir önceki bendin aksine “bir ortaklığın” değil bir “işletmenin “ yönetiminden söz etmektedir. Ancak (c) bendinde de “işletmenin yönetim kurulundan” söz edildiğinden ve TTK m. 11 anlamında bir ticari işletmede teknik anlamda yönetim kurulundan söz edilemeyeceğinden, hükümdeki “işletme” kavramını geniş anlamda “teşebbüs”; dar ve teknik anlamda ise ortaklık olarak yorumlamakta yarar vardır.

Böylelikle, belirli bir ortaklıkta oy çoğunluğuna sahip olunamamasına veya oy haklarının çoğunluğunun kontrol edilmemesine rağmen o ortaklığın faaliyetlerinin ve finansal politikalarının yönetilmesi, kontrolün elde edilmesi bakımından yeterli görülmektedir. Görüldüğü üzere Tebliğ’de, aynı zamanda hem “finansal politikaların” hem de “ faaliyet politikalarının” yönetilmesinden söz edilmektedir. Hükümde “ve” bağlacı kullanıldığından, Kurul, bu yolla kontrolün elde edilebilmesi için her iki tür politikayı etkileme gücünün aynı pay sahibinde veya aynı pay sahiplerinde birleşmesini aramaktadır.

Diğer yandan hükümde, kontrolün elde edilme şeklinin kaynağının bir düzenleme veya sözleşme olabileceği öngörülmektedir. Düzenlemeden kasıt, pozitif bir hukuk metni olmak gerekir. Nitekim, yasal düzenlemelerle, kamu düzeni açısından önem taşıyan bir işletmenin İdare tarafından yönetilmesi düzenlenebilir<sup>958</sup>. Faaliyet politikalarının ve finansal politikaların sözleşme uyarınca yönetilmesi halinde ise, çeşitli olasılıklar akla gelmektedir. İlk olarak, oy haklarının çoğunluğunu elinde bulundurmayan veya bunu kontrol etmeyen bir pay sahibiyile hakimiyet sözleşmesi yapılarak, bu pay sahibinin ortaklığı yönetmesi kararlaştırılabilir. İkinci olasılık ise, aynı konumda bulunan bir pay sahibinin, pay sahipleri sözleşmesinde ve mümkünse anasözleşmede kendisine tanınan imkanlarla ortaklığın yönetimine hakim olmasıdır. Bu olasılık, hükmün aşağıda ele alacağımız diğer bentlerinde öngörülen durumlarla örtüşmektedir.

---

<sup>958</sup> Bu konuda bkz. Erdoğan **Bülbül**, Kamu İştirakleri, İstanbul, 2004, s. 38 vd.

Hükmün (c) ve (d) bentlerinde, “işletmenin yönetim kurulu veya bu hakları haiz yürütme organının<sup>959</sup> üyelerinin çoğunluğunu atama veya görevden alma gücüne sahip olunmasından” [bent (c)] ve “ yönetim kurulunda veya bu hakları haiz yürütme organında oyların çoğunluğunu kontrol etme gücünün elde bulundurulmasından” [ bent (d)] söz edilmektedir. Belirttiğimiz üzere, burada da işletmeyle kastedilen, kontrol edilen ortaklık olduğundan, hükmün değerlendirilmesinde yönetim kurulunda görev alan üyelerin çoğunluğunu atama kavramı üzerinde durulması gerekir. Anonim ortaklıklarda kuruluş dışında yönetim kurulunu atamaya münhasıran genel kurul yetkili olduğundan (TTK m. 312/1), burada olsa olsa yönetim kurulu üyelerinin atanmasına etki edilmesinden söz edilebilir.

Tebliğ m. 330/1 bent (c) hükmü; oy haklarının çoğunluğuna sahip olunması dışında kalan bir olasılığı düzenlediğine göre, oy haklarının çoğunluğuna sahip olmayan pay sahibi veya pay sahipleri, ancak iki halde yönetim kuruluna üye seçilmesi sürecini etkileme imkanına kavuşabilir : Birinci hal, genel kurulda güç boşluğunun meydana gelmesi<sup>960</sup> ve azınlık pay sahiplerinin tek başlarına veya birlikte karar alacak gücü elde edebilmeleridir. Bu olasılıkta, kontrolün elde edilmesi süreklilik arz etmeyeceğinden, pay sahiplerinin bu yolla edineceği etkinlik gerçek anlamda hakimiyet olarak nitelendirilemez<sup>961</sup>.

---

<sup>959</sup> Yürütme kurulu, kanunda düzenlenmeyen anonim ortaklıkta sadece yönetim kurulundan oluşan yönetim organının benimsediği klasik sistemin aksine yönetim organının daha ayrıntılı bir şekilde örgütlendiği durumlarda yönetim örgütünde yer alan bir ihtiyari organdır; ihtiyari organ kavramı için bkz. **Öztañ**, s. 36, **İzmirli**, s. 19. Yürütme kurulu yürütme (icra) yetkisini haiz olan yöneticilerden oluşmaktadır. Yürütme kurulunun bulunduğu anonim ortaklıklarda, yönetim yetkisi bölünmekte ve yürütme kurulunda görev alan yöneticilere tek başlarına veya birlikte kullanmak üzere (yönetim kurulunun münhasır yetki alanı dışında kalan) yönetim yetkileri tanınmaktadır. Nitekim Tebliğ m. 330/1 bent (c-d) hükümlerinde sözü edilen “yönetim kurulunun yönetim kurulu üyesi olabileceği gibi, yönetim kurulu dışından da atanabilir. Şu kadar ki, TTK m. 312 vd. hükümlerinin anonim ortaklığın yönetimi bakımından getirdiği düzende, yönetim yetkilerinin bölünmesi halinde, yönetim kurulu dışından yöneticilere yetki bölünmesi suretiyle bazı yönetim yetkilerinin verilmesi halinde, bu yöneticiyle birlikte yönetim kurulundan en az bir üyenin de murahhas olarak görevlendirilmesi gerekmektedir (TTK.m. 319). TTK Tasarısı ise, “yönetimin devri” başlığı altında, yönetim yetkilerinin kısmen veya tamamen yönetim kurulu dışından kimselere de devredilmesine imkan tanımaktadır. Bu konuda ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. aşa. § 12, I, A.

<sup>960</sup> Güç boşluğu için bkz.yuk.dn.440.

<sup>961</sup> Rekabet Hukuku, güç boşluğu nedeniyle ortaklık üzerinde kontrolün elde edilmesi halinde fiili kontrolden söz etmekte ve benimsediği ekonomik kontrol anlayışından hareketle söz konusu güç boşluğunun belirli bir süre boyunca istikrarlı bir şekilde ortaya çıkması halinde, kontrolün varlığını kabul etmektedir. Nitekim bu mesele, kontrolün sürekliliğini ilgilendirmektedir. Gerçekten de, hukuki anlamda kontrolün varlığından söz edebilmek için, hedef teşebbüs üzerinde elde edilen belirleyici etki, kalıcı olmalıdır; bkz. **Hüffer**, § 17, No. 6, **Ruchin**, s. 128.

İkinci hal ise, azınlık pay sahiplerine anasözleşmeyle yönetim kurulunda temsil edilme hakkının tanınmasıdır. Belirli bir grup paylara bağlanan ve söz konusu paylara malik olan pay sahipleri tarafından ancak birlikte hareket edilerek kullanılabilen “yönetim kurulunda temsil edilme hakkı”, hak sahibine yönetim kurulu üyelerini doğrudan belirleme imkanı tanımaz ; ancak genel kurulda yönetim kuruluna seçilmek üzere aday gösterme hakkını bahşeder<sup>962</sup>. Bu hakkın bağlandığı paylara sahip olan belirli bir grup pay sahipleri, genel kurul toplantısında yönetim kuruluna seçilmek üzere adaylar gösterecek; genel kurul bu adaylar arasından öngörülen sayıda üyeyi atayacaktır.

Bu çerçevede, Tebliğ m. 330/1 bent (c) hükmünde belirtilen olasılık, söz konusu hakkın öngörülmesi yoluyla yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunun atanmasına etki edilmesidir. Gerçekten de pay sahibine tanınan “aday gösterme hakkı” bu adaylar arasından yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunun atanması sonucunu beraberinde getiriyorsa, bu durumda bu paylara sahip olan pay sahibinin ortaklığın kontrolünü ele geçirmesi mümkün olacaktır.

Ayrıca “yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunun görevden alınması” imkanı, “yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunu atanmasını sağlama” imkanına alternatif olarak kontrolü sağlamaya yönelik araçlar arasında sayılmaktadır. Bu bağlamda, Banka Hukuku’ndaki paralel yaklaşıma ilişkin görüşlerimize yollama yapmakla yetiniyoruz<sup>963</sup>.

Bu veriler ışığında; Sermaye Piyasası Hukuku, hem kontrolün maddi içeriğine ilişkin veriler içermekte, hem de kontrolün elde edilmesine ilişkin araçlar üzerinde durmaktadır. Bu noktada, kontrolün maddi içeriğinin “bir işletmenin finansal veya faaliyet politikalarını yönetme gücü” olarak tanımlanması, kontrol kavramının açıklığa kavuşturulması açısından oldukça önemlidir. Sermaye Piyasası Kurulu’nun kontrol açısından benimsediği ölçüt, faaliyet ve finans politikalarıdır. Söz konusu politikalar, hedef ortaklığın organları tarafından alınacak kararların çerçevesini

---

Rekabet Hukuku’nda kontrolün kalıcılığı ve güç boşluğunun kontrole yol açan bir olgu olarak nitelendirilmesi için bkz. aşağıda § 9, II, D, 2,b.

<sup>962</sup> **Kendigelien**, s. 220.

<sup>963</sup> bkz. yuk. § 9, II, B.

çizmektedir. Bu politikalarla, hedef ortaklığın, kendi işletme konusunu hangi kaynakları kullanarak ve hangi stratejileri izleyerek gerçekleştireceği somutlaştırılmaktadır. Bu nedenle, faaliyet ve finans politikaları, ortaklığın öznel menfaatleri doğrultusunda ortaklık amacının gerçekleştirilmesine yönelik olarak ortaklık organları tarafından alınan kararları biçimlendirmektedir. Bu açıdan, anonim ortaklıklarda kanunun özellikli yetersayı gerektiren kararlar (TTK.m. 388) dışında herhangi bir önem izafe etmediği önemli karar- alelade karar veya üst düzey karar- olağan karar ayrımının yapılması söz konusu olursa, ortaklığın faaliyet ve finansal politikaları, üst düzey kararlar kategorisinde yer almaktadır.

Sermaye Piyasası Kurulu'nun kontrol kavramına ilişkin yaklaşımı, kontrolün maddi içeriği açısından önemli bir sınırlamayı da beraberinde getirmektedir : Kontrolden söz edilebilmesi için, hedef ortaklığın organları tarafından alınacak her türlü kararın belirlenmesi, bu anlamda hedef ortaklık üzerinde bütünsel bir hakimiyet kurulması aranmamakta; faaliyet ve finans politikalarının çerçevesini belirleyen kararlar üzerinde sağlanan etkinlik, hakimiyetin oluşumu açısından yeterli görülmektedir. Gerçekten de, bir kez bu politikaların belirlenmesi gücü elde edilirse, ortaklık organları tarafından alınacak olan diğer kararlar da bu gücün etki alanına girecektir; zira ortaklık organları tarafından alınacak kararlar da söz konusu politikalara göre biçimlenecektir.

Diğer yandan, Tebliğ m. 304 hükmü, kontrol kavramına ilişkin bir başka ögeye de yer vermektedir. Hükümde “yönetme gücünün elde bulundurulmasından” söz edilmektedir. Böylelikle Sermaye Piyasası Kurulu, TTK Tasarısı m. 195 hükmünde yansıma bulan anlayışa paralel olarak hakimiyetin fiilen icra edilmesini aramamış; kontrol anlayışını, diğer bir deyişle kontrolü icra etme gücünün elde bulundurulmasını esas almıştır.

## **D. Rekabet Hukuku**

### **1. Yaklaşım**

Kontrol kavramının en geniş şekilde işlendiği hukuk disiplini, Rekabet Hukuku'dur. Teşebbüs kavramından yola çıkan Rekabet Hukuku, kontrol kavramını, yoğunlaşma

işlemleri çerçevesinde ele almakta, kontrolün yoğunlaşma işlemine taraf olan teşebbüslerin ve bu teşebbüslerin yer aldığı pazarın yapılarını etkileyen bir olgu olarak değerlendirmektedir.

Sermayeye katımlı ortak girişimlerde, kontrolün özel bir türü olan “ortak kontrol” söz konusu olmaktadır. Bu bölümde, kontrol ve ortak kontrol kavramlarını tek başına incelemek yerine, bu kavramların Rekabet Hukuku bünyesindeki yeri gözetilerek irdelenmesi daha yararlı olacaktır. Zira bu yaklaşım, sermayeye katımlı ortak girişimlerin bütünsel yapısı konusunda daha ayrıntılı verilere ulaşılmasını sağlayacaktır.

Nitekim çalışmamız, sermayeye katımlı ortak girişimin Ortaklıklar Hukuku’nda ve Rekabet Hukuku’nda arz ettiği sorunların birbirinden bağımsız şekilde ve sadece bu disiplinlerden birinin dinamikleri ışığında irdelenmesinin yerinde olmadığı savından hareket etmekte, sermayeye katımlı ortak girişim müessesesinin her iki disiplinde arz ettiği hukuki sorunların bütünsel bir bakış açısıyla ele alınmasını önermektedir. Kontrol kavramının, Ortaklıklar Hukuku ile Rekabet Hukuku arasındaki ilişkiyi kuran köprü kavram olduğu göz önüne alındığında, bu kavramın, bir yandan Rekabet Hukuku’nun bütünü içindeki yeri, diğer yandan da, Rekabet Hukuku açısından geniş bir yelpazede ortaya çıkan sermayeye katımlı ortak girişimler bakımından rolü göz önüne alınarak incelenmesi gerekmektedir.

Bu itibarla, sermayeye katımlı ortak girişimlerin Rekabet Hukuku’ndaki yeri de dikkate alınarak, kontrol kavramının Rekabet Hukuku’ndaki konumu belirlenmelidir.

## **2.Tekil Kontrol Kavramının Rekabet Hukuku’ndaki Yeri**

### **a. Temel Pozitif Düzenlemeler Işığında Kontrol**

Ortaklıklar Hukuku’nun aksine Rekabet Hukuku’na ilişkin pozitif düzenlemelerde, kontrol kavramı tanımlanmıştır. Avrupa Yoğunlaşmalar Tüzüğü’nün “Yoğunlaşmanın Tanımı” başlıklı 3. maddesinde, kontrolün hangi hukuki araçlara istinaden oluşacağı açıklanırken (YT.m. 3/2); kontrol, “fiili ve hukuki koşulların tümü göz önüne alındığında hakların, sözleşmelerin veya diğer araçların tek başına



ya da ortaklaşa etkisiyle başka bir teşebbüs üzerinde belirleyici etki bahşetmeleri” olarak tanımlanmaktadır<sup>964</sup>. Hüküm, kontrolün elde edilmesine hizmet eden araçları, tüketici olmayacak şekilde, bir teşebbüsün malvarlığı üzerinde kısmen veya tamamen mülkiyet veya kullanma haklarına sahip olunması (YT. m. 3/2/a) ve bir teşebbüsün yönetim organının oluşumu, bu organlarda oy kullanılması ve karar alınması üzerinde belirleyici etki bahşeden haklar, sözleşmeler veya diğer araçlar olarak saymaktadır.

Her iki tanımda, kontrolün elde edilmesine ilişkin araçlar geniş tanımdan ayrıştırıldığında, kontrolün “bir teşebbüs üzerinde belirleyici etki icra edilmesi” olarak tanımlandığı anlaşılmaktadır. Bu açıdan, belirleyici etki, kontrol kavramını karakterize eden öge olduğundan, bu öge üzerinde biraz daha ayrıntılı bir şekilde durmak gerekmektedir.

Türk Hukuku’nda, yoğunlaşmaları düzenleyen RKHK.m. 7 hükmü, kontrol kavramını tanımlamamaktadır. Türk Rekabet Hukuku’nda kontrol kavramı, 1997/1 Sayılı Tebliğ’de, “*kontrol, 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 malvarlığının tamamı veya bir kısmı üzerinde mülkiyet veya işletilmeye müsait bir kullanma hakkıyla veya bir teşebbüsün organlarının oluşumunda veya kararları üzerinde belirleyici etki sağlayan haklar veya sözleşmelerle meydana getirilebilir.*” şeklinde ele alınmaktadır. Görüldüğü üzere, Tebliğ m. 2/2 hükmündeki düzenleme, Avrupa Hukuku’na paraleldir.

Rekabet Kurulu, Avrupa Hukuku’nda 4064/89 Sayılı Tüzük’ün yürürlüğe girmesinden sonraki dönemde meydana gelen gelişmeleri Türk Hukuku’na yansıtma amacıyla, “4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Yapılması Öngörülen Değişikliklere İlişkin Taslak Metin<sup>965</sup>”i yayımlamıştır.

Taslak’ta, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un yoğunlaşmaları düzenleyen 7. maddesinde de değişiklik yapılması öngörülmektedir. Taslak metninde, yoğunlaşma kavramının maddi hukuk cephesine ilişkin ilk iki fıkrada da, kontrol kavramı

<sup>964</sup> Nitekim YKHD. par. 12 de, kontrol kavramını, haklara, sözleşmelere veya başka araçlara istinaden belirli bir teşebbüs üzerinde belirleyici etki icra etme imkanı olarak tanımlamaktadır.

<sup>965</sup> Taslak için bkz. [www.rekabet.gov.tr](http://www.rekabet.gov.tr) (çevrimiçi)

tanımlanmamakta, mevcut hukuk düzenine koşut olarak kontrol müessesesinin kavramsal yapısına ilişkin düzenlemeyi, düzenlenecek tebliğlere bırakmaktadır<sup>966</sup>.

Diğer yandan, **Aslan** tarafından hazırlanan “Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı Önerisi<sup>967</sup>”nde (madde 7) “İktisadi Yoğunlaşmaların Denetimi” başlığı<sup>968</sup> altında yoğunlaşmalar düzenlenmiştir. Söz konusu öneride, kontrol kavramı tanımlanmamakla birlikte, “*halen bir teşebbüsü kontrolünde bulunduran bir kişi ya da teşebbüsün fiili veya hukuki kontrolüne ilgili mal veya hizmet pazarında rekabeti önemli ölçüde azaltacak şekilde sahip olması yasaktır*” hükmüne yer verilerek, kontrol kavramının yoğunlaşmalara ilişkin düzenlemeler açısından merkezî bir öneme sahip olduğu olgusu vurgulanmıştır.

Avrupa Hukuku’ndakinin aksine Türk Hukuku’nda, rekabet otoritesinin yoğunlaşmalar ile ilgili uygulaması ikincil düzenlemelerle açıklığa kavuşturulmamıştır. 1997/1 Sayılı Tebliğ, bu amaca hizmet etmekten ziyade, Avrupa Yoğunlaşmalar Tüzüğü’nün Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’a yansımayan hükümlerini Rekabet Hukuku mevzuatına dahil etme işlevini üstlenmektedir. Buna karşılık, Avrupa Komisyonu, Yoğunlaşmalar Tüzüğü’nde yer alan düzenlemelerin açıklığa kavuşturulması ve uygulama konusunda hukuk güvenliğinin tesis edilmesi amacıyla çeşitli Duyuru’ları yürürlüğe koymuştur. Bu bağlamda rekabet otoritelerinin kontrol müessesesini ele aldıkları kararlar, söz konusu pozitif düzenlemeler ışığında ele alınmalıdır.

---

<sup>966</sup> Taslak m. 7’nin ilk iki fıkrası şu şekildedir :

**“Yoğunlaşma İşlemlerinin Kontrolü**

**Madde 7 – Bir mal veya hizmet piyasasında rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak birleşme, devralma veya ortak girişim gibi yoğunlaşma işlemleri yasaktır.**

*Kurul, hangi işlemlerin yoğunlaşma işlemleri olduğunu, hangi tür yoğunlaşma işlemleri için Kurul’a bildirilerek izin alınması gerektiğini ve bildirim usul ve esaslarını çıkaracağı tebliğler ile ilan eder.*

<sup>967</sup> Söz konusu taslağın metni için bkz. Yılmaz **Aslan**, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı Önerisinin Genel Gerekçesi, Rekabet Hukuku’nda Güncel Gelişmeler Sempozyumu, III, Erciyes Üniversitesi Hukuk ve İktisadi-İdari Bilimler Fakülteleri, Editör : N. Ayşe **Odman Boztosun**, Ankara, 2005, s. 41-101.

<sup>968</sup> Hükmün başlığı böyle olmakla birlikte, hükmün çeşitli fıkralarında ve önerilen Gerekçe’de bu kez “ekonomik yoğunlaşma” teriminin tercih edildiği görülmektedir. Bu itibarla Taslak’ta terim birliğine önem verilmemiştir.

## b. Rekabet Otoritelerinin Kararları Işığında Kontrol

Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku'nda yoğunlaşma ve kontrol kavramları, Yoğunlaşma Kavramı Hakkında Duyuru<sup>969</sup>,da açıklığa kavuşturulmuştur. Bu bölümde, Yoğunlaşmalar Tüzüğü ışığında Avrupa Komisyonu'nun kontrol kavramına yönelik yaklaşımı ana hatlarıyla ortaya konulacak; kontrolün niteliği, türleri, maddi içeriği ve kontrolün elde edilmesine hizmet edilen araçlar, ilgili bölümlerde daha ayrıntılı olarak ele alınacaktır<sup>970</sup>.

Avrupa Komisyonu, Yoğunlaşma Kavramı Hakkında Duyuru'da, yoğunlaşmadan söz edilebilmesi için, gerçekleştirilen işlemin teşebbüsler üzerindeki kontrol ilişkilerinde değişiklik yaratması gerektiğini ortaya koymaktadır (YKHD. par. 8). Bu bağlamda, ilgili teşebbüslerin aynı şirketler topluluğuna dahil olduğu durumlarda, bir yoğunlaşmadan söz edilemez, zira ilgili teşebbüsler ekonomik açıdan birbirinden bağımsız değildir<sup>971</sup>. Aynı durum, aynı şirketler topluluğuna dahil olan iki şirket tarafından kurulan sermayeye katılmalı ortak girişimler bakımından da geçerlidir<sup>972</sup>.

Avrupa Komisyonu'na göre kontrol, hukuki araçlardan veya saf ekonomik olgulardan kaynaklanabilir (YKHD. par. 9). Duyuru'da hukuki araçlar arasında malvarlığı hakları ve paysahipleri sözleşmeleri örnek olarak sayılmıştır. Kontrolün saf ekonomik ilişkilere istinaden elde edilmesi hali ise, uzun süreli sağlama ve kredi sözleşmeleri ile ortaya konulmuştur. Her durumda kontrolün varlığı açısından belirleyici etkinin fiilen icra edilmesi aranmamakta, "bu etkiyi icra etme imkanı" yeterli görülmektedir (YKHD. par. 9). Ancak, özellikle kontrolün hukuki araçlara istinaden değil de, saf ekonomik olgulara istinaden elde edildiği hallerde, söz konusu

---

<sup>969</sup> ATRG., 2.3.1998, C66.

<sup>970</sup> bkz. aşa. § 11, I vd.

<sup>971</sup> Bkz. yuk. §4, VI, G, 3.

<sup>972</sup> Bu hukuki sorunu somut bir örnekle incelemek gerekirse, "A" Şirketler Topluluğu'na dahil olan B ve C şirketleri, "D" unvanlı bir şirket kurduklarında ve bu şirketin yönetiminde eşit güce sahip olacakları bir hukuki yapı kurduklarında, ortada ne bir "ortak girişim şirketi" ne de bir "yoğunlaşma" işlemi mevcut olmayacaktır. İlk olarak, böyle bir ortaklık, ortak girişim şirketi niteliğini taşımaz, çünkü ortak kontrolden söz edilemez. Kontrol tek bir özneye aittir. Bunun nedeni, ortak kontrol için birbirinden hukuken ve ekonomik açıdan bağımsız iki öznenin (en az iki hakim teşebbüsün) aranmasıdır, bkz. **Scheibitz**, s. 66-67, **Aslan**, Rekabet Hukuku, s. 459-460, **Güven**, Birleşme ve Devralmalar, s. 192, ayrıca aynı şirketler topluluğu bünyesinde yer alan iki şirketin birleşmesinin yoğunlaşma oluşturmadığı yönünde bkz. Rekabet Kurulu'nun 6.2.2003 tarihli ve 03-08/87-37 Sayılı Tüp-Gaz Kararı, RG. 6.10.2003, 25551. Kontrolün el değiştirmesinin söz konusu olmaması, işlemin yoğunlaşma olarak nitelendirilmesine de engeldir.

olguların hakim teşebbüslere kalıcı bir belirleyici etki icra etme imkanını bahşedip bahşetmediğine bakılmalıdır. Bu açıdan, ekonomik olguların, varsayıma dayalı bir kontrol ilişkisine vücut vermesi yetmez, somut durumda, hakim teşebbüslerin “belirleyici etki icra etme” imkanlarının bulunup bulunmadığına bakılmalı, en azından belirleyici etki icra etme ihtimalinin varlığı sınanmalıdır<sup>973</sup>.

Ayrıca dolaylı kontrol ilişkilerinin varlığı halinde, somut durumu çevreleyen fiili ve finansal olgular dikkate alınarak gerçek kontrol sahibi araştırılmalıdır<sup>974</sup>. Açık bir anlatımla, Komisyon’a göre şeklen kontrol sahibi olarak görülen taraf değil, aslında dışa karşı kontrolü elinde bulunduran olarak gözükmeyen, bununla birlikte gerçekte hedef teşebbüs üzerinde belirleyici etkiyi haiz olan kişiler kontrol eden olarak nitelendirilmelidir (YKHD. par. 10). Görüldüğü üzere Komisyon, doğrudan ve dolaylı kontrol ayrımını gözetmektedir.

Kontrolün konusunu, belirli bir tüzel kişilik (hedef teşebbüs) oluşturabileceği gibi, bu teşebbüse ait varlıklar (malvarlığı unsurları) da oluşturabilir (YKHD. par. 11). Bu noktada Komisyon, bir teşebbüsün varlığı açısından hayati önem taşıyan varlıklar üzerinde belirleyici etkiyi haiz olan kişinin, söz konusu teşebbüsü kontrolü altında bulundurduğu fikrinden hareket etmektedir.

Komisyon, kontrolü sağlayan araçlar arasında oy haklarının önemli bir yer tuttuğunu ortaya koymaktadır (YKHD. par. 13). Şu kadar ki, başkaca araçlarla bu denge bozulmadığı müddetçe<sup>975</sup> oy haklarının çoğunluğunun elde bulundurulması, kontrolün varlığına işaret etmektedir. Komisyon, YKHD. par 13 hükmünde, sermayenin yarısından fazlasını temsil eden payların elde bulundurulmasına değil, oy haklarının çoğunluğuna itibar etmektedir<sup>976</sup>. Nitekim, oy çoğunluğunun elde

---

<sup>973</sup> Schröer, s. 404.

<sup>974</sup> Bazı durumlarda, yoğunlaşma ilişkisine taraf olan teşebbüsler, örneğin bir sermayeye katılmalı ortak girişimi kuran ilgili teşebbüsler, yoğunlaşmanın maddi hukuk açısından irdelenmesinde kendilerinden kaynaklanan mahsurların etkili olmaması (örneğin bu teşebbüslerin pazar konumlarından dolayı yoğunlaşmanın rekabeti önemli ölçüde azaltması tehlikesini beraberinde getirmemesi) için bir ara şirket (*special purpose company*) hatta bir ara “holding” kurmakta, böylelikle yoğunlaşma işleminde ilgili teşebbüs olarak yer almamaya gayret etmektedir, bkz. Schröer, s. 411.

<sup>975</sup> Bkz. aşa. § 11, II, A.

<sup>976</sup> Nitekim Ortaklıklar Hukuku’nda yönetim gücünün belirlenmesinde payın değil oy hakkının esas alınması gerektiği, ilke olarak pay sayısının oy sayısı ile örtüşeceği, bununla birlikte bu dengenin çeşitli araçlarla bozulabileceği yönünde bkz. yuk. § 6, II, A.

bulundurulmadığı hallerde kontrolün varlığından söz edilebilmesi için başka araçların varlığının gerektiği kabul edilmektedir<sup>977</sup>.

Böylelikle, Komisyon, hedef teşebbüs üzerinde belirleyici etkinin sağlanmasının sadece oyların çoğunluğunun elde edilmesi yoluyla olmayacağını, azınlık pay sahiplerinin<sup>978</sup> de belirleyici etki icra etme imkanını elde edebileceklerini kabul etmektedir(YKHD. par. 14). Bunun için, azınlık pay sahipliğine özellikli bazı haklar tanımak gerekmektedir. Bu olasılık, azınlık pay sahibinin “kontrol eden” konumunu hukuki araçlarla (örneğin imtiyazlar veya oy sözleşmeleri) elde etmesine örnektir. Komisyon, özellikle payların geniş bir şekilde dağıldığı durumlarda, azınlık pay sahibinin bu fiili duruma istinaden de kontrol eden konumuna erişebileceği düşüncesindedir (YKHD. par. 14). Bu anlayış, Rekabet Hukuku’nun kökeninde yatan “ekonomik kontrol” anlayışla örtüşmektedir. Özellikle güç boşluğunun söz konusu olduğu durumlarda Komisyon, hedef teşebbüsün azlık paylarının edinilmesinin dahi tek başına kontrolün elde edilmesine hizmet edebileceğini kabul etmektedir.

Komisyon, CCIE/ GTE kararında<sup>979</sup>, azınlık paylarını devralan ve oyların % 19’unu elde eden teşebbüsün, hedef teşebbüsün yönetim ve denetim kurullarında birer üyeyle temsil edilme hakkını ve stratejik kararlar bakımından veto hakkına sahip olmasını göz önüne alarak, kontrolün elde edildiğine hükmetmiştir. Görüldüğü üzere, burada azınlık pay sahibinin konumu, çeşitli hukuki araçlarla güçlendirilmektedir.

Komisyon’un kontrolün fiilen elde edilmesi konusunda da bir çok kararı mevcuttur. Banesto/Totta kararında<sup>980</sup>, kalan payların 46.000 kişi arasında dağılması karşısında, payların ve oy haklarının % 46.5’inin elde edilmesinin kontrolün elde edilmesi bakımından yeterli olacağına hükmedilmiştir. Arjomari/Wiggins kararında<sup>981</sup> ise, kalan paylar 107.000 pay sahibi arasında dağılmaktaydı ve kalan pay sahipleri arasında en yüksek oranda paya sahip olan pay sahibi, payların % 4’ünü elinde

---

<sup>977</sup> **Faull/Nitpay**, No. 4.35.

<sup>978</sup> Teknik bir yaklaşım, bu noktada azlık pay sahibinden değil, oy haklarının azlığına sahip olan pay sahibinden söz edilmesini gerektirmektedir. Çünkü, oransallık ilkesi, kural olarak azlık pay sahipliğinin oy haklarının çoğunluğuna sahip olunamaması durumunu beraberinde getirmesine yol açsa da, bunun aksi de varit olabilir.

<sup>979</sup> 25.9.1992 tarihli CCIE/GTE Kararı, ATRG. 14. 10. 1992, C 265, M 258.

<sup>980</sup> Bkz. Avrupa Komisyonu’nun 14.4.1992 tarihli Banesto/Totta Kararı, M 192.

<sup>981</sup> Bkz. Avrupa Komisyonu’nun 10.12.1990 tarihli Arjomari/Wiggins Kararı, M 25.

bulundurmaktaydı. Yine Societe de Belgique/ General de Banque kararında<sup>982</sup> Komisyon, kalan payların çok sayıda pay sahibi arasında dağılması ve genel kurula katılımın sürekli olarak düşük düzeyde kalmasından hareketle payların ve oy haklarının % 25.96'sının elde edilmesini, kontrolün sağlanması açısından yeterli görmektedir.

Görüldüğü üzere Komisyon, fiili kontrol açısından devralan tarafından devralınan payların oranına ve son dönemde hedef teşebbüsün genel kurulunda gerçekleşen oransal katılıma önem izafe etmektedir. Komisyon, bu iki ölçüt arasındaki ilişkiyi, YKD. par. 14 hükmünde kurmaktadır. Buna göre, genel kurula katılım hangi oradaysa, kural olarak bu oranın yarısının üzerindeki oy haklarını elde eden teşebbüs, tekil kontrolü ele geçirecektir<sup>983</sup>. Kuşkusuz ki, her iki ölçüt arasındaki bu oranın (devralınan payların bahşettiği oy hakkının toplam oylara oranı/ genel kurula katılım), hedef teşebbüsün son yıllardaki genel kurul toplantılarına ilişkin somut veriler incelenerek belirlenmesi, böylelikle, son bir kaç yılda istikrar kazanan katılımın esas alınması gerekmektedir, (YKD. par. 14).

Pay oranı ve genel kurula katılım ölçütlerinden hareketle Komisyon, azınlık pay sahibinin, ancak çoğunluk pay sahibinin veya pay sahiplerinin ellerinde bulundurdukları yönetim gücünü kullanmamaları halinde fiili kontrolü elinde bulunduracağı kanaatindedir. Komisyon, NEC/ Bull/PBN kararında<sup>984</sup>, çoğunluk pay sahibinin bu gücü kullanması durumunda, azınlık pay sahibinin oy haklarının neredeyse yarısını elde etmesinin dahi kontrolün elde edilmesi açısından yeterli olmayacağını ortaya koymaktadır. Komisyon'un bu yaklaşımı, Ortaklıklar Hukuku'na hakim olan çoğunluk ilkesine uygun düşmektedir. Bir kez oy haklarının

---

<sup>982</sup> Bkz. Avrupa Komisyonu'nun 3.8.1993 tarihli Societe de Belgique/ General de Banque Kararı, M 343.

<sup>983</sup> **Löffler**, bu oranı şu şekilde somutlaştırmaktadır : Bir anonim ortaklıkta, genel kurula oy haklarının % 80'ine sahip olan bir pay sahipleri topluluğu katılıyorsa ve bu durum istikrar kazanmışsa, bu takdirde, oy haklarının % 40'ından fazlasını bahşeden miktarda payı devralan pay sahibi, kontrolü ele geçirecektir, bkz. Heinz F. **Löffler**, (Eugen **Langen**/ Hermann Joseph **Bunte**, Kommentar zum deutschen und europaeischen Kartellrecht, 9. Neubearbeitete und erweiterte Auflage, Neuwied, 2001), s. 2504. Komisyon'un bu yaklaşımı, kanımızca çoğunluk ilkesinin ortaklık üzerinde etkisiyle (bu konuda özellikle bkz. yuk. dn. 483) ve güç boşluğu kavramının ortaklık üzerindeki etkisiyle bağdaşmaktadır. Çoğunluk ilkesi, oy haklarının çoğunluğuna sahip olan kimsenin hakimiyeti elde etmesine zemin oluştursa da, fiilen genel kurula katılımın düşük düzeyde olduğu ortaklıklarda, güç boşluğu, % 50+1'den daha düşük oranda pay ediniminin hakimiyeti beraberinde getirmesini sağlayacaktır.

<sup>984</sup> Bkz. Avrupa Komisyonu'nun 6.12.1998 tarihli NEC/ Bull/PBN Kararı, M 1095.

çoğunluğu bir paysahibine ait olduğunda kural, kontrolün bu paysahibinin elinde bulunmasıdır.

Aksinin varit olabilmesi için, azınlık paysahibinin konumunu güçlendiren hukuki araçların mevcut olması (imtiyaz, veto hakları, oy sözleşmeleri) veya güç boşluğunun ortaya çıkması<sup>985</sup> gibi fiili durumların varlığının kanıtlanması gerekmektedir. Kanımızca, Rekabet Hukuku'nda da, azınlık paylarının ediniminde, edinime konu olmayan diğer payların bir veya bir kaç çoğunluk paysahibinin elinde bulunduğu durumlarda ihtiyatlı davranmalı ve fiili kontrolün varlığına hükmedilmesi için belirtilen koşulların varlığı araştırılmalıdır<sup>986</sup>. Çünkü azınlık- çoğunluk geriliminde kural, çoğunluğun kontrolü elinde bulundurmasıdır ve bunun aksi, ekonomik gerçeklikle de örtüşmemektedir.

Komisyon'a göre opsiyon hakları, tek başına kontrolün elde edilmesini sağlamayacaktır (YKHD. par. 15). Komisyon, aynı hükümde, opsiyon hakkının hukuken bağlayıcı bir anlaşma uyarınca kısa vadede kullanılacak olduğuna dair emarelerin varlığı halinde, bu anlaşmaların kontrolün varlığına esas teşkil edebileceğini, ancak her halükarda, bu unsurun kontrolün oluşumuna hizmet eden diğer unsurlara ek bir unsur olarak mütalaa edileceğini belirlemektedir<sup>987</sup>.

Sonuç itibarıyla, gerek Avrupa Rekabet Hukuku'nda gerek onu izleyen Türk Rekabet Hukuku'nda kontrol kavramı, belirli bir teşebbüsün stratejik kararları üzerinde belirleyici etki icra edilmesi olarak tanımlanmaktadır. Bu açıdan belirleyici etki kavramı, kontrolün hedef teşebbüs üzerindeki etkisinin belirlenmesi açısından merkezi bir öneme sahip olduğundan, ayrıca ele alınmalıdır.

---

<sup>985</sup> Klasik anlamda güç boşluğunun aksine burada çoğunluk paysahibinin dahi genel kurula katılmaması ve ortaklığın yönetimiyle ilgilenmemesi söz konusu olmaktadır ki, uygulamada böyle bir durumun ortaya çıkması pek akla yakın değildir. Yukarıda örnek olarak sunulan Komisyon kararlarının hemen tümünde, fiili kontrolü elde ettiği kabul edilen paysahibinin dışında kalan paysahipleri küçük oranda paylara ve oy haklarına sahiptirler ve son dönemde söz konusu ortaklıkta yapılan genel kurul toplantılarının arz ettiği görünüm, bu küçük paysahiplerinin ortaklığın yönetimine katılmadığına işaret etmektedir. Diğer bir açıdan, bu örneklerde edinilen pay oranı dışında kalan paylar binlerce ortak arasında dağılmaktadır ve genel kurul toplantılarına ilişkin somut veriler, güç boşluğunun ortaya çıktığını doğrulamaktadır.

<sup>986</sup> Nitekim fiili kontrolün nadir durumlarda ortaya çıkacağı yönünde bkz. **Mestmäcker/ Schweitzer**, § 24 No. 3.

<sup>987</sup> Aynı yönde Avrupa ve Alman Hukuku bakımından **Stein**, s. 93.

### c. Belirleyici Etki Unsuru

#### aa. Belirleyici Etki Kavramının Kontrol Kavramı Açısından Rolü

Belirleyici etki kavramı, Yoğunlaşmalar Tüzüğü'nde ve Birleşme ve Devralmalar Tebliği'nde tanımlanmamıştır. Ancak, her iki düzenlemede belirleyici etki, kontrol kavramını karakterize eden öge olarak ortaya çıkmaktadır. Bu açıdan belirleyici etki, hakim teşebbüsün hedef teşebbüs üzerindeki etkisinin gücünü ve derecesini ifade etmektedir. Kontrole tabi olmak, belirleyici etkiye tabi olmak anlamına gelmekte, ancak bir teşebbüsün bir diğer teşebbüs üzerinde belirleyici etki icra edebilmesi halinde kontrolden söz edebilmektedir. Farklı bir anlatımla, kontrol, bir öznenin bir diğer özne üzerinde belirli bir düzeyde etki icra etmesini gerekli kılmaktadır : Bu etkinin derecesini ise, belirleyici etki kavramı belirlemektedir. Bu itibarla, belirleyici etki kavramı, kontrol kavramının maddi içeriğini oluşturmaktadır.

Bu aşamada, Rekabet Hukuku'nun hakimiyet kavramına yaklaşımının esnek olduğunu ve belirleyici etkinin fiilen icra edilmesini araştırmadığını kaydetmek gerekir. Nitekim Rekabet Hukuku anlamında kontrolden söz etmek için, hakim teşebbüsün hedef teşebbüs üzerinde belirleyici etki icra etme imkanını elinde tutup tutmadığı araştırılır, yoksa bu etkinin gerçekten değerlendirilip değerlendirilmediğine bakılmaz<sup>988</sup>. Bu yaklaşım, yoğunlaşmalara özgü denetim rejiminin kendine has özelliğiyle de bağdaşmaktadır. Zira, bu denetimde, rekabet düzenini tehdit eden oluşumun (yoğunlaşmanın) müstakbel etkileri, henüz bu oluşum gerçekleşmeden önce irdelenmekte, bu suretle ileriye dönük bir tahmin yapılmaktadır. Açık bir anlatımla yoğunlaşma denetiminde, “yoğunlaşmaya izin verilirse bu oluşumun rekabet düzeni üzerinde ne tür etkiler yaratacağı” önceden araştırılır<sup>989</sup>. Bu nedenle, rekabet otoritesinin denetim yaptığı aşamada söz konusu belirleyici etkinin fiilen icra edilemediği sınınamaz; çünkü henüz yoğunlaşmaya izin verilmemiştir ve yoğunlaşma gerçekleşmemiştir.

---

<sup>988</sup> Bu yaklaşım, hakimiyetin kanıtlanması açısından büyük bir kolaylık oluşturmaktadır, bkz. **Mestmäcker/ Schweitzer**, § 24 No. 16. Gerçekten de, hakimiyetin söz konusu olup olmadığının belirlenmesinde belirleyici etkiyi icra edebilme gücünün varlığıyla yetinilecek, ayrıca bu gücün icra edilip edilmediğine bakılmayacaktır.

<sup>989</sup> Bu konuda bkz. yuk. § 7, I, A.



## **bb. Belirleyici Etki Ögesinin İçeriğinin Belirlenmesi**

Belirleyici etki ögesi, Yoğunlaşmalar Tüzüğü'nde ve Birleşme ve Devralmalar Tebliği'nde açıklığa kavuşturulmamıştır. Bununla birlikte Avrupa Komisyonu tarafından düzenlenen “Yoğunlaşma Kavramı Hakkında Duyuru” belirleyici etki ögesini somutlaştırmaktadır.

Belirleyici etki, bir öznenin (hakim teşebbüs) bir diğer özne ( hedef teşebbüs) üzerinde , o öznenin kararlarını biçimlendirecek ölçüde sahip olduğu gücü ifade etmektedir. Bu yönüyle belirleyici etki, alelade bir etki değildir. Diğer bir anlatımla, belirleyici etki, hedef teşebbüsün kararlarını etkileyen faktörlerden herhangi birisi değildir; bizatihi söz konusu kararları biçimlendiren ve tek başına bu gücü içeren bir etkidir. Bu yönüyle, belirleyici etki, “belirli bir düzeyin üzerindeki gücü” ifade etmektedir. Bu düzeyi, belirleyici etkinin maddi içeriği karakterize etmektedir : Rekabet Hukuku anlamında kontrolden söz edebilmek için, bir (tekil kontrol) veya birden çok teşebbüsün (ortak kontrol), hedef teşebbüsün organlarında alınan stratejik kararlar üzerinde belirleyici bir güce sahip olmaları gerekir.

Belirleyici etki, tekil kontrolde ve ortak kontrolde farklı özellikler gösterir. Tekil kontrolde hakim teşebbüsün icra etme imkanını elinde tuttuğu belirleyici etki, bu teşebbüse hedef teşebbüsün stratejik kararlarını tek başına belirleme imkanını bahşederken, ortak kontrolde, hakim teşebbüslerden hiç biri, tek başına bu imkana sahip olamamaktadır. Ortak kontrolün özelliği, hakim teşebbüslerin ancak birbirleriyle tam olarak uzlaşmak kaydıyla hedef teşebbüs üzerinde belirleyici etki icra edebilmelerinde kendisini göstermektedir<sup>990</sup>.

Belirleyici etkinin, hedef teşebbüsün organlarında alınacak her türlü kararı kapsaması zorunlu değildir. Önemli olan, hakim teşebbüsün veya teşebbüslerin, hedef teşebbüsün stratejik kararları üzerinde belirleyici etki icra etme imkanını elde etmesidir. Bu açıdan, kontrolün varlığından söz edilebilmesi için hedef teşebbüsün olağan yönetimine (day to day operations) ilişkin kararlar üzerinde hakimiyet

---

<sup>990</sup> Bu konuda daha ayrıntılı inceleme için bkz. aşa.ş 10, II.

sağlanması, diğer bir anlatımla belirleyici etki icra etme imkanının elde edilmesi zorunlu değildir (YKHD. par. 23).

## **2.Ortak Kontrol Kavramının Yoğunlaşmalar Hukuku'ndaki Yeri**

### **a. Genel Bakış**

Ortak kontrol kavramı, Yoğunlaşmalar Tüzüğü'nde ve Birleşme ve Devralmalar Tebliği'nde tanımlanmamıştır. Ancak Yoğunlaşma Kavramı Hakkında Duyuru, ortak kontrol kavramını açıklığa kavuşturmaya yönelik hükümler içermektedir. Belirtmek gerekir ki, Rekabet Kurulu'nun uygulaması da söz konusu Duyuru'daki anlayışa koşuttur<sup>991</sup>. Bu aşamada, Avrupa- Türk Rekabet Hukuku'nda ortak kontrol kavramının ne şekilde değerlendirildiğine temas edilecek; özellikle Duyuru'da ele alınan ortak kontrolün tesis edilmesine hizmet eden araçlara ilişkin değerlendirmeler, ilgili bölümde irdelenecektir<sup>992</sup>.

### **b. Ortak Kontrol Kavramı**

Ortak kontrol, tekil kontrolde olduğu gibi hukuken veya fiilen elde edilebilir (YKHD. par. 18). Avrupa Komisyonu, kontrol kavramını geniş olarak almış, kontrolün hukuki veya fiili oluşumu arasında herhangi bir ayırım gözetmemiştir. Aynı paragrafta, hakim teşebbüslerin önemli kararlarda (major decisions) uzlaşmalarının zorunlu kılınması halinde, kontrolün oluşacağı vurgulanmakta; böylelikle kontrolün oluşumuna yol açan araca herhangi bir önem izafe edilmediği anlaşılmaktadır. Avrupa Komisyonu, söz konusu düzenlemede, kontrolün mahiyetine ilişkin önemli bir noktayı da ortaya koymaktadır : Ortak kontrol, konu edindiği kararlar bakımından hakim teşebbüslerin birbirleriyle uzlaşmalarını gerekli kılmaktadır. Kuşkusuz ki, ortak kontrolün kavramsal sınırlarının anlaşılabilmesi için hangi kararların önemli karar niteliğini taşıdığı, diğer bir deyişle hangi kararlarda hakim teşebbüslerin uzlaşmalarının zorunlu olduğunun saptanması gerekir.

---

<sup>991</sup> Bu konuda bkz. Abdülkadir **Güngördü**, AT ve Türk Rekabet Hukuku'nda Yoğunlaşmalarda Kontrol Unsuru, Rekabet Kurulu Uzmanlık Tezi, Ankara, 2003, s. 30 vd.

<sup>992</sup> bkz. aşa. § 11, II vd.

Duyuru, bu açıdan bir adım daha ileri giderek ortak kontrol kavramını somutlaştırmaktadır. YT. m. 3 hükmünden hareketle YKHD. par. 19, ortak kontrolü iki veya daha fazla kişinin ya da teşebbüsün belirli bir teşebbüs üzerinde ortaklaşa belirleyici etki icra etmeleri olarak tanımlamaktadır. Komisyon, aynı paragrafta belirleyici etkinin ortak kontrol açısından gösterdiği özelliği vurgulayarak, ortak kontrolün, her bir hakim teşebbüsün, hedef teşebbüsün stratejik davranışlarını belirleyen kararların alınmasını önleme gücüne sahip olması şeklinde ortaya çıktığını belirlemektedir. Bu yönden Komisyon, kilitlenme olgusunun ortak kontrolü karakterize eden özellik olduğunu saptamaktadır. Zira ortak kontrolden söz edilebilmesi için, hakim teşebbüslerin stratejik kararların alınmasında birbirleriyle uzlaşmaları zorunludur (YKHD. par 19). Kilitlenme özelliği, ortak kontrolü tek başına kontrolden ayıran özelliklerden birisidir.

### **c. Ortak Kontrolün Görünüm Biçimleri**

Avrupa Komisyonu, Yoğunlaşma Kavramı Hakkında Duyuru'da, ortak kontrolün iki temel görünüm biçimi üzerinde durmaktadır : Birinci görünüm biçimi, hedef teşebbüs nezdindeki oy haklarının iki hakim paysahibi arasında yarı yarıya dağılmasıdır (YKHD. par. 20). Esasen burada ilk aşamada "oy haklarının hakim paysahipleri arasında eşit dağıldığı durumlar" başlığı altında, oy haklarının iki hakim paysahibi arasında ve daha çok hakim paysahibi arasında dağıldığı durumlar arasında ayırım yapılması gerekir. Zira, bu başlık altında yapılan ayırımın her bir türü, farklı karakteristik özellikler arz etmektedir<sup>993</sup>.

İkinci durum, oy haklarının hakim paysahipleri arasında eşit bir şekilde dağılmadığı durumlardır. Duyuru'da, açıkça belirtilmemekle birlikte ortak kontrolün bu görünüm biçiminin de iki alt türü üzerinde durulmaktadır. Bunlardan ilki, çoğunluk paylarına sahip olmayan paysahibine stratejik kararların alınmasında veto hakkı tanınmasıdır (YKHD. par. 21 vd). İkinci alt tür ise, en az iki paysahibinin bir oy sözleşmesi uyarınca veya fiilen birlikte hareket ederek ortak kontrolü elde etmesidir (YKHD. par. 30 vd).

<sup>993</sup> Gerçekten de, oy haklarının iki hakim paysahibi arasında dağıldığı durumlarla daha fazla sayıda hakim paysahibi arasında yayıldığı durumlar arasında, ortak kontrolün elde edilmesi açısından önemli farklar mevcuttur. Ayrıca kanımızca bir adım daha ileri giderek, oy haklarının tamamının hakim paysahiplerince paylaşılması ile oy haklarının çoğunluğunun paylaşılması arasında da ayırım yapmak gerekmektedir. Bu konudaki açıklamalarımız için bkz. aşa. § 11, II, B, 1.

Bu görünüm biçimlerini tartışmış olmakla birlikte<sup>994</sup>, bu aşamada Avrupa Komisyonu'nun Duyuru ve çeşitli kararlar ışığında ortak kontrolün görünüm biçimlerine yönelik yaklaşımının irdelenmesinde yarar görüyoruz. İlk olarak Komisyon, oy haklarının iki hakim pay sahibi arasında yarı yarıya dağıldığı hallerde ortak kontrolün mevcut olacağını, ortak kontrolün tesis edilmesi için taraflar arasında başkaca bir anlaşma yapılmasına gerek bulunmadığını kabul etmektedir<sup>995</sup> (YKHD. par. 20 vd). Buna karşılık, benimsediğimiz görüş uyarınca, hakim teşebbüsler arasında ortak kontrolün istikrara kavuşturulması ve hakim teşebbüslerle ortak girişim şirketi arasındaki ilişkilerin düzenlenmesi için bir temel sözleşme düzenlenmesi elzemdir. Komisyon, taraflar arasında ayrıca bir temel sözleşme yapılması halinde, oy haklarının yarı yarıya dağılımı sonucunda ortaya çıkan dengenin, bu sözleşmeyle bozulmaması meselesi üzerinde durmaktadır.

Ortak kontrolün ikinci görünüm biçimi, hakim pay sahiplerinden birinin çoğunluk paylarına diğerlerinin ise azınlık paylarına sahip olması durumudur. Bu olasılıkta, oy haklarının dağılımı ortak kontrolü tesis edemeyecek, bu dağılımın çoğunluk pay sahibi lehine yarattığı güç dengesinin başka araçlarla bozulması ve hakim pay sahibi konumunda bulunacak pay sahipleri arasındaki güç dağılımının dengelenmesi gerekmektedir. Komisyon, bu etkiyi sağlayacak araçlar arasında veto hakkı üzerinde durmaktadır (YKHD. par. 21 vd.).

Ortak kontrolün üçüncü görünüm biçiminde ise, hakim pay sahiplerinin her biri azınlık pay sahibi konumundadır<sup>996</sup>. Olağan koşullarda, bu pay sahiplerin her birinin konumu, ortaklığın stratejik kararlarını belirleme erkini kapsamamaktadır. Şu kadar ki, Komisyon, azınlık pay sahiplerinin hedef teşebbüs üzerinde belirleyici etkiyi sağlamak amacıyla fiilen birlikte hareket etmeleri veya aralarında yapacakları bir

---

<sup>994</sup> bkz. yuk. § 6, II, A.

<sup>995</sup> Zira, oy haklarının yarı yarıya dağılımında, hakim teşebbüslerden her biri, bir diğerinin stratejik kararları veto etmesini önlemek zorunda olduğundan, hakim teşebbüsler uzlaşmaya muhtaçtır ve ortak kontrol, bizzat bu zorunluluktan ileri gelir, bu yönde bkz. **Staudenmayer**, s. 181. Bu yaklaşıma katılmakla birlikte, ortak kontrolün tesisi için oy dağılımıyla yetinmenin ortak girişim şirketini istikrarsızlığa sürükleyeceğine ilişkin görüşümüz için bkz. yuk. § 2, VI, F, 2, d.

<sup>996</sup> Oy haklarının tüm azınlık pay sahipleri arasında eşit bir şekilde paylaştırıldığı durumlarda bu görünüm biçimi, yukarıda ele alınan ilk görünüm biçiminin bir türüyle (oy haklarının ikiden fazla pay sahibi arasında eşit dağılımı durumu) örtüşmektedir.

sözleşmeye dayanarak ortak kontrolü icra etmeleri halinde de ortak kontrolün ortaya çıkacağını kabul etmektedir (YKHD. par. 30 vd.).

Görüldüğü üzere, ortak kontrolün farklı görünüm biçimleri, farklı hukuki araçlarla sağlanabilmektedir. Bu nedenle, özellikle Komisyon'un yaklaşımı ışığında, hangi hukuki araçların ortak kontrolün tesis edilmesine hizmet ettiği meselesinin kısaca değerlendirilmesinde yarar vardır. Rekabet Hukuku'nun ortak kontrolün elde edilmesi açısından geçerli kabul ettiği hukuki araçların gerçekte ortak kontrolün tesis edilmesine hizmet edip etmediği veya bu araçların bir arada kullanılması halinde ne tür etkiler doğuracağı meselesi ise, kontrol müessesesine yönelik genel bir bakış sağlandıktan sonra aşağıda geniş bir şekilde ele alınacaktır<sup>997</sup>.

### **III. Ortak Kontrolün Elde Edilmesini Sağlayan Araçlara Genel Bakış**

#### **A. Oy Haklarının Yarı Yarıya Dağılımı Halinde Başvurulacak Araçlar**

Özellikle anonim ortaklıklar açısından, tüm oy haklarının iki pay sahibi<sup>998</sup> arasında dağıldığı hallerde, oy haklarını yarı yarıya paylaşan iki pay sahibi arasında, bir denge kurulur ve ortaklık, bu pay sahiplerinden hiç birinin güdümüne girmez. Bu tür bir oy dağılımının varlığı halinde, aynen TTK Tasarısı m. 195/2 hükmünde tekil kontrol açısından öngörülen durum söz konusu olur<sup>999</sup> : Aksi kanıtlanmadığı müddetçe, iki pay sahibinden hiç birinin tek başına hakim konuma erişmesi mümkün olmayacaktır.

Komisyon, oy haklarının yarı yarıya dağılımı olasılığında, ortak kontrolün kendiliğinden oluşacağını, ortak kontrolün elde edilmesine yönelik olarak ayrıca bir anlaşma yapılmasına gerek olmadığını savunmaktadır. Ortak kontrolün tesisi açısından bu düşünce yerinde olmakla birlikte, ortak kontrolün kilitlenmeye elverişli karakteri, hakim pay sahipleri arasında bir temel sözleşme akdedilmesini zorunlu

---

<sup>997</sup> bkz. aşa. § 11, II vd.

<sup>998</sup> Anonim ortaklıklarda en az beş pay sahibinin bulunması zorunluluğuna (TTK. m. 277 ) ve “ oy haklarının yarı yarıya dağılımı” teriminden, oy haklarının iki pay sahibi grubu arasında dağılması veya iki hakim pay sahibi dışında kalan pay sahiplerinin saman adam olmaları şeklinde anlaşılması gerektiğini yukarıda belirtmiştik, bkz. yuk.dn. 475. İncelediğimiz üzere, tek kişilik anonim ortaklığı öngören TTK Tasarısı m. 338/1 hükmünün kanunlaşması halinde, saman adamlara gereksinim duyulmayacaktır.

<sup>999</sup> Söz konusu karinenin değerlendirilmesi için bkz. yuk. § 9, II, A, 3, c.

kılmaktadır<sup>1000</sup>. Bu noktada Komisyon, temel sözleşmenin oy haklarının dağılımıyla tesis edilen ortak kontrolü zedeleyip zedelediğine bakmaktadır. Zira, temel sözleşmede pay sahiplerinden birine diğerine nazaran daha üstün bir konum bahşedecek olan araçlara yer verilmesi, oy haklarının dağılımının yaratacağı dengeyi ortadan kaldıracaktır.

Komisyon, sadece oy haklarının dağılımında değil, aynı zamanda yönetim organlarında eşit üyeye temsil edilmeyi öngören düzenlemelerin varlığı halinde de, iki pay sahibinin eşit yönetim gücüne kavuşacaklarını ve ortak kontrolü paylaşacaklarını öngörmekte<sup>1001</sup>, bunun için yöneticilerden hiç birinin üstün oy hakkına sahip olmamasını şart koşmaktadır. Bununla birlikte Komisyon, bu yaklaşıma bir noktada istisna getirmektedir : Sınırlı bir alana özgü olmak kaydıyla, stratejik bir kararın alınması süreci çeşitli tahkim ve arabuluculuk aşamalarından geçtikten ve tarafların uzlaşmaya varamayacağı anlaşıldıktan sonra ancak bu olasılıkta hakim pay sahiplerinden birine veya onun menfaatlerini temsil eden yöneticiye bir üstün hakkın tanınması halinde, Komisyon'a göre, ortak kontrolün varlığını zedeleyen bir olgu değildir (YKHD. par. 37). Zira, bu olasılıkta, hakim pay sahiplerinden birisinin iradesine ağırlık tanınması ortak kontrol dengesini bozmaya yönelik olmayıp doğrudan doğruya kilitlenmeyi ortadan kaldırma amacına yönelmektedir.

## **B. Hakim Pay sahiplerinden Birinin Oy Haklarının Çoğunluğunu Elinde Buldurması Halinde Başvurulacak Araçlar**

Pay sahiplerinden birinin oy haklarının çoğunluğuna sahip olması halinde hedef ortaklık, prensip olarak bu hakim pay sahibinin tekil hakimiyeti altındadır<sup>1002</sup>. Ancak, pay sahiplerinin ortak kontrolün tesis edilmesini amaçlamaları halinde, çoğunluk pay sahibi ile azınlık pay sahipleri arasındaki bu güç dengesizliği, başkaca hukuki

---

<sup>1000</sup> Temel sözleşmenin kilitlenmeyi önleyici işlevi için bkz. yuk. § 8, II, A, 3.

<sup>1001</sup> Rekabet Kurulu'nun paralel yaklaşımı için bkz. Rekabet Kurulu'nun 11.5.2006 tarihli ve 06-33/409-106 Sayılı **Kiler/Canerler** Kararı , RG. 9.6.2006, 26193.

<sup>1002</sup> Nitekim TTK Tasarısı'nda da, oy haklarının çoğunluğuna sahip olunması, hakimiyetin varlığı bakımından bir faraziye olarak kabul edilmiştir (TTK.m. 195/1). Bu konudaki açıklamalar için bkz. yuk. § 9, II, A, 3, b, bb.

araçlarla ortadan kaldırılabılır. Avrupa Komisyonu, bu araçlar arasında özellikle veto hakkı üzerinde durmaktadır<sup>1003</sup>.

Komisyon, veto hakkının anasözleşmede<sup>1004</sup> veya temel sözleşmede<sup>1005</sup> yer alabileceğini öngörmekte, ayrıca veto hakkının yetersayılar marifetiyle de tesis edilebileceğini vurgulamaktadır (YKHD. par. 21). Veto hakkı, olağan koşullarda ortak kontrolü paylaşma imkanı bulunmayan paysahibine bu imkanı bahşetmektedir. Veto hakkının ortak kontrolün elde edilmesine yönelik işlev görebilmesi için, bu hakkın hedef teşebbüsün stratejik davranışlarına ilişkin kararlara yönelik olarak öngörülmesi gerekmektedir. Bu açıdan, Komisyon, azınlık paysahiplerinin mali haklarını teminat almaya yönelik olarak öngörülen veto haklarını<sup>1006</sup> kontrolün elde edilmesi açısından yeterli görmemekte, veto hakkının hedef teşebbüsün stratejik kararlarına ilişkin olarak öngörülmesi gerektiğini düzenlemektedir (YKHD. par. 22-23).

Azınlık paysahibine tanınan veto haklarının, paysahibine tek başına kontrolü veya ortaklaşa kontrolü bahşedip bahşetmeyeceği, somut yoğunlaşma işlemi dikkate

---

<sup>1003</sup> Bu noktada genel olarak veto hakkı, sahibine bir irade beyanında bulunarak bir kararın alınmasını veya yürürlüğe girmesini önleme gücünü bahşetmektedir- veto hakkı ile ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. aşa. § 11, III, B, 2.

<sup>1004</sup> Türk Hukuku'nda anasözleşmede veto hakkına yer verilmesi mümkünse de, bu tür bir düzenleme ancak paya bağlanmak kaydıyla geçerlidir; anasözleşmede paysahibine veto hakkı tanınamaz; bu görüşün gerekçeleri için bkz. aşa. § 11, III, B, 1.

<sup>1005</sup> Kuşkusuz ki bu noktada şu soruya yanıt aranması gerekmektedir : Temel sözleşmelerin ihlali halinde söz konusu sözleşmelerin aynen ifasının bir çok yönden olanaksız olması veya önemli güçlükler arz etmesi (bkz. yuk. § 8, II, D) dikkate alındığında, salt temel sözleşmede yer alan ve korporatif yaptırımdan yoksun olan bir veto hakkı, ne şekilde kalıcı anlamda bir kontrolü sağlayabilir? İlk bakışta, aynen ifanın temel sözleşme açısından yarattığı açmazlar, bu soruya olumsuz yanıt verilmesini haklı gösterebilir. Şu kadar ki, rekabet otoritesi veto hakkının stratejik kararlara ilişkin olmak kaydıyla temel sözleşmede yer almasıyla yetinmektedir, zira izne tabi olan yoğunlaşmalar büyük çaplı yoğunlaşmalar olduğundan, sermayeye katılmalı ortak girişime önemli stratejik kaynakları tahsis eden hakim teşebbüsler, veto haklarının veya temel sözleşmelerinin ihlalini ağır yaptırımlara bağlamaktadır. Bu itibarla, istisnai durumlar haricinde, hakim paysahiplerinden birine tanınan veto hakkının diğer hakim teşebbüslerce dikkate alınmaması veya engellenmesi pek akılcı değildir veya en azından çok istisnai durumlarda söz konusu olur. Zira bu tür bir ihlalin kanıtlanması kolay olduğu için, veto hakkı ihlal edilen taraf, kolaylıkla temel sözleşmede öngörülen ağır yaptırımlara başvurabilecektir. Bu olgu, hakim paysahipleri arasında telif edilemeyen menfaat çatışmaları dışında temel sözleşmenin ihlal edilmemesini en azından ekonomik açıdan güvence altına almaktadır.

<sup>1006</sup> Veto hakları marifetiyle ortak kontrolün sağlanması açısından veto hakkının asgari olarak ortaklık organlarında alınan tüm stratejik kararları kapsamaması ve veto hakkının kapsamına giren kararların ortak kontrolü bahşedip bahşetmediğinin belirlenmesinde tüm veto haklarının bütünsel bir bakış açısıyla ele alınması gerekmektedir; bkz. **Erdem**, Birleşme ve Devralmalar, s. 201, **Scheibitz**, s. 115 ve özellikle Avrupa Komisyonu'nun 19. 3. 1993 tarihli SITA-RPC/ SCORI Kararı, M295.

alınarak belirlenmelidir<sup>1007</sup>. Bu noktada, Komisyon, veto hakkının, günlük yönetime ilişkin kararları kapsamasının zorunlu olmadığını açıklıkla ortaya koymaktadır (YKHD. par. 23). Bu olgu, özellikle sermayeye katılmalı ortak girişimler bakımından bir yönden özellik arz etmektedir. Bazı sermayeye katılmalı ortak girişimlerin faaliyet konusu veya faaliyet gösterdiği pazar, hakim teşebbüslerden birinin konumuyla yakından ilintili olabilir. Bu olasılıkta, hakim teşebbüsler, bu hakim teşebbüsün sermayeye katılmalı ortak girişimde daha etkin bir rol üstlenmesini kararlaştırabilirler. Bu bağlamda, Komisyon, hakim teşebbüslerden birinin günlük yönetimde daha etkin bir konumda bulunmasını hatta ortak girişim şirketinin günlük yönetimini tek başına üstlenmesini, ortak kontrole engel bir durum olarak değerlendirmemektedir (YKHD. par. 36). Önemli olan, diğer hakim teşebbüslerin ortak girişim şirketinin stratejik kararlarının alınmasını etkileyebilir konumda bulunmalarıdır. Bu itibarla, hangi kararların stratejik nitelik taşıdığı meselesine kısaca göz atmak gerekmektedir.

Buna göre, şirketin yönetim organındaki görevlilerin atanması (YKHD. par. 25) , şirketin iş ve finansman planlarının onaylanması (YKHD. par. 26), yatırımlara ilişkin kararlar (YKHD. par. 27), pazara özgü hakları ilgilendiren kararlar (YKHD. par. 28) gibi meselelere ilişkin kararların stratejik karar niteliğini taşıdığı ortaya konulmakta,; bununla birlikte, stratejik kararlar tüketici olarak sayılmamaktadır. Kuşkusuz ki, ortak kontrolün söz konusu olması için, hakim paysahiplerinin “stratejik kararların alınmasını önleyici iradelerinin<sup>1008</sup>” tüm stratejik kararları kapsaması gerektiğinden, hangi kararların stratejik karar niteliğini taşıdığıın saptanması gerekmektedir.

Bu cümleden olarak Komisyon, hedef teşebbüsün ortak kontrole tabi olup olmadığının belirlenmesinde, veto hakkına konu olan kararların bütünüyle değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Her durumda, hedef teşebbüsün ticaret politikalarına ve stratejilerine ilişkin tüm kararların veto hakkının kapsamına girmesi gerekmektedir. Özellikle bütçeye ve iş planına ilişkin kararlar, veto hakkına konu olmalıdır, aksi takdirde Komisyon’a göre ortak kontrolden söz etmek mümkün olmayacaktır (YKHD. par. 29). Son tahlilde, Komisyon, ortak kontrolün özellikle veto hakları marifetiyle kurulduğu hallerde, ortak kontrolün mevcut bulunup

---

<sup>1007</sup> Schröer, s. 408.

<sup>1008</sup> Önleyici irade kavramı için bkz. aşa. § 10, II.



bulunmadığı meselesinin çözümü açısından, veto hakkının spesifik içeriğine ve ortak girişim şirketinin faaliyette bulunduğu pazarın özelliklerine önem izafe edilmesi anlayışını benimsemektedir (YKHD. par. 24).

### **C. Hakim Paysahiplerinden Her Birinin Azınlık Paysahibi Konumunda Bulunması Halinde Başvurulacak Araçlar**

Komisyon, oy haklarının toplamı çoğunluk oylarına erişen azınlık paysahiplerinin hukuki bir araca istinaden veya fiilen birlikte hareket ederek ortak kontrolü elde edebileceklerini kabul etmektedir (YKHD. par. 30). Azınlık paysahiplerinin birlikte hareket ederek ortak kontrolü elde etmelerine hizmet eden hukuki araçlar, azınlık paysahiplerinin oy haklarını bir holding şirketinde bir araya getirmeleri veya aralarında bir oy sözleşmesi akdetmeleridir (YKHD. par. 31). Yoğunlaşmalar Tüzüğü'nde ekonomik kontrol anlayışından hareket edildiğini<sup>1009</sup> gözeten Komisyon, ortak kontrolün sadece hukuki araçlara istinaden değil, aynı zamanda fiilen de ortaya çıkabileceğini kabul etmektedir (YKHD. par. 32). Nitekim, oy haklarının toplamı ortak girişim şirketinde tüm oy haklarının yarıdan fazlasına erişen iki azınlık paysahibi, menfaatlerinin gereği olarak aynı yönde hareket eder ve stratejik kararlarda ortak bir strateji doğrultusunda oy kullanırlarsa, ortak kontrol meydana gelmektedir.

Kanımızca, azınlık paysahipleri arasında ortak kontrolün oluşumuna yol açacak bir menfaat birliğinin bulunup bulunmadığının saptanması oldukça güçtür. Komisyon, bu açıdan, azınlık paysahiplerinin ortak girişim şirketindeki paylarını edinmeden önce bir ekonomik ilişki içinde bulunmaları veya ortak girişim şirketindeki payları sistemli ve birbirine paralel olarak (uyumlu bir eylem dahilinde) edinmeleri halinde azınlık paysahipleri arasında bu tür bir ekonomik menfaat birliğinin mevcut bulunduğu kanaatine varmaktadır (YKHD. par. 33).

Diğer yandan, Komisyon, ortak kontrolün fiilen oluşumunun, yeni kurulan ortak girişim şirketlerinde, sonradan ortak girişim şirketine dönüşen (sonradan ortak kontrole tabi olan) şirketlere<sup>1010</sup> nazaran daha rahat bir şekilde ortaya çıktığını kabul

<sup>1009</sup> Scheibitz, s. 54-55, Zurkinden, s. 60-61, Sanlı, s. 327 vd.

<sup>1010</sup> Bu ayırım için bkz. yuk. § 4, IV.

etmektedir (YKHD. par. 34). Gerçekten de, ortak girişim şirketinin bu oluşum biçiminde, pay sahipleri ortak girişim şirketine bu şirket açısından hayati nitelik taşıyan sermaye unsurlarını tahsis etmekte ve bu unsurların kendi ortak kontrolleri altında değerlendirilmesini hedeflemektedirler. Açık bir anlatımla, ortak girişime önemli kaynakları tahsis eden hakim teşebbüsler, bu kaynakların ortak girişim tarafından verimli bir şekilde kullanılması için ortak girişime işlerlik kazandırma gereğinin bilinciyle birbirleriyle uzlaşma gereksinimi içindedir. Komisyon, bu zorunluluktan dolayı, azınlık pay sahipleri arasında bir menfaat birliğinin ortaya çıkacağını ve bunun ortak kontrole vücut vereceği varsayımından hareket etmektedir. Kanımızca, ancak somut olguların böyle bir menfaat birliğinin kalıcılığını kuvvetle muhtemel kıldığı durumlarda kontrolün varlığından hareket etmek gerekir<sup>1011</sup>.

Yine de, ortak kontrolün fiilen oluşumunda bu faktörlerin varlığıyla yetinmek ve ortak kontrolün varlığına hükmetmek yerinde olmayacaktır; zira fiilen de olsa ortak kontrolün oluşumuna yol açan olgular, istikrarlı ve sürekli bir kontrol ilişkisine vücut verecek nitelikte olmalıdır<sup>1012</sup>. Belirleyici etki sürekli değilse, kontrolün varlığından söz edilemez. Bu olguya dikkate alan Komisyon, hakim pay sahibi sayısının ikiden fazla olduğu durumlarda, bu faktörlere istinaden ortak kontrolün fiilen oluşması

---

<sup>1011</sup> Rekabet Hukuku açısından bu yönde, **Decocq/Decocq**, s. 175; **Nouvel**, s. 515. Ortaklıklar Hukuku açısından bu yönde, Jean-Philippe **Dom**, Les dimensions du groupe de sociétés apres les reformes de l'année, Revue des sociétés, Yıl : 2002, s. 24. **Dom**, Fransız Ortaklıklar Hukuku'nda şirketler topluluğu müessesesinin ve bu bağlamda ortak kontrolün ele alınması çerçevesinde meseleyi ele alan Dom, ortak kontrolün kanunda tanımlanmasına değin Fransız öğretisinde ortak kontrolle Ortaklıklar Hukuku anlamında uyumlu eylemin bir tutulduğunu, ancak bu kavramların her zaman birbirleriyle örtüşmediğini açıklıkla ortaya koymakta, ortak kontrolün varlığını hükmetmek için "Ortaklıklar Hukuku anlamında uyumlu eylemin", diğer bir deyişle azlık pay sahiplerinin birbirlerine paralel hareket etmelerinin ve yönetsel haklarını aynı doğrultuda kullanmalarının tek başına ortak kontrolü sağlamayacağını ortaya koymaktadır. Ortaklıklar Hukuku bakımından da aranan "kontrolün kalıcılığı" özelliği, kanımızca, sadece azlık pay sahiplerinin aynı doğrultuda oy kullanmalarının kontrol açısından fiilî bir karine olarak benimsenmesine engeldir. **Dom'un** da belirttiği üzere (**Dom**, s. 25), yönetsel haklarını birbirlerine koşut olarak kullanan pay sahiplerinin ancak ortak bir politika doğrultusunda bilinçli bir şekilde hareket ettikleri keyfiyetinin ve bu koşutluğun kalıcı olduğunu temellendiren olguların saptanması halinde ortak kontrole hükmetmek gerekecektir.

Her ne kadar TTK Tasarısı m. 195/1/b hükmü hakimiyetin "başka bir yolla " edinilmesi halinde kontrolün söz konusu olacağını öngörmekte ise de, bu konuda ihtiyatlı davranmak ve pay sahipleri arasındaki uyumlu eylemin kalıcı bir menfaat birliğine dayanıp dayanmadığının bütünsel bir bakış açısıyla sınılanması gerektiği kanaatindeyiz. Nitekim hakim pay sahipleri arasında stratejik bir işbirliği sözleşmesi (temel sözleşme) akdedilmeksizin de, salt sermaye katılımına dayalı olarak bir ortak girişimin mevcut olabileceğini kabul eden **Baus**, hakim pay sahipleri arasında bir temel sözleşmenin bulunmadığı hallerde, salt pay sahiplerinin birbirleriyle uyumlu hareket etmelerinden, tarafların örtülü iradesinin temel sözleşmenin kurulması yönünde ortaya çıktığı şeklinde yorumlanamayacağı görüşündedir bkz. **Baus**, s. 27.

<sup>1012</sup> **Schröer**, s. 409.

ihtimalinin düşük olduğunu ortaya koymakta (YKHD. par. 34), özellikle ikiden fazla pay sahibinin ortak kontrolü paylaşmayı amaçladığı durumlarda, azınlık pay sahipleri arasında “değişken koalisyonlar kurulması<sup>1013</sup>” ihtimalinin ortak kontrolün oluşumunu önlediği görüşü nü benimsemektedir (YKHD. par. 35). Bu olasılıkta, ortak kontrolün kimler tarafından paylaşıldığı belirli ve istikrarlı değildir, herhangi iki pay sahibi birlikte hareket ederek bir diğerini dışlayabilirler. Komisyon, bu durumlarda, ortak kontrolün varlığının teminat altına alınması için, yetersayıların buna göre ayarlanmasının gerekli olduğunu vurgulamaktadır.

#### **IV. Rekabet Hukuku’nda Kontrol ve Ortak Kontrol Kavramlarının Bütünsel Açıdan Değerlendirilmesi**

İncelendiği üzere Rekabet Hukuku, yoğunlaşmaların denetimine ilişkin rejim çerçevesinde kontrol kavramını tanımlamakta ve kontrolün farklı görünüm biçimleri üzerinde durmaktadır. Rekabet Hukuku uyarınca kontrol, bir teşebbüs üzerinde haklara, sözleşmelere veya başka araçlara istinaden belirleyici bir etkinin icra edilmesidir. Belirleyici etki, hedef teşebbüsün stratejik kararlarını biçimlendirebilme gücüdür. Bir teşebbüsün, hangi kararlarının stratejik nitelik taşıdığı konusunda Rekabet Hukuku sınırlayıcı düzenlemeler getirmemekte, kararların stratejik niteliğinin, somut yoğunlaşma işlemi, özellikle yoğunlaşma sonrasında ilgili teşebbüslerin faaliyet göstereceği pazarın özelliklerine göre belirlenmesini öngörmektedir<sup>1014</sup>. Bununla birlikte, yönetim organında görev alacak kimselerin atanmasına, bütçenin belirlenmesine, iş ve yatırım planına özgü kararlar her teşebbüs açısından stratejik nitelik taşıyan kararlardır.

Kontrolden söz edebilmek için, belirleyici etkiyi icra etme olanağına sahip olunması yeterlidir. Rekabet Hukuku’nda ayrıca bu etkinin fiilen icra edilip edilmediğine bakılmaz. Diğer yandan, belirleyici etkinin hedef teşebbüsün tüm stratejik kararlarını kapsamaması gerekmektedir. Rekabet Hukuku’nda belirleyici etkinin tüm stratejik kararları kapsayıp kapsamadığı meselesi, yoğunlaşmanın somut özelliklerinden hareketle bütünsel bir bakış açısıyla belirlenmelidir.

---

<sup>1013</sup> Scheibitz, s. 127, Ruchin, s. 129.

<sup>1014</sup> Bir kararın stratejik nitelik taşıyıp taşımadığı bakımından o kararın içeriğine bakılması gerektiği yönünde Mestmäcker/ Schweitzer, § 24, No. 32.

Rekabet Hukuku, kontrolün iki görünüm biçimi üzerinde de ayrıntılarıyla durmaktadır. Kontrolün her iki görünüm biçimi arasındaki temel farklılık, kontrolü elinde bulunduran öznelerin sayısındaki farklılaşmadır. Şu kadar ki, bu farklılık, kontrolün her iki türünün niteliklerini etkileyecek kadar önemli bir etkiyi haizdir. Tekil kontrolde kontrol eden, belirleyici etkisini herhangi bir sınırlamayla ve engellemeyle karşılaşmaksızın icra edebilirken, ortak kontrolde birden çok kontrol eden vardır ve kontrol edenlerden hiç birisi tek başına belirleyici etki icra etme imkanına sahip değildir<sup>1015</sup>. Bununla birlikte, belirleyici etkinin icra edilmesinde, kontrol edenlerden hiç birinin iradesi de devre dışı bırakılamaz. Bu itibarla, belirleyici etkinin icra edilebilmesi için, hakim teşebbüslerden her biri, bir diğerine muhtaçtır. Ortak kontrolü, ortak kontrole tabi olan teşebbüsün kilitlenmeye elverişliliği karakterize eder.

Kontrolün oluşumuna imkan tanıyan araçlar açısından da, Rekabet Hukuku zengin veriler sunmaktadır. Kontrolün tanımında yer alan “belirleyici etkinin haklar, sözleşmeler veya diğer araçlarla sağlanması” unsuru, hukukun temel kavramları açısından pek de isabetli değildir. Bununla birlikte, Avrupa Topluluğu Hukuku’nda kodifikasyon anlayışı, farklı üye devletlerin farklı hukuk kültürleri gözetildiğinde teknik hukuktan ziyade “anlaşılır hukuka” ağırlık verdiğinden, kontrolün elde edilmesine hizmet eden araçların belirlenmesinde özgür bir anlayış benimsenmiş, bu nedenle çeşitli hukuki araçlara yer veren bir hüküm lafzı ön plana çıkarılmıştır. Türk Hukuku da, kaynak hukuktan ayrılmamak uğruna kendi hukuk kültürüne yabancı mahiyetteki bu lafzı aynen benimsemiştir<sup>1016</sup>.

Kontrolü sağlayan araçlar bakımından Rekabet Hukuku’nun özgür yaklaşımı, kendisini kontrolün niteliğinde de göstermektedir : Rekabet Hukuku, kontrolün hukuki araçlara istinaden veya fiilen elde edilmesi arasında bir ayrım

<sup>1015</sup> Meseleye yönetim kurulunun kilitlenmesi açısından yaklaşan **Ali Dural**, tek başına kontrolde bağımsızlığın, ortak kontrolde ise hakim ortakların birbirlerine bağımlılığının esas olduğunu ortaya koymaktadır; bkz. **Ali Dural**, s. 37.

<sup>1016</sup> Kontrolün haklardan ve sözleşmelerden kaynaklanabileceğinden söz edilmesi pek yerinde değildir. Bunun yerine sadece haklardan söz edilmesi veya somutlaştırma gereksinimi uğruna bunun yerine kontrolün “mutlak veya nispi haklarla ya da diğer araçlarla ” sağlanabileceğinden söz edilmesi daha isabetli olurdu. Zira Komisyon’un kontrolün oluşumuna vücut veren araçlarla ilgili değerlendirmeleri dikkate alındığında, kontrolün bir sözleşmeye istinaden sağlanması, söz konusu sözleşme uyarınca hak sahibinin elde ettiği konumdan ileri geldiği için kontrolün bir haktan veya bir sözleşmeden ileri geldiğinin belirtilmesi doğru değildir.

yapmamaktadır. Rekabet otoritesinin, kontrolün hiç bir hukuki araç söz konusu olmaksızın münhasıran ekonomik verilere istinaden oluşabileceğini kabul etmesinin ardında şu düşünce yatmaktadır : Rekabet Hukuku, kontrolün nasıl oluştuğuna değil pazar üzerinde ne tür etkiler doğurduğuna önem izafe etmektedir. Rekabet Hukuku'nun kontrolün oluşumuna ilişkin düzenlemelerinin temel amacı, ortada bir yoğunlaşma işleminin bulunup bulunmadığı noktasında önem taşır ve yoğunlaşmanın rekabet düzenine yönelik etkilerinin belirlenmesinde sadece bir aşamayı oluşturmaktadır. Oysa, Rekabet Hukuku'nun nihai amacı, yoğunlaşmanın rekabet düzeni üzerindeki etkilerinin saptanmasıdır.

## **§ 10. Çeşitli Disiplinlerin Verileri Işığında Kontrol ve Ortak Kontrol Kavramlarına Yaklaşımımız**

### **I. Tekil Kontrol Kavramına Yaklaşımımız**

İncelemelerimiz ışığında, çeşitli hukuk disiplinlerinin kontrol kavramına ilişkin anlayışının farklılaştığını görmekteyiz. İlk olarak Ortaklıklar Hukuku, kontrol kavramına Şirketler Topluluğu Hukuku açısından yaklaşmakta ve tekil kontrol kavramı üzerinde durmaktadır. Şirketler topluluğuna ilişkin düzenlemeler, hangi durumlarda kontrolün mevcut olacağını, hangi durumlarda ise kontrolün varlığına karine teşkil eden bir durumun bulunduğunu düzenlemektedir. Bu düzenlemelerde, kontrolün maddi içeriği, diğer bir anlatımla kontrol ilişkisinin kontrol edilen özne üzerindeki etkileri üzerinde durulmamaktadır. Önemli olan, kontrolün mevcut olup olmadığının belirlenmesi ve kontrole gereken hukuki sonucun bağlanmasıdır. Kontrol ilişkisi uyarınca; biri hakim, bir diğeri bağlı ortaklık olmak üzere en az iki şirketin tekil bir yönetim anlayışı doğrultusunda yönetildiklerinin tesbiti halinde, şirketler topluluğuna özgü düzenlemeler uygulama alanı bulacak; duruma göre kontrol eden, kontrol edilenin borçlarından sorumlu olacaktır. TTK Tasarısı'nın öngördüğü sistemde, kontrol anlayışı benimsenmekte, kontrolün fiilen icra edilmesi aranmayacaktır. Ayrıca, karine niteliğini taşıyan pay çoğunluğuna sahip olunması durumu hariç olmak üzere, kontrole yol açtığı belirlenen olgular, birer faraziye olarak düzenlenmektedir.

Diğer yandan, Ortaklıklar Hukuku'nda, Rekabet Hukuku'nun aksine fiili olarak elde edilen kontrole herhangi bir önem izafe edilmemekte, bu olasılıkta şirketler topluluğuna özgü hükümler uygulama alanı bulmamaktadır.

Banka Hukuku'nda kontrole özgü düzenlemeler açısından da aynı sonuca varmak mümkündür. Kanunkoyucu'nun banka üzerindeki kontrol ilişkileriyle ilgilenmesinin nedeni, bankaların güven kurumu niteliğini taşıması ve bankanın mali durumunun bozulmasının kamu menfaatini önemli ölçüde zedelemesidir. Açık bir anlatımla, banka üzerindeki kontrol ilişkilerinin belirlenmesi, bankanın faaliyetini yürütürken banka anonim ortaklığına hakim olan kimselerin bankanın kaynaklarını kötüye kullanmalarının önlenmesi ve bankanın mali durumunun bozulması olasılığında bu kimselerin malvarlığına başvurulabilmesi amacına yönelmektedir.

Kuşkusuz ki Banka Hukuku'na ilişkin düzenlemelerde kontrol kavramına yönelik yaklaşım, Kanunkoyucu'nun bu hukuk disiplinine özgü hukuk politikasının bir yansımasıdır. Kanunkoyucu, bankaların ekonomi sistemindeki kritik konumunu gözeterek, kontrolü elinde bulunduranlara belirli durumlarda ağır yaptırımlar getirmektedir. Ancak, bu amaca yönelik hükümler, kontrol müessesesinin kavramsal yapısını ortaya koymamakta, ayrıca pratik açıdan da kontrolün maddi içeriği meselesi üzerinde durmamaktadır. Bu açıdan, kontrol müessesesinin kavramsal sınırlarının ve içeriğinin belirlenmesinde Banka Hukuku'na ilişkin düzenlemelerden yararlanmak mümkün gözükmemektedir. Şu kadar ki, Bankalar Kanunu m. 3 hükmünde kontrolün elde edilmesinde imtiyazlardan yararlanılabileceğine yönelik düzenleme, kontrolü sağlayan araçların değerlendirilmesinde göz önüne alınmalıdır<sup>1017</sup>.

Sermaye Piyasası Hukuku'nda kontrol ilişkilerinin ele alınmasının nedeni ise, kamuyu aydınlatma ilkesi çerçevesinde Sermaye Piyasası Hukuku'na tabi olan ortaklıklar arasındaki hakimiyet ilişkilerinin belirlenmesi yoluyla bu ortaklıkların mali yapılarının şeffaf bir şekilde oluşturulması düşüncesidir. Türk Sermaye Piyasası Hukuku'nda Sermaye Piyasasında Muhasebe Standartları Hakkında Tebliğ, kontrol ilişkisinin tarafları, kontrolün maddi içeriği ve kontrolün görünüm biçimleri konusunda geniş düzenlemeler getirmektedir. Ancak, Sermaye Piyasası Hukuku'na

---

<sup>1017</sup> İmtiyazların kontrolün elde edilmesindeki işlevleri için bkz. aşa. § 11, IV, C, 1 ve § 11, IV, D, 4.

ilişkin düzenlemelerin, kontrol müessesesinin kavramsal yapısının belirlenmesine yönelik en önemli katkısı, kontrolün, “bir teşebbüsün finansal veya faaliyet politikalarını yönetme gücünü o teşebbüsten fayda sağlayacak şekilde elde bulundurma” şeklinde tanımlanmasıdır. İncelendiği üzere bu tanım, hem Rekabet Hukuku’nun ortaya attığı “stratejik karar” kavramının içeriğinin açıklığa kavuşturulması açısından, hem de Ortaklıklar Hukuku bakımından TTK Tasarısı m. 195’te olduğu gibi kontrol anlayışından hareket etmesi bakımından önemlidir.

Kontrol müessesesi açısından en ayrıntılı düzenlemeleri ise, Rekabet Hukuku getirmektedir. Rekabet Hukuku, kendi inceleme alanına giren temel oluşumlardan birisi olan yoğunlaşmanın meydana gelmesi için, ilgili teşebbüsler üzerindeki kontrol ilişkilerinin değişikliğe uğramasını aramakta, bu anlamda kontrol kavramına yoğunlaşmanın varlığı açısından anahtar bir rol izafe etmektedir. Kontrolü “bir teşebbüsün stratejik kararları üzerinde belirleyici etki icra edilmesi” olarak tanımlayan Rekabet Hukuku, kontrol müessesesinin unsurları üzerinde de durmaktadır. Bu bağlamda, stratejik kararlara ilişkin olarak benimsenen ölçütler ve stratejik kararlar olarak örnek kabilinden sayılan kararlar, büyük ölçüde Sermaye Piyasası Hukuku’nda “kontrolün maddi içeriği” olarak tanıtılan “teşebbüsün faaliyet ve finans politikalarını belirleme gücünün” konusunu oluşturan kararlarla örtüşmektedir. Kontrolün varlığından söz edilebilmesi için, belirleyici etkinin kalıcı nitelikte olması gerekmektedir<sup>1018</sup>.

Bu noktada, Sermaye Piyasası Hukuku ile Rekabet Hukuku’nda düzenlenen kontrol kavramının Ortaklıklar Hukuku anlamında kontrol ile doğrudan doğruya ilişkili olduğunu kaydetmek gerekir. Zira, her iki hukuk disiplini de, teşebbüsler üzerinde hakimiyet ilişkilerini araştırmaktadır ve her iki disiplinin inceleme alanına giren teşebbüslerin önemli bir çoğunluğu anonim ortaklıklardır.

Meseleye ortak kontrol açısından yaklaşıldığında ise; Ortaklıklar, Banka ve Sermaye Piyasası Hukuku<sup>1019</sup>, nun aksine Rekabet Hukuku, ortak kontrole ilişkin önemli

---

<sup>1018</sup> Abdulgani **Güngördü**/ Mehmet Akif **Kayar**, AB Rekabet Hukuku Uygulamaları Işığında Ortak Girişimlerde Ortak Kontrolün Varlığının Belirlenmesi; Rekabet Dergisi, S. 11, Temmuz/Ağustos/Eylül 2002, s. 82.

<sup>1019</sup> Yukarıda incelediğimiz üzere (bkz. yuk. § 9, II, C), Sermaye Piyasası Hukuku ortak kontrol kavramına yer vermekle birlikte, ortak kontrolü ayrıntılı olarak ele almamakta, ancak kontrole ilişkin hükümlerin ortak kontrol bakımından da uygulama alanı bulacağını kabul etmektedir.

verileri ortaya koymaktadır. Özellikle aşağıda kontrolün her iki görünüm biçimi arasındaki farkları araştırırken belirteceğimiz üzere, ortak kontrol kavramının tanımlanırken tekil kontrol kavramı çıkış noktası olarak alınmalıdır; ancak bununla birlikte ortak kontrolün mahiyet farkı gözetilmelidir. Farklı bir anlatımla, ortak kontrolün tekil kontrolden yegane farkı, kontrolü elinde bulunduran öznelerin sayısı değildir.

Bu veriler ışığında kontrol kavramı, çeşitli hukuk disiplinlerinin ihtiyaçlarını karşılayabilecek şekilde, “Ortaklıklar Hukuku’na özgü araçlara, bir sözleşmeye veya fiili olgulara dayanarak belirli bir teşebbüsün kalıcı olarak faaliyet ve finans politikalarını belirleyebilme ve bu teşebbüsün organlarının belirlenen bu politikalar yönünde karar almasını sağlama gücü” olarak tanımlanmalıdır. Söz konusu tanım, esas itibarıyla tekil kontrole ilişkindir.

Söz konusu tanım, her bir hukuk disiplinin özellikleri dikkate alınarak, ayrı ayrı disiplinler temelinde de yapılabilir. Ortaklıklar Hukuku’nda fiili olguların bir kontrol aracı olarak nitelendirilmemesi karşısında, Ortaklıklar Hukuku’na özgü tanımda fiili olgulara bir kontrol aracı olarak yer verilmemelidir. Diğer yandan, Rekabet Hukuku’nda ise hem fiili olgulara bir kontrol aracı olarak yer verilmelidir hem de “faaliyet ve finans politikaları” yerine “stratejik kararlar” terimi ikame edilmelidir. Zira, Rekabet Hukuku, rekabet düzeninin belirli bir kesitini temsil eden pazar kavramından ve pazarda faaliyet gösteren ekonomik birimleri temsil eden teşebbüs kavramından hareket etmektedir. Yoğunlaşma, hem ilgili teşebbüslerin hem de pazarın yapısı üzerinde kalıcı etki yaratan oluşumları kapsadığından; yoğunlaşma kavramını karakterize eden kontrol de, teşebbüslerin pazar davranışlarını etkileyen kararları kapsamaktadır. Bu kararlar, stratejik kararlar olarak adlandırıldığına göre, Rekabet Hukuku’nun hususiyetini yansıtan bir tanım, belirleyici etkinin konusu olarak stratejik kararları kapsamalıdır. Oysa, stratejik karar kavramı, Ortaklıklar Hukuku açısından hiç bir anlam ifade etmemektedir.

Bu noktadan hareketle, gerek belirleyici etkinin konusu (faaliyet ve finans politikalarını belirleyen kararlar/ stratejik kararlar) gerek fiili olguların kontrol aracı olarak işlev görüp göremeyeceği meselesi, kontrol kavramının hem Ortaklıklar Hukuku’na hem de Rekabet Hukuku’na özgü niteliklerinin ortak bir tanımda ele



alınmasını kanımızca oldukça güçleştirmekte, aynı zamanda gereksiz kılmaktadır. Kontrolün her iki hukuk disiplininde gösterdiği özelliklerin soyutlama yoluyla ortak bir tanımda buluşturulması mümkün olabilir : Bu bağlamda kontrol, “belirli bir teşebbüs üzerinde kalıcı nitelikte bir belirleyici etki icra etme olanağı” olarak tanımlanabilir, çünkü her iki hukuk disiplini de hem belirleyici etki kavramını esas almaktadır, hem de fiili hakimiyet fikrinden değil kontrol anlayışından hareket etmektedir. Ancak her iki hukuk disiplininin ortak paydasını yansıtan bu tanım, soyutlama derecesi yüksek bir tanım olarak ortaya çıkmakta ve deyim yerindeyse kavramsal bir belirsizlik arz etmektedir<sup>1020</sup>. Bu itibarla, kontrol kavramının yukarıdaki veriler ışığında Ortaklıklar Hukuku ve Rekabet Hukuku bakımından ayrı ayrı tanımlanması daha isabetli olacak, bununla birlikte bir teşebbüs üzerinde Ortaklıklar Hukuku ve Rekabet Hukuku anlamında kontrolün elde edilip edilmediği irdelenirken her iki hukuk disiplini arasında ““kalıcı nitelikteki belirleyici etki “ ve “bu etkiyi icra edebilme gücü” ortak unsurları aracılığıyla bir ilişki kurmak mümkün olacaktır.

Bu ilişki irdelenirken, her iki hukuk disiplininde, fiili olguların kontrol aracı olarak kabul edilip edilmemesine göre belirleyici etki unsurunun içeriğinin farklılaşığına değinmekte yarar vardır. Diğer yandan, Ortaklıklar Hukuku’nda, “faaliyet ve finans politikalarını belirleyen kararların” Rekabet Hukuku’nda ise “stratejik kararların” belirleyici etkinin konusu olarak öngörülmesi, belirleyici etkinin içeriği bakımından bir farklılık yaratmadığı gibi, bu yönden kavramsal bir farklılaşmaya da yol açmaz. Çünkü, Ortaklıklar Hukuku bakımından faaliyet ve finans politikalarını etkileyen kararlar, Rekabet Hukuku bakımından stratejik karar niteliğini taşır. Böylelikle, iki ayrı hukuk disiplininde başvuru bu iki farklı içerik (faaliyet ve finans politikalarını belirleyen kararlar- stratejik kararlar) aynı kararları ilgilendirmekte, sadece bu kararların iki ayrı cephesine işaret etmektedir. Açık bir anlatımla, bir ortaklığın faaliyet ve finans politikalarını ilgilendiren kararlar, aynı zamanda stratejik kararlardır. Belirleyici etkinin içeriği, iki hukuk disiplininde de aynıdır.

Şu kadar ki, Ortaklıklar Hukuku’nda hakimiyet ilişkilerini ele alan Şirketler Topluluğu Hukuku’nun kontrolün elde edilmesine ilişkin araçlarla ve kontrole

---

<sup>1020</sup> Özellikle belirleyici etki kavramının içeriğinin belirsizlik arz ettiği yönünde bkz. **Ruchin**, s. 127-128.

bağlanan sonuçlarla ilgilenmekte, kontrolün maddi içeriğiyle ilgilenmemektedir. Bu nedenle, faaliyet ve finans politikalarını etkileyen karar kavramı, pozitif bir dayanaktan yoksundur. Oysa stratejik kararı, Rekabet Hukuku'nda ikincil düzenlemelerle somutlaştırılmıştır. Bu bağlamda pazara özgü haklar dışındaki stratejik kararların, örnek olarak yönetim organının belirlenmesi, iş planının hazırlanması, bütçenin ve yatırım planının oluşturulması ve onanması gibi Rekabet Hukuku tarafından stratejik karar olarak nitelendirilen tüm kararlar, Ortaklıklar Hukuku bakımından da faaliyet ve finans politikalarını biçimlendiren kararlar olarak nitelendirilmelidir. Bu olgular ışığında, Ortaklıklar Hukuku da Rekabet Hukuku da, maddi içeriği aynı olan belirleyici etki kavramından hareket etmekte; kontrol araçları bakımından fiili olgular noktasında farklılaşmakta, ayrıca hakimiyetin icra edilebilmesi kabiliyetiyle yetinmeleri bakımından benzeşmektedir.

## II. Ortak Kontrol Kavramına Yaklaşımımız

Ortak kontrol kavramı ise, tekil kontrole özgü olarak yukarıda sunduğumuz esas alınarak ancak tekil kontrole ortak kontrol arasındaki mahiyet farklılığı gözetilerek tanımlanmalıdır. Ortak kontrol kavramına ilişkin pozitif düzenlemeler ortaya koyan Rekabet Hukuku'nda ortak kontrol, “en az iki teşebbüsün bir başka teşebbüsün stratejik kararları üzerinde ortaklaşa olarak belirleyici etki icra etmeleri” veya “kontrolün en az iki teşebbüs tarafından paylaşılması” olarak tanımlanmaktadır (YKHD. par. 19). Bu tanım, Rekabet Hukuku öğretisinde bir çok yazar tarafından benimsenmektedir<sup>1021</sup>. Kanımızca bu tanım, ortak kontrol kavramını ortaya koymakla birlikte somutlaştırılmaya ve ayrıntılandırılmaya muhtaçtır.

İlk olarak, söz konusu tanım, tekil kontrole özgü tanımda kontrolü icra eden teşebbüs sayısının en az iki olduğu fikrinden hareket etmekte, böylelikle örtülü olarak tekil kontrole ortak kontrol arasındaki farkı “kontrolü elinde bulunduran özne sayısındaki farklılığa” indirgemektedir. Oysa, tekil kontrole ortak kontrolün yegane ortak özellikleri, belirleyici etkinin maddi içeriği ve kontrolün her iki türünde de hakimiyeti icra etme kabiliyetiyle yetinilmesidir. Zira, tekil kontrolde de ortak kontrolde de, belirleyici etkinin maddi içeriğini hedef teşebbüsün stratejik kararları oluşturmaktadır. Bunun dışında, kontrolün her iki görünüm biçimi; oluşum

---

<sup>1021</sup> Erdem, Birleşme ve Devralmalar, s. 206, Scheibitz, s. 192.

biçimleri, mahiyetleri ve ortaya koydukları sorunlar bakımından birbirinden çok farklıdır<sup>1022</sup>. Nitekim bu farklılıklar, ortak kontrole ilişkin incelemelerimiz kapsamında aşağıda irdelenecektir.

Söz konusu farklılıklar, ortak kontrolün “ kontrolün en az iki hakim teşebbüs tarafından paylaşılması” biçiminde tanımlanmasını yetersiz kılmaktadır. Ortak kontrole ilişkin bir tanımda, ortak kontrolün mahiyeti ortaya konulmalıdır. Bu bağlamda, “tekil kontrol iradesi” ile “ortak kontrol iradesi” arasındaki farklılaşmaya değinilmesi zorunludur.

Aşağıda inceleneceği üzere<sup>1023</sup>, ortak kontrolde kontrol eden konumunda yer alan birden fazla öznenin hiç birinin iradesi, ortak girişim şirketinin iradesine egemen olamamakta<sup>1024</sup>; bilakis bu öznelere ortaya koyduğu irade (münferit iradeler) birbiriyle çarpışmaktadır. Bu süreç sonunda uzlaşma ortaya çıkarsa, “ortak kontrol iradesi” veya “ortak irade” meydana gelmektedir<sup>1025</sup>. Ortak kontrol iradesi, ortak kontrolü paylaşan her bir hakim pay sahibinin münferit iradesinden farklılaşan, onların uzlaşması sonucunda ortaya çıkan ve tekil nitelikteki bir iradedir. Ortak kontrol iradesinin meydana gelmesi, iki ögeyi kesin bir şekilde gerektirmektedir : 1. Kontrol edenlerden (hakim pay sahiplerinden/ hakim teşebbüslerden) hiç birinin iradesi tek başına diğer kontrol edenlerin iradesine üstün gelmemeli ve ortak kontrol iradesinin oluşumunda diğer münferit iradelere nazaran daha etkili olmamalıdır. 2. Aynı şekilde, kontrol edenlerden hiç birinin iradesi de , ortak kontrol iradesinin oluşumunda devre dışı kalmamalıdır<sup>1026</sup>.

Bu veriler ışığında, ortak kontrol kavramını şu şekilde tanımlamanın yerinde olacağını düşünüyoruz : Ortak kontrol, en az iki kişinin belirli bir teşebbüsün faaliyet ve finans politikalarına özgü kararlarının alınmasında birbirleriyle uzlaşarak ortaklaşa belirleyici etki icra etme gücünü kalıcı olarak ellerinde bulundurmaları, bu belirleyici etkinin oluşumunda bu kişilerden hiç birinin iradesinin diğerlerine üstün

---

<sup>1022</sup> Bu farklılık üzerinde duran bkz. **Scheibitz**, s. 192.

<sup>1023</sup> Bkz. a.ş. § 10, II.

<sup>1024</sup> **Ruchin**, s. 130.

<sup>1025</sup> **Ruchin**, s. 130-131. Meseleye sermayeye katılmalı ortak girişimin yapısı açısından bakıldığında, söz konusu irade, temel sözleşme uyarınca meydana gelen adi ortaklığın iradesidir.

<sup>1026</sup> **Kozyris**, s. 509. Bu iki öge, aşağıda tekil- ortak kontrol ayırımına ilişkin incelemelerde (bkz. a.ş. § 10, II/IV) daha ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

gelmemesi ve bu kişilerden hiç birinin iradesinin etkisiz kılınamaması anlamına gelmektedir.

## **V. Kontrolün Maddi İçeriği**

### **A. Kontrolün Maddi İçeriğinin Belirlenmesinde Çıkış Noktasına İlişkin Arayışlar**

Ortaklıklar Hukuku'na özgü pozitif düzenlemelerde “bağımlılık” ve “kontrol” kavramları, prensip olarak, “kontrol eden- kontrol edilen ayrımı”, “kontrolün sağlanması” ve “kontrole bağlanan sonuçlar” bakımından ele alınmıştır. Farklı bir anlatımla, bir ortaklık üzerinde hangi koşullarda kontrolün elde edileceği (1) , kontrolü elde edenin kontrol edilen ortaklık organlarında edineceği konum (2) ve menfaat sahiplerinin kontrol edilenle olan hukuki ilişkileri çerçevesinde kontrol edene başvurabilmelerine ilişkin koşullar(3), şirketler topluluğuna özgü düzenlemelerin odak noktasını oluşturmaktadır. Söz konusu düzenlemelerde, kontrol ilişkisinin kontrol edilen üzerindeki etkilerine, diğer bir deyişle kontrolün maddi içeriğine değinilmemiştir.

Avrupa Kanunkoyucusu ve Tasarı , şirketler topluluğuna özgü düzenlemelerde , belirli durumların ortaya çıkması halinde bir kontrol ilişkisinin mevcut olduğunu varsaymakta, bu ilişkinin nasıl hayata geçirildiğiyle, başka bir ifadeyle hakim ortaklığın bağlı ortaklık üzerindeki kontrol erkini nasıl icra ettiğiyle, hatta bu etkinin gerçek anlamda icra edilip edilmediğiyle ilgilenmemektedir. Oysa, hakim ortaklıkla bağlı ortaklığın meydana getirdiği ekonomik bütünlüğün temelini oluşturan kontrol ilişkisinin anlaşılması için, kontrolün maddi içeriğinin araştırılması gerekir.

Başka bir açıdan, hakimiyet kavramı, hedef (kontrol edilen) ortaklığın yönetimini ilgilendirdiğine ve yönetim, ortaklık organlarının aldığı kararlarla somutlaştığına göre, şu sorunun yanıtlanması gerekecektir : Hakimiyetten söz edilebilmesi için, hedef ortaklığın organlarının alacağı her türlü karar üzerinde hakimiyet sağlamak, diğer bir anlatımla ortaklık organları tarafından alınacak tüm kararlar üzerinde belirleyici etki icra etme imkanının elinde bulundurulması mı gerekecektir? Hakimiyetin varlığından söz edilmesi için tüm kararlar üzerinde belirleyici etki icra

edilmesi aranmayacaksa, hangi kararlar üzerinde belirleyici etki icra edilebilmesi halinde hakimiyetin varlığından söz etmek mümkündür? Bu sorular doğrudan doğruya, hedef ortaklık üzerinde icra edilecek olan belirleyici etkinin maddi içeriğini ilgilendirmektedir. Kontrolün maddi içeriği, kontrolün varlığından söz edilebilmesi açısından hedef ortaklığın organları tarafından alınan ancak hakim ortaklığın iradesiyle biçimlenen kararların asgari çevresidir.

İncelediğimiz üzere, esasen Rekabet Hukuku ve kısmen Sermaye Piyasası Hukuku dışında kalan hukuk disiplinlerinde, kontrolün maddi içeriği irdelenmemektedir. Rekabet Hukuku alanındaki düzenlemeler, kontrol müessesesini kavramsal açıdan incelerken “hedef teşebbüsün stratejik kararları üzerinde belirleyici etki icra edilmesi” görüşünden hareket etmektedir<sup>1027</sup>. Böylelikle Rekabet Hukuku’na göre kontrolün maddi içeriği, ortaklık organlarında alınan stratejik kararlardır.

Stratejik karar kavramı, hukuki olmaktan öte işletme biliminin konusunu ilgilendirmektedir. Anonim Ortaklıklar Hukuku alanında, “ alelade karar- stratejik karar” ayrımı yapılmamaktadır. Bu olgu, kendisini yönetim kurulunda alınan kararlar bakımından açıklıkla ortaya koymaktadır : TTK.m. 330, toplantı ve karar yetersayılarını yönetim kurulunda alınacak kararların niteliği konusunda bir ayrım yapmaksızın belirlemektedir. Genel kurulda ise, ortaklık açısından önem taşıyan belirli kararların alınması, adi yetersayılara (TTK.m. 372) göre daha ağır olan ve nitelikli yetersayı olarak adlandırılan sermaye çoğunluğunun –ve istisnai durumlarda sermayenin tamamının (TTK. m. 388/1) olumlu oylarına bağlanmıştır (TTK.m. 388). Şu kadar ki, adi yetersayıya bağlanan kararlar- nitelikli yetersayılara bağlanan kararlar ayrımının gerçek anlamda alelade kararlar-stratejik kararlar ayrımıyla örtüştüğü şüphe götürür<sup>1028</sup>.

Kuşkusuz ki, belirli bir anonim ortaklıkta paysahipleri, söz konusu ortaklığı çevreleyen somut olguları dikkate alarak hangi kararların stratejik nitelik taşıdığını paysahipleri sözleşmesiyle saptayabilirler<sup>1029</sup>, hatta anasözleşmede söz konusu

---

<sup>1027</sup> **Ruchin**, s. 130.

<sup>1028</sup> Bir örnekle, anonim ortaklığın anasözleşmesinde yapılacak basit bir değişiklik, örneğin şirketin ticari merkezinin değiştirilmesi dahi, TTK.m. 388/3,4’te öngörülen ağırlaştırılmış yetersayılara tâbidir. Oysa, şirket merkezinin aynı şehir içinde başka bir yere taşınmasının stratejik bir karar olduğunu savunmak mümkün değildir.

<sup>1029</sup> **Oertle**, s. 69-70.

kararları nitelikli yetersayılara bağlayabilirler<sup>1030</sup>. Aynı olgu, TTK.m. 330'un tekil bir yetersayı anlayışını benimsediği yönetim kurulu bakımından da geçerlidir. Bu imkan, gerçekte stratejik nitelik taşımayan kararların dahi paysahiplerinin öznel iradeleri doğrultusunda stratejik karar olarak nitelendirilmesine yol açabilir. Bu yönden Anonim Ortaklıklar Hukuku, paysahiplerinin öznel iradelerine set çeken bir yaklaşım benimsememekte ve anonim ortaklığın bu açıdan “öznelleştirilmesine ve kişiselleştirilmesine“ imkan tanımaktadır.

Bu noktada, kontrolün maddi içeriğinin Kanunkoyucu tarafından Ortaklıklar Hukuku'na özgü düzenlemelerde hangi nedenle açıklanmadığı da ortaya çıkmaktadır : Stratejik karar kavramı, hukuki bir kavram değildir ve büyük ölçüde hakim paysahiplerinin öznel iradesi doğrultusunda biçimlenmektedir<sup>1031</sup>. Bu bölümde inceleneceği üzere, her teşebbüs için stratejik karar olarak nitelendirilen kararların varlığından söz edilebilir; şu kadar ki, kontrol anlayışı, fiili hakimiyet anlayışının aksine hakim ortaklığın etkin konumunun hangi tür kararları kapsadığının incelenmesine engeldir. Kontrol anlayışında, kanuni faraziye olarak öngörülen kontrol aracı mevcutsa veya karine olarak öngörülen kontrol aracının varlığı çürütülememişse, hakim ortaklığın hakimiyeti tam hakimiyetten daha dar kapsamlı olsa dahi<sup>1032</sup> artık kontrolün varlığından söz edilir ve kontrolün spesifik içeriği ile ilgilenilmez. Açık bir anlatımla, hem tüm teşebbüsler açısından stratejik karar niteliğini taşıyan kararların, hem de hakim paysahiplerinin öznel iradesi uyarınca stratejik olarak nitelendirilen kararların kapsamı, Ortaklıklar Hukuku anlamında kontrolün varlığı açısından herhangi bir etki yaratmaz, önemli olan, bir kontrol aracının mevcut olup olmamasıdır.

Oysa Rekabet Hukuku, belirleyici etkinin içeriğiyle ilgilenir ve belirleyici etkinin hangi stratejik kararları kapsadığını irdelemektedir. Rekabet Hukuku'nun esas aldığı

---

<sup>1030</sup> Ortak kontrolün yetersayıların ağırlaştırılması marifetiyle elde edildiği yoğunlaşmalara örnek olarak bkz. Avrupa Komisyonu'nun **Varta/Bosch** Kararı, ATRG. 12.4.1991, L 320/26, M 12.

<sup>1031</sup> Bununla birlikte, kontrolün ortaklığın stratejik yönetimini ilgilendirdiği, Ortaklıklar Hukuku öğretisinde de kabul edilmektedir; örnek olarak bkz. Markus **Bösiger**, Bedeutung und Grenzen des Aktionärsbindungsvertrages bei personenbezogenen Aktiengesellschaften, Zeitschrift zur Rechtsetzung und Praxis im Gesellschafts- und Handelsregisterrecht ( Reprax), 2003/1, s. 3, Türk Ortaklıklar Hukuku öğretisinde stratejik karar kavramını kullanan **Okutan**, s. 131.

<sup>1032</sup> Kontrolün söz konusu olması için, hedef teşebbüsün tüm kararları üzerinde belirleyici etki icra edilebilmesi yani o hedef teşebbüs üzerinde tam anlamıyla hakimiyet sağlanması aranmayacak, söz konusu belirleyici etkinin stratejik kararları kapsamı yeterli görülecektir; bkz. **Scheibitz**, s. 115-116.

“stratejik karar” ölçütünün Ortaklıklar Hukuku’ndaki izdüşümünün belirlenmesi açısından, Türk Hukuku’nda Sermaye Piyasası Kurulu’nun Muhasebe Standartları Tebliği’nin 330. Maddesi önemli bir katkı sağlamaktadır. Gerçekten de Rekabet Hukuku’nun “stratejik karar” olarak adlandırdığı kararlar, Ortaklıklar Hukuku anlamında, ortaklığın “faaliyet ve finans politikalarını” biçimlendiren ve yönlendiren kararlardır. Ancak kaydetmek gerekir ki “ortaklığın faaliyet ve finans politikalarını etkileyen kararlar” kavramı konusunda pozitif bir düzenleme bulunmadığı gibi, öğretide de bu konu üzerinde durmamaktadır. Bu olgu son derece doğaldır; zira bu bölümde irdelediğimiz üzere, Ortaklıklar Hukuku, kontrol konusunda yegane düzenlediği müessese olan şirketler topluluğu bağlamında dahi kontrolün içeriğine herhangi bir sonuç bağlamamaktadır.

Şu kadar ki, hem kontrol kavramını esas alan şirketler topluluğu müessesesinin kavramsal yapısının doğru incelenmesi, hem de sermayeye katılmalı ortak girişimlerin Ortaklıklar Hukuku alanında ortaya koyduğu hukuki sorunların sağlıklı bir şekilde değerlendirilmesi için, kontrolün maddi içeriğinin somutlaştırılması elzemdir. Bu bağlamda, kontrolün maddi içeriğini irdelerken, bu kararların sermayeye katılmalı ortak girişimin stratejik bir ekonomik birim olma özelliğini ilgilendirdiği durumlarda ve özellikle Rekabet Hukuku’na özgü değerlendirmelerde “stratejik karar”, bu kararların anonim ortaklığı ilgilendiren normlar hiyerarşisi içindeki konumuna işaret etmek üzere ise “faaliyet ve finans politikalarını etkileyen kararlar” terimini kullanacağız.

Anonim ortaklık olarak kurulan bir sermayeye katılmalı ortak girişimde, hangi kararların stratejik nitelik taşıyacağı, bir yönüyle hakim teşebbüslerin söz konusu ortak girişim şirketi için belirledikleri somut bakış açısına bağlıdır. Şu kadar ki, faaliyet ve finans politikalarını biçimlendirme ölçüsü dikkate alındığında, her teşebbüs açısından stratejik nitelik taşıması söz konusu olan kararlardan söz etmek gerekir. Bu çerçevede, yönetim kurulunun ve üst düzey yönetimin seçilmesi, bütçenin belirlenmesi, iş planının ve yatırım planının oluşturulması ve pazara özgü haklara ilişkin kararlar, tüm teşebbüsler açısından stratejik niteliktedir. Bu tür kararlar, stratejik niteliği konusunda tartışma bulunmayan kararlardır. Bununla birlikte, Rekabet Hukuku, stratejik kararları sınırlayıcı bir şekilde saymamaktadır. Bu açıdan bakıldığında, Rekabet Hukuku’na özgü düzenlemelerde stratejik kararlar

arasında sayılmamakla birlikte sermaye artırımını, birleşme, bölünme gibi anonim ortaklığın yapısında önemli dönüşümler yaratan kararların da stratejik karar olduğu noktasında kuşku duyulmamalıdır. Zira bu kararlar, bizatihi kontrolün yapısında değişiklik yaratacak nitelikteki kararlardır.

Rekabet Hukuku'nda kontrolden ve giderek ortak kontrolden söz edilebilmesi için, hakim teşebbüsün veya teşebbüslerin asgari olarak bu kararların alınmasında belirleyici etkiye sahip olmaları aranmaktadır. Sermayeye katılmalı ortak girişimlerde, tüm teşebbüsler için stratejik nitelik taşıyan kararlar dışında, temel sözleşmenin taraflarınca stratejik karar olarak nitelendirilen kararlar da mevcuttur. Nitekim, hakim ortaklar, bu kararlar üzerinde de ortak kontrol elde edilmesini sağlayacak bir hukuki yapı kurabilirler. Kuşkusuz ki Rekabet Hukuku, nesnel açıdan stratejik karar niteliğini taşıyan kararlar bakımından ortak belirleyici etkinin mevcut olup olmadığını araştırır ve bu etki mevcutsa kontrolün varlığına hükmeder. Teşebbüsün pazar davranışlarını etkilemeyecek olmakla, birlikte temel sözleşmede stratejik karar olarak nitelendirilen konuların, gerçek anlamda ortak kontrole konu olup olmayacağı, Rekabet Hukuku açısından bir önem taşımaz<sup>1033</sup>; çünkü bu hukuk disiplini, münhasıran ortak girişim şirketinin pazar davranışlarını etkileyecek kararlar üzerinde ortak kontrolün tesis edilmesiyle yetinmektedir. Her durumda, stratejik karar kavramının, diğer bir deyişle hangi kararların ortak kontrole tabi olduğu meselesinin mümkün olduğunca açık ve dar bir şekilde belirlenmesi gerekir<sup>1034</sup>. Bu kapsam ne kadar genişlerse, ortak girişim şirketinin kilitlenmeye elverişliliği o denli pekişecektir.

Ortaklıklar Hukuku, şirketler topluluğuna özgü düzenlemelerde hakimiyete yol açan veya onun varlığına karine teşkil eden durumları ortaya koymakla yetinmekte, bu olguların varlığı halinde hakimiyete ilişkin sonuçların devreye girmesini sağlamaktadır. Bu açıdan, stratejik karar kavramının, diğer bir anlatımla kontrol kavramının maddi içeriğinin araştırılması, Ortaklıklar Hukuku açısından herhangi bir önem arz etmeyebilir. Oysa sermayeye katılmalı ortak girişimler, özellikle Türk uygulamasında ağırlıklı olarak anonim ortaklık olarak kurulmaları itibariyle, Anonim

<sup>1033</sup> Kuşkusuz ki, temel sözleşme uyarınca ortak kontrole tabi kılınan kararlar bakımından ortak kontrolün tesis edilememesi veya işlememesi, sermayeye katılmalı ortak girişimin işleyişini zedeleyici nitelikte olacaktır. Bu açıdan, ortak kontrole konu edilen stratejik kararların çevresi ne denli dar tutulursa, kilitlenmeye elverişlilik de o denli azalacaktır.

<sup>1034</sup> Oertle, s. 70.



Ortaklıklar Hukuku ile Rekabet Hukuku'nun kesişim alanında yer almaktadır. Bu noktadan hareketle, bir sermayeye katılmalı ortak girişimin yoğunlaşma olarak nitelendirilmesi açısından ortak kontrolün maddi içeriğini oluşturan stratejik karar kavramının da içeriğinin araştırılması zorunludur. Diğer bir anlatımla, Rekabet Hukuku'nun Ortaklıklar Hukuku'nu da etkileyen yaklaşımı, stratejik karar kavramının maddi içeriğinin, hakim paysahiplerinin öznel iradeleri doğrultusunda değil, nesnel bir şekilde ortaya konulmasını zorunlu kılmaktadır.

Ayrıca Türk Hukuku'nda Sermaye Piyasası Hukuku'na ilişkin düzenlemelerin de ortak kontrolün maddi içeriğine ilişkin bazı veriler içerdiğine değinmiştik. Nitekim Türk Sermaye Piyasası Hukuku'nda Seri XI No. 25 Sayılı Tebliğ m. 304 hükmünde “bir işletmenin finans veya faaliyet politikalarını yönetme gücünü o işletmeden fayda sağlayacak şekilde elde bulundurma” şeklinde yer alan kontrol tanımı, kontrolün maddi içeriği konusunda Sermaye Piyasası Kurulu'nun yaklaşımını yansıtmaktadır.

Bu noktadan hareketle, Rekabet Hukuku'nun kontrolün maddi içeriğine yönelik yaklaşımlarını irdelemekte ve bu hukuk disiplininin kontrol müessesesinin kavramsal yapısının somutlaştırılmasında ne ölçüde yararlanılabileceğini araştırmakta yarar vardır. Bu araştırma ışığında, Sermaye Piyasası Hukuku'nun kontrolün maddi içeriğine ilişkin anlayışı da değerlendirilecek, ardından kontrolün maddi içeriğine ilişkin genel değerlendirmemiz sunulacaktır.

## **B. Kontrolün Maddi İçeriği Açısından Stratejik Kararlar**

### **1. Genel Bakış**

Tüzel Kişiler Hukuku'nda, tüzel kişinin organlarının aldığı kararlar, alelade-stratejik karar ayırımına konu olmamıştır. Kuşkusuz ki Kanunkoyucu, özellikle Ortaklıklar Hukuku'nda, belirli kararların alınması için daha yüksek yetersayılar öngörerek bu kararların önemine işaret etmiştir<sup>1035</sup>. Hatta bazı yazarlar, “önemli karar”lardan söz

<sup>1035</sup> Türk Hukuku'nda nitelikli yetersayıları düzenleyen TTK.m. 388, (“Esas Mukavelenin Değiştirilmesi” üst başlığı altında) “Toplantı ve Karar Nisabı”başlığını taşıırken, İsviçre Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda nitelikli yetersayıları düzenleyen İBK.m. 704 hükmü ise “Önemli Kararlar” başlığı altında yer almaktadır. Oysa söz konusu kararların, Rekabet Hukuku anlamında stratejik kararlarla ilişkisi yoktur. Zira söz konusu kararların önemli bir çoğunluğunun Rekabet

etmiş, ancak bu konuda bir ölçüt getirmekten kaçınmışlardır<sup>1036</sup>. Rekabet Hukuku ise, incelendiği üzere kontrolün maddi içeriğini, “teşebbüsün stratejik kararları” olarak belirlemiş ve rekabet otoriteleri tarafından yürürlüğe konulan ikincil düzenlemelerle bu kavramın içeriğini somutlaştırmaya gayret etmiştir. Genel bir yaklaşımla, Rekabet Hukuku açısından stratejik kararlar, teşebbüsün pazar davranışlarını belirleyen kararlardır<sup>1037</sup>. Rekabet Hukuku’nun belirlediği bu yaklaşımın Ortaklıklar Hukuku düzlemindeki yansımaları incelenmelidir.

Bir teşebbüste ve konumuz özelinde anonim ortaklıkta, ortaklık organlarının aldığı her karar, stratejik nitelikte değildir. Bir kararın stratejik olma niteliği, teşebbüsün pazar davranışlarını ilgilendirdiğinden, konusu itibarıyla endüstri ekonomisinin inceleme alanına girer. Nitekim ekonomi öğretisi, teşebbüslerde “stratejik düzlem (stratejik kararlar)” ve “operasyonel düzlem” (alelade kararlar) arasında ayırım yapmaktadır<sup>1038</sup>. Stratejik kararlar, doğrudan doğruya teşebbüsün yapısını ve üst düzeyde finansmanını biçimlendiren, teşebbüsün pazardaki konumunu belirleyen, onun kendi faaliyet alanı içinde yapacağı büyük çaplı atılımları ilgilendiren kararlardır. Bu anlamda Rekabet Hukuku’nun koyduğu “pazar davranışlarını belirleme” ölçütü, kritik bir önemi haizdir ve bir kararın stratejik bir karar olarak nitelendirilmesini sağlayan diğer faktörler açısından da belirleyici bir rol oynamaktadır : Bir teşebbüsün pazardaki konumunu etkileyen her türlü karar, stratejik olarak nitelendirilebilir.

Bu noktadan hareketle, tüm teşebbüsler açısından stratejik nitelik taşıyan kararlar mevcut olduğu gibi, bu kararlar dışında başkaca kararlar da temel sözleşme yoluyla

---

Hukuku anlamında belirleyici olan “teşebbüsün stratejik pazar davranışlarıyla” bir ilişkisi yoktur. Bu kararlar, Ortaklıklar Hukuku yönünden önemlidir, çünkü anonim ortaklığın hukuki yapısını ve pay sahipliği haklarını doğrudan doğruya etkilemektedir.

<sup>1036</sup> Ortaklıklar Hukuku literatüründe, nadiren dahi olsa “stratejik kararlardan” söz edenler vardır, örnek olarak bkz. **Okutan**, s. 131, Urs **Bertschinger**, *Zuständigkeit der Generalversammlung der Aktiengesellschaft- ein unterschätzter Aspekt der Corporate Governance*, *Festschrift für Jean Nicholas Druey zum 65. Geburtstag*, Zürich, 2002, s. 311. Yazar İBK.m. 716a/1 hükmünde yönetim kurulunun ortaklığın üst düzey yönetimiyle görevlendirildiğini ve bu görevin kapsamına stratejik kararların girdiğini ifade etmektedir. Yazar, stratejik karar kavramına ilişkin bir ölçüt getirmemekle birlikte, yazarın yönetim kurulunun ortaklığın yönelimlerinin ve hedeflerinin belirlenmesinden söz etmesi ve bu kapsama finans ve personel planlamasının girdiğini ileri sürmesi, çalışmamızda ortaya koyduğumuz şekilde stratejik kararın Ortaklıklar Hukuku’nda ortaklığın faaliyet ve finans politikalarının belirlenmesini kapsadığı yönündeki görüşle örtüşmektedir.

<sup>1037</sup> **Scheibitz**, s. 92.

<sup>1038</sup> Bu yönde özellikle **Büchel/Prange/Probst/Rüling**, s. 95.

hakim ortaklarca stratejik karar haline getirilebilecektir. Bu olguyu gözeten Avrupa Komisyonu, Yoğunlaşma Kavramı Hakkında Duyurusu'nda stratejik kararları tüketici olarak saymamış, her teşebbüs açısından stratejik nitelik taşıyan kararlara genel olarak değinmiştir. Son tahlilde, Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda bir kararın stratejik karar olarak nitelendirilip nitelendirilmemesi herhangi bir önem arz etmez, önemli olan o kararın nasıl alınacağı ve ortaklık üzerinde ne tür etkiler yaratacağıdır. Bu itibarla, Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda ortaklık organlarında alınan kararların hangilerinin stratejik nitelik taşıdığı araştırılması da zorunlu değildir.

Diğer yandan, bir anonim ortaklığın ortak girişim şirketi niteliğini taşıması için, ortak kontrole tabi bulunması gerekeceğinden, anonim ortaklık olarak kurulan sermayeye katılmalı ortak girişimleri çevreleyen hukuki sorunların daha sağlıklı bir şekilde ele alınabilmesi için hangi durumlarda ortak kontrolün bulunacağı belirlenmesinde yarar görülebilir. Bu tespit ise, ancak ortak kontrolün maddi içeriğinin araştırılması yoluyla mümkündür. Bu itibarla, Rekabet Hukuku'nda stratejik karar olarak nitelendirilen kararların, anonim ortaklıktaki etkisinin araştırılmasında yarar vardır.

İncelendiği üzere, Rekabet Hukuku'nun çıkış noktası olarak benimsediği stratejik karar kavramı, Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda ifadesini bulmamakta, ekonomik bir nitelik taşımaktadır. Ortaklıklar Hukuku ile Rekabet Hukuku arasında ortaya çıkan bu farklılaşma, her iki hukuk disiplinin korumaya yöneldiği hukuki değerlerin farklılaşmasından kaynaklanmaktadır. Ortaklıklar Hukuku, karar kavramına “ortaklık organları tarafından ortaklık iradesinin oluşum sürecinin sonucunda ortaya çıkan çok taraflı hukuki işlem” olarak bakmakta ve söz konusu kararın ortaklık düzlemi dışında ekonomik düzen üzerindeki etkileriyle ilgilenmemektedir. Merkez kavram ortaklıktır ve ortaklık organlarının kararlarının makro ekonomik düzen üzerindeki etkileri, prensip olarak Ortaklıklar Hukuku'nda ele alınmaz<sup>1039</sup>. Rekabet Hukuku ise, davranış denetimi ve yapısal denetim<sup>1040</sup> mekanizmaları aracılığıyla, bir teşebbüs tarafından alınan kararların ekonomik düzen ve bunun bir cephesini oluşturan rekabet düzeni üzerindeki etkilerini irdelemektedir. Görüldüğü üzere, bu iki hukuk disiplininin karar

---

<sup>1039</sup> Bu prensibin istisnası, anonim ortaklığın mali yapısının korunmasına ve bu yapının bozulması halinde, alacaklıları en az zarara uğratan kollektif tasfiye yönteminin uygulanmasına (TTK.m. 324, İİK.m. 179) ilişkin kararlardır.

<sup>1040</sup> Rekabet Hukuku'ndaki bu denetim mekanizmaları için bkz. yuk. §7, I, A.

ve stratejik karar meselelerine yönelik yaklaşımlarının tam anlamıyla bağdaştırılması söz konusu değildir.

Şu kadar ki, bu noktada önemli bir sorun ortaya çıkmaktadır : Rekabet Hukuku'nun öznesini oluşturan teşebbüsler, özellikle sermayeye katılmalı ortak girişimlere uygulanan rekabet denetimi dikkate alındığında, çoğunlukla anonim ortaklıklardır. Bu itibarla, Rekabet Hukuku'nda stratejik karar olarak nitelendirilen kararların, hangi ortaklık organı tarafından hangi yetersayılarla alınacağı meselesi, doğrudan doğruya Ortaklıklar Hukuku'nu ilgilendirmektedir. Ayrıca, Rekabet Hukuku'nda kontrole yol açacağı öngörülen araçlardan bir kısmı, örneğin yetersayılar, veto hakları, yönetime katılmada imtiyaz hakları gibi araçlar, Ortaklıklar Hukuku'na özgü araçlardır. Bu nedenle, Ortaklıklar Hukuku, kontrolün maddi içeriğinin araştırılmasını gerekli kılmasa da, Rekabet Hukuku, kontrolün içeriğinin belirlenmesi açısından, kontrolün Ortaklıklar Hukuku'ndaki izdüşümlerinin incelenmesini zorunlu hale getirmektedir. Ayrıca, Rekabet Hukuku, ortak kontrolün oluşumunda tüm hakim ortakların birbirleriyle uzlaşarak karar almalarını zorunlu kıldığından, bir başka Ortaklıklar Hukuku sorunu olan kilitlenme de ele alınması gereken bir hukuki sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu veriler ışığında, Ortaklıklar Hukuku, kontrolün içeriğini oluşturan kararlarla (stratejik karar kavramıyla) ilgilenmezken, Rekabet Hukuku'nda kontrolün içeriğini oluşturduğu kabul edilen kararların alınması, doğrudan doğruya Ortaklıklar Hukuku'nu ilgilendirmektedir. Bu olgu, kontrolün içeriğinin belirlenmesi açısından, hem Rekabet Hukuku'nun hem de Ortaklıklar Hukuku'nun verilerinin incelenmesini gerekli kılmaktadır. Bu veriler incelenirken, Ortaklıklar Hukuku ile Rekabet Hukuku arasında bir ilişki kurulmasını gündeme getirmektedir. Bu ilişkinin kurulmasında, Sermaye Piyasası Hukuku'nun kontrolün maddi içeriği ile ilgili yaklaşımından yararlanmak mümkündür. İncelendiği üzere, Sermaye Piyasası Hukuku'nda kontrolün maddi içeriği “ortaklığın faaliyet ve finans politikaları üzerinde belirleyici etki icra edilmesi” olarak tanımlanmaktadır. Böylelikle, Ortaklıklar Hukuku'nda, ortaklığın faaliyetine ve bu faaliyeti yürütmek üzere oluşturduğu finansal yapıya ilişkin temel politikaları belirleyen kararlar, stratejik nitelik taşımaktadır.

Son olarak, sermayeye katılmalı ortak girişimlerin kilitlenmeye elverişli yapıları gözetildiğinde, ortak kontrolün her türlü kararı kapsamamasının aranmaması ve ortak kontrolün varlığı açısından stratejik kararlarla yetinilmesi yerindedir. Zira ortak kontrolün varlığı için ortak girişim şirketinin organlarında alınacak kararların tümüne hakim teşebbüslerden her birinin iradesinin yansması koşulu aransaydı, bu kez ortak girişimin basit bir uzlaşmazlıkta kilitlenmesi ve işlevini yitirmesi gündeme gelecekti. Oysa hakim teşebbüslerin stratejik kararlarda uzlaşmaları ve günlük yönetimi ortaklaşa atayacakları profesyonel yönetimin inisiyatifine bırakmaları<sup>1041</sup> daha isabetli olacaktır.

Bu yaklaşımla, gerçek anlamda ortak kontrolün varlığından söz edilebilmesi için, hangi kararların ortaklığın yapısını ve pazardaki konumunu belirleyeceği meselesi üzerinde durmak gerekir. Bu incelemede, teşebbüsün yapısı gözetilmeli, çalışmamızın sınırları dahilinde ise, Rekabet Hukuku'nda stratejik olarak kabul edilen kararların Anonim Ortaklıklar Hukuku'ndaki yansmaları irdelenmelidir.

## 2. Yönetim Organının Oluşturulması

Kontrolün varlığından söz edilebilmesi için, hakim teşebbüslerin ortaklığın günlük yönetimini doğrudan doğruya yürütmeleri veya bu yönetim işlevini icra eden yöneticileri kendi talimatlarına tabi kılmaları gerekmez. Bu anlamda hakim teşebbüsün kontrolü elinde bulundurmasını sağlayan olgu, stratejik kararların alınmasında belirleyici etki kullanma imkanıdır. Yönetim organı da , ortak girişimin stratejik kararlarını alan organlarından biri olduğundan, hakim pay sahiplerinin ortak kontrolü paylaşabilmeleri için, yönetim organının oluşumunda söz sahibi olmaları gerekmektedir.

Yönetim organı farklı modellere göre örgütlenebilir<sup>1042</sup>. Bununla birlikte, Türk Hukuku'nda tekil yönetim anlayışının kabul edilmesi<sup>1043</sup> ve bazı stratejik kararların yönetim kurulu tarafından alınması karşısında, Türk Hukuku açısından ortak

<sup>1041</sup> Kurumsal yönetim ilkesinin bu yönden işlevi için bkz. **Pahlı**, s. 218 vd.

<sup>1042</sup> Bu konuda bkz. aşa. § 12, I, A.

<sup>1043</sup> TTK Tasarısı'nın, yönetim kurulunun yönetim yetkisini yönetici sıfatını taşımayan üçüncü kişilere devretmesine imkan tanınması karşısında, yeni düzende anonim ortaklığın tekil yönetim veya çifte yönetim yapısına göre örgütlenmesi imkanı doğmaktadır; bkz. TTK Tasarısı, Madde Gerekçeleri, Madde 367.

kontrolün tesis edilmesi için pay sahibinin yönetim kurulunun oluşumunda etkili olması, karar yetersayısını gözeterek kendi menfaatlerini temsil eden yeterli sayıda yöneticinin yönetim kuruluna seçilmesini sağlaması gerekmektedir. Yönetim kurulunun oluşumunda ortak kontrolün söz konusu olabilmesi, pay dağılımına veya oyda imtiyaz hakkına (TTK.m. 401) istinaden oy haklarının yarı yarıya pay sahipleri arasında dağılmasına, genel kurulda kullanılacak veto hakkına veya bir oy sözleşmesine dayanabilir.

Ortak kontrolden söz edilebilmesi için, her bir hakim pay sahibinin yönetim organının tüm üyelerini belirleyebilmesi gerekmemektedir. Ortak kontrolün oluşumu için gerekli olan, yönetim organında görev yapacak olan organ görevlilerinin hakim pay sahipleri tarafından ortaklaşa bir şekilde belirlenmesidir. Bu açıdan uygulamada başvurulan yöntem, her bir hakim pay sahibine belirli sayıda yöneticiyi yönetim kuruluna seçtirme hakkının tanınmasıdır. Bu yöntemin uygulanmasında, her bir hakim pay sahibinin kaç yöneticiyi seçtirebileceği değil, yönetim kurulunda alınan kararlar üzerinde ne denli etkili olabildiği önemlidir.

Nitekim, her bir hakim pay sahibine farklı sayıda yöneticiyi yönetim kuruluna seçtirme imkanı tanınabilir. Şu kadar ki, ortak kontrolün tesis edilmesi açısından önemli olan, yönetim kuruluna ilişkin toplantı ve karar yetersayısının, her bir hakim pay sahibi tarafından yönetim kuruluna seçtirilen yöneticilerin iradesini kapsayacak şekilde düzenlenmesidir. Açık bir anlatımla, yönetim kurulunda stratejik kararlar, her bir hakim pay sahibinin menfaatlerini temsil eden yöneticilerin olumlu oyu olmadan alınmamalıdır. Bu yaklaşımın somut örneklerle açıklığa kavuşturulması gerekir.

İlk olarak iki ortaklı bir ortak girişim şirketinde, iki hakim pay sahibinin bulunduğu ve oy haklarının iki hakim pay sahibi arasında yarı yarıya dağıldığı durumlarda, yönetim kurulunun seçilmesi için hakim pay sahiplerinin birbirleriyle uzlaşması gerekir. Bu uzlaşma, kural olarak her bir hakim pay sahibi tarafından eşit sayıda yöneticinin yönetim kuruluna seçtirilmesi şeklinde tezahür eder. Bu olasılıkta, hakim pay sahiplerinden hiç biri yönetim kurulunda karar alınabilecek çoğunluğu tek başına sağlayamayacak, böylelikle yönetim kurulunda alınacak kararlar bakımından ortak kontrol sağlanabilecektir.

Oy dağılımının sağladığı bu dengeye rağmen, uygulamada bu tür ortak girişim şirketlerinde anasözleşmede her bir hakim paysahibine yönetime katılmada imtiyaz hakkı tanınmakta ve yetersayılar TTK.m. 330 hükmünde belirlenen eşikten daha yüksek olarak belirlenmektedir. Amaç, hakim paysahipleri arasında çıkabilecek muhtemel bir uyuşmazlıkta, hakim paysahiplerinden birinin genel kurulda TTK.m. 372'deki asgarî yetersayıları sağlayarak tek başına yönetim kurulunu seçebilmesini ve böylelikle ortak kontrolü bertaraf etmesini önlemektir.

Diğer yandan, oy haklarının yarı yarıya dağıldığı ortak girişim şirketlerinde, ortak kontrolün varlığının sınanmasında, oy dağılımının kurduğu bu dengenin başka araçlarla bozulup bozulmadığının da irdelenmesi gerekir. Gerçekten de, iki hakim ortaklı ortak girişim şirketlerinde, oy haklarının eşit dağılımı ortak kontrol dengesini sağlamakla birlikte, bu denge, yönetim kuruluna üye seçtirme hakkını bahşeden imtiyaz ve oy sözleşmesi ile bozulabilir. Bu itibarla, oy haklarının yarı yarıya dağıldığı ortak girişim şirketlerinde ilke olarak ortak kontrolün bulunduğu ve hakim paysahiplerinin menfaatlerinin yönetim kurulunda eşit bir şekilde temsil edileceği varsayılacak; bununla birlikte oy haklarının dağılımının iki hakim paysahibi arasında yarattığı dengeyi bu paysahiplerinden biri lehine bozabilecek bir aracın varlığı halinde ortak kontrolden söz edilemeyecektir.

İkiden fazla hakim paysahibinin bulunduğu ortak girişim şirketlerinde ise, her bir hakim paysahibinin yönetim kuruluna kaç üye seçtirebileceği ve bu üyelerle yönetim kurulunda alınacak kararlar üzerinde belirleyici bir etkiye sahip olup olamayacağı irdelenmelidir. İlk olarak, ikiden fazla hakim ortaklı ortak girişim şirketlerinde, ortak kontrol kendiliğinden oluşmaz. Bunun için, bazı Ortaklıklar Hukuku araçlarına veya oy sözleşmelerine başvurmak gerekmektedir. Bu araçlar ayrıntılarıyla incelenecektir<sup>1044</sup>. Ancak, bu aşamada belirtmek gerekir ki, ikiden fazla hakim ortağı bulunan ortak girişim şirketlerinde ortak kontrolün varlığından söz edilebilmesi için, hakim paysahipleri arasında değişik koalisyonlar kurulması ihtimali dikkate alınmalı; hakim paysahiplerinden birinin diğer hakim paysahipleri tarafından “dışlanması” olasılığında dahi, birbirleriyle işbirliği yapan hakim paysahiplerinin yönetim kurulunda karar alamayacakları bir yapının kurulması gerekir.

---

<sup>1044</sup> bkz. a.ş.a. § 11, III, IV, V, VI.

Bunun aracı ise, yetersayılar ve veto haklarıdır. Bir örnekle somutlaştırmak gerekirse, üç hakim paysahibinin her birinin yönetim kurulunda üçer yöneticiyle temsil edildiği bir ortak girişim şirketinde, iki hakim paysahibi birbirleriyle işbirliği yaparak yönetim kurulunda toplantı ve karar yetersayısını sağlayabilirler ve karar alabilirler. Bu itibarla, bu tip bir yapılanmada, karar yetersayısının en az yedi üyenin olumlu oyu olarak belirlenmesi gerekir. Görüldüğü üzere, ikiden fazla hakim ortağın bulunduğu ortak girişim şirketlerinde ortak kontrolün oluşumu ve icra edilmesi, iki ortaklı ortak girişim şirketlerine göre farklılık göstermektedir. Sonuç itibariyle, yönetim organının seçilmesi bakımından ortak kontrolün sağlanabilmesi için, her bir hakim paysahibinin menfaatlerini temsil eden yöneticilerin iradelerinin yönetim kurulunda alınacak karara yansımaları sağlayacak bir yapı kurulmalıdır<sup>1045</sup>.

### 3. Bütçenin Belirlenmesi

Bütçe, ortaklığın izleyen mali yılda kaynaklarını ne şekilde kullanacağını belirleyen bir finans planıdır. Teşebbüsler, finans ve yatırım stratejilerini biçimlendirmek, bu sayede orta ve uzun vadede kaynakları ne şekilde elde edeceklerini belirlemek üzere bütçe hazırlamaktadır.

Sermayeye katılmalı ortak girişimlerin, ortakların stratejik kaynaklarını bütünleştirdiği bir işbirliği modeli olduğu dikkate alındığında, ortak girişimin faaliyete geçmesinden sonra bu kaynakların ne şekilde değerlendirileceği, ortak girişimin pazar davranışları açısından kritik bir önem taşır<sup>1046</sup>. Bu açıdan Komisyon, bütçenin, ortak girişimin faaliyetleri ve yatırımları açısından bir çerçeve çizdiğini ortaya koymaktadır (YKD. par. 25). Benimsediğimiz ölçüt uyarınca, bütçenin belirlenmesi, şirketin faaliyet ve finans politikalarını ilgilendiren bir karar olduğundan, hakim paysahiplerinin icra edecekleri ortaklaşa belirleyici etkinin kapsamına, bütçeye ilişkin kararların da dahil olması gerekir.

Anonim ortaklıklarda bütçenin belirlenmesi meselesinin hangi organın yetki alanına dahil olduğunu ortaya koyan bir düzenleme mevcut değildir. Bu sorunun yanıtlanması için, söz konusu kararın niteliğinden hareket etmek gerekmektedir.

<sup>1045</sup> Bu konuda özellikle yetersayılar bağlamındaki açıklamalarımız için bkz. yuk. § 11, III, A, 1.

<sup>1046</sup> Hoßfeld, s. 98.



Bütçenin belirlenmesi, anonim ortaklığın ileriye dönük olarak finans stratejisini planlamasına hizmet etmektedir. Anonim ortaklıkta, ortaklığın halihazırdaki finansal durumunu ve son mali yıldaki faaliyetlerinin mali sonuçlarını ortaya koyan yıl sonu bilançosunun genel kurul tarafından onandığı (TTK.m. 369/2) ve bu hususun genel kurulun münhasır yetkileri arasında yer aldığı<sup>1047</sup> dikkate alındığında, kanımızca ileriye dönük bir bilanço olarak nitelendirilebilecek bütçenin onanmasının da, genel kurulun yetkisi dahilinde olduğunun kabul edilmesi gerekir<sup>1048</sup>. Böylelikle, bütçe, icra organı olan ve ortaklığın halihazırdaki finansal durumu hakkında bilgi sahibi olan yönetim kurulu tarafından hazırlanmalı, genel kurul tarafından onanmalıdır.

Bu durumda, genel kurulda bütçenin onanması konusundaki kararlar bakımından da ortak kontrolün sağlanması, bu anlamda her bir hakim paysahibinin iradesinin genel kurulda bütçenin onanmasına ilişkin sürece yansması gerekmektedir. Oyların iki hakim paysahibi arasında eşit bir şekilde dağılması durumunda, bu durum kendiliğinden ortaya çıkacak, diğer durumlarda ise genel kurula özgü yetersayılar ve veto hakları marifetiyle ortak kontrolün sağlanması mümkün olacaktır.

Bütçenin ortak kontrole konu olması gereği, hakim paysahibinin bütçeyle ilgili olarak hem yönetim kurulunda bütçenin hazırlanması sürecinde, hem de genel kurulda bu bütçenin onanması sürecinde uzlaşmalarını gerekli kılmaktadır. Bu bağlamda, bütçenin belirlenmesi ve onanması, iki organda da alınacak kararlar bakımından uzlaşmayı gerekli kıldığından, temel sözleşmede bütçenin belirlenmesine ilişkin ölçütlerin ortaya konulması, özellikle belirli faaliyetlerin ve sonradan gündeme gelecek yeni risklerin hangi finansal kaynaklarla üstlenileceğinin temel sözleşmede belirlenmesi, ortak kontrole işlerlik kazandıracaktır.

---

<sup>1047</sup> **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, No. 664a.

<sup>1048</sup> Nitekim , kanunda belirli bir organın münhasır yetki alanına dahil edilmeyen bir kararın anasözleşmeyle organların yetki alanına dahil edilebileceğine ilişkin öğretide hakim olan görüş ve organların münhasır yetki alanına girmeyen kararların genel kurulun veya yönetim kurulunun yetki alanına dahil edilmesinde, söz konusu kararın niteliğinden hareket edilmesi, bu kararın genel kurulun münhasır yetkisine giren kararlarla ilişkili olması veya mahiyet bakımından benzeşmesi halinde, söz konusu kararın genel kurul tarafından alınması gerektiği yönündeki görüşümüz için bkz. aşa. § 12, I, D.

#### 4. İş Planının Hazırlanması

İş planı, ortak girişimin amacına ulaşması için göstereceği faaliyeti detaylarıyla ortaya koyan ileriye dönük bir projedir ve mikroekonomik açıdan ortak girişimin yol haritasını çizmektedir<sup>1049</sup>. Ortak girişimin büyük risklerin tasfiyesine hizmet etmesi nedeniyle iş planı, genellikle temel sözleşmede düzenlenmektedir. Ortaklıklar Hukuku'nun merceğinden bakıldığında, iş planı ortaklığın amacını ve konusunu anasözleşmeye nazaran çok daha ayrıntılı bir şekilde ortaya koyar<sup>1050</sup> ve bu ikisi arasındaki ilişkiyi yapılandırır.

Ortak girişimler açısından, iş planı stratejik önem taşır. Zira, ortak girişimin hakim teşebbüslerce belirlenen amacına ne tür faaliyetler ve pazar davranışları marifetiyle ulaşılabileceğini, diğer bir deyişle bu amaçlara erişmek üzere hangi stratejilerin izleneceği, iş planında belirlenir<sup>1051</sup>. Kuruluş aşamasında pay sahiplerinin ortak girişimle ilgili tasarımları ağırlıklı olarak ekonomik tahminlere dayandığından, iş planı da bu tahminler doğrultusunda oluşturulmaktadır. Buna karşılık, ortak girişim faaliyete geçtikten sonra, ortak girişimi çevreleyen pazar koşulları nispeten daha açık bir şekilde anlaşılır ve iş planının netleştirilmesi ihtiyacı ortaya çıkar. Bu ihtimal, pazarı belirleyen öğelerin önceden sağlıklı bir şekilde belirlenmesi, bununla birlikte bu koşulların sonradan değişmesi durumları açısından da geçerlidir.

Ortak girişimin pazarın değişen koşullarına yenilikçi bir şekilde cevap verebilmesi için, iş planının sürekli olarak gözden geçirilmesi ve gerekli aralıklarla yenilenmesi gerekmektedir. Ortak girişimlerde temel sözleşme, kuruluş aşamasında taraflarca uzun süre müzakere edildiğinden, sonradan bu sözleşmenin değiştirilmesi çeşitli güçlükler arz etmektedir. Ancak sözleşmenin iş planına ilişkin düzenlemeleri, yukarıdaki veriler ışığında düzenli bir şekilde yenilenmek ve değişen koşullara uyarlanmak gerekir. Temel sözleşmedeki iş planının değiştirilmesinde, hakim teşebbüsler temel sözleşmeyi değiştirmek yerine iş planını temel sözleşmede

---

<sup>1049</sup> Ian **Hewitt**, No. 1.17.

<sup>1050</sup> İş planının, hakim teşebbüslerin ortak girişim şirketinde somutlaşan ortak stratejilerini ortaya koyan ve ortak girişim şirketinin yönetiminde bu ortak stratejiden uzaklaşmamasını teminat altına alan bir plan olduğu yönünde bkz. Ian **Hewitt**, No. 2-47. Pay sahipleri sözleşmelerinde ortaklığın konusunun daha ayrıntılı bir şekilde işlendiği ve bu sözleşmenin esas sözleşme açısından açıklayıcı bir rol üstlendiği konusunda bkz. **Okutan**, s. 127- 128.

<sup>1051</sup> Ian **Hewitt**, No. 1-17.

öngörülen yetersayıları dikkate alarak ortaklık organlarında değiştirme yoluna gitmektedir. Bu bağlamda, denilebilir ki, iş planı, temel sözleşmenin değişime açık bir düzenlemesidir. İş planının yenilenmemesi ve uyarlanmaması, giderek ortak girişimin kilitlenmesine ve başarısızlığına yol açabilir.

Belirleyici etkinin “hedef teşebbüsün stratejik kararlarının alınmasında söz sahibi olmak” şeklinde tanımlanması karşısında, ortak girişimin stratejisini şekillendiren iş planının hazırlanması ve değiştirilmesi konuları da ortak kontrolün konusunu oluşturmaktadır. İş planının değiştirilmesi veya yeniden hazırlanması konusunda hakim teşebbüslerden bazılarının herhangi bir etkinliğe sahip olmaması, ortak kontrolü ortadan kaldıracı bir etki yaratır; zira, iş planı ortak girişimin stratejisini ilgilendirdiğinden, doğrudan doğruya hakim teşebbüsün ortak girişim üzerinde belirleyici etki icra etmesini ilgilendirir.

Komisyon, Yoğunlaşma Kavramı Hakkında Duyuru’da, iş planını ortak kontrolün bir unsuru olarak değerlendirmiş ve hakim teşebbüsün iş planının oluşumundaki yetkisinin, tek başına ortak kontrolü sağlayıp sağlamayacağını veto hakları çerçevesinde irdelemiştir (YKD. par. 26). Komisyon’a göre, başka veto haklarına sahip olmamakla birlikte iş planının oluşumu üzerinde belirleyici etki icra etme imkanına sahip olan teşebbüs, ortak kontrolü paylaşır ve bu sayede hakim teşebbüs konumuna yerleşir<sup>1052</sup> (YKD. par. 26). Aynı paragrafta Komisyon, iş planının genel düşünceler içerdiği, spesifik düzenlemelere yer vermediği durumlarda, iş planına ilişkin veto hakkının tek başına ortak kontrolü sağlamayacağını, bu olasılıkta iş planının ortak kontrolün oluşumu açısından dikkate alınması gereken unsurlardan birisi olacağını ortaya koymuştur.

Kanımızca, stratejik niteliği itibariyle iş planının belirleyici etkinin konusunu oluşturacağı konusunda tereddüt etmemek gerekir. Diğer bir anlatımla, ortak girişimin iş planının değiştirilmesi veya düzenlenmesi konusunda söz sahibi olmayan bir pay sahibinin, ortak girişimde ortak kontrolü paylaştığından ve böylelikle hakim teşebbüs sıfatını taşıdığından söz edilemeyecektir. Bununla birlikte, iş planı ne denli ayrıntılı ve amaca uygun bir şekilde düzenlenirse düzenlensin, pay sahiplerinden

---

<sup>1052</sup> Avrupa Komisyonu’nun bu görüşünü işletme planının hakim teşebbüsler açısından bağlayıcı olması kaydıyla kabul eden **Güngördü/Kayar**, s. 87.

birisine sadece bu plana ilişkin olarak tanınacak veto hakkı, hiç bir surette tek başına ortak kontrolü tesis edici bir etki yaratmaz. Zira, belirleyici etkinin kapsamı, iş planından ibaret değildir. Bu yönden Komisyon'un YKD. par. 26'da yansıma bulan görüşüne katılma imkanı bulmuyoruz.

Gerçekten de, iş planının ortak girişimin tüm faaliyetlerini ve stratejilerini kapsamaması varsayımında dahi, bu iş planını hayata geçirecek olan, ortak girişimin yönetim organıdır. Yönetim organının oluşumunda söz sahibi olmayan bir pay sahibinin ise, fiilen ortak kontrolü elinde bulundurmamak bir yana, belirleyici etkiyi icra etme imkanına dahi sahip olduğundan söz etmek mümkün olmayacaktır. Özellikle yönetim organının, bu organın oluşumunda ve karar almasında söz sahibi olan pay sahibinin etkisi altında iş planını olduğu gibi uygulamaması halinde; sadece iş planının oluşumunda etkin olan, ancak yönetim organı ve ortak girişimin karar mekanizmaları üzerinde herhangi bir inisiyatife sahip olmayan pay sahibinin, yönetim organının iş planına uygun hareket etmesini sağlama imkanı mevcut olmayacaktır. Böylelikle, salt iş planı konusunda veto hakkını haiz olan bir pay sahibinin ortak girişim üzerinde belirleyici etki icra etme imkanına sahip olduğundan söz edilemez. Bu nedenle, Komisyon'un, salt iş planı hakkında veto hakkının tanınması yoluyla ortak kontrolün tesis edilebileceğine ilişkin görüşü isabetli değildir.

Buna karşılık, Komisyon'un, iş planının genel düzenlemeler içermesi halinde ortak kontrolün varlığı açısından dikkate alınacak unsurlardan birisi olarak nitelendirmesi yerindedir. Şu kadar ki, bu bölümdeki incelemelerimiz çerçevesinde, salt iş planına ilişkin veto hakkı ortak kontrolün varlığı açısından yeterli olamayacağına göre, iş planına ilişkin veto hakkının, iş planının içeriği ne denli ayrıntılı olursa olsun, ortak kontrolün varlığının sınanmasında aranması gereken unsurlardan birisi olarak kabul edilmesi gerekmektedir.

## **5.Yatırımlar**

Ortak girişimlerin ölçek ekonomisine erişme amacına hizmet etme özelliği, bu işbirliği modelinin sürekli olarak yeni yatırımlar yapmasını ve etkin bir büyüme

stratejisi yürütmesini gerekli kılmaktadır<sup>1053</sup>. Etkin ve verimli yatırımlar, ortak girişimin büyümesini sağlayarak kârlılığını artırırken, hakim teşebbüslerin bir süreliğine ortak girişimden kâr elde edebilmelerini güçleştirebilir; hatta imkânsız kılabilir. Bu nedenle, temel sözleşmelerde yer alan tipik düzenlemelerden birisi de, ortak girişimin belirli bir düzeyin üzerindeki yatırımlarının ancak hakim teşebbüslerin oybirliğiyle gerçekleştirilebileceği yönündeki düzenlemelerdir. Bu tür düzenlemelerde, yatırımın türü, finansmanı ve kapsamı açısından sınırlamalar getirilebilmektedir.

Komisyon da, YKD. par. 27 hükmünde, yatırımlara ilişkin veto hakkının ortak kontrolün tesisi açısından rolünü ele almıştır. Yatırımların ortak kontrolün oluşumuna yönelik etkileri bakımından, Komisyon, ilgili pazarın özelliklerini ve hakim paysahiplerinin ortak inisiyatifine tabi kılınan yatırım tutarını dikkate almaktadır.

Yatırımın ortak girişim açısından sahip olduğu stratejik önem, ortak girişimin faaliyette bulunduğu pazara göre belirlenir. Bazı pazarlarda teşebbüslerin yatırım yapması, teşebbüsün stratejik yönelimleri açısından herhangi bir önem taşımazken, sanayi ve özellikle yüksek teknoloji pazarlarında yatırımlar kaçınılmaz bir önem taşımaktadır. Bu tür pazarlarda faaliyette bulunan ortak girişimlerde, bir paysahibinin ortak kontrolü paylaşabilmesi için, ortak girişimin yapacağı yatırımların karara bağlanmasını etkileyebilecek bir konumda bulunması gerekir (YKD. par. 27).

Komisyon'un yatırımların stratejik niteliği bakımından önem verdiği bir diğer nokta, ortak kontrole tabi olan yatırımların düzeyidir. Temel sözleşmelerde, belirli tutarı aşan yatırımların tüm hakim paysahiplerinin onayı olmadan gerçekleştirilmemesi yaygın bir şekilde kararlaştırılmakta, bu düzenlemeler aracılığıyla ortak girişimin mali kaynaklarının kullanımının kontrol altında tutulması hedeflenmektedir<sup>1054</sup>. Komisyon, hakim paysahiplerinin tümünün olumlu oyunu veya onayını gerektiren yatırım tutarının çok yüksek olması halinde, temel sözleşmedeki düzenlemenin ortak kontrolü sağlamaktan ziyade azlık haklarını korumaya hizmet ettiğini ortaya koymaktadır (YKD. par. 27). Böylelikle, Komisyon, yatırımlar konusunda hakim

---

<sup>1053</sup> Ruchin, s. 22 -23.

<sup>1054</sup> Ian Hewitt, No. 7.08 vd.

paysahibine tanınan inisiyatifin “azınlık paysahibinin haklarına yönelik bir koruma” mı yoksa “ortak kontrolü sağlamaya yönelik bir düzenleme” mi olduğunu sına ma eğilimindedir. Kuşkusuz ki, bu ayırım, tüm hakim paysahiplerinin onayına tabi olan yatırım tutarının ilgili pazarın somut özelliklerine göre ortak girişimin stratejik yönelimlerini belirleyecek düzeyde olup olmadığına göre değerlendirilecektir.

## 6. Pazara Özgü Haklar

Ortak girişimin bulunduğu pazarın bazı somut özellikleri de stratejik kararlara konu olabilir. Komisyon bu özellikler içinde, “pazara özgü haklara” önem vermektedir (YKD.par. 28). Pazara özgü haklar, ortak girişimin yapısıyla veya finansmanıya ilgili olmayan, ancak onun faaliyet gösterdiği pazarın somut verileriyle ilgili olan haklardır. Örneğin belirli bir ortak girişimin, imal edeceği ürün veya hizmetlerin çeşitliliği, kullanacağı teknoloji, araştırma ve geliştirmeye tahsis edeceği mesai ve finansman, doğrudan doğruya pazarın verileri ışığında şekillenmektedir ve pazardan pazara değişmektedir<sup>1055</sup>. Bu bağlamda Komisyon, somut ortak girişimin verilerinden hareket etmek kaydıyla, pazara özgü unsurlar konusunda alınacak kararların stratejik karar olarak nitelendirilebileceğini ortaya koymakta; özellikle ortak kontrolü paylaşacak olan azınlık paysahibine bu konularda alınacak kararlarda tanınacak belirleyici etki icra etme yetkisini “pazara özgü hak” olarak nitelendirmektedir.

Komisyon’un ortaya attığı bu kavramı somutlaştırmak gerekirse, binek otomobilleri için mekanik aksam üreten bir ortak girişimde, araştırma ve geliştirmeye tahsis edilecek finansmanın belirlenmesi, stratejik kararlardandır. Zira, söz konusu karar doğrudan doğruya ortak girişimin pazar stratejisini ve pazar davranışlarını belirleyecektir.

## 7. Diğer Stratejik Kararlar

Benimsediğimiz ölçüt uyarınca, anonim ortaklığın faaliyet ve finans politikalarını etkileyen her türlü karar, stratejik kararlar cümlesinden sayılmalıdır. Bu konuda

---

<sup>1055</sup> Bu ölçütün, yoğunlaşmaların değerlendirilmesinde ve stratejik kararlar çevresinin belirlenmesinde asli değil tamamlayıcı bir rol üstlendiği yönünde bkz. **Scheibitz**, s. 120.

Rekabet Hukuku'nun sunduğu örnekler, tüketici değildir. Teşebbüsler, yukarıda sayılanlar dışındaki kararların da stratejik karar olarak nitelendirilerek bu kararları da ortak kontrole tabi kılarlar. Bu bağlamda, taraf iradesiyle ortak kontrole tabi kılınan her karar, stratejik karar olarak nitelendirilemez. Kararın stratejik olma niteliği, ilgili teşebbüsün faaliyet ve finans politikalarını belirleme ve yönlendirme kabiliyetiyle ilintilidir.

Kontrolün maddi içeriği bakımından, yukarıda sayılan kararlar dışında, genellikle rekabet otoritelerinin kararlarına konu olmamakla birlikte, ortaklığın faaliyet ve finans politikasını etkileyen bazı kararlardan da söz etmek mümkündür. Bu tür kararlar, doğrudan doğruya kontrolün yapısını değiştiren, onu ortadan kaldıran kararlardır. Örneğin, hakim teşebbüslerin paylarını üçüncü kişilere devretmelerinin bağlam hükümleri uyarınca ortaklık tarafından onanması, sermaye artırımını gibi kararlar da stratejik karar olarak nitelendirilmelidir. Bu yaklaşımımızın nedeni, bu tür kararların doğrudan doğruya kontrolü paylaşanların çevresini değiştirmesi, hatta kontrolü sona erdirebilmesidir. Kontrol, teşebbüsün, çalışmamız özelinde ise ortak girişim şirketinin yapısını değiştiren bir süreç olduğuna göre, kontrolün yapısının değişimi veya sona ermesi de teşebbüsün yapısı üzerinde dönüştürücü bir etki yaratacaktır.

Bu tür dönüşümler, ilgili teşebbüslerin yapısında değişiklik yaratması nedeniyle rekabet otoritesinin denetimine konu olacaktır. Bu durum karşısında, teşebbüsün yapısını değişmesine yol açacak bu tür kararların, stratejik karar olduğu konusunda duraksamamak gerekir; çünkü bu tür kararlar mutlaka teşebbüsün faaliyet ve finansal politikalarını da etkileyecektir.

## **8. Değerlendirme**

Ortak girişimin stratejik bir işbirliği modeli olması ve birbirinden farklı nitelikteki ve düzeydeki riskleri bertaraf etmeye hizmet etmesi, her bir somut ortak girişimde stratejik kararların içeriğinin farklı olmasına yol açabilir. Bununla birlikte, Rekabet Hukuku açısından yönetim organının oluşumu ve bu çerçevede üst düzey yönetimin atanması, ortaklık bütçesinin oluşumuna ilişkin kararlar, iş planı ve yatırımlar, her ortak girişim bakımından stratejik kararların konusunu oluşturmaktadır.

Yoğunlaşma Kavramı Hakkında Duyuru'da, aynı zamanda Komisyon ve Rekabet Kurulu'nda temel olarak ele alınan stratejik kararlar bunlardır. Bununla birlikte, belirtilen kararlar dışında kalan bazı kararlar da stratejik nitelik taşıyabilir. Bu açıdan bir kararın stratejik nitelik taşıyıp taşımadığının belirlenmesinde başvurulacak ölçüt, söz konusu kararın alınmasının ortak girişimin pazar davranışlarını etkileyip etkilemeyeceği ve kontrolün yapısında bir değişikliğe yol açıp açmayacağıdır.

Nitekim, Sermaye Piyasası Hukuku da Seri : XI No: 25 Sayılı Tebliğ<sup>1056</sup>,de kontrol kavramını “bir işletmenin finansal veya faaliyet politikalarını yönetme gücünü o işletmeden fayda sağlayacak şekilde elde bulundurma” şeklinde ortaya koyan Sermaye Piyasası Kurulu'nun bu kavramsal yaklaşımı da Rekabet Hukuku'nun yaklaşımına koşuttur. Bir anonim ortaklık üzerinde kontrolden söz edebilmek için, o ortaklığın yönetim ve finans politikaları üzerinde belirleyici etki icra edilmesi koşulu aranmalıdır. Zira, ancak bu etkinin elde edilmesi halinde, anonim ortaklığın pazar davranışlarının biçimlendirilmesi mümkün olur. Buna karşılık, kontrolün yapısında değişikliğe yol açan kararları stratejik kararlar olarak nitelendirmemizin nedeni, doğrudan doğruya bu kararların mahiyetinden kaynaklanmaktadır. Gerçekten de, madem ki stratejik kararlar, kontrolün içeriğini oluşturmaktadır, bizatihi kontrolün yapısını değişikliğe uğratacak, hatta onu ortadan kaldıracak kararların da stratejik karar olarak nitelendirilmemesi ve ortak kontrole tabi kılınmaması düşünülemez.

Rekabet Hukuku'nun ve Sermaye Piyasası Hukuku'nun bu yaklaşımları karşısında Ortaklıklar Hukuku, ortaklığın yönetim ve finans politikalarıyla ilgilenmemektedir<sup>1057</sup>. Önemli olan, bu politikaları türeten ortaklık organlarının oluşumu ve işleyişidir. Bu itibarla, Rekabet Hukuku'nun ve Sermaye Piyasası'nın koyduğu bu perspektifin Ortaklıklar Hukuku'nda somutlaştırılması gerekir.

---

<sup>1056</sup> bkz. yuk. dn. 456.

<sup>1057</sup> TTK Tasarısı'nda kapalı anonim ortaklıklar açısından da kurumsal yönetim ilkesinin benimsenmesi (kurumsal yönetimin kapalı anonim ortaklıklar bakımından etkileri için bkz. TTK Tasarısı Genel Gerekçe, s. 359- 360 ve bu maddelerin Gerekçeleri) Kanunkoyucu'nun anonim ortaklığın ürettiği bu politikaların ortaklık üzerindeki etkileriyle ilgilenmeye başladığını göstermektedir. Nitekim örneksenen hükümlerle TTK Komisyonu, ortaklığın finans ve yönetim politikalarını biçimlendiren ortaklık organlarına, bu politikaların belirlenmesine yönelik bir çerçeve çizmeyi ve ortaklık organlarının bu çerçevenin sınırları dahilinde hareket etmesini sağlayabilmek için bağımsız denetim kuruluşlarına etkin bir rol izafe etmeyi tercih etmiştir.



Gerçekten de, bir anonim ortaklığın faaliyet ve finans politikaları, doğrudan doğruya bu ortaklığın faaliyetlerini, bu faaliyetlerin nasıl bir organizasyon şeması dahilinde ve hangi kaynaklarla yürütüldüğünü ve nihayet bu faaliyetin hangi ekonomik amaca yöneldiğini ilgilendirmektedir ve dolayısıyla o anonim ortaklığın pazardaki stratejik davranışlarını belirleyici niteliktedir. Ortaklığın yönetim ve finans politikalarına ilişkin kararlar, ortaklığın genel kurulunda ve yönetim kurulunda alınır<sup>1058</sup>.

Geniş anlamda, ortaklık organlarında alınan her türlü karar, yönetim veya finans politikalarını ilgilendirir. Oysa her kararın bu politikaları biçimlendirdiği, başka bir deyişle bu politikaların odağında yer aldığı savunulamaz. Ortaklıklar Hukuku'nda "önemli karar/önemsiz karar" veya "büyük karar/küçük karar" şeklinde bir ayırım bulunmamakla birlikte<sup>1059</sup>, faaliyet ve finans politikalarını biçimlendiren kararlar ile bu politikaların uygulanmasına ilişkin olan, diğer bir anlatımla bu politikaların konusunu oluşturan kararlar arasında ayırım yapmak gerekir. Stratejik kararlar, anonim ortaklığın faaliyet ve finans politikalarını biçimlendiren kararlardır.

Hangi kararların ortaklığın faaliyet ve finans politikalarını biçimlendirdiği konusunda götürü bir formül sunulması yerinde olmayacaktır. Bununla birlikte, özellikle Rekabet Hukuku'nun zengin uygulamasından yararlanılarak tüm ortak girişimler açısından stratejik nitelik taşıyan kararların belirlenmesi mümkündür. Bu bağlamda, yönetim kurulunun ve üst düzey yönetimin seçilmesi, ortaklığın iş planının hazırlanması, ortaklığın yatırım projelerinin karara bağlanması, sermaye

---

<sup>1058</sup> Yönetim kurulu ile genel kurul arasındaki yetki dağılımı bakımından eğilim, yetkilerin mümkün olduğunca yönetim kuruluna kaydırılması yönünde tezahür etmekle birlikte, bu eğilim, genel kurulun münhasır yetkileri ile sınırlanmaktadır; bu konudaki ayrıntılı açıklamalar için bkz. § 12, I, 4.

<sup>1059</sup> Yönetim kurulu kararları açısından bu ayırım yapılmamıştır. Genel kurul kararları açısından, alelade kararlar ile esas sözleşme değişiklikleri arasında Kanunkoyucu tarafından bir ayırım yapıldığı aşikardır. Bu ayırım, söz konusu kararların alınmasında uygulanacak yetersayı hükümlerinin farklılaşmasında kendisini göstermektedir. Bu bağlamda Kanunkoyucu'nun alelade kararlara nazaran anasözleşme değişikliklerini önemsedğinde kuşku yoktur. Yine de bu ayırım, tam anlamıyla yukarıda sunulan iki ayırımla örtüşmemektedir. Nitekim anasözleşme değişikliği dışında kalmakla ve böylelikle ağırlaştırılmış kanuni yetersayılara tabi bulunmamakla birlikte, ortaklığın yönetim ve finansal politikalarını doğrudan etkileyen, ortaklık açısından nesne olarak büyük önem taşıyan bir çok karar sayılabilir.

Buna rağmen, Ortaklıklar Hukuku'nda ortak kontrolün oluşumu için hakim paysahiplerinin uyuşmalarının zorunlu olduğu bazı kararlara değinen ve bu kararları "önemli karar" olarak nitelendiren yazarlar da vardır. Örnek olarak **Gansweid**, esas sermayenin değiştirilmesi (azaltılması veya artırılması), payların devri, ticari işletmenin büyütülmesi veya faaliyet konusunun genişletilmesi ve sona ermeye ilişkin kararları bu çerçevede saymaktadır, bkz. **Gansweid**, s. 56.

artırımı, kârın değerlendirilmesi<sup>1060</sup> gibi kararlar, doğrudan doğruya ortaklığın yönetim ve finans politikasını biçimlendiren ve stratejik nitelik taşıyan kararlardır<sup>1061</sup>.

Anonim ortaklıklarda stratejik kararların bir kısmı, genel kurulda bir kısmı yönetim kurulunda alınır<sup>1062</sup>. Bu nedenle, ortak kontrolden söz edilebilmesi için, her bir hakim pay sahibinin iradesinin hem genel kurula hem de yönetim kuruluna yansiyabilmesi gerekmektedir. Ancak ortak kontrolün maddi içeriğinin araştırılması, ortak kontrolün bu organlarda alınacak her türlü kararı kapsamasının gerekip gerekmediğinin de belirlenmesini zorunlu kılmaktadır.

Ortak kontrolden söz edilebilmesi için, ortak kontrolün maddi içeriğine her türlü stratejik kararın dahil olması gerekir. Farklı bir anlatımla, bir anonim ortaklık, ancak organları tarafından alınacak tüm stratejik kararlarda en az iki hakim pay sahibinin olumlu oy kullanmasının gerekli olması kaydıyla ortak kontrole tâbîdir. Genel kurulda veya yönetim kurulunda alınacak stratejik kararların birinin dahi tekil kontrole tabi kılınması, ortak kontrolü ortadan kaldırır. Bu itibarla, pay sahipleri arasında akdedilen bazı sözleşmelerde yer alan, belirli stratejik kararların o konuda uzman olan hakim pay sahibinin iradesi doğrultusunda alınmasına yönelik düzenlemeler ortak kontrolün varlığına engeldir<sup>1063</sup>. Yine, stratejik kararların hakim pay sahipleri arasında paylaşılması, diğer bir deyişle belirli stratejik kararların alınmasında belirli bir hakim pay sahibinin, diğer stratejik kararlarda diğer hakim pay sahibinin inisiyatifi doğrultusunda hareket edileceğinin kararlaştırılmasında da durum aynıdır.

Ortak kontrol kavramına ilişkin yaklaşımımız ışığında<sup>1064</sup>, ortak kontrolden söz edilebilmesi için, ortaklık organları tarafından alınacak tüm stratejik kararların

---

<sup>1060</sup> Kârın değerlendirilmesi ilk bakışta sadece pay sahiplerinin mâlf haklarını ilgilendiren bir karar olarak görülebilir. Halbuki, kârın bir kısmının yedek akçelere ayrılması hatta kârın dağıtılmamasına ve tamamının özvarlıklara dahil edilmesine karar verilebilmesini, kârı, ortaklığın finansal politikaları açısından önemli bir araç haline getirmektedir.

<sup>1061</sup> **Faull/Nikpay**, No. 4.38.

<sup>1062</sup> Genel kurulda alınan strateji kararlara örnek olarak yönetim kurulunun ve üst düzey yönetimin seçilmesi ve esas sözleşme değişiklikleri ,yönetim kurulda alınan bu tür kararlara ilişkin olarak iş planının ve yatırım planlarının hazırlanması anılabilir.

<sup>1063</sup> Endüstriyel liderlik kavramı için bkz. aşa. dn. 1206.

<sup>1064</sup> Bkz. aşa. § 10, IV.

alınmasında hakim paysahiplerinin veya onların menfaatlerini temsil eden yöneticilerin olumlu oyunun sağlanması gerekmektedir. Belirli stratejik kararların hakim paysahiplerin tümünün uzlaşmasının zorunlu bulunduğu alan dışında bırakılması, ortak kontrolün oluşumunu önleyecektir. Ortak kontrole tabi olmayan bir ortaklık da , ortak girişim şirketi olarak nitelendirilemez.

## **VI. Kontrol Müessesesine İlişkin Veriler Işığında Ortak Kontrolün Mahiyeti**

Ortak kontrolün, en az iki kişinin belirli bir teşebbüsün stratejik kararlarının alınmasında ortaklaşa belirleyici etki icra etme imkanına sahip olmaları, bu belirleyici etkinin oluşumunda bu kişilerden hiç birinin iradesinin diğerlerine üstün gelmemesi ve bu kişilerden hiç birinin iradesinin etkisiz kılınmaması anlamına geldiğini belirtmiştik<sup>1065</sup>.

Ortak kontrolün oluşumu, kontrolün birden fazla özne tarafından paylaşılmasını gerektirir. Ortak kontrolde, kontrolü paylaşan öznelerden hiç biri hedef ortaklığın (ortak girişim şirketinin) iradesini tek başına biçimlendiremediği gibi, hedef ortaklığın iradesinin oluşumunda, bu öznelerden hiç birinin belirleyici etkisi devre dışı bırakılamaz, etkisiz kılınmaz. Açık bir anlatımla, ancak ortak kontrolün maddi içeriğini oluşturan tüm kararlarda, ortak kontrolü paylaşan tüm öznelerin ortak iradesiyle karar tesis edilebilmesi kaydıyla ortak kontrolün varlığından söz edilebilir<sup>1066</sup>. Bu kararlar ise, hedef ortaklığa ilişkin stratejik kararların tamamıdır. Farklı bir bakış açısıyla, ortak kontrolün hüküm sürdüğü anonim ortaklıklarda, ortak kontrolü paylaşan paysahiplerinin tümü, birbirleriyle uzlaşmaya muhtaçtır<sup>1067</sup>. Bu noktada, ortak kontrolün karakteristik özelliği ortaya çıkmaktadır. Ortak kontrolde, ortak kontrolü paylaşan paysahiplerinin tümünün belirli bir stratejik kararın alınması yönündeki iradeleri, aralarından herhangi birinin buna muhalefet etmemesine bağlı olarak kararın alınmasında etkili olabilir. Böylelikle, ortak kontrolü, en az iki hakim paysahibinin her birinin ortaklık organlarında ortaklığın faaliyet ve finans

---

<sup>1065</sup> Bkz. yuk. §10, II.

<sup>1066</sup> **Whish**, Competition Law, s. 806, **Erdem**, Birleşme ve Devralmalar, s. 198, **Güven**, Rekabet Hukuku, s. 338,

<sup>1067</sup> **Einsele**, s. 3; **Faull/Nikpay**, No. 4.32.

politikalarına ilişkin olan ve stratejik karar olarak adlandırılan kararların tümünü tek başına veto etme yetkisi karakterize etmektedir.

Bu karakteristik özellik, tekil kontroldeki belirleyici etki ile ortak kontroldeki belirleyici etkinin mahiyet bakımından farklılaşmasına yol açmaktadır. Tekil kontrolde belirleyici etki, belirli bir teşebbüsün faaliyet ve finans politikalarına özgü olan ve stratejik olarak nitelendirilen kararları belirleyebilme gücü olarak tanımlanmıştır. Oysa, ortak kontrolde, hakim paysahiplerinden hiç biri, bu güce sahip olmayıp, bu gücü icra etme imkanı, hakim paysahipleri arasında kurulan adi ortaklığa aittir. Bu takdirde, ortak kontrolde bu kontrolü paylaşan her bir hakim paysahibi açısından meseleye yaklaşıldığında, belirleyici etki, belirli bir teşebbüsün strateji kararlarını biçimlendirme gücü değil, bu kararların alınmasını engelleme (veto etme) gücüdür<sup>1068</sup>. Böylelikle, tekil kontrolde hakim paysahibinin belirleyici etkisi ile ortak kontrolde, hakim paysahiplerinin tümünün birbirleriyle anlaşarak oluşturdukları ortak belirleyici etki benzeşmektedir, yoksa tekil kontroldeki belirleyici etkiyle ortak kontrolde hakim paysahiplerinden birinin elinde bulunan belirleyici etki, mahiyet bakımından birbirinden farklıdır.

Tekil kontrolde, kontrolü tek bir özne (yegane hakim teşebbüs) icra ettiğinden, kontrolün konusunu oluşturan stratejik kararlar, bu öznenin iradesine göre biçimlenir. Ortak kontrolde ise, bu irade, tek bir özneye ait değildir; birden fazla öznenin ortak iradesidir.

Bu noktada tekil kontrol- ortak kontrol ayrımı, sadece kontrolün oluşumu açısından önem taşımaktadır; yoksa kontrol bir kez oluştuktan sonra ortak girişim şirketi üzerinde icra edilen kontrol erki her iki durumda da tekildir. Diğer bir anlatımla, ortak kontrolde, kontrolü paylaşan hakim teşebbüslerin ayrı ayrı “kontrol iradelerini” bir diğerinden bağımsız olarak ortak girişim şirketi üzerinde icra etmeleri söz konusu değildir<sup>1069</sup>. Kuşkusuz ki, kontrol ister tekil ister ortak olsun, hedef teşebbüs (*target*

---

<sup>1068</sup> Bu yönde bkz. **Scheibitz**, s. 92. Aşağıda inceleyeceğimiz üzere, anonim ortaklık düzeninde paysahibine anasözleşmeyle veto hakkı tanınması mümkün değilse de, ortak kontrolü sağlayan araçlar, son tahlilde paysahibine veto hakkı tanımakta bu veto hakkı, paya bağlanan başka kontrol araçları marifetiyle nesnelleştirilmekte ve ortaklık düzenine dahil edilebilmektedir. Bu konudaki açıklamalar için bkz. aşağıda § 11, III, B, 1.

<sup>1069</sup> **Martinek**, s. 229.

*company, Zielunternehmen*) nezdinde stratejik kararların uygulanması yönünde oluşan irade tekildir. Bu iradeyi “ortak kontrol iradesi” olarak adlandırıyoruz<sup>1070</sup>.

Bu yaklaşımın netleştirilmesinde yarar vardır. Ortaklıklarda, ortaklığın iradesini organların aldıkları kararlar biçimlendirir. Bir ortaklığın tekil kontrole tabi olması halinde, ortaklık organları, prensip olarak hakim paysahibinin iradesi doğrultusunda hareket etmektedir. Her ne kadar Anonim Ortaklıklar Hukuku’na ilişkin pozitif düzenlemeler, özellikle yönetim kurulunun görevini ortaklığın menfaatlerini gözeterek yürütmesini zorunlu kılarak, bu kurulun üyelerini özen yükümlülüğü ışığında hareket etmeye yöneltse de; ekonomik gerçeklik, ortaklık iradesinin hakim paysahibinin iradesine göre belirlendiğini ortaya koymaktadır<sup>1071</sup>. Bu noktada tekil kontrol ile ortak kontrol arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır : Ortaklığın iradesi tektir. Bu anlamda, ortak kontrole tabi olan bir ortaklıkta da, ortaklığın iradesinin tekilliği açısından herhangi bir farklılık ortaya çıkmamaktadır.

Ancak, kontrolün her iki türü arasındaki farklılık kendisini bu iradenin oluşumunda göstermektedir. Tekil kontrolde, ortaklığın iradesini tek başına biçimlendiren hakim paysahibi, ortaklıktaki stratejik kararların ne şekilde alınacağını tek başına saptamakta, hakim paysahibinin menfaatlerini temsil eden organ görevlileri ise bu doğrultuda hareket etmektedir<sup>1072</sup>. Ortak kontrolde ise, ortaklık iradesini biçimlendirecek olan iradenin oluşumu daha karmaşık bir şekilde gerçekleşmektedir. İlk aşamada, kontrolü paylaşan birden fazla hakim paysahibinin<sup>1073</sup> her biri, belirli

<sup>1070</sup> Nitekim ortak kontrol sorununa değinmeden ortaklık organlarında alınan kararların oluşum sürecini ve niteliğini inceleyen **Tanner**, ortaklığın iradesinin oluşum sürecinin, belirli bir organda belirli bir kararın alınmasına ilişkin tekil bir iradenin oluşumuna yol açtığını vurgulamaktadır; bkz. Brigitte **Tanner**, Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht, 5. Teil, Die Aktiengesellschaft, Teilband V 5b, Die Generalversammlung, Zürich, Art. 703 No. 4.

<sup>1071</sup> Hakim paysahibi, bu etkiyi, genel kurulda bizzat veya temsilcisi marifetiyle oy kullanarak, yönetim kurulunda ise, onun menfaatlerini takip eden organ görevlileri aracılığıyla elde etmektedir. İncelendiği üzere her ne kadar yönetim kurulu üyeleri anonim ortaklığa karşı özen ve sadakat borcu yüklenmekte ve ortaklığı onun haklı menfaatleri doğrultusunda yönetmekle yükümlü iseler de, ekonomik gerçeklik, organ görevlilerinin kendilerini seçen hakim paysahibinin iradesi doğrultusunda hareket ettiğini, ancak herhangi bir sorumluluğa ( TTK.m. 336) maruz kalmamak kaygısıyla, “hakim paysahiplerinin menfaatlerini takip etme “ fiili zorunluluğu ile özen ve sadakat yükümlülüklerini bağdaştırmaya gayret ettiklerini ortaya koymaktadır.

<sup>1072</sup> Tek kişilik anonim ortaklık konusundaki açıklamalarımız için bkz. yuk. dn. 474-475.

<sup>1073</sup> Tekil kontrolde, ortaklık iradesini tek başına belirleyen paysahibinin “hakim paysahibi” olarak adlandırılması doğaldır. Halbuki, ortak kontrolün karakterize ettiği ortak girişimlerde, ortaklık iradesinin biçimlendirmesinde en az iki paysahibi rol oynar. Bu paysahiplerinin her birinin “hakim paysahibi” olarak adlandırılması, ilk bakışta isabetli görülmeyebilir, çünkü bu paysahipleri gerçek anlamda hakimiyeti ellerinde bulunduramamaktadır. Hatta, ortak kontrolün

bir stratejik kararın hangi doğrultuda alınacağını, diğer bir deyişle hedef ortaklığın ve böylelikle ortak girişim şirketinin iradesinin ne yönde oluşacağını kendi başına belirlemektedir. Bu aşamada, hakim paysahiplerinin alınacak stratejik karar konusundaki yaklaşımı öznel ve diğer hakim paysahipleriyle henüz tartışılmamıştır.

İkinci aşamada, hakim paysahipleri bir araya gelecek, ortak girişimde alınacak karar konusundaki kişisel görüşlerini birbirlerine açıklayacaklardır<sup>1074</sup>. Bu aşama, temel sözleşme uyarınca meydana gelen adi ortaklıkta karar alma sürecini ilgilendirmektedir. Hakim paysahiplerinin kişisel kararları birbirleriyle hiç bir yönden çatışmıyorsa, stratejik karar konusunda ortak kontrolü paylaşan hakim paysahiplerinin iradesi, adeta ortaklık üzerinde kontrolü tek başına elinde bulunduran bir kişinin tekil iradesi gibi etki doğuracak; ortak kontrol iradesi rahatlıkla oluşacaktır. Ancak, hakim paysahiplerinin kişisel kararları birbiriyle örtüşmüyorsa, bu kez uzlaşma arayışları gündeme gelecek; hakim paysahipleri, ortak girişim şirketinde alınacak olan stratejik karar konusunda ortak bir paydaya ulaşma girişiminde bulunacaklardır.

Bu ortak paydaya ulaşılamaması, ortak girişim şirketinin organlarını, stratejik kararları alma ve uygulama imkanından mahrum bırakacak, giderek kilitlenme tehlikesini beraberinde getirebilecektir<sup>1075</sup>. Bu nedenle, ortak kontrolün oluşum sürecinin bu ikinci aşaması, ortak girişimin varlığını sürdürmesi açısından kritik bir önem taşımakta ve hakim paysahipleri arasında kurulan adi ortaklıkla ortak girişim şirketi arasındaki etkileşimi ilgilendirmektedir. Bu aşama, aynı zamanda tekil ve ortak kontrol arasındaki farkı ortaya koymaktadır.

---

çeşitli oluşum biçimleri dikkate alındığında bkz. yuk. § 9, III, A. ortak kontrolün yarı yarıya pay dağılımına dayandığı durumlar dışında ortak kontrolü paylaşan paysahiplerinden bazıları, tek başına ortaklığı kontrol edebilecek konumda da bulunmamaktadır. Bununla birlikte, uzlaşma sağlamaları kaydıyla ortaklığın iradesi söz konusu paysahiplerinin iradeleri doğrultusunda ortaya çıkacağından, bu paysahiplerinin hakimiyeti paylaştıklarını söylemek ve dolayısıyla bu paysahiplerini “hakim paysahipleri” olarak nitelendirmek hatalı olmayacaktır (aynı değerlendirme için bkz. yuk. § 6, II, B. Bu özellikleri itibarıyla ortak girişim, mecazi anlamda koalisyon hükümeti tarafından yönetilen bir devlete benzemektedir. Koalisyon hükümetlerinde siyasi başarının koalisyon ortaklarının varlığı uzlaşma düzeyine bağlı olduğu gibi, ortak girişimlerin başarısı da ortak kontrolü paylaşan paysahipleri arasında kalıcı bir uzlaşma zemininin yaratılmasına bağlıdır.

<sup>1074</sup> **Kabst**, s. 133.

<sup>1075</sup> Kilitlenmenin anlamı, etkileri, önlenmesi ve ortadan kaldırılması için bkz. aşa. § 12, II, C.

Hakim paysahiplerinin öznel iradelerini karşılıklı olarak açıkladıkları bu aşamada ortak bir paydaya ulaşılması mümkün olursa, hakim paysahiplerinin ortak iradesi ortaya çıkacak, bir sonraki aşamada, ortaklık organlarının bu ortak irade doğrultusunda karar alması ve sonrasında bu kararı uygulaması gündeme gelecektir. Bu üçüncü aşama, hakim paysahiplerinin ortak iradesinin (ortak kontrol iradesinin) ortak girişim şirketinin iradesine dönüşmesini sağlamaktadır.

Ortak kontrolde kontrol edenlerin ortak iradesinin oluşumuna ve bu iradenin ortak girişim şirketinin iradesine dönüşümüne ilişkin süreç, temel ortaklık ile ortak girişim şirketi arasındaki ilişkiyi de ortaya koymaktadır. Bu açıdan, irade temel ortaklıkta meydana gelmekte, sonradan bu irade organ ortaklık tarafından benimsenmekte ve hayata geçirilmektedir<sup>1076</sup>. Ancak bu olgu, incelendiği üzere kendiliğinden bir çifte ortaklığa vücut vermemektedir<sup>1077</sup>.

Görüldüğü üzere, tekil kontrol-ortak kontrol ayrımı, bir yönüyle kontrolü elinde bulunduranların niceliğine, bir yönüyle de kontrolün oluşum sürecine ilişkindir. Zira, kontrolün her iki türünde de, kontrol iradesi bir kez oluşuktan sonra, bu iradenin hedef ortaklığın iradesine dönüşmesinde, diğer bir deyişle kontrolün icrasında kontrolün her iki türü arasında bir farklılık yoktur. Her iki durumda da, hedef ortaklığa yansıtılan “hakim irade” tekil bir iradedir. Tekil kontrolde bu irade yalın bir şekilde ve hiç bir güçlkle karşılaşmaksızın<sup>1078</sup> hakim paysahibi tarafından oluşturulabilirken, ortak kontrol iradesinin oluşumunda birden fazla irade rol oynamakta; bu iradelerin uyuşmaması olasılığında kilitlenme tehlikesi başgöstermektedir.

---

<sup>1076</sup> Çoğu zaman, bu irade henüz temel sözleşmenin yapılmasıyla oluşur : Taraflar, temel sözleşmede stratejik kararları belirlemekte ve bu kararların alınmasında birlikte hareket etmeyi birbirlerine karşı taahhüt etmektedir.

<sup>1077</sup> Buna ilişkin yaklaşımımız için bkz. yuk. § 8, II, C, 5, c.

<sup>1078</sup> Bu önerme mutlak değildir. Özellikle yönetim kurulunda hakim paysahibinin menfaatini temsil eden yöneticiler, yukarıda (bkz. yuk. dn. 1071) incelendiği şekilde hakim paysahibinin belirli bir kararın alınmasına ilişkin yaklaşımıyla, ortaklığa karşı yükledikleri sadakat ve özen borçlarını bağdaştıramadığı hallerde, hakim paysahibinin menfaatleri doğrultusunda hareket etmeyebilirler. Nitekim kurumsal yönetim ilkesinin hedefi de budur : Yönetim kurulu üyelerinin en azından bir kısmı bağımsız olmalı, hakim ortakların ortaklığın menfaatleriyle bağdaşmayan beklentilerine set çekebilmelidir. Belirttiğimiz bu olasılıkta, hakim paysahibi, tekil kontrolü rahatlıkla icra edemeyecek, ortaklığın menfaatlerini gözeten yöneticilerin muhalefetiyle karşılaşabilecektir.

Şu kadar ki, hakim paysahiplerinin öznel iradelerinin birbirinden farklı olduğu durumlarda, ortak kontrol çok farklı biçimlerde ortaya çıkabilir : Hakim paysahipleri arasında yürütülen müzakereler sonucunda hakim paysahiplerinden birinin iradesi ağır basabilir, kararın niteliğine göre tüm hakim paysahiplerinin iradeleri kaynaştırılarak bir ortak paydaya varılabilir veya önceden hiç bir hakim paysahibi tarafından benimsenmeyen bir yöntem üzerinde uzlaşılabilir. Buna karşılık, ortak kontrolün belirli bir kararın alınması konusunda işlememesi, diğer bir anlatımla kilitlenmenin ortaya çıkması da söz konusu olabilir.

Açıklanan bu aşamalar, ortak kontrolün oluşumunu simgeleyen çetrefil sürece işaret etmektedir : Ortak girişimde hakim paysahiplerinden hiç birisi, kendi iradesini ortak girişime dayatma gücüne sahip değildir. Hakim paysahiplerinin kendi hukuk alanlarında biçimlenen öznel iradeleri, diğer hakim paysahipleri tarafından benimsenmedikçe bir anlam ifade etmeyecektir. Bu noktadan hareketle, ortak girişimin iradesinin, hakim paysahiplerinin alınacak stratejik kararlara ilişkin fikirlerinin çarpışmasından meydana geldiğini kaydetmek hatalı olmayacaktır. Bu şekilde oluşacak karar, hiç bir hakim paysahibinin öznel iradesini yansıtmayacağından, ortak girişim şirketinin hakim paysahiplerinin her birinden bağımsızlaşması mümkün olacaktır<sup>1079</sup>.

Sırf bu kritik nokta dahi, sermayeye katılmalı ortak girişim ile şirketler topluluğu arasındaki farkı ortaya koymaktadır : Şirketler topluluğunda, tekil kontrole tabi bulunan ortaklıklardan her biri hakim ortaklık ve onun tekil hakimiyetinde bulunan diğer ortaklıklarla ekonomik bir bütün oluştururken, ortak girişim şirketi, ne tekil olarak her bir hakim teşebbüsle ne de bu hakim teşebbüslerin bütünüyle ekonomik bir bütünlük oluşturmaz. Ortak kontrol, her bir hakim paysahibinin kontrolün oluşum sürecine katılmasını ve kontrolün konusuna giren yönetsel kararlarda eşit güce sahip olmasını gerektirir<sup>1080</sup>.

---

<sup>1079</sup> Hakim paysahipleri, belirli bir stratejik kararın alınmasında, aralarından birinin önerisini dikkate alabilirler. Bu olasılıkta ortak kontrol iradesi ile bu paysahibinin iradesi örtüşmekte ve bu paysahibinin öznel iradesini yansıtabilmektedir. Oysa bu durumda dahi, hakim paysahiplerinden birinin öznel iradesi değil, ortak kontrolü paylaştan hakim paysahiplerinin ortak iradesinden söz etmek gerekir.

<sup>1080</sup> **Nichols**, s. 439. Kontrolün konusunu oluşturan yönetsel alanda, diğer bir ifadeyle stratejik kararların alınmasında paysahiplerinin eşit yönetsel erke sahip olmaları, onların mâlî haklardan yararlanmada eşit konumda olmalarını zorunlu kılmaz. Ortak kontrol, bir yönden –kontrolün konusunu oluşturan stratejik kararlar yönünden- yönetim haklarından yararlanmada eşitliği ifade ederken, bu eşitlik mâlî haklardan yararlanmaya aynı ölçüde yansımaz.



Ortak girişim şirketinin tekil olarak her bir hakim teşebbüsten bağımsızlaşması, ortak girişim şirketinin hakim paysahiplerinin özneleriradelerinden bağımsızlaşmasını ifade eder. Bu bağımsızlaşma, şirketin, hakim paysahiplerinin ortaklaşa belirlediği iradenin etkisinden kendisini kurtarması anlamına gelmez. Ortak girişim şirketi, başkasının iradesine tabi olan, yabancı bir irade tarafından yönetilen (Fremdsteuering) bir ortaklıktır.

Bu itibarla, genel kurulda ortaklığın iradesi, doğrudan doğruya uzlaşmaları kaydıyla hakim paysahipleri tarafından oluşturulurken, yönetim kurulunda da durum farklı değildir : Bu organda da, hakim paysahiplerinin menfaatlerini temsil eden yöneticiler<sup>1081</sup>, yönetim kurulunda alınan kararlar aracılığıyla ortaklığın iradesini oluştururken hakim paysahiplerinin “ortak kontrol iradesini” dikkate alarak hareket etmekte; böylelikle ortaklığı yabancı bir iradenin (hakim paysahiplerinin ortak kontrol iradesi) tabi kılmaktadırlar<sup>1082</sup>.

Bu veriler ışığında, ortak kontrolün oluşumu üç aşamadan oluşmaktadır : Her bir hakim paysahibinin kendi iradesini oluşturması, bu özneleriradelerin karşılaştırılması ve kaynaştırılması yoluyla hakim paysahiplerinin ortak iradesinin oluşumu ve bu ortak iradenin ortak girişim şirketinin organları tarafından karara bağlanarak “ortak girişim şirketinin iradesine dönüştürülmesi”. Oluşum süreci bakımından ortak kontrolün tekil kontrolden farkı, kendisini bu yönden göstermektedir. Nitekim, anonim ortaklık olarak kurulan sermayeye katılmalı ortak girişimlerde, ortak kontrolden kaynaklanan hukuki sorunlar irdelenirken, bu yaklaşım ışığında hareket edilecektir.

---

<sup>1081</sup> Bu yöneticilerin hakim paysahiplerine tanınan yönetim kurulunda temsil edilme hakkı marifetiyle seçilmelerine ilişkin olarak bkz. aşa. § 11, IV, D, 4.

<sup>1082</sup> Bu noktada, ortak girişim şirketinin özelliği gözetilmelidir. Ortak girişimde, birden çok yabancı irade (en az iki hakim teşebbüsün münferit iradeleri) çatışmakta, çatışan iradelerin ortak kontrol iradesine dönüşmesi halinde ortaklık organları karar alabilmektedir. Bu açıdan, özellikle yönetim kurulunda her bir hakim teşebbüsün menfaatini temsil eden organ görevlileri ile hakim teşebbüsler arasında, organ görevlisinin (yönetim kurulu üyesinin) hakim teşebbüs arasında kurulan ve öğretide vekalet veya hizmet sözleşmesi olarak nitelendirilen sözleşmelerin bir yönüyle “menfaatin korunması sözleşmesi” olduğuna ve organ görevlilerinin bir anlamda “menfaat koruma mesleği” icra ettikleri Alman öğretisinde ileri sürülmektedir; bu konuda özellikle bkz. **Hopt**, s. 5 vd.

## § 11. Ortak Kontrolü Sağlayan Araçlar

### I. Ortak Kontrolü Sağlayan Araçların Hukuki Kaynağı

Ortak kontrolün, en az iki kişinin bir başka teşebbüs üzerinde belirleyici etki icra etmeleri olarak belirlenen kavramsal yapısı, söz konusu belirleyici etkinin mutlaka belirli bir araç marifetiyle elde edilmesini zorunlu kılmaz. Diğer bir anlatımla, ortak kontrole çok çeşitli araçlarla erişilebilir ve bu anlamda hangi araçtan yararlanıldığı, ortak kontrolün varlığı açısından herhangi bir önem taşımaz. Önemli olan, en az iki kişinin kalıcı bir şekilde ortak girişim şirketi üzerinde ortaklaşa belirleyici etki icra etmesini sağlayacak bir araçtan yararlanmasıdır.

Ortak kontrolün hukuki kaynağı, anasözleşme ve temel sözleşmedir. Her iki kaynak, bu bölümde inceleneceği üzere, tek başına ortak kontrolün tesis edilmesine hizmet edebilir. Temel sözleşmenin ihlali meselesine ilişkin olarak ele alındığı üzere<sup>1083</sup>, temel sözleşmenin korporatif düzene dahil olmaması, hakim paysahiplerini ortak kontrole özgü araçları olabildiğince anasözleşmeye yansıtmaya yöneltmektedir. Böylelikle, ortak kontrolü tesis eden araçlar, mümkün olduğunca korporatif yaptırımlara bağlanmaktadır. Bu açıdan, ortak kontrolün elde edilmesine hizmet edecek bir kaç araçtan aynı anda yararlanmak da, akılcı bir yöntem olarak düşünülebilir. Örnek olarak; aynı anda hem oyda imtiyazdan, hem yetersayıların ağırlaştırılmasından, hem de oy sözleşmesinden yararlanmak mümkün olacaktır.

Gerçekten de, sermayeye katılmalı ortak girişimlere özgü uygulamada, çoğunlukla anasözleşmede ortak kontrolün tesis edilmesini sağlayacak araçlara yer verilmesiyle yetinilmemekte, bunun yanısıra temel sözleşme de akdedilmekte ve bu sözleşmeye de ortak kontrolü pekiştirici düzenlemeler dahil edilmektedir<sup>1084</sup>. Kanımızca, bu yaklaşımın dogmatik temeli şu şekilde açıklanabilir : Ortak kontrol iradesinin karmaşık oluşum süreci dikkate alındığında, ortak kontrolün oluşumu ve elde edilmesi ile ortak kontrolün icra edilmesini ve işleyişini birbirinden ayırmak gerekmektedir.

---

<sup>1083</sup> Bkz. yuk. § 8, II, D.

<sup>1084</sup> Bu noktada temel sözleşmenin “ortak kontrolü sağlayıcı” işlevi ön plana çıkmaktadır; bu konuda bkz. yuk. §8, II, A, 3.

Ortak kontrol, temel sözleşmede veya anasözleşmede yer alan ve aşağıda incelenecek olan çeşitli araçlar marifetiyle tesis edilebilir. Bu açıdan, ortak kontrolün münhasıran anasözleşmeye veya temel sözleşmeye ya da bu iki hukuk kaynağının her ikisine istinaden tesis edilmesi mümkündür<sup>1085</sup>. Ortak kontrolün hangi kaynağa istinaden tesis edileceği meselesi, sadece kontrolü sağlayan aracın korporatif nitelik taşıyıp taşıyamaması açısından önem taşıyabilir; yoksa ortak kontrolün varlığı açısından bir fark yaratmaz<sup>1086</sup>. Buna karşılık, ortak kontrolün varlığından ayrı olarak ele alınması gereken “ortak kontrolün işleyişi”, ancak temel sözleşmeyle teminat altına alınabilir.

Açık bir anlatımla, sadece ortak kontrolün kurulması, hakim pay sahipleri arasındaki karşılıklı güç dengesini tesis etmekten öte bir işlev üstlenmemektedir. Zira, en az iki hakim pay sahibinin her birine ortak girişim şirketinde stratejik kararların alınmasını önleme imkanının tanınması, ortak kontrolün oluşumu açısından yeterli olacaktır<sup>1087</sup>. Oysa asıl mesele, anasözleşmeye veya temel sözleşmeye istinaden tesis edilen ortak kontrolün işleyişinin sağlanmasıdır ki, bu mesele, doğrudan doğruya ortak kontrolün konusunu oluşturan stratejik kararlar konusunda hakim pay sahiplerinin uzlaşmasını gerekli kılmaktadır<sup>1088</sup>. Bu uzlaşmanın sağlanması açısından en önemli zemin, temel sözleşmedir. Temel sözleşmede, sadece ortak stratejinin belirlenmesiyle yetinilmeyecek; aynı zamanda hakim pay sahiplerinin bu stratejiyi ihlal etmelerini önlemeye yönelik olarak çeşitli yaptırımlar belirlenecektir<sup>1089</sup>. Bu itibarla, sermayeye katılmalı ortak girişimin esaslı unsuru olan ortak kontrol, tek başına anasözleşmeyle sağlanabilirse de, temel sözleşme, ortak kontrolün işleyişi açısından vazgeçilmez bir araçtır.

Bu veriler ışığında, “ortak kontrolü sağlayan araca yer veren” anasözleşme veya temel sözleşme, bu yönüyle hakim pay sahiplerinden her birinin olumsuz nitelikteki

---

<sup>1085</sup> **Zurkinden**, s. 55, **Wortmann**, s. 233-234. Ortak kontrolün oy haklarının eşit dağılımından, yönetime katılmada imtiyazlardan, yetersayılardan ve paya bağlanan veto haklarından ileri geldiği durumlarda ortak kontrolün kaynağı anasözleşme iken, ortak kontrolün oy sözleşmesinden veya bir hakimiyet sözleşmesinden kaynaklandığı durumlarda, kontrolün kaynağı sözleşmedir. Bu durumlarda, oy sözleşmesi veya hakimiyet sözleşmesi temel sözleşmeden bağımsız olarak akdedilebileceği gibi, bu tür düzenlemelere özgü hükümler doğrudan doğruya temel sözleşme bünyesinde de yer bulabilir.

<sup>1086</sup> Şirketler topluluğunun kökeninde yatan tek elden yönetim unsuru bakımından aynı noktaya işaret eden **Patrik Ducrey**, *Interdependenzen zwischen Aktien- und Kartellrecht*, SZW, 2004, S. 407.

<sup>1087</sup> **Scheibitz**, s. 102-103.

<sup>1088</sup> **Aslan**, *Rekabet Hukuku*, s. 531, **Sanlı**, s. 330.

<sup>1089</sup> Bu yaptırımlar için özellikle bkz. **Okutan**, s. 344 vd.

belirleyici etkiyi (stratejik kararları veto etme yetkisini) elde etmesini sağlarken, ortak kontrolün işleyişine yönelik düzenlemeler ise bu olumsuz belirleyici etkilerin nasıl ortak kontrol iradesine dönüştürüleceğini, diğer bir ifadeyle hangi suretle “tekil ve olumlu nitelikteki ortak kontrole” dönüştürüleceğini düzenlemektedir. Görüldüğü üzere, temel sözleşmenin hukuki açıdan sermayeye katılmalı ortak girişimin esaslı bir unsuru olarak nitelendirilmesinin kökeninde, onun ortak girişimin işlerliğine yönelik bu ekonomik işlevi yatmaktadır.

Temel sözleşmede yer alan düzenlemelerde, ortak kontrolün tesis edilmesi ve işleyişi açısından tek bir araçla yetinilmemekte; bu bölümde inceleyeceğimiz üzere bir çok araca bir arada yer verilmektedir. Madem ki, kalıcı nitelikte bağımsız bir ekonomik birim kurulmaktadır; bu takdirde kalıcı belirleyici etkiyi (kontrolü) sağlam bir şekilde tesis etmek gerekir. Ortak girişim şirketinin hukuki yapısı ve onu çevreleyen ekonomik koşullar, zamanla kontrol araçlarından birinin etkisiz kalmasına yol açabileceğinden, ortak kontrolün aynı anda yürürlükte olacak birden çok araçla korunması yararlı görülebilir<sup>1090</sup>. Ayrıca hakim pay sahiplerinin, temel sözleşmede yer verdikleri ortak kontrolü tesis etmeye yönelik araçları mümkün olduğunca anasözleşmeye de dahil etme eğilimleri, temel sözleşmeyle anasözleşme arasında bir etkileşimin doğmasına yol açmaktadır<sup>1091</sup>.

Özellikle Rekabet Hukuku'nun bu konudaki yaklaşımı son derece esnektir. Nitekim, bu hukuk disiplininde, kontrolün her türlü hukuki ve ekonomik sebebe istinaden ortaya çıkabileceği kabul edilmektedir. Ancak, bu noktada amacımız, Ortaklıklar Hukuku'na özgü kontrol araçlarının belirlenmesidir<sup>1092</sup>. Belirtmek gerekir ki, Ortaklıklar Hukuku açısından ortak kontrolü sağladığı kabul edilen araçlar, Rekabet Hukuku açısından da evleviyetle aynı etkiyi haiz olacaktır. Rekabet Hukuku'na egemen olan “ekonomik kontrol anlayışı”, kontrolün oluşumuna yol açan araçlar

---

<sup>1090</sup> Örnek olarak oy haklarını yarı yarıya paylaşan iki hakim pay sahibi grubunun bulunduğu ortak girişimlerde, oy haklarının yarı yarıya dağılımı dışında ayrıca her bir hakim pay sahibine yönetim kurulunda eşit sayıda üyeye temsil edilme hakkı, ağırlaştırılmış yetersayılar, veto hakkı ve oy sözleşmesi gibi araçların tümüne birden başvurulabilir. Her ne kadar payların yarı yarıya dağıldığı durumda, örneğin ağırlaştırılmış yetersayılara ve veto haklarına gereksinim bulunmadığı aşikar ise de, bu araçların tümüne birden yer verilmesinin amacı, “ortak kontrolün ortadan kalkmasının “riske edilmemesi anlayışına dayanmaktadır.

<sup>1091</sup> Bu etkileşim için bkz. **Okutan**, s. 315 vd., **Gansweid**, s. 66, ayrıca yukarıda § 8, I, C, 4.

<sup>1092</sup> **Immenga**, bu araçları, kontrolün maddi hukuka ilişkin oluşumuna hizmet eden araçlar olarak adlandırmaktadır; bkz. Ulrich **Immenga**/ Joachim Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Band 1, München 1997, FKVO, Art. 3, No. 28.

bakımından sınırlayıcı bir yaklaşım benimsememekte, kontrole vücut veren her türlü aracı geçerli saymaktadır<sup>1093</sup>.

Ortak girişimlerin görünüm biçimlerini, ortak kontrolün elde edilmesinde başvuru araçlarına göre incelemek gerekirse, kanımızca bu incelemeyi temel olarak “oy haklarının hakim pay sahipleri arasında eşit bir şekilde dağıldığı ortak girişimler” ve “oy haklarının hakim pay sahipleri arasında eşit bir şekilde dağılmadığı ortak girişimler” arasındaki ayrım ışığında yapmak gerekir.

Sermayeye katılmalı ortak girişimlerin tipik görünüm biçimi, ortak girişim şirketinin paylarının iki hakim pay sahibi veya iki hakim pay sahibi grubu arasında eşit bir şekilde dağılmasıdır<sup>1094</sup> (*iki ortaklı ortaklık*). İki ortaklı ortaklık, payların iki hakim pay sahibi veya pay sahibi grubu arasında yarı yarıya paylaşıldığı ve oy dağılımının da bu dengeye göre oluştuğu ortaklıklar için kullanılmaktadır<sup>1095</sup>. Şu kadar ki, Ortaklıklar Hukuku’nda kontrolün oluşumuna ilişkin incelemelerde ele alındığı üzere<sup>1096</sup>, anonim ortaklık olarak kurulan sermayeye katılmalı ortak girişimlerde

<sup>1093</sup> bkz. Avrupa Komisyonu’nun Yoğunlaşma Kavramı Hakkında Duyurusu, par.9.

<sup>1094</sup> Rekabet Kurulu kararları ışığında bu ortak girişimlere ilişkin bir kaç örnek için bkz. Rekabet Kurulu’nun 19.3.2006 tarihli ve 06-18/ 217-56 Sayılı **Andros/Eker** Kararı , RG.14.4.2006, 26139.

<sup>1095</sup> Bu bağlamda yarı yarıya ortaklık, “iki ortaklı şirketin” (*Zweimanngesellschaft*) özel bir türüdür. İki ortaklı ortaklık kavramı, sadece ortak sayısına işaret etmekte, iki ortak arasında payların, oy haklarının ve yönetim gücünün paylaşılması konusunda belirlilik arz etmemektedir. Nitekim, **Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel**, iki ortağın bulunduğu ve ortaklardan birinin çoğunluk, bir diğerinin azınlık pay sahibi olduğu bir anonim ortaklıkla ilgili İsviçre Federal Mahkeme kararını (BGE 105 II 128) değerlendirirken “iki ortaklı ortaklık” terimini tercih etmektedir; bkz. **Forstmoser/ Meier-Hayoz/Nobel**, § 3, No. 15. **Von der Crone**, iki ortağın payları, oy haklarını ve yönetim gücünü eşit bir şekilde paylaştığı anonim ortaklıklarla ilgili olarak kilitlenme sorununu ele aldığı makalesinde, bu ortaklıklar için “ gerçek anlamda iki ortaklı ortaklık” terimini kullanmaktadır; bkz. **Von der Crone**, *Zweimanngesellschaften*, s. 37 vd. **Böckli** ise, “eşitlik esasına dayalı iki ortaklı ortaklık” (*paritätische Zweimanngesellschaft*) terimini tercih etmekte, bu terimle oy haklarının iki pay sahibi arasında eşit bir şekilde dağılması durumunu kastettiğini ortaya koymaktadır; bkz. **Böckli**, No. 360. Bu bağlamda, yarı yarıya ortaklığın iki ortaklı anonim ortaklığın özel bir türü olması, yönetim gücünün eşit bir şekilde paylaşıldığı ortaklıkları daha berrak bir şekilde açıkladığı için, yarı yarıya ortaklık terimini tercih edeceğiz. Ancak kaydetmek gerekir ki, payların yarı yarıya dağıldığı anonim ortaklıklarda pay ile paydan doğan yönetim gücü arasındaki denge çeşitli araçlarla (oyda imtiyaz, itibari değerlerin farklılaşması) bozulabileceğinden, yarı yarıya ortaklıktan kastımız, oy haklarının iki ortak arasında yarı yarıya paylaşıldığı ve yönetim dengesinin bozulmadığı ortaklıklardır. Kuşkusuz ki, bu tür anonim ortaklıkların çoğunluğunda, oy hakları arasındaki denge, payların eşit paylaşımından kaynaklanacaktır. Ancak aksi de söz konusu olabileceğinden, ölçü olarak oy haklarının dağılımının alınmasında yarar vardır. Nitekim TTK Tasarısı m. 195 hükmü de, ortak girişim şirketlerine özgü sorunsalı gözetmemekle birlikte tek elden yönetim ve dolayısıyla bu kavramı karakterize eden kontrol kavramını ortaya koyarken, pay sahibine yönetsel gücü bahşeden oy hakkından hareket etmiş (Tasarı m. 195/1), pay çoğunluğuna sahip olunması durumunu ise kontrolün varlığı açısından bir karine olarak düzenlemiştir (Tasarı m. 195/2).

<sup>1096</sup> bkz. yuk. § 6, II, A.

“payların dağılımı” kavramından değil “oy haklarının dağılımı” kavramından hareket etmek gerekmektedir. Oy haklarının ikiden fazla hakim paysahibi arasında da eşit bir şekilde paylaşılması mümkündür. Diğer yandan, oy haklarının çoğunluğunun en az iki hakim paysahibi arasında paylaştırıldığı durumlarda da ortak kontrolün varlığından söz etmek ve hakim paysahipleri arasında stratejik bir işbirliğinin varlığı halinde sermayeye katılmalı ortak girişimin varlığına hükmetmek mümkündür<sup>1097</sup>.

Payların ve oy haklarının hakim paysahipleri arasında eşit dağılmaması olasılığında da ortak kontrol tesis edilebilir<sup>1098</sup>. Bu olasılıkta, temel sözleşmeye ve mümkün olduğu ölçüde anasözleşmeye konulacak düzenlemeler marifetiyle hakim paysahipleri arasında oy hakları açısından mevcut olan eşitsizliğin etkileri giderilebilir. Söz konusu eşitsizliğin giderilmesine ilişkin korporatif nitelik taşıyan üç temel yöntem mevcuttur : Bunlardan ilki, anasözleşmede, her iki organda stratejik kararların alınmasına ilişkin yetersayıları artırmak ve yetersayı oranlarını, bu kararların alınması için hakim paysahiplerinden her birinin veya onların menfaatlerini temsil eden organ görevlilerinin olumlu oyunu sağlayacak düzeye yükseltmesidir<sup>1099</sup>. Bu yöntemin paysahipleri sözleşmesi düzleminde tercih edilen modeli ise, hakim paysahiplerine tanınan veto hakkıdır<sup>1100</sup>. İkincisi, TTK. m. 401 uyarınca, azınlık paysahibinin sahip olduğu paylara oy hakkında imtiyaz tanınması yoluyla hakim paysahipleri arasında oy haklarıyla elde edilen yönetim güçlerinin dengelenmesidir. Üçüncü yöntem ise, bu yöntemlerden en az biriyle birlikte kullanılması kaydıyla<sup>1101</sup>, ortak kontrolün tesis edilmesine hizmet eden yönetim organlarında temsil edilme imtiyazıdır.

---

<sup>1097</sup> Rekabet Kurulu'nun buna ilişkin iki yeni kararında, tekil kontrolden ortak kontrole geçiş yoluyla ortak girişim şirketi oluşmakta, ortak girişim şirketinin paylarının yaklaşık % 68'lik bir kesimi, iki hakim paysahibi tarafından eşit bir şekilde paylaşılmaktadır. Bu örnekler için bkz. Rekabet Kurulu'nun 14.9.2006 tarihli ve 06-63/ 858-248 Sayılı Şekerbank/TAS Kararı, (RG. 18.10.2006, 26323) ve 24.4.2006 tarihli 06-29/ 351-85 Sayılı Petrol Ofisi Kararı RG. 18.10.2006, 26323.

<sup>1098</sup> Oy haklarının iki hakim paysahibi grubu arasında eşit dağılmadığı, buna karşılık yönetime katılmada imtiyaz ve oy sözleşmesi yoluyla ortak kontrolün elde edildiği duruma örnek olarak bkz. Rekabet Kurulu'nun 29.6.2006 tarihli ve 06-46/ 589-161 Sayılı **Vateks/ Freudenberg** Kararı, RG. 16.8.2006, 226261. Rekabet Kurulu'nun 20.7.2006 tarihli ve 06-53/ 691- 197 sayılı, Vestel/ Birim Kararı, RG. 2.10.2006, 26307.

<sup>1099</sup> Anasözleşmede hem genel kurulda hem de yönetim kurulda alınacak kararlar bakımından yetersayıların artırılabilmesi yönünde bkz. **Poroy (Tekinalp/ Çamoğlu)** No. 689 ve **Çamoğlu (Poroy/Tekinalp)** No. 529, ayrıca bu konuda değerlendirmeler için bkz.

<sup>1100</sup> Payscaleine kişisel olarak tanınan veto hakkı ile nesnel veto hakkı arasındaki ayırım için bkz. a.ş. § 11, III, B, 1.

<sup>1101</sup> Bu koşul için bkz. a.ş. § 11, IV, D, 4.

Bu araçlar, doğrudan doğruya anonim ortaklık düzenine özgü olan , diğer bir anlatımla korporatif nitelik taşıyan araçlardır. Her ne kadar, söz konusu araçlara temel sözleşme hükümleriyle işlerlik kazandırılması söz konusu olsa da, bu araçlar, doğrudan doğruya paya bağlanan haklarla gündeme gelmekte, anasözleşmede yer bulmaktadır<sup>1102</sup>. Şu kadar ki, veto hakları açısından bir ayırım yapmakta yarar vardır : Aşağıda irdeleneceği üzere, veto hakları, çeşitli şekillerde öngörülebilir. Bu noktada, temel sözleşmede paysahibinin şahsına tanınan veto hakkı korporatif nitelikte olmadığından anasözleşmenin gerçek içeriğine dahil değildir<sup>1103</sup> ve ilgili paysahibiyle anonim ortaklık arasında sözleşmesel bir ilişkiye konu oluşturur. Buna karşılık, genel kurula ilişkin toplantı ve karar yetersayılarının yükseltilmesi veya stratejik kararların alınmasında belirli pay gruplarının olumlu oyunu öngören anasözleşme düzenlemeleri yoluyla bir veto hakkı yaratabilir. Veto hakkının bu türü korporatif niteliktedir ve anasözleşmeye yansıtılabilir<sup>1104</sup>.

Uygulamada, hemen istisnasız olarak temel sözleşmede oy sözleşmelerine özgü düzenlemelere de yer verildiği gözlemlenmektedir. Oy sözleşmesi, korporatif olmayan bir araçtır. Hakim paysahipleri, ortak kontrolün maddi içeriğini oluşturan stratejik kararların alınmasında hangi doğrultuda oy kullanacaklarını temel sözleşmede belirlemekte, söz konusu taahhütlerin ihlali çeşitli yaptırımlara bağlanmaktadır. Bu açıdan, oy sözleşmelerinin de ortak kontrolün tesis edilmesi açısından üstlendikleri işlevin araştırılmasında yarar vardır.

Bu yaklaşımdan hareketle, ortak kontrolün tesis edilmesine hizmet eden araçlar birer birer incelenecek, bu incelemede ilgili aracın tek başına bu etkiyi sağlayıp

---

<sup>1102</sup> Aynı amaca yönelik olarak kullanılacak diğer araçlar hakimiyet sözleşmeleri ve oy sözleşmeleridir. Bununla birlikte, her iki araç da korporatif nitelik taşımamaktadır. Zira, her iki aracın da, nesnelleştirilerek, diğer bir deyişle paya bağlanarak ortaklık düzenine dahil edilmesi mümkün değildir, bu konuda bkz. **Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel**, § 24 No. 93. Buna rağmen oy sözleşmelerinin Alman Hukuku'nda anasözleşmeye dahil edilmesinin mümkün olduğu ve bu olasılıkta bu düzenlemelerin anasözleşmenin gerçek içeriğine dahil olmayacağı yönünde **Hüffer**, § 133 No. 26.

<sup>1103</sup> Bu tür düzenlemeler anasözleşmeye yansıtılsa dahi, anasözleşmenin gerçek olmayan içeriğine dahil olurlar , borç sözleşmelerine ilişkin yorum yöntemleri ışığında yorumlanırlar ve korporatif yaptırımlardan mahrum bırakılırlar, bu konuda bkz. **Bahtiyar**, s. 224- 225.

<sup>1104</sup> Nitekim kanunda, tek bir paya sahip olan paysahibine dahi veto hakkı tanıyan düzenlemeler mevcuttur. Örnek olarak, TTK.m. 388/1 ortaklığın tâbiyetinin değiştirilmesi veya paysahiplerinin taahhütlerinin artırılması yönündeki kararlar bakımından karar yetersayısını oyların tümü olarak öngörmek suretiyle tek bir paya sahip olan paysahibine dahi söz konusu kararları veto etme hakkını tanımaktadır.

sağlamayacağı, böylelikle ortak kontrolün tesisi açısından asli bir rol üstlenip üstlenmediği de araştırılacaktır.

## II. Oy Haklarının Dağılımı

### A. Oy Hakkının Kontrolün Elde Edilmesindeki Rolü

Ortak kontrol, hakim pay sahiplerinin uzlaşmaları sonucunda ortaya çıkar ve bizzat onların veya onların menfaatlerini temsil eden kimselerin, oy haklarını ortaklık organlarında bu uzlaşma doğrultusunda kullanmaları sayesinde icra edilir<sup>1105</sup>. Bu noktada, anasözleşme veya temel sözleşme uyarınca kurulan ortak kontrol, hakim pay sahiplerinin oy haklarını ortak kontrol iradesini oluşturacak bir uyum içinde kullanmaları marifetiyle icra edilir. Ortak kontrol, ortaklığın en az iki hakim pay sahibinin ortak iradesi (ortak kontrol iradesi) doğrultusunda yönetilmesini gerekli kıldığından, söz konusu irade, ortaklık organlarında hakim pay sahiplerinin (genel kurulda) veya onların menfaatlerini temsil eden yöneticilerin (yönetim kurulunda) oylarıyla ortaklığın iradesine dönüşür. Özellikle genel kurulda alınan kararlar açısından meseleye yaklaşıldığında ve yönetim kurulunun da genel kurul tarafından seçildiği dikkate alındığında, oy hakkı, kontrol ve ortak kontrol kavramları açısından “anahtar pay sahipliği hakkı” niteliğindedir.

Yukarıda incelendiği üzere<sup>1106</sup>, kontrol, anonim ortaklığın faaliyet ve finans politikalarını belirleyen kararların alınmasında belirleyici etki icra edilmesi anlamına geldiğinden, söz konusu etkinin hem genel kurulda, hem de yönetim kurulunda alınan bu nitelikteki kararları kapsaması gerekmektedir. Bu bağlamda, Tasarı m. 195/1 hükmünde yer alan kontrol araçları içinde, hem genel kurulda hem de yönetim kurulunda alınması söz konusu olan ve ortaklığın faaliyet ve finans politikalarını etkileyen kararlar üzerinde hakimiyeti sağlayan en önemli araç, oy hakkıdır. Bu açıdan, Tasarı m. 195/1 hükmünde sayılan tüm araçların tek başına ortaklık üzerinde kontrolü bahsettiği yönünde bir faraziye getirilmesine rağmen, tek başına gerçek anlamda kontrolü sağlayan iki araçtan söz etmek mümkündür : Oy haklarının çoğunluğunun elde bulundurulması ve oyda imtiyaz.

<sup>1105</sup> Von der Crone, Zweimannengesellschaften, s. 38-39.

<sup>1106</sup> bkz. yuk. § 10, I.



Her iki araç da oy hakkına dayandığından, bu araçlar genel kurulda hakimiyeti sağlamaktadır<sup>1107</sup>. Genel kurulda alınacak stratejik kararlar ve bu cümleden olarak yönetim kurulunun ve üst düzey yönetimin seçimi üzerinde belirleyici etkiyi elde eden özne, hakimiyeti elde etmektedir. Söz konusu etkinin ortaklaşa elde edilmesi ise, ortak kontrolü beraberinde getirecektir.

Rekabet Hukuku'nda kontrol kavramına ilişkin incelemelerimizde, Rekabet Hukuku'nun Ortaklıklar Hukuku gerçekliğinin bir cephesini oluşturan güç boşluğuna kayıtsız kalmadığını, güç boşluğunun söz konusu olduğu durumlarda, oy haklarının çoğunluğu yerine çok daha düşük bir kısmını elinde bulunduran paysahibinin kontrolü elde edeceğinin varsayıldığını belirtmiştik<sup>1108</sup>. Gerçekten de, güç boşluğunun etkili olduğu ortaklıklarda, oy çoğunluğundan çok daha düşük bir oranda oy hakkına sahip olan bir paysahibi veya paysahibi grubu ortaklığın hakimiyetini ele geçirebilir<sup>1109</sup>. Bu olgu, iki ortaklık arasında bağımlılık ilişkisinin bulunup bulunmadığının saptanmasında, ortaklığın somut durumunun ele alınmasını gerekli kılmaktadır. Bu aşamada, kontrolün kalıcı anlamda belirleyici etki icra edilmesini gerekli kılması karşısında, güç boşluğunun hakimiyete yol açan bu özelliği açısından Rekabet Hukuku'na ilişkin olarak sunduğumuz değerlendirmelerle yetinilecek, bu bölümde kalıcı anlamda kontrole yol açtığı kabul edilen “oy çoğunluğunun elde edilmesi” irdelenecektir.

Oy haklarının dağılımı, ancak bu dağılımın iki hakim paysahibi veya iki hakim paysahibi grubu arasında eşit gerçekleştiği hallerde başlı başına ortak kontrolün tesisine hizmet edebilecektir. Hakim paysahibi sayısının ikiden fazla olduğu durumlarda, oy haklarının eşit dağılımı, tek başına ortak kontrolün sağlanmasına hizmet etmeyecek, bu aracın başka araçlarla tamamlanması gerekecektir. Oy hakkının eşit bir şekilde dağılmadığı durumlarda ise, daha fazla oy hakkına sahip olan paysahibinin oy haklarının çoğunluğunu elinde bulundurması halinde de, paysahiplerinden hiç biri oy haklarının çoğunluğuna sahip olmaması halinde de, oy haklarının dağılımı hiç bir surette tek başına ortak kontrolün tesis edilmesine hizmet

---

<sup>1107</sup> **Yanlı**, Perdenin Kaldırılması, s. 151.

<sup>1108</sup> bkz. yuk. § 9, III, C.

<sup>1109</sup> **Yanlı**, Perdenin Kaldırılması, s. 153.

etmez. Bu olasılıkta, ortak kontrol kurulabilirse de, oy haklarının eşit dağılımından başka araçlarla kurulabilir.

Görüldüğü üzere, ortak kontrolü sağlayan araçların başında, oy haklarının eşit dağılımı gelir. Anonim ortaklıkta, payların dağılımının oy haklarının dağılımıyla örtüşmesi kural olmakla birlikte, çeşitli faktörler bu dengeyi bozabilir<sup>1110</sup>. Bu nedenle, bir ortaklık üzerindeki hakimiyet ilişkilerinin belirlenmesinde payların dağılımı değil, oy haklarının dağılımı belirleyicidir. Oy haklarının eşit dağılımının ortak kontrolün tesis edilmesine yönelik olarak ne şekilde hizmet edeceği, hakim paysahibi sayısına göre değişiklik gösterir.

## **B.Oy Haklarının Tamamının Hakim Paysahipleri Arasında Dağılımı**

### **1. Oy Haklarının Yarı Yarıya Dağılımı**

Sermayeye katılmalı ortak girişimlerin en yaygın görünüm biçiminde, paylar iki hakim paysahibi veya “paysahibi grubu” arasında eşit şekilde paylaşılmaktadır<sup>1111</sup>. Sermayeye katılmalı ortak girişimler, hakim teşebbüslerin münferit stratejilerinin birbiriyle uzlaştırılmasını ve ortak bir stratejinin geliştirilmesini gerektirdiğinden, hakim teşebbüslerin sayısı çoğaldıkça, sermayeye katılmalı ortak girişimin kilitlenmeye elverişli ortaklık olma özelliği pekişmektedir<sup>1112</sup>. Ancak kilitlenmeye elverişlilik, bizzat hakim paysahiplerinin arzusu doğrultusunda ortaya çıkmaktadır. Nitekim, hakim paysahiplerinden her biri, kendi iradesinin ortak girişim şirketinin iradesinin oluşumunda etkili olmasını, kendi iradesiyle ters düşen bir kararın alınmamasını tercih etmektedir. Diğer bir açıdan, sermayeye katılmalı ortak girişimlerde hakim paysahiplerinden her biri, ortaklık organlarında kendi iradeleriyle

---

<sup>1110</sup> **Moroğlu**, Oy Sözleşmeleri, s. 24.

<sup>1111</sup> Bir örnek için bkz. Rekabet Kurulu'nun 13.7.2006 tarihli ve 06-51/661-187 sayılı Pretti/ Granville Kararı, RG. 14.9.2006, 26289.

<sup>1112</sup> Sermayeye katılmalı ortak girişimlerde, hakim teşebbüslerle ortak girişim şirketinin hep birlikte ortak girişim sistemini oluşturduğuna değinmiştik (bkz. yuk. §1, II, A, 1). Bu bağlamda, ortak girişim şirketine ait stratejinin belirlenmesi için, hakim teşebbüslerin ortak girişim şirketine biçtikleri stratejik rollerin birbiriyle uzlaştırılması, diğer bir anlatımla hakim teşebbüslerin münferit stratejilerinin ortak bir paydada birleştirilmesi gerekmektedir. Bu itibarla, hakim paysahiplerinin sayısı ne denli artarsa, ortak kontrolün oluşumunda anlaşmazlık olasılığı o denli güçlenir ve ortak girişim şirketinin daha kuruluşundan itibaren maruz kaldığı kilitlenme riski daha etkili hale gelir.

çelişecek bir kararın alınmasındansa, ortak girişim şirketinin kilitlenmesini tercih etmektedir<sup>1113</sup>.

Ortak girişim şirketinde eşit paylara sahip olan iki hakim paysahibinin veya iki hakim paysahibi grubunun bulunması halinde, iki hakim ortaklı (iki adamlı) anonim ortaklık problemi ortaya çıkar<sup>1114</sup>. Özellikle Rekabet Hukuku öğretisinde, payların yarı yarıya dağıldığı ve paydan doğan yönetsel haklar bakımından iki paysahibi arasında oluşan dengenin imtiyaz gibi araçlarla bozulmadığı durumlarda, ayrıca bir temel sözleşmeye gereksinim olmaksızın ortak kontrolün kendiliğinden oluşacağı ileri sürülmektedir<sup>1115</sup>. Rekabet Kurulu da, payların yarı yarıya dağıldığı ve bu dengenin başka araçlarla bozulmaması nedeniyle oy haklarının da iki hakim paysahibi veya iki hakim paysahibi grubu arasında yarı yarıya dağıldığı durumlarda, söz konusu dağılımı ortak kontrolün tesisi açısından yeterli görmekte, başkaca kontrol araçlarının varlığını sorgulamamaktadır<sup>1116</sup>.

Gerçekten de, iki hakim paysahibinden hiç birinin tek başına ortaklığın hakimiyetini ele geçirememesi ve anonim ortaklıktaki iki hakim gücün birbirini frenlemesi, ortak kontrolü sağlayıcı bir faktör olarak nitelendirilebilir. Ancak, hakim teşebbüslerin ortak girişimin hangi strateji ekseninde yönetileceğini belirlememeleri, hakim teşebbüslerin ortaklıkla ilgili stratejik kararlarda uzlaşmamalarına ve ortaklığın kilitlenmesine yol açabilir.

Bu noktadan hareketle, ortak kontrol sadece olumsuz bir şekilde değil, olumlu bir şekilde de yapılandırılmalıdır. Açık bir anlatımla, ortak girişim şirketinin sağlıklı bir şekilde işleyebilmesi için, sadece ortaklık düzeninin hakim paysahiplerinin ortak kontrolün kapsamına giren kararların alınmasında birbirlerinin olumlu oyuna sahip olmalarını zorunlu kılacak şekilde yapılandırılması yeterli olmayacaktır. Bununla yetinilmesi, ortak kontrolün varlığı açısından yeterli olmakla birlikte, ortak kontrole

---

<sup>1113</sup> **Von der Crone**, Zweimannesellschaften, s. 39-40.

<sup>1114</sup> Kavram için bkz. **Von der Crone**, Zweimannesellschaften, s. 38. İki hakim paysahibi bulunan her ortak girişim şirketi, bir iki adam ortaklığıdır; ancak her iki adam ortaklığı, bir ortak girişim şirketi değildir. Zira ortak girişim şirketinin varlığından söz edilebilmesi için, hakim paysahipleri arasındaki işbirliğinin bir temel sözleşmede yansıma bulması ve ortak girişim şirketinin bu temel sözleşmeye göre yapılanması ve yönetilmesi gerekir; bu konuda bkz. yuk. §4, VI, F, 2, d.

<sup>1115</sup> Bir çok yazar yerine **Aslan**, Rekabet Hukuku, s. 531.

<sup>1116</sup> bkz. **Pretti/ Granville** kararı (bkz. yuk. dn. 571).

işlerlik kazandırabilecek nitelikte olmayıp kilitlenme olasılığını güçlendirecek bir faktördür<sup>1117</sup>. Kanımızca, hakim paysahiplerinin ortak kontrolün tesis edilmesiyle yetinmemeleri, aynı zamanda ortak kontrole nasıl işlerlik kazandıracaklarını temel sözleşmede saptamaları, ortak girişimin istikrarı açısından yarar sağlayacaktır. Ortak kontrolün olumlu olarak tesis edilmesinden kastımız, stratejik kararların alınmasına hakim olan prensiplerin temel sözleşmede belirlenmesi, hatta henüz temel sözleşmenin yapılması sırasında gündemde olan kısa ve orta vadeli stratejik kararların hangi yönde alınacağıının temel sözleşme ile saptanmasıdır<sup>1118</sup>.

Bir sermayeye katılmalı ortak girişimde, ortak girişim şirketinin organlarında alınacak tüm kararların önceden temel sözleşme ile saptanması mümkün değildir. Bu yöndeki bir girişim dahi, ortak girişim şirketinin hareket alanını daraltır ve bu ortaklığın iradesinin oluşumuna ilişkin dinamik süreçleri zaafa uğratar<sup>1119</sup>. Bu itibarla, temel sözleşme, iki hakim ortaklı ortak girişim şirketinde ortak kontrolün tesisi açısından olmasa da, ortak kontrolün sürekliliği açısından vazgeçilmez bir unsur niteliğini taşımaktadır. Kontrolden söz edilebilmesi için, hedef ortaklık üzerinde icra edilecek olan belirleyici etkinin sürekli olması gerektiğinden; temel sözleşme olmaksızın kalıcı bir belirleyici etkinin elde edilmesi ve icra edilmesi mümkün olmayacaktır.

---

<sup>1117</sup> Aynı yönde bkz. **Tschäni, M& A**, s. 312.

<sup>1118</sup> Örnek olarak, temel sözleşmede, kısa ve orta vadede kârın ne şekilde değerlendirileceğine ilişkin düzenlemelere yer verildiğini ortaya koymuştur. Özellikle sermayeye katılmalı ortak girişimin sürekli finansman gerektirdiği hallerde hakim paysahipleri, belirli bir süre boyunca, ortaklığın elde ettiği kârın yedek akçelere aktarılmasına veya doğrudan esas sermayenin artırımında değerlendirilmesini temel sözleşmede hükme bağlayabilirler. Buna alternatif olarak, Hakim paysahiplerinin ortak girişim şirketinin kuruluşunda şirkete önemli kaynaklar aktardığı durumlarda, hakim paysahiplerinin genel kurulda bilakis kârın asgari belirli bir oranının paysahiplerine dağıtımına karar verilmesi yönünde oy kullanılacağına dair taahhütleri üstlenmeleri de düşünülebilir. Bu noktada önemli olan, kârın dağıtılması gibi paysahipleri arasında menfaat çatışmalarına yol açacak bir meselenin, en azından belirli bir süre için belirli bir düzene bağlanmasıdır.

<sup>1119</sup> Bu anlamda dinamik süreçlerden kastımız, ortak girişim şirketinin organlarında kararların müzakere edilme sürecidir. Ortak girişim şirketinin somut ihtiyaçları, ortaklık organlarında alınacak kararı müzakere eden hakim paysahiplerinin, karşılıklı anlaşarak temel sözleşmeden ayrılmalarını gerekli kılabilceği gibi, temel sözleşmenin de ileride alınacak her türlü stratejik kararın içeriğini belirlemesi yerinde olmayacaktır. Bu açıdan, zamanla temel sözleşmenin de tarafların iradesi doğrultusunda değişen koşullara uyarlanmasını gerekli kılabilir.

## 2.Oy Haklarının İki'den Fazla Hakim Payscale Arasında Eşit Bir Şekilde Dağılımı

Hakim paysahibinin ikiden fazla olduğu ortak girişimlere de sıklıkla rastlanmaktadır<sup>1120</sup>. Bu tür oluşumlarda, özellikle iki hakim paysahibinin bulunduğu ortak girişim şirketlerinin aksine, ortak kontrol, ancak genel kurulda stratejik kararların alınmasına ve bu cümleden olarak yönetim kurulunun seçimine ilişkin yetersayıların tüm hakim paysahiplerinin ve onların temsilcilerinin olumlu oyunu kapsayacak şekilde artırılması (ağırlaştırılmış yetersayılar) veya bir oy sözleşmesi marifetiyle sağlanabilir. Bu tür ortak girişimlerde, oy haklarının eşit dağılımı tek başına ortak kontrolü sağlamaz; bu aracın başka araçlarla tamamlanması gerekir.

Örnek olarak, paylardan doğan oy haklarına ilişkin dengenin bozulmaması ve bu hakların tamamının üç paysahibi arasında eşit bir şekilde dağılması olasılığında, ortak kontrolün tesis edilebilmesi için, anasözleşmede stratejik kararlara ilişkin yetersayının yükseltilmesi veya temel sözleşmede oy sözleşmelerine özgü düzenlemelere yer verilmesi gerekecektir. Zira, stratejik karar olarak nitelendirdiğimiz kararların alınmasına ilişkin yetersayılar kanunda öngörülen seviyede tutulduğunda (TTK.m. 372, TTK.m. 388) üç hakim paysahibinden herhangi ikisi uzlaşarak diğerini dışlayabilir ve stratejik kararı alırken üçüncü paysahibinin iradesinin kararın alınmasına etkili olmasını önleyebilir<sup>1121</sup>. Aynı durum, üçten fazla hakim ortağın bulunduğu pay dağılımları bakımından da geçerlidir. Bu durum Rekabet Hukuku'nda “ hakim paysahiplerinin değişken koalisyonu” olarak adlandırılmaktadır<sup>1122</sup>.

<sup>1120</sup> Buna ilişkin bir örnek için bkz. Rekabet Kurulu'nun 16.12.2004 tarihli ve 04-79/1147-287 sayılı Ereğli Denizcilik Kararı, RG. 08. 04. 2005, 25780.

<sup>1121</sup> Bunun tek istisnası, TTK. m. 388/1 uyarınca ortaklığın tâbiyetinin değiştirilmesi ve paysahiplerinin taahhütlerinin artırılmasına ilişkin kararlardır. Bu kararlar, ancak tüm paysahiplerinin olumlu oyuyla alınabileceğinden, hakim paysahiplerinin hiç birinin iradesi saf dışı kalmamaktadır. Ancak salt bu kararlar bakımından tüm hakim paysahiplerinin uzlaşmasının aranması, ortak kontrolün varlığı açısından yeterli olmayacaktır. Zira ortak kontrolün maddi içeriğinden söz ederken belirttiğimiz üzere (bkz. yuk. § 10, III, A) ortak kontrolün tüm stratejik kararları kapsamaması gerekmektedir.

<sup>1122</sup> **Ruchin**, s. 129; ayrıca bkz. yuk. dn. 1013. İki'den fazla hakim ortağın bulunduğu durumlarda, ortaklardan herhangi ikisinin diğerlerini dışlayabilmeleri durumunda da, kontrol en az iki hakim paysahibi tarafından paylaşılacaktır. Buna rağmen ortak kontrolden söz etmek mümkün olmayacaktır, zira ortak kontrol, belirli hakim paysahiplerinin kalıcı bir şekilde ortaklaşa belirleyici etki icra etmelerini gerekli kılmaktadır. Oysa değişken koalisyonlarda, herhangi iki ortak veya herhangi üç ortak, işbirliği yaparak üçüncü veya dördüncü hakim ortağı dışlayabileceklerinden, koalisyonun tarafları belirsizdir. Diğer bir anlatımla, değişken koalisyonlar, hangi hakim paysahiplerinin kalıcı olarak belirleyici etkiye sahip olduğunun

Görüldüğü üzere, hakim paysahiplerinin ikiden fazla olduğu hallerde, bu paysahipleri arasında kurulan “değişken koalisyonlar” , hakim paysahiplerinden birinin veya bazılarının stratejik kararın alınmasında etkisiz kalmasına yol açacaktır ki; bu durum ortak kontrolün “hakim paysahiplerinin tümünün stratejik kararın alınmasında birbirleriyle uzlaşmaya gereksinim duymalarını” gerektiren yapısıyla bağdaşmamaktadır. Bu itibarla, hakim paysahibi sayısının ikiden fazla olduğu durumlarda, oy haklarının dağılımı ortak kontrolün tesis edilmesi bakımından tek başına yeterli olmayacaktır. Söz konusu dağılımın, başta yetersayılara ilişkin düzenlemeler, veto hakları ve oy sözleşmesi olmak üzere ortak kontrolü sağlamaya hizmet eden diğer araçlarla tamamlanması gerekecektir.

### **3. Oy Haklarının Hakim Paysahipleri Arasında Eşit olmayan Dağılımı**

Oy haklarının hakim paysahipleri veya hakim paysahibi grupları arasında eşit bir şekilde dağılmaması halinde, ilk olarak, “oy haklarının dağılımı” ortak kontrolü tesis eden bir araç niteliğini taşımamaktadır. Bu takdirde, ortak kontrol, yetersayılar, veto hakları, yönetim kurulunda temsil edilme hakkı, oy sözleşmesi gibi araçlar marifetiyle elde edilebilir<sup>1123</sup>.

### **4. Oy Haklarının Çoğunluğunun Hakim Paysahipleri Arasında Paylaşılması**

Ortak kontrolün oy haklarının dağılımı yoluyla elde edilebilmesi için, mutlaka oy haklarının tamamının hakim paysahiplerince paylaşılması gerekli değildir. Sermayeye katılmaya oranla hak sahibi olma ilkesi ve çoğunluk ilkesi, oy haklarının çoğunluğu üzerinde tasarruf eden paysahiplerinin ortaklığın kontrolünü elinde bulundurmasına zemin hazırlamaktadır. Nitekim, anonim ortaklıklara özgü kanuni düzen, oy haklarının salt çoğunluğuna sahip olan paysahibine, anasözleşme

---

belirlenmesine engeldir ve bu yüzden söz konusu olasılıklarda ortak kontrolün varlığından söz edilemeyecektir. Örneğin, A, B ve C'nin oy haklarını eşit bir şekilde paylaştığı ortak girişim şirketlerinde A, B'ye, B C ile A da C ile koalisyon yaparak diğer ortağı dışlayabilirler. Sırf bu ihtimalin varlığı dahi, değişken koalisyonların oluşturulması durumunda kimlerin ortak kontrolü paylaşacağına belirlenmesine engeldir ve böylelikle kontrolün “kalıcı olarak kimin tarafından belirleyici etkinin icra edildiğinin belirlenmesi” özelliğiyle bağdaşmamaktadır.

<sup>1123</sup> Bu durumlara örnek olarak bkz. Rekabet Kurulu'nun 20.7.2006 tarihli ve 06-53/ 691- 197 sayılı, Vestel/ Birim Kararı, RG. 2.10.2006, 26307.

değişiklikleri dışında alınacak kararları belirleyebilme imkanını tanımaktadır<sup>1124</sup>. Anasözleşme değişiklikleri açısından dahi durum, büyük ölçüde oy haklarının salt çoğunluğuna sahip olan pay sahibinin lehinedir. Her ne kadar salt çoğunluk, TTK.m. 388/1 hükmünde öngörülen ve karar yetersayısı bakımından oybirliğine bağlanan “ortaklığın tâbiyetini değiştirmeye” ve “paysahiplerinin taahhütlerini artırmaya” yönelik kararların alınmasına tek başına muktedir olamasa da, TTK.m. 388/2’de öngörülen ortaklığın konusunun ve türünün değiştirilmesine ilişkin kararın alınmasını ikinci toplantıda, diğer esas sözleşme değişikliklerine ve bu cümleden olarak sermaye artırımına ilişkin kararın alınmasını ise TTK.m. 388/3 uyarınca ilk toplantıda sağlayabilecektir. Kuşkusuz ki, her iki durumda, sermayenin yarısını temsil eden paylara sahip olan paysahiplerinin hazır bulunması gerekmektedir (TTK.m. 388/2,3). Zira, oy haklarının dağılımı ile payların dağılımı her durumda birbirleriyle örtüşmeyeceğinden, toplantı yetersayısının oluşumu bakımından oy oranı esas alınmayıp pay (sermaye) oranının belirli bir düzeyde hazır bulunması aranacak; bir kez söz konusu toplantı yetersayısı sağlandığında, TTK.m. 388/2 bakımından ikinci toplantıda, TTK.m. 388/3 açısından ise ilk toplantıda oy çoğunluğuna sahip olan pay sahibinin oyuyla, anasözleşmenin değiştirilmesi yönündeki kararın alınması sağlanabilecektir.

Oy çoğunluğunu birlikte elinde bulunduran birden fazla pay sahibinin, aralarındaki stratejik işbirliği gereğince oy haklarını ortak girişim şirketini ortaklaşa kontrol edecek şekilde kullanmaları halinde de, ortak kontrol elde edilebilir. Bu olasılıkta, hakim paysahipleri, temel sözleşme veya bir oy sözleşmesi uyarınca ortak kontrolün kalıcı olarak ne şekilde icra edeceklerini belirleyecek ve ortak girişim şirketini bu ortak strateji doğrultusunda yöneteceklerdir.

Hakim paysahiplerinin oy çoğunluğuna sahip oldukları durumlarda, diğer paylar hakim konumda bulunmayan diğer paysahiplerinin elinde bulunmaktadır. Rekabet Kurulu’nun ele aldığı **Şekerbank/Taso** ve **Petrol Ofisi**<sup>1125</sup> kararlarında görüldüğü üzere, bazı yoğunlaşmalarda, hakim paysahiplerinin elinde bulunan payların dışındakiler, halka arz edilmiş paylar olabilmektedir.

<sup>1124</sup> Hatta TTK.m. 372 ve 378/1’in genel kurul bakımından öngördüğü sistem, TTK.m. 388’in ve istisna yaratan diğer hükümlerin konusunu oluşturan kararlar dışında kalan kararların alınmasını kolaylaştırmakta, alelade kararların alınmasında, salt çoğunluğun dahi hazır bulunmadığı durumlarda geçerli bir şekilde karar alınmasını mümkün kılmaktadır.

<sup>1125</sup> Her iki karar için bkz. yuk. dn. 1097.

En az iki hakim paysahibinin oy çoğunluğunu birlikte elinde bulundurması olasılığında, ortak kontrol “kendiliğinden” ve “oy haklarının dağılımına bağlı olarak” ortaya çıkmaz. Belirleyici etkinin kalıcı bir şekilde ortaklaşa icra edilmesi imkanı, bir oy sözleşmesi veya oy sözleşmesine özgü düzenlemeleri içeren bir temel sözleşmeyle teminat altına alınmalıdır. Gerçekten de, iki hakim paysahibinin oy haklarını aynı strateji (ortak girişim stratejisi) doğrultusunda kullanmalarının bu tür bir sözleşmeyle sağlanması mümkündür. Bu zorunluluğun nedenlerinden birisi, hakim paysahiplerinden birinin, hakim paysahipleri dışında kalan paysahipleriyle işbirliği yaparak ortak kontrolün yapısını değiştirme ihtimalidir. Açık bir anlatımla, (A) ve (B) olmak üzere her biri % 40 oranında oy hakkına sahip olan iki hakim paysahibi bir ortak girişim şirketine, hakim paysahiplerinden her biri , oy oranı % 18 olan (C) ile işbirliği yapmaları ve ortak girişim şirketine ortak kontrolün yapısını değiştirme (A ve B yerine A ve C tarafından ortak kontrol) imkanına sahiptir. Böylelikle, oy haklarının çoğunluğunun iki hakim paysahibi arasında paylaştırıldığı ortak girişimlerde, hakim paysahiplerinin dışında kalan oy haklarının toplam oylara oranına göre, “değişken koalisyon” ihtimali gündeme gelebilir. Bu itibarla, salt oy haklarının çoğunluğunun elde bulundurulması, ortak kontrolün tesisi bakımından yeterli olmayacak, hakim paysahipleri arasında ayrıca akdedilecek bir sözleşme ile hakim paysahiplerinin oy haklarını ortak bir strateji doğrultusunda kullanmalarının teminat altına alınması gerekecektir<sup>1126</sup>.

### **III. Yetersayılar ve Veto Hakları Marifetiyle Ortak Kontrolün Tesis Edilmesi**

#### **A. Yetersayılar**

##### **1. Anonim Ortaklıklarda Yetersayılar**

Anonim ortaklıklarda genel kurul paysahiplerinden, yönetim kurulu ise paysahibi sıfatını taşıması zorunlu olan<sup>1127</sup> yöneticilerden (organ görevlilerinden) oluşmaktadır.

<sup>1126</sup> Rekabet Kurulu'nun, değişken koalisyonların oluşumu ihtimalini dikkate almadığı bir karar için bkz. Çimento Ortak Girişim Kararı, RG. 11.10.2000, 24266; bu hususu tespit eden, **Güngördü/Kayar**, s. 97.

<sup>1127</sup> TTK m. 312/2 ile öngörülen bu zorunluluğun yapay sonuçlar doğurduğu gözetilerek TTK Tasarısı m. 359 hükmünde, yönetim kurulu üyelerinin paysahibi olması zorunluluğu kaldırılmıştır. Bu düzenleme, ekonomik gerçekliğe daha uygun düşmektedir.



Ortaklık organlarında alınacak kararlar bakımından iki tür yetersayı öngörülmektedir : Toplantı yetersayı, belirli bir kararı alacak olan organda, sermayenin ne kadarlık bir kısmının (genel kurul) veya yönetici sayısının ne kadarlık bir oranının (yönetim kurulu) söz konusu kararların müzakere edileceği ve oylanacağı toplantıya katılması ve söz konusu oylamaya iştirak etmesi gerektiğini ilgilendirir. Karar yetersayı ise, her iki organda toplantı yetersayısının sağlanması kaydıyla genel kurulda temsil edilen sermayenin ne kadarlık bir oranının ve yönetim kurulunda yöneticilerin kaçta kaçının kararın alınması yönünde oy kullanması gerektiğini belirlemektedir. Esas itibariyle yetersayılar, bir kişi birliği niteliğini taşıyan anonim ortaklıkta, ortaklığın iradesinin bir tezahürü olan ve ortaklık organları tarafından alınan kararların oluşumunda bu kişi birliğini oluşturan kişilerin ve onların görevlendirdikleri kimselerin ne kadarlık bir kesiminin ortaklığın iradesinin oluşumunda yer almasının zorunlu olduğunu belirlemeye yönelik olarak öngörülmektedir<sup>1128</sup>.

Kanunkoyucu'nun yetersayılar bakımından genel kurul ve yönetim kurulu arasında bir ayrım yaptığı açıktır. TTK.m. 388'de Kanunkoyucu'nun özel bir önem izafe ettiği "belirli bir önem düzeyini haiz" kararlar bir yana bırakılırsa<sup>1129</sup>, genel kurula ilişkin yetersayı kuralı (TTK.m. 372), organsızlık tehlikesi gözetilerek son derece düşük düzeyde belirlenmiştir<sup>1130</sup>. Öyle ki, TTK.m. 388'in kapsamına girmeyen bir genel kurul kararı, ilk toplantıda yetersayı eksikliğinden dolayı alınamasa dahi, ikinci genel kurul toplantısında, sermaye oranına bakılmaksızın, genel kurula tek başına katılacak olan bir pay sahibi tarafından alınabilecektir. Yönetim kurulunda ise durum farklıdır. Bu organ açısından Kanunkoyucu, genel kurulda olduğu gibi esnek hareket etmemiş, yönetim kurulunun konumunu ve yöneticilerin özen yükümlülüklerini gözeterek üye sayısının yarısından bir fazlasının toplantıda hazır bulunmasını öngörmüştür (TTK.m. 330).

TTK.m. 330 hükmünün karmaşık lafzı, anonim ortaklıklarda yönetim kurulu açısından toplantı yetersayı konusunda öğretide ve içtihatlarda fikir ayrılığına yol

---

<sup>1128</sup> Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 24 No. 3.

<sup>1129</sup> TTK.m. 388'deki yetersayılar hem toplantı hem de karar yetersayılarını ilgilendirmektedir, bu konuda bkz. Poroy (Tekinalp/Çamoğlu) No. 682.

<sup>1130</sup> İsviçre Hukuku'nda 1991 değişikliğinden sonra kanunda herhangi bir yetersayının belirlenmemesinin bu amaca hizmet ettiği yönünde bkz. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 24 No. 23.

açmıştır<sup>1131</sup>. Öğretide bir grup yazar, kanunun çeşitli hükümlerinde “çoğunluk” ibaresini kullanan Kanunkoyucu’nun bu hükümde “yarıdan bir fazla” ibaresini bilinçli olarak kullandığını, böylelikle yönetim kurulu üyesinin salt çoğunluktan daha fazla üyeye toplanarak daha sağlıklı karar almasının amaçlandığını ileri sürerek TTK.m. 330/1 hükmünde öngörülen toplantı yetersayısının salt çoğunluk olarak değil, yarıdan bir fazla olarak öngörüldüğünü, yarıdan bir fazla üye sayısının buçuklu çıkması halinde tama iblağ edilmesi gerektiğini kabul etmiştir<sup>1132</sup>. Diğer görüş ise, bu ifadeyle kastedilenin yarıdan bir fazla değil salt çoğunluk olduğunu, aksi görüşün benimsenmesinin belirli durumlarda organsızlığa yol açabileceğini savunmaktadır<sup>1133</sup>. Yargıtay da, “yarıdan bir fazla” ibaresine salt çoğunluktan farklı biör anlam yüklemekle birlikte, anasözleşmede açıkça öngörülme kaydıyla toplantı yetersayısının salt çoğunluğa bağlanabileceğini kabul etmektedir<sup>1134</sup>. TTK Tasarısı m. 390/1 hükmü yönetim kurulunda toplantı yetersayısı bakımından açıkça üye sayısının çoğunluğunu öngörmektedir<sup>1135</sup>.

Yetersayılar, anonim ortaklığın iradesinin oluşum sürecine pay sahiplerinin ve yöneticilerin ne ölçüde katılacağı meselesini ilgilendirmektedir. TTK. m. 330, TTK. m. 372 ve TTK.m. 378 incelendiğinde, -genel kurul açısından TTK.m. 388’in öngördüğü istisnai durumlar dışında-, söz konusu yetersayıların sermayeye katılmalı ortak girişimlerde ortak kontrolün sağlanması açısından elverişli olmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumu yadırgamamak gerekir; zira anılan hükümlerin konuluş amaçlarında, ortaklığın iradesine yansıyan iki veya daha fazla sayıda irade arasında menfaatler dengesinin kurulması ve korunması değil, ortaklık organlarının karar alma sürecinin ayakta tutulması düşüncesi yatmaktadır. Bu itibarla, yetersayılardan

---

<sup>1131</sup> Bu fikir ayrılığının bütünsel bir değerlendirilmesi için bkz. Şükrü **Yıldız**, Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulunun Toplantı Yetersayısı ve Yargıtay Kararları, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, XVIII, 2001, s. 70-104.

<sup>1132</sup> **Karayalçın**, Şirketler Hukuku, s. 120, **İmregün**, Anonim Ortaklıklar, s. 211, **Tekil**, Anonim Şirketler, s. 195, **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku, s. 438

<sup>1133</sup> Hamdi **Yasaman**, Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulunun Toplantıya Çağırılması ve Toplantı Yetersayısı, Yaklaşım, Yıl : 2002, S. 117, s. 24, **Çamoğlu**, (**Poroy/Tekinalp**), No. 529.

<sup>1134</sup> Yargıtay 11. HD. 05.04.2001, 2366/3127 ; aynı Daire’nin 19.4.2001, 2780/3343 ve 16.12.2002, 8252/11723 sayılı kararları; bu kararlar için bkz. **Eriş**, s. 1912- 1913.

<sup>1135</sup> İsviçre Borçlar Kanunu, yönetim kurulu açısından herhangi bir toplantı yetersayısı öngörmemektedir. Bu nedenle İsviçre Hukuku’nda, yönetim kurulu üyesi sayısı kaç olursa olsun, tek bir yöneticinin dahi diğer yöneticilerin toplantıya katılmaması olasılığında tek başına karar alabileceği, bunun önlenmesi için uygulamada ortaklığın yönetim yönergesinde asgari toplantı yetersayısının belirlendiği yönünde bkz. **Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel**, § 31, No. 18-19.

ortak kontrolün tesis edilmesinde yararlanabilmek için, anasözleşmede hem genel kurula hem de yönetim kurula ilişkin yetersayıların “tüm hakim pay sahiplerinin iradesini kapsayacak şekilde” ağırlaştırılması gerekecektir. Anasözleşmede, gerek genel kurulda gerek yönetim kurulunda alınacak kararlar bakımından yetersayıların ağırlaştırılması, hatta oybirliğine bağlanması geçerlidir<sup>1136</sup>.

## 2.Yetersayıların Ortak Kontrolü Sağlama İşlevi

Ortak kontrol, ortak girişim şirketinde stratejik nitelikteki kararların alınması açısından hakim pay sahiplerinin uzlaşmasını gerektirdiğine göre, veto haklarının ve yetersayıların, hangi koşullarda hakim pay sahiplerinin tamamının iradesinin alınan karara yansımaları sağlayabileceği araştırılmalıdır.

İlk olarak, yetersayılar, ortak girişim şirketlerinde çeşitli biçimlerde kullanılabilir. Klasik yöntem, anasözleşmede stratejik kararlar bakımından, kararın alınacağı organa göre genel kurulda ve yönetim kurulunda nitelikli toplantı ve karar yetersayılarının öngörülmesidir. Uygulamanın geliştirdiği modern yöntemlerden birisi de, genel kurulda hakim pay sahiplerinden birinin sahip olduğu payların temsil edilmemesi veya yönetim kuruluna hakim pay sahiplerinin menfaatlerini temsil eden yönetim kurulu üyelerinden birinin katılmaması halinde, toplantı yetersayısının oluşmayacağı yönündeki düzenlemelerin anasözleşmeye konulmasıdır<sup>1137</sup>.

Yetersayılara ilişkin hükümlerin konuluş amacı gözetildiğinde, bu tür düzenlemeler kanımızca geçerlidir. Zira, TTK. m. 388’de yer alan yetersayı düzenlemeleri için

---

<sup>1136</sup> Genel kurulda alınacak kararlar bakımından kanunda öngörülen toplantı ve karar yetersayılarının esas sözleşme ile ağırlaştırılabileceği ve bu olasılıkta esas sözleşmesel bir mütesep haktan söz etmek gerektiği yönünde bkz. Halil Arslanlı, **Anonim Şirketler**, C. II-III, s. 37, İmregün, **Anonim Ortaklıklar**, s. 437, Ömer Teoman, **Hukuki Mütalaalar**, C. 1, Kitap 1, İstanbul, 1992, s. 45. Genel kurul bakımından yetersayıların oybirliği düzeyine dahi yükseltilebileceği yönünde **Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel**, §24 No. 47, **Kendigelen**, s. 302. **Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel**, bunun mümkün olduğunu kaydetmekle birlikte, haklı olarak bu tür düzenlemelerin ortaklığın kilitlenmesine yol açacağını ortaya koymaktadır; bkz. **Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel**, § 24 No. 48. Buna karşılık, anasözleşmeyle – TTK.m. 388/1’in alanı dışında dabelirli kararların alınmasının oybirliğine bağlanmasının, her bir pay sahibine bir veto hakkı tanıyacağını, bunun anonim ortaklığın karakteriyle bağdaşmadığını ve geçersiz olduğunu ileri süren **Böckli**, No. 364. Yönetim kurulu bakımından toplantı ve karar yetersayılarının yükseltilebileceği yönünde **Çamoğlu (Poroy/Tekinalp)**, No. 529.

<sup>1137</sup> **Comben**, s. 142. Rekabet Kurulu’nun bu yöndeki uygulamasına örnek olarak bkz. Rekabet Kurulu’nun 11.5.2006 tarihli ve 06-32/ 392-102 Sayılı **Kiler/Canerler** Kararı, RG. 9.6.2006, 26193.

öngörülen özel rejim dışında söz konusu düzenlemeler, genel kurulda, ilk toplantıda sermayeyi temsil eden payların asgari belirli bir kısmının temsil edilmesi suretiyle paysahiplerinin iradelerinin belirli bir düzeyde genel kurul kararına yansımaları (TTK.m. 372), yönetim kurulunda ise yöneticilerin önemli bir kısmının toplantıya katılımı ve oy kullanarak karar alması zorunlu kılınarak ortaklığın yönetimini üstlenen yöneticilerin özen yükümlülüklerini yerine getirmelerini hedeflemektedir<sup>1138</sup>. Bu veriler ışığında yetersayılara yönelik düzenlemeler, kararın alınacağı organa ve ortaklık açısından önemine göre paysahiplerinin veya yöneticilerin “asgari katılımını” teminat altına almaktadır.

Anasözleşmede belirli paysahiplerinin veya temsilcilerinin genel kurula, (belirli paysahiplerinin menfaatlerini temsil eden) belirli yöneticilerin yönetim kuruluna katılmaları halinde toplantı yetersayısının oluşmayacağı öngörülmesi, bu amaca ters düşmemektedir ve geçerlidir. Kaldı ki, aynı sonuca yetersayıların “tüm paysahiplerinin veya “tüm yöneticilerin” katılımını sağlayacak şekilde yükseltilmesi mümkün olduğuna göre, belirtilen yöntemin de geçerli olduğundan kuşku duyulmamalıdır<sup>1139</sup>.

Ortak kontrolün elde edilmesinde yetersayıların ağırlaştırılması yoluna, özellikle hakim paysahiplerinin eşit oy haklarına sahip olmadığı durumlarda sıklıkla başvurulmaktadır. Rekabet Kurulu’nun *Vestel/ Birim*<sup>1140</sup> kararında, payların ortalama % 55- 45 olmak üzere iki hakim paysahibi arasında yayıldığı ortak girişim şirketinde, anasözleşmeye konulan bir hükümlerle hakim paysahiplerinin “*anasözleşme*

---

<sup>1138</sup> Yönetim kurulu toplantılarına katılmanın yöneticiler açısından bir görev niteliğini taşıdığı hususunda bkz. **Çamoğlu (Poroy/Tekinalp)**, No. 526, **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku, s. 438

<sup>1139</sup> Söz konusu düzenlemeler, anasözleşmeye nesnelleştirilerek konulabilir. Açık bir anlatımla, her bir hakim paysahibinin sahip olduğu paylar ayrı gruplara ayrılarak, “A veya B grubu paylara malik olan paysahiplerinin genel kurul toplantısına katılmadığı durumlarda genel kurul toplantı yetersayısı oluşmaz” ve “A ve B grubu payları temsilen yönetim kuruluna seçilen yöneticilerden birinin katılmaması halinde toplantı yetersayısı oluşmaz” şeklindeki hükümlere yer verilebilir. Belirtildiği üzere, aynı amaca, “Aşağıda sayılan kararlar, sermayenin tamamına karşılık gelen tüm paylara sahip olan paysahiplerinin olumlu oyuyla alınır” veya “Aşağıda sayılan kararlar, yönetim kurulunun tüm üyelerinin olumlu oyuyla alınır” şeklindeki hükümlerle de ulaşılabilir. Bu tür düzenlemelere istinaden hakim paysahiplerinin genel kurula, onların menfaatlerini temsil eden yönetim kurulu üyelerinin ise yönetim kuruluna kararın alınmasını engellemek üzere katılmamalarının, paysahiplerinin sadakat yükümlülükleri üzerindeki etkileri araştırılmalıdır; bkz. aşa. § 14, III, B, 3.

<sup>1140</sup> Rekabet Kurulu’nun 20.7.2006 tarihli ve 06-53/ 691- 197 sayılı, Vestel/ Birim Kararı, RG. 2.10.2006, 26307.

*değişiklikleri, şirketin fesih ve tasfiyesi, şirket aktiflerinin % 5'ini aşan değerdeki malvarlığı unsurlarının devri, yönetim kurulunun atanması ve azli”* konularında alınacak kararlarda sermayenin % 70'ini temsil eden payların olumlu oyu aranmaktadır. Görüldüğü üzere hakim paysahipleri, karar yetersayısını yükselterek her iki hakim paysahibinin iradesinin alınacak kararlarda hakim kılınmasını sağlamışlardır.

Kuşkusuz ki, iki ortaklı ortak girişimlerde de yetersayılardan ağırlaştırılması yönteminden yararlanmak mümkündür. Bu tür ortak girişimlerde yetersayılar, ortak kontrolü pekiştirecek bir araç olarak ortaya çıkmaktadır. Gerçekten de, TTK.m. 372 ve 378 hükümleri uyarınca, belirli istisnalar dışında hakim paysahiplerinden birinin, genel kurula katılmaması olasılığında, diğer hakim paysahibinin tek başına stratejik kararları alabileceği gözetildiğinde; yetersayıların ağırlaştırılması yoluyla hakim paysahiplerinden birinin katılımı ve olumlu oyu olmadan stratejik kararların alınması önlenabilir<sup>1141</sup>.

Yetersayıların yükseltilmesi yoluyla ortak kontrolün tesis edilmesinde, kararların tümü yükseltilmiş yetersayıya bağlanabileceği gibi, sadece bir kısmı bakımından da bu düzenleme getirilebilir. İkinci olasılıkta, yetersayıların yükseltilmesi yoluyla ortak kontrolün elde edilebilmesi için, yükseltilmiş yetersayıların tüm stratejik kararları kapsamaması gerekmektedir<sup>1142</sup>. Bu bağlamda dikkate alınması gereken husus, ortak kontrolün hem genel kurulda, hem de yönetim kurulunda alınacak stratejik kararları kapsamaması gerektiğidir<sup>1143</sup>. Böylelikle, ortak kontrolün salt yetersayıların yükseltilmesi yoluyla elde edildiği durumlarda, yetersayılar her iki organda da hakim paysahiplerinin tümünün iradesini kapsayacak şekilde artırılmalı; organlardan sadece birisinde bu araca başvurulduğu durumlarda ise, diğer organda alınacak stratejik

---

<sup>1141</sup> Rekabet Kurulu'nun 19.3.2006 tarihli ve 06-18/ 217-56 Sayılı **Andros/Eker** Kararı , RG. 14.4.2006, 26139

<sup>1142</sup> karşı. Rekabet Kurulu'nun 19.3.2006 tarihli ve 06-18/ 217-56 Sayılı **Andros/Eker** Kararı , RG. 14.4.2006, 26139. Rekabet Kurulu, söz konusu yoğunlaşma işleminde, hemen tüm stratejik kararlar ortak kontrole konu edilmekle birlikte, uyuşmazlıktan soyut olarak, “stratejik karar olarak nitelendirilen kararlardan herhangi biri bakımından veto hakkının öngörülmesinin dahi ortak kontrol bakımından yeterli olacağını kabul etmektedir. Bu yaklaşıma katılmak mümkün değildir, çünkü ortak girişim şirketinin stratejik kararlar düzlemi bir bütün olduğundan, ortak kontrolün bu düzlemde yer alan tüm kararları kapsamaması gerekmektedir.

<sup>1143</sup> Bu konuya işaret eden bir Rekabet Kurulu kararı için bkz. Rekabet Kurulu'nun 11.5.2006 tarihli ve 06-33/ 409-106 Sayılı **Yorum Tanıtım/Uslu** Kararı, RG. 6.7.2006, 26220.

kararların da ortak kontrolün kapsamına girmesi, başka kontrol araçlarıyla sağlanmalıdır<sup>1144</sup>.

Bu açıdan, yetersayıların tüm stratejik kararları kapsayacak şekilde ağırlaştırılmasıyla yetinilmesi ve ortak girişim şirketin stratejik karar düzlemi dışında kalan kararlar bakımından yetersayıların kanun tarafından öngörülen düzeyde tutulması, akılcı bir yöntem olarak değerlendirilebilir. Zira, hakim paysahiplerinin uzlaşma zorunluluğunun söz konusu olduğu alanı stratejik kararlarla sınırlı tutmak, kilitlenme olasılığının güçlenmesini nispeten önleyecektir<sup>1145</sup>. Farklı bir açıdan bakıldığında, bir anonim ortaklıkta ağırlaştırılmış yetersayıya tabi kılınan kararların çevresi ne denli genişse, kilitlenme riski o denli yükselmektedir.

Ortak kontrolün yetersayıların artırılması yoluyla elde edildiği durumlarda, son olarak, ağırlaştırılan yetersayının ortak kontrolü gerçek anlamda sağlayıp sağlamadığına bakılmalıdır. Bu açıdan, ağırlaştırılmış yetersayının söz konusu olduğu organ (genel kurul/yönetim kurulu) ve kararın alınması bakımından gereken oy oranı (genel kurul) veya sayısı (yönetim kurulu) dikkate alınmalıdır. Son tahlilde, belirleyici olan, somut ortak girişim şirketinin anasözleşmesi uyarınca, stratejik kararların alınmasını sağlayacak olan iradenin, tüm hakim paysahiplerinin iradesini kapsayıp kapsamadığı meselesidir<sup>1146</sup>.

---

<sup>1144</sup> Örnek olarak, yukarıda (bkz. dn. 1098) ele alınan **Vestel/ Birim** kararında, yükseltilmiş yetersayılara sadece genel kurul bakımından başvurulmuş, yönetim kurulunda alınacak kararlar bakımından ortak kontrol ise yönetime katılma imtiyazı marifetiyle sağlanmıştır.

<sup>1145</sup> İki ortaklı anonim ortaklıkların işleyişi bakımından doğru bir “oylama yönteminin” belirlenmesi gerektiğine işaret ederek bu düşüncüyü doğrulayan **Von der Crone**, Zweimannesellschaft, s. 38-39.

<sup>1146</sup> Yarı yarıya ortak girişimler bakımından bu yönde önemli bir örnek için bkz. Rekabet Kurulu'nun 19.3.2006 tarihli ve 06-18/ 217-56 Sayılı **Andros/Eker** Kararı , RG. 14.4.2006, 26139. Söz konusu yoğunlaşma işleminde, hakim paysahiplerinin sahip olduğu paylara herhangi bir imtiyaz bağlanmamakta, genel kurul toplantıları bakımından % 60 oranında toplantı yetersayısı öngörülmüş, karar yetersayısı oy çoğunluğu olarak belirlenmiş, anasözleşme değişiklikleri bakımından ise karar yetersayıları % 80 olarak belirlenmiştir. Yarı yarıya ortak girişimlerde, toplantı yetersayısının % 60 olarak öngörülmesi, her iki hakim paysahibinin veya hakim paysahibi grubunun (gruba mensup tüm paysahiplerinin katılımı kaydıyla) genel kurulda mutlaka temsil edilmesini sağlayacak, böylelikle ilke olarak oy haklarının tamamı genel kurulda temsil edilecektir. Böylelikle genel kurula katılımın % 100 oranında ortaya çıkması halinde, karar alınabilmesi için tüm oyların yarısından fazlası, hatta anasözleşme değişikliklerinde % 80 oranında yetersayı aranacağından, yetersayının ağırlaştırılması, yarı yarıya ortak girişimde “ortak kontrolü pekiştirici” bir rol üstlenecektir. Buna karşılık, ortak girişimin diğer görünüm biçimlerinde, özellikle hakim paysahiplerinden birinin çoğunluk paysahibi olması durumunda, toplantı ve karar yetersayılarının, stratejik meselelerde alınacak kararlarda azınlık paysahibinin iradesini de kapsayacak şekilde ayarlanması gerekecektir. Örnek olarak, hakim paysahiplerinden birinin % 65 bir diğerinin % 35 oranında paya ve oy hakkına sahip olduğu bir ortak girişimde, yukarıda

## B. Veto Hakkı

### 1. Veto Hakkının Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda Yeri

Veto hakkı, belirli bir kararın alınmasında iradesi etkili olan kişilerden herhangi birine, bir kaçına veya her birine tanınan ve sahibine söz konusu kararın alınmasını önleme yetkisini bahşeden bir haktır. Veto hakkına sahip olan kimse, belirli bir kararın geçerli bir şekilde alınmasına ilişkin koşulların mevcut olduğu durumda, olumsuz yöndeki iradesini açıklayarak söz konusu kararın alınmasını engelleyebilmektedir<sup>1147</sup>. Bu bağlamda, veto hakkı, sahibine iradesiyle belirli bir hukuki işlemin gerçekleştirilmesi imkanını bahşetmemekte, bilakis söz konusu hukuki işlemin yapılmasını önleme imkanı tanımaktadır<sup>1148</sup>.

Veto hakkı kavramı, esas itibariyle Kamu Hukuku'na özgü bir kavramdır ve Özel Hukuk'ta pozitif bir hukuk kaynağına sahip olmadığı gibi, yerleşik bir dogmatik ve terminolojik temele de sahip değildir. Bununla birlikte, Ortaklıklar Hukuku uygulaması, ortaklık organlarında alınacak kararlar bakımından uygulamada yaygınlaşan bu aracı, Kamu Hukuku'nun bu yerleşik müessesesinden esinlenerek veto hakkı olarak adlandırmaktadır<sup>1149</sup>. Veto hakları, kanuni veto hakları ve sözleşmesel veto hakları olmak üzere iki başlık altında incelenebilir. Kanuni veto hakkı, TTK.m. 388/1'de ifadesini bulan "ortaklığın tabiyetini değiştirme" ve "paysahiplerinin taahhütlerini artırma" kararlarında ifadesini bulmaktadır. Her bir paysahibi, sahip olduğu payların ve oy haklarının oranına bakılmaksızın bu konularda alınacak kararları veto etme hakkına sahiptir.

---

verilen yetersayı oranları, ortak kontrolü sağlamayacaktır, zira çoğunluk paysahibi, tek başına toplantı yetersayısını sağlamaktadır.

<sup>1147</sup> Ancak kaydetmek gerekir ki, veto hakkının bu belirleyici etkisi, ancak söz konusu kararın ilgili organda oylanması sırasında gündeme gelebilir. Yoksa genel kurulda veya yönetim kurulunda alınacak bir kararın sonradan belirli bir paysahibinin veya belirli pay gruplarında yer alan paysahiplerinin onayına tabi kılınmasına ilişkin düzenlemeler, anonim ortaklıkta organların, kendilerine kanunla veya anasözleşmeyle tanınan alanda münhasır yetkili olmaları kuralına aykırı olmaları nedeniyle geçersizdir; bkz. **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, No. 807g, aynı yönde **Yüksel**, s. 103.

<sup>1148</sup> Bu nedenle veto hakları, bazı yazarlarca "negatif kontrol bahşeden bir araç" olarak nitelendirilmektedir; bu konuda bkz. **Yüksel**, s. 102.

<sup>1149</sup> Örnek olarak bkz. **Böckli**, No. 364, **Ruchin**, s. 129, **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, No. 867, **Okutan**, s. 131, **Yüksel**, s. 102.

Sözleşmesel veto hakkı ise, paysahiplerinin iradesiyle anasözleşmeye yansıtılabilen bir haktır. Bu bağlamda, paysahipleri, bazı kararların alınmasında iradesini etkili kılmak istedikleri kimselere o karara özgü olarak veto hakkı tanımaktadır. Prensip olarak, veto hakkı, mevcut konumu itibariyle belirli bir kararın alınmasına engel olma gücüne sahip olmayan payların sahibi olan paysahiplerine tanınır. Gerçekten de, güç dengesinin başka araçlarla bozulmadığı bir anonim ortaklıkta, çoğunluk paylarına sahip olan bir paysahibine, paysahipleri sözleşmesiyle bir veto hakkının tanınmasına lüzum yoktur; zira çoğunluk paysahibi, herhangi bir kararın alınmasını engelleyecek güce zaten sahiptir. Bu noktadan hareketle, veto hakkının özellikle azınlık paysahiplerinin belirli haklarını teminat altına almaya, sermayeye katılmalı ortak girişimlerde ise onlara ortak kontrolü paylaşma imkanını sağlamaya yönelik olarak başvurulan bir araç olduğunu belirtmek hatalı olmayacaktır<sup>1150</sup>.

Bu aşamada, veto hakkı kavramını biraz daha belirgin bir şekilde ortaya koymak açısından, “veto hakkı” ile “veto etme yetkisi” kavramları arasındaki farkı ortaya koymakta yarar vardır. Çalışmamızda “önleyici irade” olarak adlandırdığımız veto etme yetkisi, paysahibine, bir kararın alınmasını önleme gücünü bahşeder. Bu yetki, ortak kontrolü paylaşma gücünü sağlayan her türlü araçtan doğabilir. Somut bir anlatımla, ortak kontrolün söz konusu olduğu her durumda, hakim paysahibinin “ortak kontrolü paylaşma durumu” ister oy haklarının dağılımından, ister yönetime katılmada imtiyazdan isterse de oy sözleşmesinden kaynaklansın, hakim paysahibinin belirli bir kararın alınmasını önleme gücü, onun o kararı veto etme yetkisini simgelemektedir. Veto hakkı da, veto etme yetkisini bahşeden araçlardan biridir. Şu kadar ki, bu hakkın özelliği, ortak kontrolü sağlayıcı araçlardan farklı olarak münhasıran kararın alınmasını önleme işlevini üstlenmesidir. Paysahibi, veto hakkını kullandığında, söz konusu kararın alınması açısından gereken koşullar mevcut olsa dahi, söz konusu karar, sırf veto hakkı sahibinin veto iradesi yüzünden alınmamaktadır.

Veto hakkı, belirli bir grup paya bağlanabileceği gibi, belirli bir paysahibine veya çeşitli paysahiplerine de tanınabilir<sup>1151</sup>. Temel sözleşmede her iki yönde de

<sup>1150</sup> Buna rağmen temel sözleşmelerde, çoğunluk paysahibi lehine de veto hakkı tanındığı gözlemlenmektedir. Amaç, ortak kontrolün bir çok araçla güvence altına alınmasıdır.

<sup>1151</sup> Paya bağlanan veto hakkının yetersayıların yükseltilmesi sonucunu doğurduğunu ve bunun geçerli olduğunu açıklıkla ortaya koyan **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, No. 807g. Örnek olarak, “iş



düzenleme yapılması mümkündür. Ancak anasözleşmede belirli bir grup paya veto hakkının tanınabileceği genel kabul görmekte birlikte<sup>1152</sup>, belirli pay sahiplerine belirli kararları veto etme hakkının tanınması mümkün görülmemektedir. Bu konuda öğretiyeye hakim olan görüş, kişiye tanınan veto hakkının anasözleşmeye konulması halinde geçersiz olduğunu kabul etmektedir<sup>1153</sup>.

Gerçekten de, belirli kararların alınmasının pay sahiplerinden birinin veya bir kaçının kişisel inisiyatifine bırakılması, anonim ortaklığın paya bağlı nesnel düzeniyle bağdaşmadığı gibi, genel kurula kanunla ve anasözleşmeyle yetki tanınan alanlarda genel kurulun münhasıran yetkili olması fikriyle de ters düşmektedir. Zira, bu tür veto haklarının varlığında, adeta genel kurulun belirli bir kararı alması için söz konusu kararın belirli öznelerin onayına tabi kılınmasına benzer bir durum söz konusu olacaktır ki<sup>1154</sup>; bu tür bir düzenleme, anonim ortaklıkta organların yetkilerine ilişkin sistemle bağdaşmamaktadır.

Ayrıca bu tür bir veto hakkının öngörülmesi, anonim ortaklıklara, kişi ortaklıklarına has bir hak olan “kişiye bağlı veto hakkı” kurumunun ithal edilmesi anlamına gelecektir. Bu tür bir düzenleme, anonim ortaklığının temelde pay ekseninde örgütlenen hukuki yapısıyla çelişecektir. Son tahlilde, kişiselleştirilmiş anonim ortaklıklarda, ortaklığın tekil veya ortak kontrolünün tesis edilmesi amacıyla

---

planının onaylanmasına dair kararlar, A ve B grubu paylara sahip olan pay sahiplerinin olumlu oyuyla alınabilir” şeklindeki düzenlemede veto hakkı belirli bir gruba bağlanmıştır. “1 Milyon TL’yi aşan yatırımlara ilişkin kararlar, ancak Bay A’nın ve Bay B’nin olumlu oylarıyla alınabilir” şeklindeki bir düzenleme ise, pay sahibine tanınan veto hakkını yansıtmaktadır.

<sup>1152</sup> **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, No. 806, **Kendigelen**, s. 302, **Okutan**, s. 131

<sup>1153</sup> Kişilere tanınan veto hakkını, İBK.m. 693’te istisnası öngörülmeyle birlikte İBK.m. 692’de öngörülen sermayeye katılmaya oranla hak sahibi olma ilkesiyle çeliştiği gerekçesiyle geçersiz olarak nitelendiren **Böckli**, No. 364, söz konusu düzenlemeyi anonim ortaklığın katı sermaye ortaklığı olma özelliğiyle çelişmesi nedeniyle geçersiz olarak nitelendiren **Yüksel**, s. 102, bu tür bir düzenlemeyi eşitlik ilkesi ile ters düşmesi nedeniyle geçersiz olarak nitelendiren **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, No. 963. Paysahipliği sözleşmesinde yer alan ve kişilere tanınan veto haklarının anasözleşmede ancak paya veya pay gruplarına bağlanarak öngörülebileceğini belirten **Okutan**, s. 131.

<sup>1154</sup> TTK.m. 401 hükmünün öngördüğü sistemde, imtiyazlı payların varlığı halinde genel kurul tarafından alınan kararın ayrıca imtiyazlı pay sahipleri genel kurulu tarafından onanması gerekecektir. Ancak imtiyazlı paylar açısından öngörülen bu sistem dahi, yukarıda veto hakkının kişiye bağlanmasının geçerli kabul edilmesi olasılığında gündeme gelecek hukuki rejimle benzeşmemektedir. İmtiyazlı payların varlığı halinde, genel kurul tarafından alınan kararın imtiyazlı paylara sahip olan pay sahiplerinin menfaatlerini etkilemesi veya TTK .m. 391 uyarınca tüm imtiyazlı pay sahiplerinin menfaatlerini etkileyen bir sermaye artırımı kararının alınması olasılığında onanması gündeme gelmektedir. Bu noktada kaydetmek gerekir ki, imtiyazlı pay sahipleri genel kurulunun onay kararı, onaya tabi genel kurul kararının geçerliliğini sağlayıcı bir karar olmayıp, onun infaz edilmesini sağlayan bir süreçtir; bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 13.11.2003 T. 7508/10845 (www.kazanci.com.tr).

paysahibine kişisel olarak veto hakkının tanınmasına da mutlak anlamda ihtiyaç yoktur. Kontrolün ve ortak kontrolün tesis edilmesini sağlayan ve paya bağlanabilen Ortaklıklar Hukuku araçları (ağırlaştırılmış yetersayılar, yönetime katılma haklarında imtiyazlar), paysahibine aynı imkanı bahşetmektedir.

Paysahipleri, veto haklarını paysahipleri sözleşmesinde düzenlemekle yetinmemekte, bu hakları ortaklık düzeninde hayata geçirmek amacıyla anasözleşmede de bu tür düzenlemelere yer vermektedirler. Veto haklarının anonim ortaklığın ortaksal düzenine geçerli bir şekilde dahil olabilmesi için, belirtildiği üzere bu hakların anasözleşmede paya özgülenmesi gerekmektedir. Belirli bir pay grubuna bağlanan ve genel kurulda alınması söz konusu olan veto hakkı, öğretide imtiyaz<sup>1155</sup> veya yetersayı düzenlemesi<sup>1156</sup> olarak nitelendirilmektedir. İlk olarak belirtmek gerekir ki, anonim ortaklıklarda, özellikle ortak girişim şirketlerinde, belirli bir hakim paysahibinin alınacak kararların bir kısmı veya tümü üzerinde etkili olması açısından, yetersayıların ağırlaştırılması yöntemine de, paya bağlanan ve dolayısıyla bir pay grubunun oluşumuna neden olan veto hakkına da başvurulabilir. Son tahlilde, ikisinin de aynı etkiyi doğurması sağlanabilir : Bu iki yöntem de, belirli bir pay grubunun olumlu oyu olmaksızın kararın alınmasını önlemekte, bu pay grubuna deyim yerindeyse “önleyici bir irade” bahşetmektedir. Ancak, genel kurulda alınacak kararlar bakımından bu iki müessesenin birbirinden farklı olduğu kaydedilmelidir.

Yetersayıların ağırlaştırılması olasılığında, bu yöndeki düzenleme, belirli bir pay grubunun alınacak kararda mutlaka olumlu oyunun bulunması amacına yönelebilirse de, sonuç itibariyle, söz konusu yetersayının elde edilmesi olasılığında, o pay grubunun olumlu oyunun bulunup bulunmadığına bakılmaksızın karar geçerli bir hukuki işlem olarak ortaya çıkar. Oysa, belirli bir pay grubunun olumlu oyunun açıkça öngörülmesi ve bu suretle veto hakkının paya bağlanması olasılığında, söz konusu kararın alınması açısından kanunun ve anasözleşmenin gerekli gördüğü yetersayıların oluşması yeterli olmayacak, ayrıca söz konusu yetersayı içinde veto hakkına sahip pay grubunun olumlu oylarının da yer alması gerekecektir.

---

<sup>1155</sup> **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, No. 806, Ömer **Teoman**, Karar İncelemesi, Yargıtay Ticaret Dairesi, 25.1.1972 Gün, E. 1971/4843, K. 1972/ 356, Otuz Yıl Ticaret Hukuku, Tüm Makalelerim, Cilt I : 1971-1982, İstanbul, 2000, s. 176.

<sup>1156</sup> **Kendigelen**, s. 302, aynı yönde görüş belirtmekle birlikte burada dolaylı bir yetersayı düzenlemesinin mevcut olduğunu ileri süren **Yüksel**, s. 101.

Veto hakkının paya bağlanması, payların belirli gruplara ayrılması ve bu gruplardan birine veya bir kaçına belirli kararların alınmasında “olumsuz oy vererek kararın alınmasını önleme” gücünün bahşedilmesidir. Kuşkusuz ki, aynı sonuca, stratejik kararların alınmasına ilişkin yetersayıların artırılması ve bu sayede belirli bir orana sahip olan pay sahibinin rızası olmadan belirli kararların alınmasının önlenmesi yoluyla da erişilebilir<sup>1157</sup>. Şu kadar ki, dış kaynaklardan sermaye artırımının yapılması ve hakim pay sahiplerinden birinin rüçhan hakkını kullanamaması veya sonradan pay sahibi olan bir üçüncü kişiye oyda imtiyaz tanınması suretiyle hakim pay sahiplerinin oylarının toplam oy sayısına oranının düşmesi gibi durumlarda, ağırlaştırılmış yetersayıya rağmen söz konusu pay sahibinin iradesinin alınacak stratejik karara etkili olamaması gündeme gelebilir<sup>1158</sup>. Sırf bu olgu dahi, belirli bir pay grubuna tanınan veto hakkıyla, aynı etkiyi yaratabilecek türden ağırlaştırılmış yetersayının birbirinden farklı müesseseler olduğunu ortaya koymaktadır. Bu itibarla, veto hakkının paya bağlanması, ortak kontrolün muhafazası açısından ağırlaştırılmış yetersayılara nazaran daha güçlü ve kalıcı bir araçtır<sup>1159</sup>.

---

<sup>1157</sup> İlk yönetime örnek olarak “A grubu payları elinde bulunduran pay sahiplerinin olumlu oyu olmadan sermaye artırım kararı alınmaz” şeklindeki düzenleme, ikinci yönetime ilişkin olarak ise “ Sermaye artırım kararı, payların % 85’inin olumlu oyu olmaksızın alınmaz” şeklindeki düzenleme örnek gösterilebilir. Böylelikle ilk yöntemde A grubu paylara malik olan pay sahiplerine, ikinci yöntemde ise, pay sayısının oy sayısı ile örtüşmesi varsayımında örnek olarak payların % 20’sine sahip olan bir pay sahibine veto hakkı tanınmaktadır.

<sup>1158</sup> Bu tür olasılıkları dikkate almamızın nedeni, şu şekilde açıklanabilir : Kanımızca kontrolden söz edilebilmesi için, belirleyici etkinin kalıcı olarak elde edilmesi, diğer bir deyişle kontrolün geçici ve tesadüfi olmaması gerekmektedir. Kuşkusuz ki, ortak kontrolün, genel kurulda yönetim kurulunun ve murahhasların seçimi de dahil olmak üzere tüm stratejik kararlar bakımından ağırlaştırılmış yetersayıların öngörülmesi halinde, ortak kontrolün varlığından şüphe etmemek gerekmektedir. Ancak kalıcı bir ortak kontrolün tesis edilmesi, ileride ortak kontrolü sona erdirecek veya en azından hakim pay sahiplerinden birini veya bir kaçını devre dışı bırakacak olguların henüz temel sözleşmenin akdedilmesi aşamasında dikkate alınmasını gerektirmektedir. Sermaye artırımına ve oyda imtiyaza ilişkin olarak sunulan iki örnek de, ağırlaştırılmış yetersayılarla tesis edilen ortak kontrolü ortadan kaldırmaya yönelik etkiler yaratabilir. Bu nedenle, sağlam bir ortak kontrol yapısının tesis edilmesi açısından hem ağırlaştırılmış yetersayılara hem de veto haklarına başvurulması düşünülebilir.

<sup>1159</sup> Bu noktada, rüçhan hakkını kullanamayacak olan hakim pay sahibinin sermaye artırım kararının alınmasını da önleyebileceği, böylelikle ağırlaştırılmış yetersayının ortak kontrolün korunması açısından etkisiz kalmayacağı ileri sürülebilir. Şu kadar ki, ortak girişim şirketinin sürekli finansman gerektirmesi açısından sermaye artırımının yapılması ekonomik açıdan zorunlu hale gelebilir ve bazı hakim pay sahipleri, rüçhan haklarını kullanmayacak olmalarına rağmen sermayenin artırılmasını tercih edebilir. Bu açıdan, ortak kontrolün tesis edilmesi için ağırlaştırılmış yetersayı yerine veto haklarına yer verilmesi halinde, hakim pay sahiplerinden birinin ortak kontrolü paylaşma imkanını yitirmesi söz konusu olmayacaktır. Zira bu hakim pay sahibi, paylarının toplam sermayeye oranı hangi düzeye düşerse düşsün sahip olduğu veto hakkı marifetiyle stratejik kararların alınmasında etkili olabilecektir.

Bu noktada, yetersayı hükmü olarak nitelendirmediğimiz “paya bağlanan veto hakkının” bir imtiyaz niteliğini taşıyıp taşımadığı tartışılmalıdır. Bu açıdan, imtiyaz kavramının, bazı paylara diğerlerine nazaran daha üstün haklar tanınması anlamına gelmesini öngören<sup>1160</sup> kavramsal yapısı ışığında genel kurulda paya bağlanan veto hakkının aynı etkiyi haiz olup olmadığı irdelenmelidir. Genel kurulda alınacak kararlar bakımından veto hakkını haiz bulunan pay grubu, diğer paylara nazaran daha üstün bir hakka sahiptir : Bu üstün hak, belirli bir kararın alınmasını önleme gücüdür. Bu nedenle, kanımızca bu tür bir veto hakkı, bir imtiyaz olarak nitelendirilmelidir. Şu kadar ki, bu nitelendirmenin bir diğer gerekçesi, Türk Hukuku’nda grup müktesep haklarının öngörülmemiş olmasıdır<sup>1161</sup>. Türk Hukuku’nda da İBK.m. 709 anlamında bir grup müktesep hakkının pozitif bir düzenlemeye istinaden kabul edilmesi olasılığında, söz konusu hak, bir grup müktesep hakkı olarak nitelendirilebilecektir.

Yönetim kurulunda alınacak kararlar bakımından belirli pay gruplarının menfaatini temsil etmek üzere yönetim kurulunda yer alan yöneticilerin olumlu oyunun aranması ve böylelikle bu kimselere veto hakkının tanınması ise, genel kuruldaki veto hakkından farklı olarak değerlendirilmelidir. İlk olarak, bu hakkın, belirli pay gruplarının temsilcilerine tanınması, yine paya bağlanan hatta daha doğru bir ifadeyle “paydan kaynaklanan” bir hak olması itibariyle geçerlidir. Yönetim kurulunun belirli üyelerine “nesnel olarak pay gruplarına bağlanan” veto hakkı tanınması, imtiyazın pawnsahipliği haklarına özgü olması ve genel kurulda alınan kararlar bakımından etkisini göstermesi gözetildiğinde bir imtiyaz olarak nitelendirilemez. Kanımızca, burada da, yetersayıların ağırlaştırılmasıyla aynı etkiyi doğuran bir düzenleme söz olmakla birlikte, son tahlilde; her iki müessese birbirinden farklıdır. Yetersayıların ağırlaştırılmasında, gereken yetersayının oluşumu kaydıyla bu yetersayının belirli bir pay grubunun olumlu oyunu kapsayıp kapsamadığına bakılmazken, veto hakkının öngörülmesi halinde, yönetim kurulunun veto hakkının kapsamına giren kararları ancak söz konusu pay grubunun menfaatlerini temsil eden yöneticilerin olumlu oyunu alması mümkündür.

---

<sup>1160</sup> İmtiyazın anlamı konusunda Türk hukuk öğretisindeki farklı görüşler için bkz. aşa. § 11, IV, A.

<sup>1161</sup> Türk Hukuku’nda grup müktesep hakkının bulunmadığı yönünde **Tekinalp ( Poroy/ Çamoğlu)**, No. 787; aksi görüşte **Kendigelen**, s. 241 vd.

## 2. Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimlerde Veto Haklarının Ortak Kontrolü Sağlayıcı Rolü

Veto hakları prensip olarak azınlık pay sahiplerine tanınmakta<sup>1162</sup>, bu haklar esas itibariyle ortak girişim şirketinin oy haklarının iki hakim pay sahibi arasında yarı yarıya dağıldığı türünde değil, diğer görünüm biçimlerinde ortak kontrolün tesis edilmesi bakımından kritik bir rol üstlenmektedir<sup>1163</sup>. İlk olarak, payların biri çoğunluk pay sahibi olan iki veya daha fazla pay sahibi arasında dağıldığı durumlarda, veto haklarının yukarıda ele alınan iki öngörülme biçimi de ortak kontrolün tesisi açısından değerlendirilebilir.

İlk yöntemde, paylar çeşitli gruplara ayrılmakta ve azınlık pay sahiplerinin sahip olduğu payların oluşturduğu grup veya grupların olumlu oyu olmadan belirli bir kararın alınamayacağı anasözleşmede öngörülebilmektedir. İkinci yöntemde ise, belirli bir kararın alınmasına ilişkin karar yetersayısı, çoğunluk pay sahibinin tek başına karar alamayacağı şekilde ağırlaştırılmaktadır. Her bir hakim pay sahibinin azınlık pay sahibi konumunda bulunduğu ortak girişim şirketlerinde, ilk yöntemde azınlık hakim pay sahiplerinden her birinin ait olduğu pay sahibi grubu açıkça belirtilmeli; ikinci yöntemde ise, stratejik kararların alınması için gereken yetersayılar, her bir hakim pay sahibinin inisiyatifini kapsayacak şekilde artırılmalıdır.

---

<sup>1162</sup> Kuşkusuz ki, oy haklarının iki hakim pay sahibi arasında yarı yarıya dağıldığı ortak girişimlerde, hakim pay sahipleri, kanımızca çoğunluk pay sahipleri olarak da azlık pay sahipleri olarak da nitelendirilemez. Bu pay sahiplerinin azlık haklarından yararlanabileceği kuşkusuz ise de, azlığın sadece çoğunluk pay sahibi olmayan anlamına gelmediği aynı zamanda ortaklık organlarında alınan kararlar bakımından çoğunluk pay sahibinin iradesinin etkisi altında olan özne olduğu dikkate alındığında, oy haklarını yarı yarıya paylaşan hakim pay sahiplerinin azlık pay sahibi olarak nitelendirilmesi de isabetli olmayacaktır. Bu tür ortak girişimlerde hakim pay sahibi azlık konumunda bulunmamakla birlikte, bu tür ortak girişim şirketlerinde de veto haklarına başvurulmaktadır, zira belirtildiği üzere ortak kontrolün tek bir araçla sağlanması zorunlu değildir. Ortak kontrolü sağlam bir şekilde tesis etmek isteyen hakim pay sahipleri, tek başına ortak kontrolü tesis edebilecek nitelikte bir çok araca bir arada yer vermektedir.

<sup>1163</sup> Bu olgu, oy haklarının iki hakim pay sahibi arasında yarı yarıya dağıldığı ortak girişim şirketlerinde veto haklarından yararlanılmayacağı anlamına gelmez. Kanunda öngörülen yetersayıların daha yüksek yetersayı oranları ile ikame edilmediği durumlarda, bu tür ortak girişimlerde de veto hakkında yararlanılmaktadır. Nitekim yarı yarıya ortak girişimlerde ortak kontrolün tesis edilmesi açısından tek bir araçla yetinilmediği, oy haklarının dağılımı, oy sözleşmeleri ve yönetim kurulunda temsil edilme haklarının sağladığı ortak kontrolün teminat altına alınması açısından ayrıca yetersayılar veya veto haklarına ilişkin düzenlemelere yer verildiği gözlemlenmektedir.

Rekabet Kurulu, **Yorum Tanıtım/Uslu**<sup>1164</sup> kararında ise, iki hakim pay sahibi arasında payların dağılımının % 51- 49 şeklinde gerçekleştiğini ve ortak kontrolün veto hakları marifetiyle elde edildiğini tespit etmiştir. Kararda, veto haklarının hangi konuları kapsadığı belirtilmemekle birlikte, azınlık pay sahibinin haklarının “yatırımcılık sıfatının gerektirdiği hakları aşması” ölçütüne yer verilmiştir. Söz konusu yoğunlaşma işleminde, azınlık pay sahibinin genel müdür sıfatıyla icrai yetkilere sahip olması ve bu suretle ortak girişim şirketinin stratejik yönetimindeki etkisi bakımından etkin bir konum elde etmesi, ortak kontrol bakımından önemli bir unsur olarak değerlendirilmektedir.

Bu açıklamalar, ortak girişim şirketinin diğer görünüm biçimi açısından da geçerlidir. Ortak kontrolün en az iki azınlık pay sahibi tarafından paylaşıldığı hallerde<sup>1165</sup> de, stratejik kararın alınmasında, birinci yöntemde ortak kontrolü paylaşan azınlık pay sahiplerinin her birinin ait olduğu grubun olumlu oyu aranmalı; ikinci yöntemde ise belirlenen yetersayı, her bir azınlık pay sahibinin inisiyatifini kapsamalıdır. Ortak girişimin bu görünüm biçiminde ikinci yöntem üzerinde dikkatle durmak gerekir. Zira, ortak kontrolü paylaşan azınlık pay sahiplerinden bir kaçının işbirliği yaparak (değişken koalisyonlar) diğer azınlık pay sahiplerini devre dışı bırakması, yetersayının yeteri düzeyde ağırlaştırılması suretiyle önlenmelidir<sup>1166</sup>.

---

<sup>1164</sup> Rekabet Kurulu'nun 11.5.2006 tarihli ve 06-33/ 409-106 Sayılı **Yorum Tanıtım/Uslu** Kararı , RG. 06.07.2006, 26220.

<sup>1165</sup> Bu görünüm biçimine ilişkin açıklamalar için bkz. yuk. § 9, III, C.

<sup>1166</sup> Örnek olarak, üç azınlık pay sahibinin anonim ortaklığın tüm paylarını ve oy haklarını eşit bir şekilde paylaştığı bir ortak girişimde, pay grubuna bağlanan veto haklarına yer verilmemesi veya yetersayıların ağırlaştırılmaması olasılığında, hakim pay sahiplerinden herhangi ikisi işbirliği yaparak üçüncü hakim pay sahibini devre dışı bırakabilir. Görüldüğü üzere, bu olasılıkta dahi kontrol iki pay sahibi tarafından paylaşıldığı için ortak kontrolden söz etmek mümkün olacaktır. Böylelikle söz konusu ortak girişimin Ortaklıklar Hukuku açısından sermayeye katılmalı bir ortak girişim olarak nitelendirilmesi açısından bir engel söz konusu olmayacaktır. Ancak Rekabet Hukuku açısından meseleye bakılırsa, söz konusu sermayeye katılmalı ortak girişimin Rekabet Hukuku bakımından bir yoğunlaşma olarak değerlendirilmesi söz konusu olmayacaktır. Zira, üç azınlık pay sahibi arasında değişken koalisyonlar oluşturulması ihtimali, gerçek anlamda ortak kontrolü paylaşan teşebbüslerin belirlenmesi ve buna göre rekabetin önemli ölçüde azalıp azalmayacağına veya hakim durumunun oluşumu ya da güçlenmesi yoluyla rekabetin önemli ölçüde azalıp azalmayacağına saptanmasını olanaksız kılar. Çok teorik bir yaklaşımla, azınlık pay sahiplerinin A, B ve C olması ve değişken koalisyon ihtimalinin yetersayılar veya veto hakları marifetiyle giderilmediği bir yoğunlaşma bildiriminde, rekabet otoritesi, ilgili teşebbüslerin “A, B ve C”, “A ve B”, “A ve C” ve “B ve C” olması ihtimallerini ayrı ayrı ele alıp bu ihtimallerin tümünde maddi ölçüt (rekabetin önemli ölçüde azalması/ hakim durumunun oluşumu veya güçlenmesi) bakımından olumlu sonuç alması olasılığında yoğunlaşmaya izin verme yoluna gidebilir. Ancak, bu yaklaşım, hukuk güvenliği anlayışıyla pratik ve seri bir denetim usulü olarak yapılandırılmış olan yapısal denetimin mahiyetiyle örtüşmemektedir.

Görüldüğü üzere, veto hakları ve ağırlaştırılmış yetersayılar, olağan koşullarda genel kurulda bir kararın alınmasına yönelik olarak herhangi bir inisiyatife sahip olmayan pay sahibine, kararın alınmasına ilişkin koşulları ağırlaştırmak suretiyle bir güç izafe etmekte, böylelikle ortak kontrolün tesisine hizmet etmektedir. Bu açıdan veto hakkının sahibine “içeriği itibarıyla olumsuz bir sonucun ortaya çıkmasını sağlama imkanını tanıma” (kararın alınmasını önleme) özelliği de ortak kontrolün mahiyetiyle çelişmemektedir. Zira incelendiği üzere ortak kontrolde, tekil kontrolün aksine kontrolü elinde bulunduranlar, tek başlarına belirli bir kararın alınmasını sağlama gücüne sahip olmayıp, bilakis bu kararın alınmasını önleme gücünü elinde bulundurmaktadır. Veto hakkı da, yukarıda belirtilen koşullar dahilinde sahibine, stratejik kararların alınmasını önleme yetkisini bahşetmekte, böylelikle sahibini, stratejik kararların alınmasında söz sahibi haline getirmektedir.

Veto haklarının ve böylelikle yetersayıların ortak kontrolün sağlanmasına hizmet edebilmeleri için, bu tür düzenlemelerin ortaklık organlarında alınacak stratejik kararlar bakımından etkili olması yeterlidir. Bu amaçla uygulamada veto hakları hak sahibine sınırsız bir şekilde tanınmamakta, bu hakkın hangi kararlar bakımından söz konusu olduğu pay sahipleri sözleşmesinde belirtilmektedir<sup>1167</sup>. Kuşkusuz ki ortak kontrolden söz edebilmek için, ortak kontrolün sadece veto hakkı veya ağırlaştırılmış yetersayılar ile sağlandığı durumlarda stratejik kararların tamamı bakımından öngörülen veto hakkı veya ağırlaştırılmış yetersayılar yeterli olacaktır.

Veto haklarının etki alanı açısından ortaklık organlarının ayrı ayrı ele alınması gerekmektedir. Uygulamada veto hakları sadece genel kurulda alınacak stratejik kararlara özgü olarak öngörülebildiği gibi, genel kurulda ve yönetim kurulunda

---

<sup>1167</sup> Bu bağlamda, anasözleşmede ortaklık organlarında alınacak kararların bir kısmının ( stratejik olanlarının) daha ağır yetersayılara bağlanmasına bir engel yoktur; bkz. **Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel**, § 24, No. 46. Ortak girişim şirketinde stratejik olmayan kararlar açısından ortak kontrolün tesis edilmemesi, ortak kontrolü bertaraf etmez; çünkü incelendiği üzere ortak kontrolün maddi içeriği, stratejik kararları kapsamaktadır. İsviçre Hukuku’nda **Böckli**, kanunda öngörülen yetersayıların anasözleşmede ağırlaştırılabileceğini ilke olarak kabul etmekle birlikte, yönetim kurulunun seçimi, denetçilerin seçimi, bilançonun onanması, kârın dağıtımı ve nihayet pay sahiplerinin denetleme haklarını güçleştiren yetersayıların kararlaştırılmasının hukuka aykırı olduğunu öne sürmekte, bu bağlamda İBK.m. 703 hükmünün belirlenen kararlar açısından emredici nitelik taşıdığını ileri sürmektedir; bkz. **Böckli**, No. 365. Hüküm, kanunda ve anasözleşmede aksi kararlaştırılmadığı müddetçe, karar yetersayısının toplantıda hazır bulunan pay sahiplerinin toplam oylarının mutlak çoğunluğu olduğunu öngörmektedir. Yazarın yaklaşımı, anılan kararların bir kısmı bakımından anonim ortaklığın karar alma kabiliyetinin muhafaza edilmesi ve kilitlenmenin önlenmesi açısından ilgi çekici ise de, söz konusu görüşün herhangi bir dayanağı mevcut değildir.

alınacak stratejik kararların tamamı bakımından da veto hakkının düzenlenmesi mümkün olabilir. Ancak her iki organda da, stratejik kararların alındığı gözetildiğinde, ortak kontrolün sadece veto hakkına istinaden elde edildiği durumlarda, öngörülecek veto hakkının her iki organda alınacak stratejik kararlarda da etkili olması gerekir.

Bu yaklaşımı şu şekilde somutlaştırmak mümkündür : Veto hakkının sadece genel kurulda alınan stratejik kararlar bakımından öngörüldüğü hallerde, söz konusu hakkın mutlaka yönetim kurulunun seçimine ilişkin karar bakımından da etkili olması gerekir. Aksi takdirde veto hakkı sahibi, yönetim kurulunun seçiminde herhangi bir inisiyatif kullanamayacak; böylelikle yönetim kurulunun alacağı kararlar üzerinde etkili olamayacaktır. Bu olasılıkta, ortak kontrolden söz edilemez. Oysa pay sahibinin genel kurulda yönetim kurulunun seçimine ilişkin karar alınması bakımından da veto hakkına sahip olması varsayımında, durum farklı olacaktır : Veto hakkı sahibi, kendi menfaatlerini temsil edecek ve yönetim kurulunun karar yetersayısına etkili olacak sayıda yöneticinin yer almadığı bir yönetim kurulunun seçilmesini önleyebileceği için, bu yolla dolaylı olarak yönetim kurulunda alınacak stratejik kararlar üzerinde de etkili olma imkanına kavuşacaktır.

Bu veriler ışığında kaydetmek gerekir ki, ortak kontrolün münhasıran veto haklarına istinaden kurulduğu durumlarda, veto haklarının hem genel kurulda, hem yönetim kurulunda alınacak stratejik kararları kapsamı gerekir; aksi takdirde ortak kontrolden söz edilemez.

#### **IV.Ortak Kontrolün Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz Marifetiyle Sağlanması**

##### **A. Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda İmtiyazın Yeri**

Anonim ortaklıkta kural, payların eşit haklar bahşetmesidir<sup>1168</sup>. Ancak, anonim ortaklığa ilişkin düzenlemelerin kökeninde yatan bu düşünce, ekonomik hayatın gerçekleriyle her zaman örtüşmemektedir. Somut bir anonim ortaklığı etkileyen bazı olgular, bazı payların maliklerine diğerlerine nazaran daha güçlü ve etkin bir konum

---

<sup>1168</sup> İmregün, Menfaat İhtilafları, s. 85.



bahşetmesini veya mâlî açıdan daha iyi imkanlar sunmasını temellendirebilir<sup>1169</sup>. Payların bahşettiği haklar açısından ortaya çıkan bu farklılaşma, eşitlik ilkesini<sup>1170</sup> ve sermayeye katılmaya oranla hak sahibi olma ilkesini ilgilendirmektedir<sup>1171</sup>.

Anonim ortaklıkların kurumsal yapısı, paysahipliği haklarının paysahibinden ziyade paya bağlanmasını gerekli kılmakta ve ortaklık düzeninin öznel bir unsur olan paysahibinin değil, nesnel bir unsur olan payın ekseninde yapılanmasını öngörmektedir<sup>1172</sup>. Ortaksal düzen, nesnel, kişiden soyut, payı esas alan bir düzendir. Bu düzen, pay ve ondan doğan haklar üzerine inşa edilmiştir<sup>1173</sup>. Bu itibarla, ortaklığın kurumsal düzenini karakterize eden anasözleşmede belirli paysahiplerinin kişiliği ön plana çıkarılarak bu kimselere bazı kişisel haklar tanınması mümkün ise de<sup>1174</sup>, bu tür düzenlemeler, anonim ortaklıkla ilgili paysahibi arasında sözleşmesel bir borç ilişkisinin oluşumuna yol açmaktadır<sup>1175</sup> ve ortaksal düzenin bir parçası haline gelmemektedir.

Oysa, ekonomik olguların gerekli kıldığı bazı ayrıcalıkların paya bağlanması, bu tür ayrıcalıkların nesnelleştirilmesini ve doğrudan doğruya ortaklık düzenine dahil edilmesini sağlamaktadır<sup>1176</sup>. Bu şekilde sahibine ayrıcalık bahşeden paylar, “imtiyazlı paylar” olarak adlandırılmaktadır. İmtiyazlı olan, paysahibi değil; payın bizatihi kendisidir. Paya kim sahip olursa, payın bahşettiği ayrıcalıklı haklardan o yararlanacaktır.

Sözlük anlamı itibariyle, aynı konumda bulunanlardan birine diğerlerine nazaran tanınan üstün konumu simgeleyen imtiyaz, TTK.m. 401 hükmünde

---

<sup>1169</sup> **İmregün**, Anonim Ortaklıklar, s. 332

<sup>1170</sup> Anonim Ortaklıklar Hukuku’nda “mutlak eşitlik” ilkesinin terk edildiği yönünde bkz. **İmregün**, Anonim Ortaklıklar, s. 333.

<sup>1171</sup> Oy hakkında imtiyazın sermayeye katılmaya oranla hak sahibi olma ilkesinin bir istisnasını oluşturduğu yönünde bkz. **Kendigelen**, s. 53.

<sup>1172</sup> **Poroy (Tekinalp/Çamoğlu)**, No. 760.

<sup>1173</sup> **Poroy (Tekinalp/Çamoğlu)**, No. 760.

<sup>1174</sup> Bu tür düzenlemeler, geçerlilik bakımından BK.m. 19 ve 20’nin çizdiği sınırları ve bu sınırların yanısıra Anonim Ortaklıklar Hukuku’nun temel ilkelerini ihlal etmemek kaydıyla geçerlidir.

<sup>1175</sup> Ünal **Tekinalp**, İmtiyazlı Paylar, XIII. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Ankara, 1996, s. 11-12; ayrıca aynı tebliğde yollama yapılan Yargıtay 11. HD’nin 25.12.1987 tarihli ve 3565/7565 Sayılı kararı, **Grünwald**, s. 228, **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku, s. 560, Onur Kerem **Günel**, Özel Kategori Paylar, Ankara, 1997, s. 9.

<sup>1176</sup> İmtiyazı, ortaklık düzenine dahil eden olgu, onun paya bağlanmasıdır. Nitekim paya bağlanma zorunluluğu için bkz. **Kendigelen**, s. 26, **Günel**, s. 9.

düzenlenmektedir. Hüküm, “ *esas mukavele ile bazı nev’i hisse senetlerine kâr payı veya tasfiye halindeki şirket mevcudunun dağıtılması vesair hususlarda imtiyaz hakkı tanınmasına*” imkan vermektedir. Hükümün “*İmtiyazlı Hisse Senetleri*” başlığını taşıması ve hükümde “*bazı nev’i hisse senetlerine imtiyaz tanınmasından*” söz edilmesi<sup>1177</sup>, imtiyazın hisse senedine bağlandığı yönünde yanlış bir izlenim yaratmaktadır. Oysa imtiyaz, pay senedine değil, bizzat payın kendisine bağlanmaktadır<sup>1178</sup>.

Anonim Ortaklıklar Hukuku’nda imtiyaz, belirli bir paya veya paylara bağlanan ve diğer payların sahip olmadığı üstün hakkı ifade etmektedir. Türk Hukuku’nda imtiyaz kavramının anlamı konusunda derin fikir ayrılıkları ortaya çıkmıştır. Bir görüş<sup>1179</sup>, payların bir kısmına, diğer paylara veya kanuna nazaran üstünlük tanınması halinde imtiyazdan söz edilmesi gerektiğini kabul ederken, bu görüşü eleştiren ve öğretide ağırlıklı olarak savunulan ikinci görüş ise, söz konusu tanımda, tek başına imtiyaza yol açan bir durum olarak sunulan “kanuna nazaran üstün haklar bahşetme” unsurunu isabetli görmemektedir<sup>1180</sup>. Bu ikinci görüşe göre, tüm paylara kanuna nazaran daha üstün haklar bahşedilmesi ve bu üstünlüğün eşit olması halinde, kanuna nazaran farklılaşma, imtiyazın oluşumuna zemin hazırlamaz<sup>1181</sup>. Söz konusu görüş, farklı bir açıdan bakıldığında, imtiyazlı payın varlığı için “adi payın” varlığını gerekli görmektedir. Zira, bu görüşe göre, imtiyazlı paylardan söz edebilmek için, ortaklık düzeninde birbirinden farklılaşan ve farklı kapsamda paysahipliği hakları bahşeden pay türlerinin bulunması zorunludur.

Kanımızca da, imtiyaz kavramı, “diğer payların bahşetmediği hakları bahşeden paylar” olarak tanımlanmalı; tüm payların kanuna nazaran daha üstün fakat birbirleriyle eşit haklar bahşetmeleri olasılığında imtiyazdan söz etmemek gerekir.

<sup>1177</sup> Kayıtlı sermaye sistemini benimseyen ortaklıklara ilişkin SerPK.m. 12/5 hükmünde de “imtiyazlı hisse senedi” çıkarılmasından söz edilmektedir.

<sup>1178</sup> **Kendigelen**, s. 25-26 dn. 91, **İmregün**, Anonim Ortaklıklar, s. 334, **Poroy (Tekinalp/Çamoğlu)**, No. 763.

<sup>1179</sup> **Tekinalp**, İmtiyazlı Paylar, s. 5-6, **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, No. 781.

<sup>1180</sup> İlk olarak Erdoğan **Moroğlu’nun** XIII. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu’nda Tartışmalar Bölümü’nde ileri sürdüğü bu yöndeki görüş için bkz. XIII. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Ankara, 1996, s. 24-25, Ömer **Teoman**, Bir Anonim Ortaklıkta Payların Tümüne Yasada Öngörülenden Daha Fazla Hak Tanınması Ayrıcalık Anlamına Gelir mi?, Batider, C. 18, S. 3, s. 1 vd., aynı yönde **Çeker**, s. 53, **Kendigelen**, s. 30.

<sup>1181</sup> Nitekim **Teoman**, bu tür bir düzenlemeyi anasözleşmesel müktesep hak olarak nitelendirmektedir; bkz. **Teoman**, Ayrıcalık, s. 3-4,

Şu kadar ki, tüm paylara kanuna nazaran üstün hakların bağlandığı durumlarda ve bu üstünlüğün tüm paylarda ortak olduğu durumlarda ortada henüz bir imtiyaz bulunmasa da, yeni çıkarılacak ve örnek olarak paysahibi sıfatını taşımayacak olan bir kimseye devredilecek olan payların kanunun öngördüğü kapsamda paysahipliği hakları bahşetmesi olasılığında, söz konusu yeni paylar “adi pay”<sup>1182</sup> niteliğini taşıyacak, mevcut paylar ise diğerlerine nazaran daha üstün haklar bahşettikleri için doğal olarak yeni payların barındırmadığı türden haklar bahşetmeleri itibariyle imtiyazlı paya dönüşeceklerdir<sup>1183</sup>.

Ayrıca “kanuna nazaran üstünlük”, tek başına imtiyazı karakterize eden unsur niteliğini taşımasa da, özellikle tüm payların kanuna nazaran üstün haklar bahşettiği varsayımında görüldüğü üzere, kanımızca tek başına imtiyaza yol açmamakla birlikte imtiyazın esaslı unsurudur. Bir imtiyazdan söz edilebilmesi için, belirtildiği üzere bahşettiği hakların kapsamı birbirinden farklılaşan en az iki ayrı pay kategorisi bulunmalı<sup>1184</sup>, ayrıca bu iki kategorinin birbiriyle karşılaştırılması sonucunda imtiyazlı olduğu saptanan pay grubunda yer alan paylar, hem diğer paylara hem de kanuna nazaran üstün haklar bahşetmelidir ki imtiyazdan söz etmek mümkün olabilsin. Bununla birlikte, “kanuna nazaran üstünlük” unsuru, “diğer paylara nazaran üstünlük” unsuru içinde erimektedir. Zira, “diğer paylara üstünlük” doğal olarak “kanuna nazaran farklı haklar bahşeden payların” varlığını gerekli kılmaktadır. Böylelikle bir anonim ortaklıkta, farklı haklar bahşeden ayrı pay kategorileri varsa, bu kategorilerden en az birisi, zaten kanuna nazaran daha üstün haklar bahşetmektedir; aksi takdirde diğer paylara nazaran üstünlükten söz etmek mümkün olmaz. Diğer paylara nazaran farklı ve üstün haklar bahşeden paylar, her olasılıkta kanuna nazaran da üstün olacağından, kanuna nazaran üstünlük unsurunun ayrıca belirtilmesine gerek yoktur. Bu veriler ışığında, imtiyazlı payları, diğer paylara nazaran daha üstün haklar bahşeden paylar olarak tanımlıyoruz.

---

<sup>1182</sup> Adi pay kavramının eleştirisi için bkz. **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, No. 781.

<sup>1183</sup> Anasözleşmede tüm paylara birden fazla oy hakkının tanınmasının anlamsız görüldüğünü, ancak sonraki sermaye artırımlarında yeni çıkarılan paylara daha az oy hakkı tanınması olasılığında mevcut payların imtiyazlı hale geleceğini, böylelikle imtiyaz yaratmanın kolaylaşacağını vurgulayan **Domaniç**, Anonim Şirketler, s. 856, aynı yönde Ömer **Teoman**, Yaşayan Ticaret Hukuku, Hukuki Mütalaalar, C. I, Kitap 8, Ankara, 1997, s. 81.

<sup>1184</sup> Nitekim **İmregün’ün** benimsediği “özel kategori paylar” terimi, esasen imtiyazın bu yönünü ortaya koyması bakımından önemlidir, bkz. **İmregün**, Anonim Ortaklıklar, s. 334. **Kendigelen** de, imtiyazın tanınmasıyla grupların ve daha geniş anlamda kategorilerin kendiliğinden ortaya çıktığını vurgulamaktadır; bkz. **Kendigelen**, s. 27.

Anonim Ortaklıklarda pay, sahibine yönetsel ve mâlî haklar bahşetmekte; bu özelliği itibariyle ortaklık düzeninde hak ve borçların kaynağını teşkil etmektedir. Paya herhangi bir ayrıcalığın tanınmadığı durumlarda, her bir pay, bir diğerine eşit nitelikte ve oranda hak bahşedeceğinden, bu olasılıkta bir paysahibi ne kadar çok paya sahipse, yönetsel ve mâlî açıdan o denli güçlü bir konuma erişmektedir<sup>1185</sup> (*sermayeye katılmaya oranla hak elde etme ilkesi*). Halbuki imtiyaz, paylar arasındaki bu dengeyi bozmakta ve sermayeye katılma oranında hak elde etme ilkesini, ilişkin olduğu konunun sınırları dahilinde etkisiz kılmaktadır<sup>1186</sup>. Bu açıdan imtiyaz, hangi konuya ilişkinse, diğer bir deyişle hangi mali veya yönetsel haklar bakımından ayrıcalığı öngörüyorsa, imtiyazlı paya bu ayrıcalığı haiz olmayan paya nazaran daha üstün bir konum bahşetmektedir.

Anonim ortaklıklarda imtiyaz, ancak anasözleşmeye konulacak<sup>1187</sup> hükümlerle öngörülebilir (TTK. m. 300/2 bent 5, TTK.m. 401) . İmtiyazlar, anasözleşmenin gerçek içeriğine dahildir. Anasözleşmede imtiyazın içeriğinin açık bir şekilde belirtilmesi gerekir<sup>1188</sup>. Açık bir anlatımla, belirli bir paya veya belirli paylara izafe

---

<sup>1185</sup> Bu yargının önemli bir istisnasına değinmek gerekir : Oy hakkı dışında kalan yönetsel haklardan bir kısmı, örneğin iptal davası açma hakkı veya yönetim kurulu üyesi aleyhine sorumluluk davası açma hakkı açısından oransallık ilkesi uygulama alanı bulmamakta, paysahibinin sahip olduğu payların sayısı paysahibinin söz konusu yönetsel hakkı kullanması açısından etkili olmamaktadır. Zira burada eşitlik ilkesine mutlak anlamda tabi olan bir paysahipliği hakkı vardır ve tek paya sahip olan bir paysahibi dahi, söz konusu hakların kullanılması için gereken koşulları yerine getirmek kaydıyla bu hakkı tek başına kullanabilmektedir; bkz. **Kendigelen**, s. 44-45.

<sup>1186</sup> Bu olguyu farklı bir açıdan ele alan ve imtiyazlı payların yer aldığı bir anonim ortaklıkta mutlak anlamda eşitliğin ortadan kalktığını vurgulayan **İmregün**, Anonim Ortaklıklar, s. 334.

<sup>1187</sup> Anasözleşmenin içeriğini düzenleyen TTK m. 279 hükmünde imtiyazlı paylardan söz edilmediği, buna karşılık tedrici kuruluşta tescil ve ilâna tâbî hususları düzenleyen TTK.m. 300/2 bent 5 ve 401. maddelerin, ancak anasözleşmeye konulacak hükümlerle imtiyazın öngörülebileceğini açık bir şekilde düzenlediği yönünde bkz. **Arslanlı**, Anonim Şirketler I, s. 144; Sami **Karahan**, Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Paylar ve İmtiyazların Korunması, İstanbul, 1991, s. 25 ve **Kendigelen** s. 35; oransallık ilkesinden ayrılmanın imtiyazın anasözleşmede düzenlenmesini zorunlu kıldığına işaret eden **Bahtiyar**, s. 199. Ayrıca , halka açık anonim ortaklıklarda yönetim kurulunun imtiyazlı pay çıkarabilmesi için anasözleşmeyle yetkili kılınmasını öngören SerPK.m. 12/5 hükmü de aynı doğrultudadır.

Diğer yandan anasözleşmenin içeriğini düzenleyen TTK Tasarısı'nın m. 339 hükmünde, belirli paylara tanınan imtiyazların anasözleşmeye dercedilmesini öngörmektedir (Tasarı m. 339/2 bent (d). Tedrici kuruluşa yer vermemesi nedeniyle, TTK.m. 300 hükmüyle karşılaştırılacak bir hüküm içermeyen Tasarı, bununla birlikte, anasözleşmenin tescile ve ilana tabi olan hükümlerini m. 354'te düzenlemekte, anılan hükmün birinci fıkrasının (e) bendinde; pay senetlerinin türlerinin, bu senetlerin hamiline veya nama yazılı olup olmadıklarının tescil ve ilana tabi olduğunu belirtmekte, ancak imtiyazlı paylara değinmemektedir. İmtiyazlı paylara ilişkin Tasarı m. 478 ise, belirtildiği üzere imtiyazın ilk anasözleşme ile veya esas sözleşme değiştirilerek düzenlenebileceğini açıklıkla ortaya koymaktadır.

<sup>1188</sup> **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, No. 784, **Kendigelen**, s. 36; **Karahan**, s. 24-25; **Bahtiyar**, s. 200.

edilen ayrıcalığın niteliğinin ve kapsamının, ortaklık düzenini karakterize eden anasözleşmeden anlaşılabilmesi gerekir. Bu sayede, genel kurulda paysahipliği haklarının kullanılmasında, hangi payların sahibine diğer paylara nazaran ayrıcalıklı bir konum bahsettiği, anasözleşmeden tereddüde mahal vermeyecek şekilde anlaşılabilmelidir<sup>1189</sup>. Zira, belirli bir hak açısından payın sahibine tanınan imtiyaz, bu imtiyazı haiz bulunmayan payların sahiplerinin söz konusu hakkını deyim yerindeyse daraltmakta; bu yönüyle mevcut ve müstakbel paysahipleri çevresinin tamamını ilgilendirmektedir<sup>1190</sup>.

İmtiyaz, ilk anasözleşmede öngörülebileceği gibi, sonradan yapılacak bir anasözleşme değişikliğiyle de getirilebilir. İsviçre Hukuku'nda, anasözleşme uyarınca veya anasözleşmenin değiştirilmesi yoluyla yeni imtiyazlı payların çıkarılabileceği veya mevcut payların imtiyazlı paylara dönüştürülebileceği kanun hükmüyle öngörülmektedir (İBK.m. 654/1). Türk Hukuku'nda benzer bir düzenleme mevcut değildir. Bu noktadan hareketle, öğretide, imtiyazın müktesep hakları konu edinmesi halinde, söz konusu anasözleşme değişikliğinin, müktesep hakları ihlal edebileceği ortaya konulmakta<sup>1191</sup>, bu görüşe karşı ise “ilk anasözleşmenin müktesep hak oluşturmadığı, sonradan imtiyazlı paylar yaratılmasının TTK.m. 381 ışığında denetlenmesi gerektiği savunulmaktadır<sup>1192</sup>. Kanımızca, ilk anasözleşme ve onun

---

<sup>1189</sup> Örneğin, anasözleşmede sadece belirli grup payların kâra katılmada imtiyazlı olduğundan söz edilmesi yeterli olmayacak; aynı zamanda imtiyazın ne şekilde öngörüldüğünün (kârdan öncelikle yararlanma, kârdan diğer paylara nazaran daha yüksek bir tutarda yararlanma gibi) ve kapsamının açıkça belirtilmesi gerekecektir.

<sup>1190</sup> Örneğin oyda imtiyaz öngörülmesi halinde, diğer payların sahiplerinin oylarının etkisi zayıflamakta, kar payında imtiyazın tanınması halinde, diğer payların sahiplerinin kar payı haklarının kapsamı daralmaktadır.

<sup>1191</sup> İmtiyazın öngörülmesinin müktesep hak niteliğini taşımadığını, ancak sonradan imtiyaz öngörülmesi halinde bu yöndeki anasözleşme değişikliğinin ilk anasözleşmenin paysahipleri açısından yarattığı müktesep hakkı ihlal edebileceğini; söz konusu anasözleşme değişikliğinin müktesep hakları ihlal edip etmediğinin belirlenmesinde, imtiyazın konusuna bakılması gerektiğini ortaya koyan, bununla birlikte somut olayın özellikleri, haklılık ve gereklilik ölçütlerinin aksi sonucu haklı kılabileceğini ileri süren **Tekinalp (Poroy /Çamoğlu)** No. 783, 869 c.

<sup>1192</sup> **Kendigelen** ise, imtiyazın anasözleşmeye konulacak bir düzenlemeyle müktesep hak haline getirilebileceğini, bu tür bir düzenlemenin yokluğunda imtiyazın müktesep hak niteliğini taşımadığını, diğer yandan anasözleşmenin imtiyazın öngörülmesinden önceki halinin de paysahipleri açısından müktesep hak niteliğini taşımayacağını, TTK.m. 401 hükmünün imtiyazın öngörülmesini ilk anasözleşmeye hasretmediğini (**Kendigelen**, s. 143), bu itibarla sonradan imtiyazlı payların yaratılmasının müktesep hakları ihlal eden bir tasarruf olmadığını ortaya koymakta, bununla birlikte, sonradan imtiyazlı pay yaratılmasına getirilmesi önerilen sınırlamaların haklı kaygılara dayandığını, bu bağlamda imtiyazlı paylar yaratma yoluna giden çoğunluk paysahiplerinin güçlerini kötüye kullanmak suretiyle diğer paysahiplerini zarara uğratabileceğini, bu tasarrufun, TTK m. 381'in denetimine tabi olduğunu, bu çerçevede söz

sonradan imtiyazlı payın kapsamına giren haklarla ilgili olarak öngördüğü düzenlemeler, paysahibi açısından müktesep hak niteliğini taşımayacak; imtiyazlı payların öngörülmesinin ardında yatan amaç dikkate alındığında, imtiyazlı paylar sonradan öngörülebilecektir. Bununla birlikte, genel kurulun söz konusu anasözleşme değişikliği hakkındaki kararı, TTK. m. 381'in denetimine konu olacaktır. Söz konusu denetimde, objektif iyiniyet kuralı ışığında ve özellikle onun önemli bir görünüm biçimi olan hakların sakınılarak kullanılması ilkesi bağlamında imtiyazlı payların ihdasıyla gerçek anlamda ortaklık menfaatinin (*Gesellschaftsinteresse*) tatmin edilip edilmediği irdelenmek gerekecektir<sup>1193</sup>.

---

konusu kararın özellikle objektif iyiniyete aykırılık açısından irdelenmesi gerektiğini vurgulamakta, bu denetimin içeriğini somutlaştırarak, söz konusu kararın geçerliliğinin eşit işlem ilkesi ve "imtiyazın yaratılması yerine daha az zarar verecek bir yöntemle ortaklık yararının sağlanıp sağlanamayacağı" merceğinden incelenmesini önermektedir; bkz. **Kendigelen**, s. 144- 145.

<sup>1193</sup> Bu noktada, yönetime katılma haklarında imtiyazı incelediğimiz için, münhasıran oy hakkında ve yönetim kurulunda temsil edilme hakkında imtiyazın sonradan öngörülmesinin etkilerini irdelleyeceğiz.

Gerçekten de, imtiyazlı payların sonradan öngörülmesi olasılığında, imtiyazlı payların varlığından önceki ve sonraki dönem karşılaştırıldığında, imtiyazlı paylara sahip olmayan paysahiplerinin, imtiyazın kapsadığı haklarla sınırlı olan yetki alanında bir daralma olduğundan kuşku duyulmamalıdır. Bu daralma, mutlaka söz konusu paysahipliği hakkının özgül içeriğinde ortaya çıkmayabilir. Örneğin oyda imtiyazda, imtiyazlı paya sahip olmayan paysahiplerinin imtiyazın öngörülmesinden önce ve sonra sahip olduğu oy hakları değişmeyecek, ilk bakışta, bu hakkın kapsamı hiç bir değişikliğe uğramayacaktır. Değişikliğe uğrayan, hem imtiyazlı paylara sahip olmayan paysahibinin pay başına düşen oy hakkının toplam oy haklarına olan oranıdır hem de örnek olarak TTK.m. 391 uyarınca sermaye artırımı kararının tüm imtiyazlı paysahipleri genel kurulları tarafından onanması zorunluluğu karşısında, imtiyazlı paysahiplerinin genel kurul kararını onama yetkisinin gündeme geldiği durumlarda, imtiyazlı olmayan paysahibinin belirli bir kararın alınmasına ve infaz edilmesine muktedir olma kabiliyetidir. Buna karşılık, sonradan imtiyazlı payların oluşturulmasının, imtiyazlı olmayan paylardan kaynaklanan hakların özgül içeriğini daralttığı durumlar da mevcuttur. Bunun en tipik örneği, sonradan kar payı hakkında imtiyazın öngörülmesidir. Görüldüğü üzere, sonradan imtiyazlı payların yaratılması, paydan kaynaklanan hakların özgül içeriğini daraltabildiği gibi, bu hakların sahibine ortaklığın yönetimi bakımından bahsettiği gücü de zedeleyebilmektedir.

İlk olarak, anasözleşmenin mevcut halinin müktesep hak oluşturması kavramı üzerinde durmak gerekmektedir. Bundan kasıt, paysahibinin söz konusu anasözleşmenin özellikle kendisinin de aralarında yer aldığı belirli paysahipleri aleyhine sonuç doğuracak şekilde değiştirilmesini önleme hakkına sahip olduğu savıdır. Müktesep hak teorisinin, somut paysahipliği haklarını ilgilendiği dikkate alındığında (TTK. m. 385), somut bir paysahipliği hakkında değişiklik yapılmasının paysahibinin müktesep hakkını ne yönde etkilediği irdelenmelidir.

Ancak söz konusu dönüşümün olumsuz etkilerine rağmen, İBK.m. 654 ve 704/1 hükümlerinde olduğu gibi, sonradan imtiyazlı pay yaratılmasına imkan veren bir düzenlemenin Türk Hukuku'nda yer almaması, sonradan imtiyazlı payların yaratılmasına ihtiyatla yaklaşılmasını gerektiren bir boşluk olduğu kanaatini taşıyoruz. İlk olarak, yönetime katılma haklarına ilişkin imtiyazlı payların ihdasından önceki anasözleşmenin – sonradan getirilen imtiyazların ilişkin olduğu paysahipliği haklarının imtiyazın yaratılmasından önceki kapsamının- sonradan imtiyazın öngörülmesi bağlamında müktesep hak oluşturmadığı kapsamındayız. Bu olgu, imtiyazlı payların sonradan getirilmesi meselesiyle sınırlıdır, yoksa anasözleşmenin ilk halı, özellikle belirli haklara özellikle müktesep hak niteliğinin izafe edilmesi veya belirli bir hakkın müktesep hak niteliğini

Anasözleşmede kurulacak bu hukuki yapı sayesinde, anonim ortaklıkta farklı paylara farklı ayrıcalıkların tanınması mümkündür; hatta belirli paylara birden fazla ayrıcalığın tanınması dahi geçerlidir<sup>1194</sup>. Aynı ayrıcalığı bahşeden paylar, ayrı bir kategori oluştururlar. Bu olasılıkta paylar, sahip oldukları ayrıcalıklar itibariyle ayrı gruplar oluştururlar. Genel kurulda anasözleşmenin değiştirilmesi yönünde alınan bir karar, belirli bir imtiyazlı pay kategorisinde yer alan paysahiplerinin menfaatlerini etkiliyorsa, söz konusu genel kurul kararının, bu kategoriye oluşturan payların sahiplerinden oluşan ve TTK.m. 388/ 3,4 hükümlerinde öngörülen toplantı ve karar yetersayılarına uygun olarak toplanarak karar alabilen

---

taşıdığıının açıkça vurgulanması olasılığında ilk anasözleşme müktesep hak oluşturur. Kanımızca, ilk anasözleşmenin veya daha net bir anlatımla onun belirli paysahipliği hakları açısından paysahibi lehine müktesep hak yaratma veya söz konusu müktesep hakkı pekiştirme niteliği, sonradan imtiyazın öngörülmesi bakımından dikkate alınmamalı, diğer bir deyişle, sonradan imtiyazlı payların öngörülmesi, ilk anasözleşmeye ilişkin müktesep hakkı zedeleyen bir karar olarak nitelendirilmemelidir. Bunun gerekçesi, bizatihi, imtiyaz müessesesinin öngörülme amacıyla aranmalıdır. İmtiyazlı payların ihdasını gerekli kılan nedenlerin hemen tümü (bkz. **Kendigelen**, s. 58- 67), ortaklığın istikrarını, varlığını sürdürmesini ve faaliyetini yürütebilmesini teminat altına alması karşılığında doğrudan doğruya ortaklık menfaatini ilgilendirmektedir. Bu bağlamda, imtiyazlı payın yaratılmasının tatmin ettiği ortaklık menfaati ile yukarıda tespit edildiği üzere “paysahipliği hakkının kapsamı veya etkisi daralan” paysahibinin menfaati, bu noktada çatışmaktadır. Üstün tutulması gereken, ortaklığın menfaatidir. Bununla birlikte bu yaklaşımı ihtiyatlı olarak benimsemekte yarar vardır. Zira sınanması gereken mesele, somut durumda ortaklık menfaatinin, hakları bir anlamda zayıflayan paysahibine karşı üstün tutulmasının zorunlu olup olmadığı ve ortaklık menfaatine ağırlık verilmesine hizmet eden kararın (imtiyazlı payların yaratılmasının) somut durumda hakların sakınılarak kullanılması ilkesine uygun düşüp düşmediğidir.

Görüldüğü üzere, gerek **Tekinalp’in** gerek **Kendigelen’in** paylaştığı kaygının haklı olduğu ortaya çıkmakta, sonradan imtiyazlı payın yaratılmasının paysahipliği haklarını daralttığı veya daha etkisiz kıldığı anlaşılmaktadır. Ancak her iki yazarın söz konusu ihlalin telif edilmesi bakımından getirdikleri öneriler farklılaşmakla birlikte, **Kendigelen’in** tespiti uyarınca son tahlilde birbirine yakın sonuçlar doğurmaktadır (**Kendigelen**, s. 145). Bu değerlendirmeler ışığında, ilk anasözleşme, paysahipleri açısından müktesep hak niteliğini taşıyabilirse de (karş . **Kendigelen**, s. 143), imtiyazlı payların ihdasını anonim ortaklığın kuruluşuyla sınırlı tutmayan Kanunkoyucu’nun iradesini, imtiyazlı paysahiplerinin ihdasında müktesep hakların ihlal edilmediği yönünde yorumlamak gerekecektir. Böylelikle, ilk anasözleşmenin müktesep hak niteliğini taşıyabileceği noktasında **Kendigelen’den**, imtiyazlı payların yaratılması halinde bu müktesep hakkın ihlal edilmeyeceği noktasında ise **Tekinalp’den** ayrılıyoruz. İmtiyazlı payların ihdasının yaratacağı mahzurların ise, **Kendigelen’in** görüşüne koşut olarak, TTK.m. 381’den yararlanılarak telif edilebileceği düşüncesindeyiz. Gerçekten de, objektif iyiniyet kuralı ve hakların sakınılarak kullanılması ilkesi, söz konusu anasözleşme değişikliği tahtında birbiriyle çatışan ortaklık menfaati ile paysahiplerinin kişisel menfaatleri arasındaki dengenin kurulmasına hizmet edecektir. Bu veriler ışığında imtiyazlı payların ihdasına ilişkin genel kurul kararının iptaline yönelik davaya bakan hakim, imtiyazlı payların getirilmesinin ortaklık menfaatinin gereği olup olmadığını ve bu menfaatinin paysahiplerine daha az zarar verecek bir yöntemle tatmin edilip edilmeyeceğini (bkz. **Kendigelen**, s. 145) araştırmalıdır.

<sup>1194</sup> **İmregün**, Anonim Ortaklıklar, s. 337.

imtiyazlı pay sahipleri genel kurulu tarafından onanması gerekir (TTK.m. 389). TTK. m. 391, esas sermayenin artırılması kararının her durumda imtiyazlı pay sahiplerinin menfaatlerini etkileyeceği faraziyesini getirmiş ve bu kararın infazını imtiyazlı pay sahiplerinin onayına tabi kılmıştır. İmtiyazlı pay sahiplerinin menfaatlerinin etkilendiği durumlarda onama gerçekleşmedikçe, genel kurul kararı geçerliliğini korur, ancak infaz edilemez<sup>1195</sup>.

Paysahipliği haklarının sınıflandırılması uyarınca, imtiyazlar da genel bir ayrımla mali haklara ilişkin imtiyazlar ve yönetime katılmaya ilişkin imtiyazlar olmak üzere ikiye ayrılabilir. Sermayeye katılmalı ortak girişim olarak kurulan anonim ortaklıklarda, ancak yönetime katılma haklarına ilişkin imtiyaz, ortak kontrolü sağlayıcı bir işlev üstlenebilir. Kontrol , ortaklıkla ilgili stratejik kararların alınmasında belirleyici etki icra edilmesini gerektirdiğine göre, herhangi bir imtiyazın öngörülmemesi olasılığında, sahip olduğu paylar itibariyle ortaklığın yönetiminde söz sahibi olabilecek konumda bulunmayan bir pay sahibi, bu payların yönetime katılmada imtiyazla donatılması sayesinde kontrolü paylaşabilecek konuma erişebilir.

Bu bağlamda, yönetime katılmada imtiyazla kontrol kavramları arasındaki bağlantı, payın kanunen öngördüğü kapsamdaki haklarla kontrolü tek başına elinde bulunduramayacak (tekil kontrol) veya paylaşamayacak (ortak kontrol) konumdaki pay sahibinin, yönetime katılmada imtiyazın yönetimdeki etkinliği sağlayıcı işlevinden yararlanarak, ortaklıkta hakim pay sahibi konuma erişmesinde kendisini göstermektedir.

Yönetime katılmada imtiyaz, kanunda açıkça düzenlenmemiştir. TTK. m. 401 hükmünde, kâr payına ve tasfiye bakiyesine katılmada imtiyaz örnek olarak belirtilmiş, “*vesair hususlarda*” ibaresinden hareketle öğreti<sup>1196</sup> ve Yargıtay<sup>1197</sup>,

<sup>1195</sup> **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, No. 807a., **İmregün**, Anonim Ortaklıklar, s. 344, **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku, s. 579.

<sup>1196</sup> **İmregün**, Anonim Ortaklıklar, s. 337, **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)** No. 798, 806, Fahiman **Tekil**, Anonim Şirketler, s. 406-407, **Kendigelen**, s. 44. Öğreti, özellikle TTK.m. 373 ve 387 hükümlerinin oy hakkında imtiyazı temellendirdiğini kabul etmektedir; bu konuda bkz. **Çeker**, s. 45.

<sup>1197</sup> Yönetim kuruluna ve denetim kuruluna aday gösterme imtiyazına örnek olarak bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 9.6.1997 T. 2647/4360, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 30.5.2002 T. 2581/5385, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 13.11.2003 T. 7508/10845 (www.kazanci.com.tr).



yönetime katılma haklarında da imtiyazın öngörülebileceğini açıklıkla ortaya koymuştur. Bu bağlamda, paya bağlanacak oyda imtiyazın ortak kontrolün tesis edilmesine ne şekilde hizmet edeceğinin saptanması gerekir. Ayrıca, bu inceleme yapılırken, oyda imtiyazın etkisizleştiği durumlar araştırılmalı; söz konusu etkisizleşmenin ortak kontrolü zayıflatıcı veya ortadan kaldıracı bir etki doğurup doğurmadığı sınıanmalıdır.

## **B. İmtiyazın Sermayeye Katılnalı Ortak Girişimler Açısından İşlevi**

Sermayeye katılnalı bir ortak girişimin varlığından söz edebilmek için, anonim ortaklığın paylarının hakim paysahipleri arasında eşit şekilde dağılmasının zorunlu olmadığını ortaya koymuştuk. Zira, sermayeye katılnalı ortak girişimi karakterize eden payda veya oy haklarında eşitlik değil, kontrolün paylaşımında eşitlik<sup>1198</sup>.

Payların eşit olmayan dağılımı, çeşitli biçimlerde ortaya çıkabilir. Hakim paysahiplerinden birinin çoğunluk paylarını elinde bulundurması karşısında, diğer hakim paysahiplerinin azınlık paylarını elinde bulundurmaları mümkün olabileceği gibi, hakim paysahiplerinden her birinin azınlık paylarını elinde bulundurmaları da söz konusu olabilir. Bir hakim pay sahibinin payların % 60'ına, diğer iki hakim paysahibinin her birinin payların % 20'sine sahip olduğu bir anonim ortaklık ilk duruma, üç hakim paysahibinin toplam payların % 33'üne sahip olduğu bir anonim ortaklık ikinci duruma örnektir. Teknik anlamda azınlık paysahipliğinin, kapalı anonim ortaklıklarda payların en az % 10'una, halka açık anonim ortaklıklarda en az % 5'ine (SerPK.m. 11/8) veya her ikisinde anasözleşmenin belirlediği daha düşük oranda paya malik olmayı<sup>1199</sup> gerektirdiği dikkate alındığında, azınlık paylarına sahip olmayan bir paysahibinin dahi hakim paysahibi konumuna erişmesi mümkündür. Zira, ortaklık üzerinde hakimiyetin kurulması açısından belirleyici olan pay oranı değil, söz konusu paylara yüklenen yönetime katılma gücüdür.

Bu anlamda, sermayeye katılnalı ortak girişimlerde yönetime katılmada imtiyaz, özellikle farklı oranda payları elinde bulunduran paysahiplerinin sahip oldukları

<sup>1198</sup> **Öztek**, s. 85-86. **Von der Crone**, sermayeye katılnalı ortak girişimlerin; ancak hakim paysahipleri arasında eşit güce dayalı bir dengenin kurulması halinde işleyiş göstereceğini belirtmekte, böylelikle örtülü olarak ortak kontrolün sermayeye katılnalı ortak girişimin esaslı unsuru olduğunu ortaya koymaktadır; bkz. **Von der Crone**, *Zweimanngesellschaften*, s. 38.

<sup>1199</sup> **Poroy (Tekinalp/Çamoğlu)**, No. 753, 753a.

farklı düzeydeki yönetime katılma güçlerinin “*ortak kontrolü paylaşmayı sağlayacak şekilde eşitlenmesine ve böylelikle bu paysahipleri arasında güç dengesinin tesis edilmesine*” yönelik bir işlev üstlenmektedir<sup>1200</sup>. Bu dengenin kurulmasıyla, farklı oranda paya sahip olan paysahipleri, ortaklık üzerinde hakimiyetin paylaşılması açısından eşit konuma gelecek; böylelikle ortaklığın ortaklaşa kontrol edilmesi mümkün olacaktır<sup>1201</sup>.

Diğer yandan, sermayeye katılmalı ortak girişimlerde, imtiyazın hangi aşamada anasözleşmeye dahil edileceği meselesi, ortak girişimin oluşum biçimine göre farklılık gösterir. Kurucuların doğrudan doğruya bir ortak girişim şirketi kurma iradesiyle hareket ettikleri durumlarda imtiyaz ilk anasözleşmede öngörülürken, önceden ortak girişim niteliğini taşımayan ancak sonradan ortak girişime dönüşmesi söz konusu olan ortaklıklarda, imtiyazın anasözleşme değişikliğiyle öngörülmesi söz konusu olmaktadır<sup>1202</sup>.

Kontrol kavramının, paysahibinin hedef ortaklık üzerinde belirli bir yönetsel etkinliğe sahip olmasını ifade etmesi karşısında, ortak kontrolün tesis edilmesi bakımından imtiyazın yönetsel haklara ilişkin olan türünden, diğer bir deyişle yönetime katılmada imtiyazdan yararlanmak söz konusu olacaktır. Yönetime katılmada imtiyazın en tipik görünüm biçimi, oyda imtiyazdır. Stratejik ortaklıkların yaygınlaşmasıyla önem kazanan bir başka müessese ise yönetim organlarında temsil edilme imtiyazıdır.

---

<sup>1200</sup> **Kendigelen**, imtiyazın bu işlevini, “yönetimde etkinliğin sağlanması ve korunması” olarak tanımlamakta, bu işlevi üstlenen payların “hakimiyet payları” olarak adlandırıldığını vurgulamaktadır, bkz. **Kendigelen**, s. 63, dn. 73.

<sup>1201</sup> **Kendigelen**, oyda imtiyazın yönetimde etkinliğin sağlanması ve korunması işlevinin “mevcut çoğunluk ilişkisinin korunması” amacına yöneldiğini belirtmektedir; bkz. **Kendigelen**, s. 64.. Gerçekten de, oyda imtiyaza ilişkin yaygın uygulama, bu saike dayanmaktadır. Bununla birlikte, sermayeye katılmalı ortak girişimlerde durum çok farklıdır : Ortak kontrol, en az iki hakim paysahibinin varlığını zorunlu kıldığından, sermayeye katılmalı ortak girişimlerde oyda imtiyazın “yönetimde etkinliğin korunması” işlevinden ziyade “yönetimde etkinliğin elde edilmesi” geçerlidir. Nitekim inceleneceği üzere, sahip oldukları oy gücü itibarıyla kontrolü paylaşacak durumda bulunmayan paysahipleri, oyda imtiyaz marifetiyle bu konuma erişmektedir.

<sup>1202</sup> İmtiyazın kuruluşun sonra anasözleşmede yapılacak değişikliklerle getirilmesinin ortaklık üzerinde etkileri için bkz. yuk. dn. 1193.

## C.Ortak Kontrolün Sağlanması Oy Hakkında İmtiyazdan Yararlanması

### 1. Oy Hakkının Hakim Pysahiplerinin Yönetime Katılma Gücünü Eşitleme İşlevi

Ortak kontrol, hakim pysahiplerinden hiç birisinin tek başına ortaklığın stratejik kararları üzerinde belirleyici bir etki icra edememesi anlamına gelmektedir. Stratejik kararların alınması açısından ortaya çıkan bu durum hakim pysahiplerinin münferit iradelerinin ortaklığın iradesinin oluşumunda tek başına etkili olamaması anlamına gelmektedir. Diğer bir anlatımla, hakim pysahiplerinin anonim ortaklıktaki münferit yönetim güçleri, ortaklığın yönetimi açısından tek başına bir anlam ifade etmemekte, hakim pysahiplerinden herhangi birinin gücü, bir diğerininkini veya ikiden fazla hakim pysahibinin bulunması halinde diğerlerinin yönetim gücünü etkisiz kılmaktadır (*önleyici irade*).

Hakim pysahiplerinin yönetsel güçleri arasındaki bu denge, oy hakları bağlamında ortaya çıkmaktadır. Payların yarı yarıya dağıldığı bir ortak girişim şirketinde, prensip olarak<sup>1203</sup> hakim pysahiplerinin oy hakları eşit olduğundan ve tarafların ortaklık üzerindeki münferit yönetim güçleri birbirini etkisiz kıldığından, ortak kontrolün tesisi için oyda imtiyaz müessesesine başvurulması söz konusu olmayacak<sup>1204</sup>; hakim pysahiplerinin ortak girişim stratejisini ve ortak kontrolü temel sözleşmeyle düzenlenmeleri, ortak kontrolün istikrarlı bir şekilde muhafaza ve icra edilmesini sağlayacaktır. İki den fazla hakim pysahibinin ortak kontrolü paylaştığı ve hakim

---

<sup>1203</sup> Payların itibari değerlerinin farklılaşmasının veya oyda imtiyazın pay ile oy hakkı arasındaki denge üzerindeki etkileri için bkz. yuk. dn. 897.

<sup>1204</sup> Nitekim oy haklarının yarı yarıya veya ikiden fazla pysahibi arasında eşit bir şekilde dağıldığı hallerde, pysahiplerinden herhangi birinin sahip olduğu paylara oyda imtiyaz hakkının bağlanması halinde, pysahipleri arasındaki eşit oy dağılımı bozulacak, bizzat oy dağılımından veya başka araçlardan kaynaklanan ortak kontrol ortadan kalacaktır. Bu noktadan hareketle, oyda imtiyazın, "farklı oy güçlerine sahip olan pysahiplerinin oy güçlerinin eşitlenmesi" halinde ortak kontrolü tesis etme rolünü yerine getirebileceğini kaydetmek gerekir. Yoksa, oy dengesinin/eşit oy dağılımının bozulmasına yol açtığı durumlarda oyda imtiyaz kontrolü sağlayıcı değil, duruma göre bozucu etkiye sahiptir. Buna rağmen, bu tür ortak girişimlerde dahi, iki hakim pysahibi veya pysahibi grubu arasındaki güç dengesini zedelememek kaydıyla oyda imtiyazın öngörüldüğü gözlemlenmektedir. Bunun nedeni, ortak girişim şirketine ileride başka pysahiplerinin dahil olması, özellikle ortak girişim şirketinin halka açılması olasılığında meydana gelecek yeni oy dengesinde dahi, ortak kontrolün söz konusu iki hakim pysahibi tarafından paylaşılmasını sağlamaktır.

paysahiplerinden hiç birinin çoğunluk paylarını elinde bulundurmadığı hallerde de, ortak kontrolün tesis edilmesi açısından veto haklarından ve ağırlaştırılmış yetersayılardan etkin bir şekilde yararlanılabilecektir.

Sermayeye katılmalı ortak girişimin bu görünüm biçiminde, hem veto haklarından, hem de oyda imtiyazdan birlikte yararlanılması düşünülebilir. Bu olasılıkta oyda imtiyaz, tüm hakim paysahiplerinin azınlık pay sahibi konumunda bulunması ve oyların eşit dağılması olasılığı dışında, birbirinden farklı oranda paya sahip olan paysahiplerinin oy gücünün dengelenmesini sağlayabilmekte; veto hakkı veya ağırlaştırılmış yetersayılar ise hakim paysahiplerinden bir kaçının bir araya gelerek diğerlerini saf dışı bırakmalarını önlemektedir. Ancak, oyda imtiyazın ortak kontrolün tesisinde oldukça yaygın bir şekilde kullanıldığı ortak girişimler, hakim paysahiplerinden birinin çoğunluk diğerinin veya diğerlerinin azınlık pay sahibi olduğu ortak girişimlerdir. Zira, sermayeye katılmalı ortak girişimin bu görünüm biçiminde, hakim paysahiplerinin her birinin ortaklığın yönetimine katılma gücü eşit değildir.

Oyda imtiyazın, ortak kontrol dengesini ne şekilde tesis edeceğini kısaca ortaya koymakta yarar vardır. Payların eşit bir şekilde dağılmadığı durumlarda, TTK. m. 373/1 hükmünün öngördüğü genel kural uyarınca paysahiplerinin oy hakları birbirine eşit olamaz. Halbuki, ortak kontrol, kontrolü paylaşan hakim paysahiplerinin, ortaklığın faaliyet ve finans politikalarını ilgilendiren kararları (stratejik kararlar) bakımından yönetime katılmada birbirlerine eşit bir güce sahip olmalarını gerekli kılar. Bu açıdan, ortaklık organlarında kilitlenme halinde hakim paysahiplerinden birine veya onun menfaatlerini temsil eden kişilere üstün oy (casting vote) tanınması, ortak kontrolün ruhuna aykırı düştüğü gibi, adi ortaklık niteliğini taşıyan temel sözleşmenin kökeninde yatan güven ilişkisini de zedeleyici niteliktedir<sup>1205</sup>

Bu olasılıkta, belirleyici oya sahip olan kimse, ortak kontrol iradesinin oluşum sürecinde tamamen kendi inisiyatifi doğrultusunda hareket etmeyi yeğleyecek; böylelikle ortaklık organlarında karar alma sürecinin kilitlenmesini hedefleyecektir. Bu yönüyle, temel sözleşmeye konulacak hükümlerle kilitlenme halinde hakim paysahiplerinden birisinin inisiyatifine ağırlık tanınması, ortak kontrolü ortadan

---

<sup>1205</sup> **Schlupe**, Privatrechtliche Probleme, s. 490.

kaldırır. Bu olasılıkta, sermayeye katılmalı ortak girişimin Rekabet Hukuku'nda yoğunlaşma olarak nitelendirilmesi mümkün olmayacaktır, zira yoğunlaşmanın ortak kontrol unsuru mevcut olmayacaktır<sup>1206</sup>.

Hakim paysahiplerinin ortaklığın iradesinin oluşumundaki güçleri birbirine eşit olmalıdır ki; bu iradenin oluşumunda hiç bir hakim paysahibi bir diğerine üstünlük sağlayamamalı<sup>1207</sup> ve ortaklığın iradesi hakim paysahiplerinin birbirleriyle uzlaşarak verecekleri karara göre oluşmalıdır.

Bu bağlamda, oyda imtiyaz, diğer hakim paysahibine nazaran daha az paya sahip olan paysahibinin, paylarına bağlanan imtiyaz sayesinde diğer hakim paysahibinin sahip olduğu sayıda oy hakkına sahip olmasını sağlayarak ortak kontrolü tesis eder. Meseleyi somut bir örnekle netleştirmek gerekirse, bir ortak girişimde paysahibi A1'in, sermayenin % 75'ini temsil eden 75.000 adet A grubu paya; paysahibi B1'in ise sermayenin % 25 'ini oluşturan 25.000 adet B grubu paya malik olduğu varsayımında, herhangi bir imtiyazın söz konusu olmaması halinde A1 yegane hakim paysahibi olarak tek başına ortaklığın kontrolünü elinde bulunduracak, böylelikle ortak kontrolün varlığından söz edilemeyecektir. Buna karşılık, B grubu paylara anasözleşmeyle oyda imtiyaz tanınıp bu kategoriye giren her bir payın malikine üç oy hakkı sağladığı öngörülmesi halinde, ayrı ayrı kategorilerde yer alan tüm payların maliki olan A1 ve B1, toplam oyları yarı yarıya paylaşacaklardır. Bu durumda her iki paysahibi arasında pay dağılımında bir denge olmamasına rağmen, oyda imtiyaz marifetiyle oy dağılımında ve dolayısıyla yönetime katılmada bir denge kurulmakta; B1 hakim paysahibi konumuna erişmekte, A1 ise ortaklık üzerinde tek başına elinde bulundurduğu kontrolü B1 ile paylaşmak zorunda kalmaktadır.

Örnekte olduğu gibi azınlık paysahibine ortaklık üzerindeki hakimiyeti çoğunluk paysahibiyle paylaşma olanağının tanınmasının ardında, çoğu zaman azınlık

---

<sup>1206</sup> Nitekim bu husus, YKHD. Par. 36'da açıklıkla ortaya konulmaktadır. Hakim paysahiplerinden (teşebbüslerden) birinin, sermayeye katılmalı ortak girişimin faaliyet alanında teknik bilgiye ve Pazar tecrübesine sahip olması ve ortak girişim şirketinin yönetiminde etkin bir konumda olması, ortak kontrolü zedeleyen bir olgu olarak nitelendirilmemektedir. Şu kadar ki, bu etkinliğin, ortak girişim şirketinin günlük yönetimiyle sınırlı kalması ve stratejik karar düzlemine sirayet etmemesi gerekmektedir, aksi takdirde ortak kontrolden söz edilemeyecektir. Hakim paysahiplerinden birinin ortak girişim şirketinin günlük yönetimindeki üstün konumu, Rekabet Hukuku öğretisinde "endüstriyel liderlik" olarak adlandırılmaktadır; bkz. **Reiser**, s. 123, **Scheibitz**. s. 147-148.

<sup>1207</sup> **Schlupe**, *Privatrechtliche Probleme*, s. 490.

paysahibinin ortaklığa stratejik ortak sıfatıyla girmesi yatmaktadır. Ortak girişimlerde de hakim paysahiplerinin ortaklığın sermayesine katkısından çok ortaklığın gelişmesine, yeni pazarlara girmesine ve pazarda stratejik atılımlar yapmasına yönelik katkıları önemsenmekte ve azınlık paysahibine oyda imtiyaz tanınmaktadır.

Görüldüğü üzere, oyda imtiyaz marifetiyle ortak kontrol, zahmetsiz bir şekilde sağlanmaktadır. Bununla birlikte, ortak girişimin hakim paysahiplerinin münhasıran oyda imtiyazla ortak kontrolü tesis etmeleri yeterli olmamaktadır. Paysahipleri arasında kontrol dengesinin kurulması, ortak girişimin oluşumu açısından yeterli olmakla birlikte, ortak girişimin işleyişinde hakim paysahipleri arasında uyumsuzlukların ortaya çıkmasının önüne geçilmesi açısından yeterli olmamaktadır. Ortak girişimin faaliyetini kalıcı bir zeminde yürütebilmesi için, oyda imtiyaz marifetiyle tesis edilen ortak kontrolün nasıl hayata geçirileceği keyfiyeti de taraflarca kararlaştırılmalıdır. Zira, ortak kontrolün işleyişi, tesisine nazaran çok daha çetrefil sorunları beraberinde getirmektedir.

Bu bağlamda ortak kontrolün işleyişinin, örnek olarak yönetim kurulunun ve üst düzey yönetimin hangi ölçütlere göre belirleneceği, yatırım planlarının nasıl oluşturulacağı gibi stratejik meselelerin hakim paysahiplerince temel sözleşmede düzenlenmesi gerekmektedir. Nitekim, oyda imtiyaz sadece ortak kontrolü tesis etmeye yönelik etki yaratır; yoksa ortak kontrole işlerlik kazandırıcı bir rol üstlenmez. Diğer bir anlatımla oyda imtiyaz, hakim paysahipleri arasında oy dengesini sağlayarak ortak kontrolün oluşumuna hizmet eder; ancak oy haklarının hangi yönde kullanılacağını ve ortak kontrolün nasıl icra edileceğini belirlemediğinden ortak kontrole işlerlik kazandırıcı bir etki yaratmaz.

Sermayeye katılmalı ortak girişimlerde, ortak kontrolün sağlanması bakımından oy hakkının içeriği, büyük önem taşır. Oyda imtiyazın konu bakımından sınırlanabileceği kabul edildiğine göre<sup>1208</sup>, ortaklıkla ilgili stratejik kararların imtiyazın kapsamına dahil olup olmadığının değerlendirilmesi zorunlu hale gelmektedir. Farklı bir anlatımla, kontrol, ortaklıkla ilgili stratejik kararların alınmasında belirleyici etki icra edilmesini gerektirdiğine göre, oyda imtiyaz her

---

<sup>1208</sup> Bkz. yuk. § 11, IV, A.

türlü stratejik kararların alınmasında etkili olmuyorsa, münhasıran oyda imtiyaza istinaden ortak kontrolü paylaşmayı arzulayan paysahibi, hakim paysahibi konumuna erişemez<sup>1209</sup>. Bu nedenle oyda imtiyaz marifetiyle ortak kontrolün sağlanıp sağlanmadığı sınırlanırken, imtiyazın belirli konulara hasredilip hasredilmediğinin, eğer hasredilmişse ortaklıkla ilgili stratejik kararların imtiyazın kapsamına dahil olup olmadığı somut durumda irdelenmesi gerekmektedir.

Bu noktada sınırlayıcı olmamak kaydıyla, ortaklığın yönetim kurulunun ve diğer üst düzey yönetim kadrosunun atanmasının, yatırım ve iş planlarının oluşturulmasının ve bütçenin onanmasının anonim ortaklıklarda stratejik kararlar arasında yer aldığını vurgulamak gerekir<sup>1210</sup>. Yine de, anonim ortaklıkla ilgili hangi kararların stratejik nitelik taşıyacağını peşin bir yaklaşımla önceden belirlenmesinin mümkün olmaması karşısında, imtiyazın kapsamının sınırlandırılması, ortak kontrolün sağlanması açısından daima bir risk oluşturur.

## **2. TTK'nın ve Tasarı'nın Oyda İmtiyazın Etkisizleşmesine Yönelik Düzenlemesinin Etkileri**

TTK. m. 387 hükmü, anasözleşmede aksine hüküm bulunsa dahi, anasözleşme değişikliklerinde her payın sahibine bir oy bahşedeceğini öngörmekte, böylelikle esas sözleşme değişiklikleri bakımından oyda imtiyazı etkisiz kılmaktadır<sup>1211</sup>. TTK Tasarısı m. 479/3 ise , bu etkiyi biraz daha genişleterek, oyda imtiyazın esas sözleşme değişiklikleri, işlem denetçilerinin seçimi, ibra ve sorumluluk davalarının açılması bakımından kullanılamayacağını düzenlemektedir. Hükmün

<sup>1209</sup> Bu çerçevede, yönetim kurulunda temsil edilme hakkının öngörülmediği hallerde, oyda imtiyazın mutlaka yönetim kurulunun seçimini de kapsamı gerekmektedir. Aksi takdirde oyda imtiyaz, ortak kontrolün elde edilmesine hizmet eden bir araç olarak nitelendirilemez, çünkü ortak kontrolün maddi içeriğini oluşturan stratejik kararlar hem genel kurulda hem de yönetim kurulunda alınmaktadır. İrdeleneceği üzere oyda imtiyaz,-belirli stratejik kararların oyda imtiyazın kapsamı dışında çıkarılmaması kaydıyla- esas sözleşme değişiklikleri dışında genel kurulda alınacak olan stratejik kararların alınmasında etkili olabilecektir. Oysa ortak kontrolden söz edilebilmesi için, her bir hakim paysahibinin yönetim kurulunun biçimlendirilmesinde söz sahibi olması ve yönetim kurulunun oluşumunda, her bir hakim paysahibinin iradesinin yönetim kurulunda alınacak karara yansımını sağlayacak bir yapı inşa edilmesi gerekmektedir. . Bu hakimiyet ise, ya oyda imtiyazın yönetim kurulunun seçimini de kapsamı (bu kararın oyda imtiyazın kapsamı dışına çıkarılmaması) veya aksi takdirde, her bir hakim paysahibinin bu etkiyi sağlayacak şekilde yönetim kurulunda temsil edilme hakkını haiz olması yoluyla elde edilebilir.

<sup>1210</sup> Rekabet Hukuku'nun stratejik karar olarak nitelendirdiği kararlar için bkz. yuk. § 9, II, D, 2, c, bb.

<sup>1211</sup> Söz konusu hükmün, anasözleşme değişikliklerinde eşitliği sağladığı yönünde bkz. **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, No. 1369.

gerekçesinde<sup>1212</sup>, “ oyda imtiyazın hakimiyet kurulmasına yönelik bir araç olarak kullanılmasının arzu edilmediği,....., bilakis, çağdaş, kurumsal yönetim ilkelerine dayalı, amaca uygun, iyi, dağınık olmayan ve profesyonel yönetimin kabul gören yaklaşım olduğu ve baskı aracı olan, hakimiyeti güvence altına alma düşüncesine yönelik, kanunî sınırı aşan oyda imtiyazın Tasarı'ya aykırı olduğu” belirtilmiştir. Görüldüğü üzere TTK Komisyonu, oyda imtiyazın yarattığı mahsurları dikkate alarak söz konusu imtiyazın belirli noktalarda etkisiz kalmasını öngörmektedir.

TTK.m. 387'nin bu etkisi, Tasarı m. 479/3 hükmünün kanunlaşması halinde devam edecek; oyda imtiyazın sermayeye katılmalı ortak girişimlerde tek başına ortak kontrolü tesis etme özelliği söz konusu olmayacaktır. Oyda imtiyaz, ancak başka araçların eşliğinde ortak kontrolün tesis edilmesine hizmet edebilecektir. Zira çeşitli vesilelerle incelediğimiz üzere<sup>1213</sup>, anasözleşme değişikliklerinin bir çoğu, örnek olarak sermayenin artırılması veya azaltılması, anonim ortaklığın faaliyet konusunun değiştirilmesi, yeni çıkarılacak payların imtiyazla donatılması amacına yönelik olarak esas sözleşmede değişiklik yapılması gibi kararlar, ortak girişim şirketinde stratejik karar niteliğini taşımaktadır. Oyda imtiyaz ise, bu kararların alınmasında sahibine belirleyici etki icra etme imkanını bahşetmemektedir.

Oyda imtiyazın anasözleşme değişikliğine ilişkin kararlarda etkisizleşeceği kuralının yeni kanunda da korunması halinde, azınlık paysahibinin stratejik karar niteliğini taşıyan anasözleşme değişikliklerinde iradesini etkili kılması mümkün olmayacak; söz konusu karar, prensip olarak çoğunluk paysahibinin inisiyatifiyle alınacaktır. Ortak kontrolün hakim paysahiplerinin tüm stratejik kararlarda uzlaşmasını zorunlu kıldığı ve bazı esas sözleşme değişikliklerinin de stratejik karar niteliğini taşıdığı dikkate alındığında Tasarı'nın 479/3 hükmü, sadece oyda imtiyaz marifetiyle ortak kontrolün tesis edilmesine olanak tanımamaktadır. Bu itibarla, oyda imtiyaz, tek başına bir kontrol aracı olarak etkili olmamakta<sup>1214</sup>; kanımızca bu aracın, stratejik

<sup>1212</sup> TTK Tasarısı, Madde Gereççeleri, m. 479, s. 569.

<sup>1213</sup> bkz. yuk. § 10, III, B, 1.

<sup>1214</sup> Buna karşılık, TTK.m. 389 uyarınca oyda imtiyazlı paya sahip olan paysahiplerinin menfaatlerini doğrudan ilgilendiren anasözleşme değişiklikleriyle, esas sermayenin artırılmasına ilişkin anasözleşme değişikliği TTK.m. 391 uyarınca imtiyazlı paysahipleri genel kurulunun onayına tabi olduğundan, oyda imtiyazlı payları elinde bulunduran paysahipleri bu kararları onamadıkça söz konusu kararlar infaz edilemeyecek, böylelikle oyda imtiyaz kontrolün elde edilmesine hizmet edecektir. Kuşkusuz ki, bu iki istisna dışında kalan alanda oyda imtiyaz etkili olmayacak, ortak kontrolün tesis edilmesine hizmet etmeyecektir.



karar niteliğini taşıyan ve oyda imtiyazın etki alanı dışında kalan anasözleşme değişiklikleri bakımından ağırlaştırılmış yetersayılar, paya bağlanan veto hakkı veya oy sözleşmesi gibi araçlardan biriyle tamamlanması gerekmektedir.

Tasarı m. 479/3 hükmünün gerekçesinde, oyda imtiyazın yol açtığı sakıncalar gözetilerek, bu aracın hakimiyetin elde edilmesi açısından bir araç olarak kullanılmasının arzu edilmediği vurgulanmıştır<sup>1215</sup>. Bu noktada, söz konusu saikin, ortak kontrolün tesis edilmesinde oyda imtiyazdan yararlanılmasına engel oluşturup oluşturmadığının da tartışılması gerekir. Aktarıldığı üzere, Tasarı'nın kanunlaşması ve Tasarı Gerekçesi'nin kanun gerekçesi olarak benimsenmesi kaydıyla, hükmün konuluş amaçlarından biri, oyda imtiyazın ortaklığın yönetiminin ele geçirilmesine yönelik bir araç olarak kullanılmasını engellemektir. Gerekçe'de belirtilen sakınca, kanımızca doğrudan doğruya tekil kontrolü ilgilendirmektedir. Gerçekten de, olağan koşullarda ortaklık üzerinde tek başına hakim konumda bulunmayan bir pay sahibinin oyda imtiyaz müessesesini amacı dışında kullanarak hakimiyeti ele geçirmesi, oyda imtiyazın öngörülmesinin ardında yatan amaçla bağdaşmamaktadır.

Oysa, ortak kontrolde durum çok farklıdır : Oyda imtiyazın ortak kontrolün tesisinde kullanılabilmesi halinde, olağan koşullarda ortak kontrolü paylaşamayacak olan pay sahibi, hakim pay sahibi konumunu elde etmektedir. Bu olasılıkta, ortak kontrol, mahiyeti itibariyle en az iki hakim pay sahibinin varlığını zorunlu kıldığından, gözetilen sakınca gerçekleşmemekte, hakim pay sahiplerinden hiç birisi ortaklık üzerinde hakimiyeti tek başına ele geçirmemektedir. Böylelikle, oy hakkında imtiyaz, sermayeye katılmalı ortak girişimlerde “ortaklığı yörüngesinden çıkarma” ve tüm pay sahiplerinin iradesi hilafına “ortaklığı hakimiyeti ele geçiren kimseye tâbî

<sup>1215</sup> Söz konusu mahsura, Türk Hukuku'nda **Arslanlı** (C. I, s. 151 vd) değinmiş ve birden çok oy içeren payların sakıncalı olduğunu ileri sürmüştür. Çok oylu payların uygulamanın yarattığı gereksinimden doğduğunu ve bu gereksinimi karşıladığı ölçüde yararlı olduğunu belirten **İmregün** ise, (Anonim Ortaklıklar, s. 338, dn. 100), anonim ortaklığın kazanç sağlmasına yönelik olarak yürüttüğü dış etkinlikte, çoğunluğu oluşturup yönetimi elinde bulunduranların ortaklığın amaçlarını ihmal edebileceklerini vurgulayarak, bu olasılıkta pay sahipleri arasında çıkacak menfaat çatışmasının “özel kategori paylardan” değil, çoğunluk-azımlık ilişkilerinden kaynaklanacağını öne sürmektedir. Oyda imtiyazın ortaklık üzerindeki etkinliğini yitirmesine yol açmadığı durumlar açısından bu görüş doğru ise de, oyda imtiyaz marifetiyle azlık pay sahibinin oy çokluğunu ele geçirdiği durumlar bakımından kanımızca yerinde değildir. Zira bu son olasılıkta, azlık pay sahipleri, anonim ortaklığın sermayesine katılım açısından çoğunluk pay sahiplerine nazaran zayıf konumda bulunan azlık pay sahipleri, oyda imtiyaz marifetiyle oy çokluğunu elde etmekte ve ortaklığın yönetimini ele geçirmektedir. Böylelikle menfaat ihtilafı, yine çoğunluk –azlık pay sahipleri arasındaki gerilime ilişkin olmakla birlikte, bu kez çoğunluk pay sahipleri ile azlık pay sahipleri arasında rol değişimine yol açan oyda imtiyazdan kaynaklanmaktadır.

kılma” etkisini yaratmamakta, bizatihi ortaklığı bir çok durumda tekil kontrolden çıkarıp ortak kontrol altında yönetilen bir ortaklığa dönüştürmektedir. Oyda imtiyazın ortak kontrolü tesis etme işlevinin bu özelliği, Gerekçe’de gözetilen “normun konuluş amacıyla” kanımızca çelişmemektedir.

#### **D. Yönetim Kurulunda Temsil Edilme İmtiyazı**

##### **1.Kavram**

Kontrol, genel kurulun yanısıra yönetim kurulunda alınacak stratejik kararlar üzerinde de belirleyici etki icra edilmesini gerektirdiğinden, hakim pay sahibi açısından bu etkiyi icra edebilmenin yolu, yönetim kurulunda yer almak veya yönetim kuruluna seçilmesini sağlayacağı kişiler aracılığıyla etkinlik sağlamaktan geçmektedir<sup>1216</sup>. Bu açıdan yönetim kurulunun oluşumu, hakim pay sahipleri arasındaki güç dengesini yansıtmalıdır<sup>1217</sup>.

Yönetim kurulunun seçilmesi, genel kurulun münhasır yetkisine dahil olan hususlardandır<sup>1218</sup>. Prensip olarak, oy haklarının çoğunluğuna sahip olan pay sahibi, yönetim kurulunda kendi belirlediği kimselerin görev almasını sağlayabilecek; böylelikle yönetim kurulunda alınacak olan stratejik kararları da belirleyebilecektir. Ancak, anonim ortaklığı etkileyen bazı olgular, oy çoğunluğunu elinde bulundurmayan pay sahiplerinin menfaatlerinin de yönetim kurulunda temsil edilmesini gerekli kılabilir. Genel kurulda pay sahiplerinin uzlaşması yoluyla azınlık pay sahiplerinin gösterdiği adayların yönetim kuruluna seçilmesi ihtimali bir yana bırakılırsa, oy çoğunluğunu elinde bulundurmayan pay sahiplerinin menfaatlerinin yönetim kurulunda temsil edilmesinin yolu, anasözleşmede belirli paylara veya pay gruplarına yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınmasıdır.

Yönetim kurulunda temsil edilme hakkı, paya bağlanan bir haktır. Yönetim kurulunda temsil edilme hakkını bahşeden paylar, bağımsız bir grup oluştururlar. Paya bağlanan bir hak olmasına rağmen, pay sahibi söz konusu gruptaki tüm paylara

---

<sup>1216</sup> Gansweid, s. 55.

<sup>1217</sup> Bu yönde Oertle, s. 73.

<sup>1218</sup> Kendigelen, s. 181.

sahip olmadığı veya bu paylara sahip olan paysahiplerince kendisine yetki verilmediği müddetçe, bu hakkı tek başına kullanamaz<sup>1219</sup>. Bu bağlamda, yönetim kurulunda temsil edilme hakkı, bir grup hakkı olarak ortaya çıkmaktadır<sup>1220</sup>. Söz konusu hakkın bağlandığı payların oluşturduğu grupta yer alan payların sahipleri bir araya gelecek; yönetim kurulunda görev almak üzere aday gösterilecek kimseleri kendi aralarında belirleyeceklerdir<sup>1221</sup>. Burada kısaca hatırlatmak gerekirse, paysahiplerine kişisel olarak yönetim kurulunda temsil edilme hakkının tanınması mümkünse de, anasözleşmede yer alacak bu tür düzenlemeler, ilgili paysahibi ile anonim ortaklık arasında bir sözleşmesel ilişki tesis etmekte; ancak korporatif ortaklık düzeninin bir parçası haline gelmemektedir<sup>1222</sup>.

Yönetim kurulunda temsil edilme hakkı, azınlık paysahiplerinin menfaatlerinin korunmasına<sup>1223</sup>, paysahipleri arasındaki menfaat ihtilaflarının giderilmesine ve yönetimde etkinliğin elde edilmesine hizmet edebilmektedir<sup>1224</sup>. Sermayeye katılmalı ortak girişimlerde, bu işlevlerin tümünün etkileri gözlemlenmekle birlikte, yönetimde etkinlik sağlama işlevinin ağır bastığı açıktır. Ortak girişim şirketinin oy haklarının yarı yarıya dağıldığı görünüm biçimi dışında kalan tüm oluşumlarında, hakim paysahiplerinden bir kısmının azınlık paysahibi olduğu dikkate alındığında, bu paysahipleri, yönetim kurulunda temsil edilme hakkı marifetiyle yönetimde etkinliği

---

<sup>1219</sup> Zira, yönetim kurulunda temsil edilme hakkı, paylar gruplara ayrılmak suretiyle bir gruba veya bir arada bir kaç pay grubuna aynı anda tanınmaktadır. Böylelikle aynı grupta yer alan payların sahibi olan paysahipleri, kendi gruplarına tanınan sayıda yöneticiyi aralarında karar alarak belirlemekte, böylelikle “paya bağlı hakkın o payın sahibi tarafından kullanılması” hükümlerini klasik anlamda icra etmemektedir, çünkü grupta yer alan bir payın sahibinin bu hakkı tek başına kullanması söz konusu değildir. Bunun tek istisnası, yönetim kurulunda temsil edilme hakkının bizatihi tek bir paya bağlanması halidir. Örnek olarak, 5000 adet A grubu 1 adet B grubu pay bulunduğu bir anonim ortaklıkta, A grubu paylara sahip olan paysahiplerinin yönetim kurulunda 3 üyeye B grubu paysahibinin ise 1 üyeye temsil edileceğinin anasözleşmede öngörülmesi varsayımında, B grubunda yer alan yegane paya sahip olan paysahibi, söz konusu paydan kaynaklanan bu hakkı tek başına kullanma imkanına sahip olacaktır.

<sup>1220</sup> Bu hak tek bir paya bağlansa dahi, bu pay, diğer paylara nazaran farklı bir hak içerdiğinden, tek başına ayrı bir grup oluşturmaktadır. Bu grup hakkının niteliği konusunda bkz. aşa. § 11, IV, D, 2.

<sup>1221</sup> Bu tür bir kararın alınmasında, genel kurula ilişkin genel yetersayı kuralı (TTK.m. 372, 378) kıyasen uygulanmalıdır.

<sup>1222</sup> **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, No. 786.

<sup>1223</sup> Azınlık paysahiplerinin menfaatleri, kanunda kendilerine tanınan olumlu ve olumsuz azlık haklarına rağmen yeterli korumaya mazhar olamamaktadır. Azınlık paysahipleri, ortaklığın yönetiminde söz sahibi olamamaktan öte, ortaklığın işleri hakkında da yeterli bilgi sahibi olamamaktadır. Bu açıdan yönetim kurulunda temsil edilme hakkının azlık paysahiplerine tanınması, azlık paysahipleri ile çoğunluk paysahipleri arasında gelişen menfaat ihtilaflarının giderilmesi açısından elverişli bir yöntemdir.

<sup>1224</sup> Söz konusu hakkın işlevleri için bkz. **Kendigelen**, s. 183-189.

sağlamaktadır. Kuşkusuz ki, yönetim kurulunda temsil edilme hakkının ortak kontrolün tesis edilmesinde etkili bir araç olarak kullanılabilmesi için, yönetim kurulunda stratejik kararların alınmasına ilişkin yetersayı düzenlemelerinin yapılması gerekmektedir<sup>1225</sup>.

## 2. Hukuki Niteliği

Paya bağlı olarak öngörülen yönetim kurulunda temsil edilme hakkının hukuki niteliği konusunda öğretide iki görüş ileri sürülmüştür. Türk Ortaklıklar Hukuku öğretisine hakim olan görüş, söz konusu hakkı bir imtiyaz olarak nitelendirmektedir<sup>1226</sup>. Yargıtay'ın görüşü de bu yöndedir<sup>1227</sup>. **Kendigelen**<sup>1228</sup> ise, yönetim kurulunda temsil edilme hakkının bir imtiyaz niteliğini taşımadığını, bu hakkın bir grup müktesep hakkı olarak sınıflandırılması gerektiğini öne sürmektedir<sup>1229</sup>.

Kanımızca, yönetim kurulunda temsil edilme hakkı, bir grup imtiyazı niteliğindedir. İlk olarak, söz konusu hakkın bağlandığı pay, diğer paylara nazaran daha üstün bir hakla (yönetim kurulu üyelerinin bir kısmını seçtirme hakkıyla) donatılmakta, bu yönden, imtiyazın “diğer paylara nazaran üstün bir hak bahşetme” özelliği, yönetim kurulunda temsil edilme hakkının bağlandığı paylar bakımından gerçekleşmektedir. Bu noktada dikkat çekici husus, İsviçre Kanunkoyucusu'nun söz konusu hakkı, pozitif bir düzenlemeyle bir grup müktesep hakkı olarak düzenlemesidir (İBK.m. 709). Bu bağlamda, pahasahipliği hakları yelpazesinde “grup müktesep hakkı” kavramının yer bulması, doğrudan doğruya bu pozitif düzenlemeden kaynaklanmaktadır. Bu itibarla, bu tür bir pozitif düzenlemeye yer vermeyen Türk

<sup>1225</sup> Yukarıda 1202 no.lu dipnotta verdiğimiz örnek dikkate alındığında, yönetim kurulunda alınacak kararlarda hakimiyetin sağlanabilmesi için, yetersayıların her bir hakim pahasahibinin iradesinin karara yansımaları mümkün kılacak şekilde ayarlanması gerekmektedir.

<sup>1226</sup> **İmregün**, Anonim Ortaklıklar, s. 337, **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, No. 787, **Teoman**, Karar İncelemesi, s. 181-183, **Ömer Teoman**, Yaşayan Ticaret Hukuku, Cilt I, Kitap, 4, İstanbul, 1995, s. 38, aynı eserin Cilt I, Hukuki Mütalaalar, Kitap 7, İstanbul 1997, s. 107, aynı eserin Cilt I, Hukuki Mütalaalar, Kitap 9, İstanbul, 2000, s. 123; **Fahiman Tekil**, Anonim Şirketler, s. 410, **Okutan**, s. 387, **Yanlı**, Perdenin Kaldırılması, s. 155.

<sup>1227</sup> Yargıtay 11. HD.'nin 16.10.1979, 4286/4769; 01.02.1980, 98/440; 12.06.1984, 2542/3435, 05.05.1995, 7146/3903; bu kararların tümü için bkz. Gönen **Eriş**, Açıklamalı-İçtihatlı TTK, Ticari İşletme ve Şirketler, C. 2, 3. Bası, Ankara, 2004, s. 2436-2440.

<sup>1228</sup> **Kendigelen**, s. 240 vd.

<sup>1229</sup> Aynı yönde, Ali **Dural**, s. 54.

Hukuku'nda, grup müktesep haklarının varlığından söz edilemez<sup>1230</sup>. TTK Tasarısı'nın ilk halinde<sup>1231</sup>, İBK. m. 709 hükmüne paralel bir düzenlemeyle grup müktesep haklarının ihdası anlamına gelebilecek bir düzenlemeye yer verilmiş; TTK Tasarısı'nın sonraki versiyonunda ise, yönetim kurulunda temsil edilme hakkı, açıkça bir imtiyaz olarak düzenlenmiştir<sup>1232</sup>.

Kanuni ve esas sözleşmesel müktesep haklar; belirli bir gruba değil, tüm paylara bahşedilen haklardır. Böylelikle İsviçre Kanunkoyucusu, söz konusu hakkı bir grup müktesep hakkı olarak düzenlenirken, Türk Hukuku'nda bu tür bir pozitif düzenlemenin yokluğunda öğreti, söz konusu hakkı ağırlıklı olarak bir grup imtiyazı olarak nitelendirmektedir. Bu noktada şu soru ortaya çıkmaktadır : Söz konusu hakkın mahiyeti, grup müktesep hakkı olmaya mı yoksa bir imtiyaz olarak mı nitelendirilmeye mi elverişlidir?

Kanımızca bu sorunun yanıtlanması, doğrudan doğruya hukuk politikasını ilgilendirmektedir. Şu kadar ki, söz konusu hakkın, bağlandığı paylara diğer paylara nazaran bir üstünlük bahşetmesi, bu hakkın imtiyaz olarak nitelendirilmesini gerekli kılmaktadır. Böylelikle İsviçre Kanunkoyucusu, bu özelliğine rağmen söz konusu hakkı bir imtiyaz olmaktan çıkarma amacıyla bu tür bir düzenleme getirmiştir; bu sayede, söz konusu imtiyazlı paylara sahip olan paysahiplerinin menfaatlerini etkileyen durumlarda söz konusu paysahiplerinden oluşan imtiyazlı paysahipleri genel kurulunun alınan genel kurul kararını onaylaması zorunluluğunu bertaraf etmiştir. Türk Hukuku'nda bu yönde bir düzenleme bulunmaması karşısında, söz konusu hakkın bir imtiyaz olarak nitelendirilmesi gerekmektedir.

### 3.Türleri

Temel sözleşmelere ve paysahipleri sözleşmelerine özgü uygulama, yönetim kurulunda temsil edilme hakkı bakımından bir çok model öngörmektedir. Bu modellerin başında, yönetim kuruluna üye gönderme, yönetim kuruluna aday

---

<sup>1230</sup> **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, No. 787, **Teoman**, Yaşayan Ticaret Hukuku, Cilt I, Kitap 4, s. 38.

<sup>1231</sup> bkz. TTK Tasarısı, Ankara, Şubat 2005, TTK.m. 360.

<sup>1232</sup> Bkz. TTK Tasarısı, Ankara, Aralık 2005, TTK.m. 360.

gösterme, yönetim kurulu üyelerinin belirli pay sahipleri arasından seçilmesi gibi alternatifler gelmektedir<sup>1233</sup>.

Türk Hukuku'nda henüz yönetim kurulunda temsil edilme hakkının öngörülmesini yasaklayan bir düzenleme bulunmaması karşısında, anonim ortaklıkta pay sahiplerinin yönetim kurulunda temsil edilme hakkının geçerli olarak düzenlenebileceği, öğretide hemen hemen görüş birliğine konu olmaktadır<sup>1234</sup>. Şu kadar ki, bu tür düzenlemeler, BK.m. 19 ve 20'nin veya ayrıca anonim ortaklığın temel ilkelerinin çizdiği sınırlar dahilinde geçerlilik kazanır. Bu çerçevede, yönetim kuruluna üye gönderme hakkı, yönetim kurulunun seçilmesinin genel kurulun münhasır yetkilerine dahil olması karşısında Türk Hukuku'nda öngörülemeyecektir<sup>1235</sup>.

Buna karşılık, yönetim kuruluna aday gösterme hakkının ve yönetim kurulu üyelerinin pay sahipleri arasından veya belirli grup paylara sahip olan pay sahipleri arasından seçilmesi modelinin geçerli olduğu kabul edilmektedir. Bunun nedeni, her iki modelde de, genel kurulun iradesi bertaraf edilmemesidir<sup>1236</sup>.

#### 4. Ortak Kontrolün Oluşumunda Rolü

Ortak kontrolün maddi içeriği "ortaklık organlarında alınacak stratejik kararlar üzerinde belirleyici etki icra etmek" olarak açıklandığına göre, bu etkinin elde edilmesine ilişkin en verimli yöntemlerden birisi de, yönetim kurulunda temsil edilme hakkıdır. Hakim pay sahiplerinden her biri, gerçek kişi olmaları halinde bu hakkı kullanarak bizzat yönetim kurulunda görev alabileceği gibi, belirleyecekleri kimselerin yönetim kuruluna seçilmesini sağlayarak kendi iradelerinin alınacak stratejik karara yansımaları da sağlayabilirler. Özellikle, Tasarı m. 359 hükmüyle tüzel kişilere yönetim kurulu üyesi olarak görev yapma imkanının tanındığı

<sup>1233</sup> Bu modellerin değerlendirmesi için bkz. **Kendigelen**, s. 215-217.

<sup>1234</sup> **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, No. 787, **İmregün**, Anonim Ortaklıklar, s. 337, **Teoman**, Karar İncelemesi, s. 181, Fahiman **Tekil**, Anonim Şirketler, s. 410, karşı. **Arslanlı**, Anonim Şirketler II, s. 64.

<sup>1235</sup> Bu yönde, **Teoman**, Karar İncelemesi, s. 183, **Kendigelen**, s.220; karşı. **Karahan**, s. 126 (yazarın görüşüne ilişkin eleştiriler için özellikle bkz. **Kendigelen**, s. 221, dn. 166).

<sup>1236</sup> Aday gösterme hakkının geçerliliği yönünde **Kendigelen**, s. 227; **Teoman**, Karar İncelemesi, s. 183.

gözetildiğinde, bu müessesenin Tasarı m. 360 hükmünde öngörülen yönetim kurulunda temsil hakkı ile bir arada değerlendirilmesi mümkündür<sup>1237</sup>.

Açık bir anlatımla, anasözleşmede, hakim paysahiplerinin sahip oldukları paylara aday önerme hakkının bağlanması veya yöneticilerin belirli kategoride yer alan payların maliki olan paysahipleri arasından seçileceğinin öngörülmesi halinde, hakim paysahiplerinden her biri yönetim kurulunda temsil edilme imkanına kavuşacaktır. Bu açıdan önemli olan, her hakim paysahibinin menfaatinin yönetim kurulunda temsil edilmesi ve stratejik nitelikteki yönetim kurulu kararlarına yansımadır; aksi takdirde ortak kontrolden ve sermayeye katılmalı ortak girişimin varlığından söz edilemeyecektir. Zira, yönetim kurulunda yer almayan veya menfaatleri bu organda temsil edilmeyen bir hakim paysahibinin iradesi, yönetim kurulunda alınacak stratejik kararlara yansıyamayacaktır.

Buna karşılık, ortak girişim şirketinin anasözleşmesinde yer alacak olan yönetim kurulunda temsil hakkı marifetiyle, hakim paysahiplerinden her birinin veya onların menfaatlerini temsil eden kimselerin yönetim kurulunda yer alması; yönetim kurulunda alınacak stratejik kararlar üzerinde belirleyici etki icra edilmesi açısından yeterli olmayacaktır. Yukarıda somut örneklerle ele alındığı üzere, yönetim kurulunda alınacak kararlar üzerinde belirleyici etki icra edilmesinden söz edilebilmesi için, kararın tüm hakim paysahiplerinin veya onların menfaatlerini temsil eden yöneticilerin olumlu oyları olmaksızın alınamaması gerekmektedir. Bu yaklaşımı bir Rekabet Kurulu ışığında ele almak gerekirse, Rekabet Kurulu'nun **Vestel/Birim**<sup>1238</sup> kararına konu olan uyuşmazlıkta oy hakları, iki hakim paysahibi arasında eşit dağılmamakta, Rekabet Kurulu'na göre ortak kontrol, anasözleşmede yetersayıların stratejik kararlar konusunda ağırlaştırılması yoluyla sağlanmaktadır. Bu stratejik kararlar arasında, yönetim kurulunun seçimi de yer almaktadır.

Şu kadar ki anasözleşmenin bir diğer hükmü, yönetim kurulunun dokuz üyesinin A grubu payların sahibi olan paysahipleri tarafından dördünün ise B grubu payların sahibi olan paysahipleri tarafından seçilmesini öngörmektedir. Kararda, açıkça, yönetim kurulunda yetersayılara ilişkin bir düzenleme getirilmediği belirtilmektedir.

---

<sup>1237</sup> Bu konuda daha ayrıntılı incelemeler için bkz. § 11, V.

<sup>1238</sup> bkz. yuk. dn.1098.

Bu olgu dikkate alındığında, her ne kadar yönetim kurulunun seçiminde sermayenin % 70'ini temsil eden payların olumlu oyuyla yönetim kurulu seçilecek ve bu seçimde her iki hakim pay sahibi de etkili olacak ise de, yönetim kurulu üyelerinin beşi bir hakim pay sahibi tarafından, dördü ise diğer hakim pay sahibi tarafından gösterilecek adaylar arasından seçilecektir. Yargıtay'ın anasözleşmede çoğunluk kuralı getirilmedikçe toplantı yetersayısının gerçek anlamda yarısından bir fazla üye olarak belirlenmesi yönündeki görüşü dikkate alındığında ve böylelikle somut ortaklıkta toplantı yetersayısı dokuz kişide 6 kişi olarak belirlendiğinde, söz konusu ortak girişim şirketinin yönetim kurulunda toplantı yetersayısı 6, karar yetersayısı ise 4 olacaktır. Buna karşılık, TTK Tasarısı ile getirilen sistem esas alındığında ise, dokuz kişilik yönetim kurulunda toplantı yetersayısı beş olacaktır. Her iki olasılıkta, yönetim kuruluna beş üye seçtirebilecek olan A grubu payların sahibi konumundaki hakim pay sahibi, yönetim kurulunda alınacak stratejik kararları tek başına belirleme imkanına kavuşacak, böylelikle ortak kontrol söz konusu olmayacaktır.

Bu itibarla, yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazı, yetersayılara ve veto haklarına özgü hükümlerle desteklenmek kaydıyla ortak kontrolün tesis edilmesine imkan tanıyabilir. Bunun bir istisnası, özellikle yeni sistemde TTK Tasarısı m. 390/1 hükmünün kanunlaşması halinde, iki hakim pay sahibinin bulunduğu ortak girişim şirketlerinde, her bir hakim pay sahibinin bir üyeyle yönetim kurulunda temsil edilmesidir. Zira, bu olasılıkta, hakim pay sahiplerinden birinin menfaatlerini temsil eden yöneticinin toplantıya katılmaması veya katılmasına rağmen olumsuz oy kullanması, stratejik kararın alınmasını önleyeceğinden, yönetim kurulu kararlarına ilişkin olarak ortak kontrolün oluşumu açısından yönetim kurulunda temsil edilme hakkı, tek başına yeterli olacaktır.

Buna karşılık, Tasarı m. 390/1, toplantı yetersayısını üye sayısının çoğunluğu, karar yetersayısını ise –toplantı yetersayısının oluşması kaydıyla- hazır bulunanların çoğunluğu olarak belirlediğinden, hakim pay sahiplerinin sayısının ikiden fazla olduğu ve hakim pay sahiplerinden her birinin eşit sayıda üyeyle yönetim kurulunda temsil edildiği durumlarda; yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tek başına ortak



kontrolü sağlamayacak; söz konusu hakkın, yetersayılarla veya veto haklarıyla desteklenmesi gerekecektir<sup>1239</sup>.

Hakim paysahiplerinin doğrudan yönetim kurulunda yer almaları ve yönetim kurulunda temsil edilme hakkı, hakim paysahiplerinin münhasıran yönetim kurulunda alınacak stratejik kararlar üzerinde ortak kontrolü elde etmelerini sağlamaya hizmet eder. Oysa ortak kontrol, maddi içeriği itibarıyla hem genel kurul, hem de yönetim kurulu tarafından alınacak stratejik kararları kapsamalıdır<sup>1240</sup>. Bu nedenle her iki araç, hakim paysahiplerine genel kurulda alınacak stratejik kararlara hükmedebilme imkanını bahşedecek araçlarla tamamlanmalıdır.

## **VII. Tüzel Kişinin Yönetim Kuruluna Seçilmesi Marifetiyle Ortak Kontrolün Tesis Edilmesi**

Sermayeye katılmalı ortak girişimleri karakterize eden ortak kontrol, maddi içeriği itibarıyla genel kurulda ve yönetim kurulunda alınan stratejik nitelikteki kararlar üzerinde birden fazla hakim paysahibinin ortaklaşa belirleyici etki icra etmesini gerekli kılmaktadır. Stratejik kararların bir kısmı genel kurul, bir kısmı ise yönetim kurulunda alındığından, bir paysahibinin hakim paysahibi olarak nitelendirilebilmesi için, sadece genel kurulda alınacak kararlar bakımından diğer hakim paysahipleriyle eşit güçte olması ve kararın alınması sürecine kendi iradesini yansıtması yeterli olmayacak; aynı zamanda yönetim kurulunda alınacak stratejik kararlar üzerinde aynı güce sahip olması aranacaktır.

Bu noktada, ortak kontrolün gerekli kıldığı “hakim paysahibinin iradesinin yönetim kurulu kararlarına yansıtılması” kavramının Anonim Ortaklıklar Hukuku’nun temel esaslarıyla bağdaşıp bağdaşmadığının değerlendirilmesinde yarar vardır. Kanunkoyucu’nun yönetim kurulu ile ilgili yaklaşımı, söz konusu organ

---

<sup>1239</sup> Bir örnekle somutlaştırmak gerekirse, üç hakim paysahipli bir ortak girişim şirketinde her bir hakim paysahibinin menfaati bir yönetim kurulu üyesi marifetiyle temsil ediliyorsa, anasözleşmede ağırlaştırıcı hükümlerin öngörülmemesi olasılığında toplantı yetersayısı 2, karar yetersayısı 2 olacak, hakim paysahiplerinden ikisi, üçüncü hakim paysahibini devre dışı bırakarak karar alma imkanına kavuşacak, bu nedenle ortak kontrolün üç hakim paysahibi tarafından paylaşılması mümkün olamayacaktır. Oysa, anasözleşmede ağırlaştırılmış yetersayıların öngörülmesi ve yukarıda verilen örnekte karar yetersayısının oybirliğine çıkarılması, ortak kontrolün üç hakim paysahibi arasında paylaşılmasını temin edecektir.

<sup>1240</sup> Bu konudaki ayrıntılı açıklamalar için bkz. yuk. § 9, II, A, 4.

görevlilerinin özen ve sadakat yükümlülüklerini yerine getirmelerini ve ortaklığın menfaatlerini gözetmek suretiyle karar almalarını gerektirmektedir (TTK.m. 334, 335). Oysa, yönetim kurulunu oluşturan yöneticiler, sermayeye katılmaya oranla hak sahibi olma ve çoğunluk ilkeleri gereğince genel kurulda oy çoğunluğunu elinde bulunduran pay sahipleri tarafından seçildiğinden, yönetim kurulunda alınan kararlar, çoğunluk pay sahiplerinin iradesi doğrultusunda biçimlenmektedir. Gelişen kurumsal yönetim ilkesi, yönetim kurulunda görev alacak olan organ görevlilerinin mümkün olduğunca alanlarında uzman olan ve ortaklığın menfaatleri gerektirdiğinde hakim pay sahibinin veya pay sahiplerinin bu menfaatle bağdaşmayan kişisel beklentilerine direnç gösterebilecek nitelikte olmalarını gerekli kılsa da<sup>1241</sup>; ekonomik gerçeklik, Anonim Ortaklıklar Hukuku'nun çehresini etkileyen kurumsal ilkelerle ve düşüncelerle tam anlamıyla örtüşmemektedir.

Bu gerçekliğin görünüm biçimlerinden biri de, sermayeye katılmalı ortak girişimlerin yönetim yapısıdır. Ortak girişim şirketlerinde hakim pay sahiplerinin yukarıda açıklanan nedenlerle yönetim kurulunda alınan kararlar üzerinde etkili olmaları, ortak kontrolün tesis edilmesi açısından zorunludur. Bunun için de, hakim pay sahiplerinin kendilerinin veya onlar tarafından belirlenecek kimselerin yönetim kurulunda yer almaları gerekmektedir. Ayrıca ortak kontrolün tesis edilmesi açısından bu da yeterli olmayacak; aynı zamanda anasözleşmede yönetim kurulu yetersayılarının, her bir hakim pay sahibinin alınacak stratejik karara iradesini yansıtabilmesini mümkün kılacak şekilde düzenlenmesi gerekecektir<sup>1242</sup>.

Ortak kontrolün sağlanması amacıyla yönelik olarak, hakim pay sahiplerinin bizzat yönetim kurulunda şahsen görev alıp alamayacakları meselesi, mevcut hukuka ve Tasarı'ya göre farklı bir şekilde ele alınmalıdır. TTK.m. 312/1, yönetim kurulunun

---

<sup>1241</sup> Bağımsız üyelerin anonim ortaklık bakımından bu işlevleri için bkz. Sermaye Piyasası Kurulu Kurumsal Yönetim İlkeleri, Ankara, 2005, Bölüm IV, No. 3.3 vd.

<sup>1242</sup> Örnek olarak, üç hakim pay sahibinin yer aldığı bir ortak girişim şirketinde yönetim kurulunun dokuz üyeden oluşması ve her bir hakim pay sahibini temsilen üç yöneticinin yönetim kurulunda yer alması varsayımında, anasözleşmede toplantı ve karar yetersayılarına ilişkin TTK.m. 330u ikame eden bir düzenlemeye yer verilmedikçe yönetim kurulu, 6 üyeyle toplanacak, 4 üyenin olumlu oyuyla karar alabilecektir. Bu olasılıkta, hakim pay sahiplerinden birini temsilen yönetim kurulunda yer alan üç kişinin katılımı ve olumlu oyu olmaksızın da karar alınabilmektedir. Bunun önlenmesi ve hakim pay sahiplerinin tümünün iradelerinin yönetim kurulunda alınacak stratejik karara yansıtılması için, toplantı ve karar yetersayılarının yükseltilmesi gerekir. Bu itibarla ortak kontrolün tesisi açısından sadece pay sahiplerinin veya onların belirlediği kimselerin yönetim kurulunda yer alması yeterli olamayacak, yetersayılar da gerekli düzenlemelerin yapılması gerekecektir.

en az üç üyeden oluşmasını zorunlu kılmaktadır. Kişi kavramı; hem gerçek, hem de tüzel kişileri ifade etmekle birlikte Türk Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda tüzel kişilerin yönetim kuruluna seçilmeleri mümkün değildir<sup>1243</sup>. Bu itibarla, ortak girişim şirketlerinde, sadece hakim pay sahiplerinin gerçek kişi olduğu durumlarda pay sahiplerinin yönetim kurulunda görev almaları mümkün olacaktır. Bu durum, ortak kontrolün tesis edilmesi açısından herhangi bir özellik taşımaz. Belirtildiği üzere, yetersayılara ilişkin rejimin hiç bir hakim pay sahibinin stratejik kararların alınmasında devre dışı kalmayacak şekilde ayarlanması kaydıyla, ortak kontrolün tesis edilmesi herhangi bir güçlük arz etmeyecektir.

Bu noktada özellik arz eden mesele, tüzel kişilerin yönetim kuruluna üye olarak seçilmeleridir. Yürürlükteki hukuk açısından mümkün olmayan bu yönteme, TTK Tasarısı m. 359/2 hükmüyle imkan tanınmıştır. Avrupa anonim ortaklığında da, ikametgah devletinin ulusal mevzuatının elvermesi kaydıyla tüzel kişilerin yönetim kuruluna seçilmesine imkan tanınmıştır (AAOT<sup>1244</sup>, m. 47/1). Söz konusu yöntemden ortak kontrolün tesis edilmesinde yararlanılıp yararlanılamayacağı irdelenmelidir.

Tüzel kişilerin yönetim kuruluna seçilebilmesi, TTK Tasarısı'nın anonim ortaklığın örgütlenmesi açısından getirdiği en önemli yeniliklerden birisidir. Tasarı m. 359/2 uyarınca bir tüzel kişinin yönetim kuruluna seçilmesi halinde, tüzel kişiyle birlikte tüzel kişi tarafından belirlenecek bir gerçek kişi de Ticaret Sicili'nde tescil ve ilan edilecek; sadece bu gerçek kişi, yönetim kurulu üyesi sıfatını taşıyan tüzel kişi adına toplantılara katılıp oy kullanabilecektir. Burada dikkate değer husus, yönetim kurulu üyeliği sıfatının bu gerçek kişiye değil, onun temsil ettiği tüzel kişiye ait olmasıdır. Bu sayede “yönetici tüzel kişi”, gerektiğinde kendisini temsil eden gerçek kişiden temsil yetkisini geri alacak, onun yerine başka bir gerçek kişiyi kendisini temsil etmek üzere görevlendirebilecektir. Bu olasılıkta, boşalan yönetim kurulu üyeliğinin yedek üyelerce doldurulması (TTK.m. 315/1, Tasarı m. 363) veya genel kurul tarafından yeni bir yönetim kurulu üyesinin seçilmesi söz konusu olmamakta; tüzel kişi yöneticilik sıfatını muhafaza etmekte, sadece yöneticiliği icra etmesi için kendisine yeni bir temsilci seçmektedir.

---

<sup>1243</sup> Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), No. 521.

<sup>1244</sup> Avrupa Konseyi'nin 08.10.2001 tarihli ve 2157/2001 Sayılı Avrupa Anonim Ortaklığı Tüzüğü, ATRG. 10.11.2001, L 294.

Gerek tüzel kişilere yönetim kuruluna seçilme imkanının tanınması, gerek yönetim kurulunun en az bir kişiden oluşmasına olanak tanınması<sup>1245</sup> (Tasarı m. 359/1), sermayeye katılmalı ortak girişimlerde ortak kontrolün tesis edilmesini kolaylaştıran düzenlemelerdir. Özellikle, uluslararası ortak girişimlerde hakim paysahiplerinin çoğunlukla tüzel kişiler olduğu dikkate alındığında, tüzel kişilerin yönetim kuruluna seçilebilmeleri halinde, her bir hakim paysahibi yönetim kuruluna seçilebilecek; yetersayılarda yapılacak düzenlemelerle yönetim kurulunda alınacak olan her türlü stratejik kararlarda hakim paysahiplerinin söz sahibi olmaları temin edilebilecektir. Hakim paysahiplerinin, aynı zamanda yönetim kuruluna seçilmeleri durumunda, anonim ortaklık olarak kurulan ortak girişim şirketinde, adeta kişi ortaklıklarındaki “özden organ” müessesesine benzer bir durum ortaya çıkmaktadır<sup>1246</sup>.

Bu olasılıkta, temel sözleşmede oy sözleşmelerine özgü bir düzenlemeye yer verilecek; yönetim kuruluna bizzat hakim paysahiplerinin seçileceği yönündeki taahhütler yer alacaktır. Bununla birlikte, temel sözleşmenin bir borç sözleşmesi niteliğini taşıdığı ve bu sözleşmenin taraflardan biri tarafından ihlal edilmesi halinde işlevsel korporatif yaptırımların uygulanamaması<sup>1247</sup> karşısında, hakim paysahiplerinin menfaatlerinin korunmasının teminat altına alınabilmesi için, ortak girişim şirketinin anasözleşmesinde yer alacak yönetim kurulunda temsil edilme hakkından yararlanılabilecektir<sup>1248</sup>. Tüzel kişi hakim paysahipleri, bu hakka istinaden bizzat kendilerini yönetim kuruluna aday olarak önerecek; genel kurul, haklı bir nedenin temellendirdiği durumlar dışında tüzel kişi ortağı yönetici olarak seçecektir<sup>1249</sup>.

---

<sup>1245</sup> Yönetim organına tek bir kişinin seçilmesi halinde, yönetim kurulunun “kurul organ” niteliğini taşımayacağından bu nedenle “yönetim kurulu “ olarak adlandırılması isabetli olmayacaktır, **Arkan**, Değerlendirmeler, s. 52. Bununla birlikte, bu hususun teknik-terminolojik bir meseleden ibaret olduğunu vurgulamakta yarar vardır.

<sup>1246</sup> Kişiselleştirilmiş anonim ortaklıklarda, ortaklığı kişiselleştiren paysahiplerinin aynı zamanda yönetimde yer almalarını, kişi ortaklıklarının özden organ özeliğine yaklaşma olarak nitelendiren **Forstmoser/ Meier-Hayoz/Nobel**, § 62, 9-10. Görüldüğü üzere, özellikle sermayeye katılmalı ortak girişimlerde bu imkan, hakim paysahibinin işletmeci paysahibi sıfatını da ortaya çıkarmaktadır. İşletmeci paysahibi kavramı için özellikle bkz. Asuman **Yılmaz**, s. 68.

<sup>1247</sup> Oy sözleşmelerinin ihlaline bağlanan sonuçlar için bkz. aşa. § 11, VI, C, 3.

<sup>1248</sup> Bu olasılıkta, Türk Hukuku’nda yönetim kurulu üyesinin bizzat yönetim kurulunda temsil edilme hakkını haiz olan pay grubu tarafından seçilmesinin geçerli olmadığını hatırlatmakta yarar vardır.

<sup>1249</sup> **Kendigelen**, s. 215.

Bu itibarla, tüzel kişi paysahibinin yönetim kuruluna seçilmesinin sermayeye katılmalı ortak girişimlerde ortak kontrolün tesisi açısından yararlı olduğu belirlense de, bu aracın yönetim kurulunda temsil edilme hakkıyla tamamlanması, yönetim kurulunda alınacak stratejik kararlar bakımından ortak kontrolün oluşumunu teminat altına alacaktır<sup>1250</sup>. Şu kadar ki, her iki araç, ancak yönetim kurulunda alınacak stratejik kararlar bakımından etkili olmakta, genel kurulda alınacak stratejik kararlar üzerinde ortak kontrol sağlanmasına hizmet etmemektedir.

## VIII. Oy Sözleşmesi

### A. Kavram ve Hukuki Nitelik

Oy hakkı, anonim ortaklıklarda paysahibinin yönetime katılmasını sağlayan en etkin yönetsel haktır. Kanunkoyucu'nun anonim ortaklık ile ilgili tasarımı, genel kurulun bir kurul organ niteliğini taşıdığı dikkate alındığında, bu organın aldığı kararların, mümkün olduğunca paysahipleri arasında müzakere edilerek alınmasını ve kararın ortaklık menfaatlerine uygun bir şekilde ortaya çıkmasını esas almaktadır. Ekonomik gerçekliğin, bu tasarımla örtüştüğü çok şüphelidir. Diğer bir anlatımla, paysahiplerinin oy haklarını hangi yönde kullanacaklarının bu müzakerelerin etkisi altında belirlendiği düşüncesi, çoğu zaman bir varsayımdan ibaret kalmaktadır.

Anonim ortaklığı çevreleyen menfaat ihtilafları ve bu ihtilaflardan doğan istikrarsızlık tehlikesi, paysahiplerini ortaklığın istikrarını teminat altına alma arayışına yöneltmektedir<sup>1251</sup>. Bunun araçlarından birisi de oy sözleşmesidir. Kanunkoyucu'nun varsayımı açısından meseleye yaklaşıldığında, oy sözleşmeleri, paysahibinin oy hakkı üzerinde ne şekilde tasarruf edebileceğinin genel kurul dışında belirlenmesine zemin oluşturmaktadır.

Anonim ortaklıklarda oy sözleşmesi, paysahiplerinin oy haklarını belirli bir yönde kullanmayı veya hiç bir surette kullanmamayı taahhüt ettikleri bir borç

---

<sup>1250</sup> Kuşkusuz ki anasözleşmeye, anonim ortaklık devam ettiği sürece tüzel kişi paysahibinin yönetim kuruluna seçileceği yönünde bir hüküm konulabileceği düşünülebilirse de, bu düzenleme anonim ortaklıkla ilgili paysahibi arasında sözleşmesel bir ilişki kuracak, bu yöntemle paya bağlı nesnel bir hak öngörülmeyecektir; bu konuda bkz. yuk. dn. 1222.

<sup>1251</sup> Oy sözleşmelerinin bu işlevi için bkz. **Domaniç**, Anonim Şirketler, s. 863.

sözleşmesidir<sup>1252</sup>. Oy sözleşmesi, tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olarak yapılabileceği gibi, karşılıklı iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olarak da akdedilebilir. Paysahiplerinin ortaklaşa bir amaca erişmek üzere oy haklarını ortak bir amaç doğrultusunda kullanmayı karşılıklı olarak taahhüt ettikleri oy sözleşmeleri ise “oy konsorsiyumu” olarak adlandırılmaktadır<sup>1253</sup>.

Oy sözleşmesi, bir borç sözleşmesi niteliğini taşır ve bu sözleşme ortaklık düzeninin bir parçasını oluşturmaz. Paysahiplerinin oy haklarını oy sözleşmesinde taahhüt ettikleri gibi kullanmamaları, oy hakkını geçersiz kılmaz<sup>1254</sup>. Anonim ortaklığın söz konusu sözleşmeden haberdar olması, hatta bazı durumlarda bu sözleşmeye taraf olması<sup>1255</sup> dahi, bu hususta bir değişiklik yaratmayacaktır.

## **B.Ortak Girişim Şirketlerinde Oy Sözleşmesi**

Ortak girişimlerde kural, ortak kontrolün anasözleşmeyle veya taraflar arasında akdedilecek temel sözleşmeyle tesis edilmesidir. Ortak kontrol, tekil kontrole nazaran ortaklığın yönetiminde ortaklık organlarının iradelerinin oluşumu bakımından daha karmaşık bir yapıya vücut verdiğinden<sup>1256</sup>, hakim paysahiplerinin bu yapıyı önceden tesis etmeleri, ortak kontrolün beraberinde getirdiği sorunların ortaya çıkmasını büyük ölçüde önleyecektir. Bu yapının kurulması açısından başvurulacak araçlardan biri de oy sözleşmeleridir<sup>1257</sup>.

Sermayeye katılmalı ortak girişimlerde oy sözleşmesi veya oy sözleşmesine özgü düzenlemeler içeren temel sözleşme, tarafların “oy haklarını belirli bir yönde kullanmayı” konu edinen taahhütlerinin birbirinin karşılığını oluşturmaması ve

---

<sup>1252</sup> Çeşitli tanımlar için bkz. **Moroğlu**, Oy Sözleşmeleri, s. 4; **Dohm**, s. 9, **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, No. 998, **Domaniç**, Anonim Şirketler, s. 864.

<sup>1253</sup> **Moroğlu**, Oy Sözleşmeleri, s. 28, **Çeker**, s. 237.

<sup>1254</sup> **Forstmoser/Meier-Hayoz-Nobel**, § 24 No. 93.

<sup>1255</sup> Anonim ortaklığın; temel sözleşmeye taraf olması durumuna özgü görüşlerimiz burada da geçerlidir. Bu bağlamda oy sözleşmesine yönelik düzenlemeler, anonim ortaklık organlarında hakim paysahiplerinin veya onların menfaatlerini temsil eden yöneticilerin belirli bir kararın alınmasındaki hareket tarzlarını belirlemesi hasebiyle, anonim ortaklığın iradesinin oluşum sürecine ilişkin düzenlemelerdir ve bu sözleşmeye taraf olsa dahi anonim ortaklığı bağlamaz. Bu konudaki değerlendirmelerimiz için bkz. yuk. § 8, I, B, 5.

<sup>1256</sup> Ortak kontrol iradesinin karmaşık oluşum süreci için bkz. yuk. § 10, II.

<sup>1257</sup> Oy sözleşmelerinin özellikle en az iki azlık paysahibinin güç birliği yaparak ortak kontrolü ele geçirmelerine hizmet ettiği yönünde bkz. **Oertle**, s. 72, **Yüksel**, s. 112.

tarafların oy haklarını ortak kontrolün elde edilmesini mümkün kılacak şekilde kullanmayı taahhüt etmeleri karşısında bir adi ortaklık niteliğini taşımaktadır<sup>1258</sup>.

Oy konsorsiyumuna taraf olan paysahiplerinin iradesi, karşılıklı menfaatlerin gerçekleştirilmesine değil, ortak bir amacın gerçekleştirilmesine yönelmektedir. Söz konusu amaç, ortak girişim şirketinin ortak kontrol altında bulundurulmasıdır. Oy sözleşmesine sadece hakim paysahipleri taraf olabileceği gibi, kontrolü paylaşmayacak olan paysahipleri de taraf olabilir<sup>1259</sup>. Oy konsorsiyumuna taraf olan paysahiplerinin tümü, oy haklarını, ortak bir amaç doğrultusunda kullanmayı taahhüt etmektedir. Bu ortak amaç, sermayeye katılmalı ortak girişimlerde, ortak girişim şirketinin ortak kontrole tabi kılınmasıdır. Hakim paysahibi açısından meseleye bakıldığında oy sözleşmesi, her bir hakim paysahibine stratejik kararları veto etme yetkisini bahşedecek şekilde düzenlenmelidir<sup>1260</sup>. Buna göre, hakimiyetin oy sözleşmesiyle tesis edilebilmesi için, oy sözleşmesine taraf olan paysahiplerinin oy haklarını en az iki hakim paysahibinin her birine tek başına stratejik kararları veto etme yetkisini tanıyacak şekilde kullanmayı taahhüt etmeleri gerektir.

Ortak girişim şirketlerinde oy sözleşmesi, temel sözleşmenin bünyesinde yer alabileceği gibi<sup>1261</sup>, bağımsız bir sözleşme olarak da akdedilebilir. Her iki durumun sermayeye katılmalı ortak girişimlerde yarattığı farklara değinmekte yarar vardır. İlk olarak, temel sözleşmenin sermayeye katılmalı ortak girişimler açısından esaslı unsur niteliğini taşıdığı dikkate alındığında, oy sözleşmesinin bağımsız bir hakimiyet aracı olduğu gözetilerek taraflar arasında sadece oy sözleşmesiyle yetinilmesi, hatalı bir yaklaşım olacaktır. Temel sözleşmenin ortak girişim şirketinin kökeninde yatan stratejik işbirliği ilişkisini belirleme işlevi dikkate alındığında, sadece bir oy sözleşmesiyle yetinilmesi, ortak kontrolü sağlayacak olsa da, bu olasılıkta temel sözleşmenin “ortak kontrole işlerlik sağlayıcı işlevinden” mahrum kalınacaktır. Açık bir anlatımla, oy sözleşmesiyle ortak kontrol tesis edilebilecek; buna karşılık bu

---

<sup>1258</sup> **Poroy (Tekinalp/Çamoğlu)**, No. 708, **Çeker**, s. 240. Bu tür oy sözleşmelerinin, ortakların iştirak halinde mülkiyetine tahsis edilen bir malvarlığına sahip olmayan bir iç ortaklık niteliğini taşıdığı yönünde bkz. **Ulmer**, Vor § 705, No. 48.

<sup>1259</sup> Bu çerçevede temel sözleşmeye hakim paysahipleri dışında kimselerin taraf olmasına ilişkin açıklamalar için bkz. yuk. § 8, I, B, 5.

<sup>1260</sup> Nitekim **Dohm**, oy sözleşmesinin bu türünü “**convention de blockage**” (blokaj sözleşmesi) olarak adlandırmaktadır; bkz. **Dohm**, s. 27 vd.

<sup>1261</sup> Oy sözleşmelerinin paysahipleri sözleşmesinin odak noktasını oluşturduğu konusunda bkz. **Forstmoser /Meier-Hayoz-Nobel**, § 24, No. 92.

sözleşmede oy haklarının ne şekilde kullanılacağı belirlenmekte olsa da, ortak girişim şirketinin kilitlenme riski artacaktır. Bu nedenle, oy sözleşmesinin akdedilmesi, kanımızca temel sözleşmeye olan ihtiyacı ortadan kaldırmaz<sup>1262</sup>.

Oy sözleşmeleri ve oy sözleşmelerine özgü düzenlemeler içeren temel sözleşmeler açısından incelenmesi gereken ikinci nokta, sözleşme uyarınca oy haklarını belirli bir doğrultuda kullanmayı taahhüt eden pay sahiplerinin bu taahhütlerini ihlal etmeleri halinde, dava yoluyla sözleşmeye uygun hareket etmeye zorlanıp zorlanamayacağıdır. Öğretide görüş ayrılığına yol açan bu mesele, sermayeye katılmalı ortak girişimler bakımından oldukça günceldir; zira ortak kontrolün karmaşık oluşum süreci her an hakim pay sahipleri arasında bir uyuşmazlık çıkmasına ve hakim pay sahiplerinden herhangi birinin oy haklarını belirli yönde kullanma taahhüdüne aykırı hareket etmesine zemin oluşturabilir.

Sermayeye katılmalı ortak girişimlerde hakim pay sahiplerinin ortak kontrolü paylaşması, ortak girişim şirketinin yönetiminde hakim pay sahiplerinin ortaklık üzerinde belirleyici etkilerini birbirleriyle uzlaşarak icra etmelerini gerektirdiğinden<sup>1263</sup>, hakim pay sahiplerinin gerek temel sözleşme bünyesinde yer alan ve oy sözleşmesine özgü nitelik taşıyan düzenlemelere, gerek temel sözleşmeden bağımsız olarak akdedilen oy sözleşmelerine uygun hareket etmeleri, ortak girişim şirketi açısından hayati öneme sahiptir. Zira, temel sözleşmenin taraflarından birinin sözleşmeyi ihlal etmesi, genellikle diğer tarafların da sözleşmeye uygun hareket etmemelerine yol açmakta, bu olgular giderek ortak girişimin kilitlenmesine zemin hazırlamaktadır. Bu bağlamda, temel sözleşmenin veya oy sözleşmesinin ihlali halinde tarafların birbirini ileriye dönük olarak sözleşmeye uygun hareket etmeye zorlayabilmeleri, temel sözleşmenin ayakta kalması ve buna bağlı olarak ortak girişim şirketinin varlığını sürdürmesi açısından kritik bir öneme sahiptir<sup>1264</sup>. Bu nedenle, hakim pay sahiplerinin dava yoluyla

---

<sup>1262</sup> Bu konuda bkz. yuk. § 8, II A, 3. Örnek olarak, temel sözleşme, hakim pay sahipleri ile ortak girişim şirketi arasında akdedilecek uydu sözleşmelerine özgü düzenlemeleri içermektedir. Bu tür düzenlemeler, oy sözleşmelerine yabancıdır.

<sup>1263</sup> Scheibitz, s. 92- 93, Ali Dural, s. 37.

<sup>1264</sup> Tarafların birbirlerini dava yoluyla temel sözleşmeye uygun hareket etmeye zorlamalarının gündeme gelmesi, kuşkusuz ki, ortak girişimin kurulmasının kökeninde yatan işbirliği anlayışının sona erdiğini ortaya koymaktadır. Bu bağlamda, bu tür bir davanın açılmasının mümkün olması ve davacı hakim pay sahibinin bu davadan olumlu sonuç elde etmesi varsayılsa dahi, artık tarafların ortak girişim şirketini uzlaşma içinde ortaklaşa yönetmeleri imkanının ortadan kalktığı



birbirlerini sözleşmeye uygun hareket etmeye zorlayıp zorlayamayacaklarının araştırılması gerekmektedir.

### **C.Oy Sözleşmelerinin Ortak Kontrolü Sağlama İşlevi**

#### **1. Oy Sözleşmesinin Kontrolü Sağlamasının Mümkün Olup Olmadığı Meselesi**

Oy sözleşmeleri, anonim ortaklık üzerinde belirleyici etkinin elde edilmesi için başvurulan araçlardan birisidir<sup>1265</sup>. Anonim ortaklıklarda hakimiyet, hem genel kurulda, hem de yönetim kurulunda alınan stratejik ( ortaklığın faaliyet ve finans politikalarını belirleyen) kararlar üzerinde belirleyici etki icra edilmesini gerekli kılmaktadır<sup>1266</sup>. Oy sözleşmesinin tekil veya ortak kontrolü sağlayabilmesi için, kontrolün maddi içeriğinin dikkate alınması gerekir. Kontrolün maddi içeriği, gerek genel kurulda gerek yönetim kurulunda alınacak stratejik kararları, diğer bir deyişle ortaklığın faaliyet ve finans politikalarını belirleyen kararları kapsadığından, oy sözleşmesine taraf olan hakim pay sahiplerinin oy haklarını belirli yönde kullanmalarını konu edinen taahhütlerinin tüm stratejik kararları kapsamaması gerekmektedir.

Diğer yandan, oy sözleşmelerinin kalıcı anlamda kontrolü tesis edip etmediği tartışılmalıdır. Acaba oy sözleşmesine taraf olan hakim pay sahiplerinden birinin, oy sözleşmesine uygun hareket etmemesi, bu sözleşmeyle kurulan ortak kontrol dengesinin bozulmasına yol açar mı? Diğer bir deyişle oy sözleşmesinin ihlal edilmesi tehlikesi, ortak kontrolün varlığını tehdit etmekte midir? Bu soruların ortaya çıkması dahi, ortak kontrolün tesis edilmesine yönelik olarak yapılan oy sözleşmesinin kalıcı bir kontrol erkini taraflarına bahşedip bahşetmediği sorununu gözler önüne sermektedir. Madem ki, kontrol, kalıcı bir şekilde belirli bir teşebbüs üzerinde belirleyici etki icra edilmesi; diğer bir deyişle ortaklığın alacağı stratejik

---

savunulabilir. Ne var ki, somut uyuşmazlığın özellikleri, davanın açılması imkanını işlevsel hale getirebilir. Örnek olarak, oy sözleşmesini ihlal edilmesi karşısında diğer hakim pay sahibinin veya pay sahiplerinin karşı tarafı sözleşmeye uygun hareket etmeye zorlamak yerine sözleşmeyi haklı sebeple feshetmeleri, bizzat sözleşmeyi ihlal eden taraf açısından da daha ağır sonuçları beraberinde getirebilir. Bu nedenle, teorik de olsa bu hukuki sorunu incelemekte yarar görüyoruz.

<sup>1265</sup> Hüffer § 133 No 25, Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), No. 999.

<sup>1266</sup> Bu konuda özellikle Rubli, s. 11.

kararlar üzerinde etki icra edilmesi anlamına geldiğine göre, oy sözleşmesinin tek başına bu gücü taraflarına bahşedip bahşetmediği araştırılmalıdır.

Çeşitli vesilelerle incelendiği üzere<sup>1267</sup>, Ortaklıklar Hukuku açısından kontrolün söz konusu olup olmadığı, münhasıran şirketler topluluğu hukukuna özgü yaptırımların uygulanması açısından önem taşımaktadır. Bu yaptırımlar ise, ilke olarak hakimiyetin kötüye kullanılması olasılığında hakim ortaklık konumunda bulunan hakim paysahipleri bakımından gündeme gelecektir. Bu nedenle, oy sözleşmesinin kontrolü tesis edip etmediği hususu, kanımızca kötüye kullanma anı açısından ele alınmalıdır. Rekabet Hukuku ise, sermayeye katılmalı ortak girişimleri yoğunlaşmanın bir türü olarak ele aldığından ve yapısal denetime tabi tuttuğundan, rekabet otoritesi açısından önemli olan husus, yoğunlaşmanın gerçekleşeceği an itibariyle kontrolün tesis edilip edilmediğidir. Bu itibarla Rekabet Hukuku, sermayeye katılmalı ortak girişimin oluşum anında kontrolün varlığını şart koşmaktadır.

Bu açıdan bakıldığında, korporatif kontrol araçlarının aksine oy sözleşmesinin ortaklık düzeninin bir parçası olmaması ve korporatif yaptırımlardan yoksun bulunması<sup>1268</sup>, oy sözleşmesinin ihlal edilmesi ihtimalinin kontrolün süreklilik ve kalıcılık özellikleriyle çeliştiğini ortaya koymaktadır. Şu kadar ki, belirttiğimiz üzere meseleye Ortaklıklar Hukuku ve bu çerçevede şirketler topluluğu hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı açısından bakıldığında, oy sözleşmesinin ihlal edilip edilmediği ve oy sözleşmesinin oluşturduğu hukuki zeminde kontrolün halen mevcut olup olmadığı hususu, kanımızca Ortaklıklar Hukuku anlamında kötüye kullanma teşkil eden hukuki işlemin veya eylemin gerçekleşme ânı açısından sınanmalıdır. Rekabet Hukuku'nda ise, kontrolün mevcut olup olmadığı olgusu, sadece ortak girişimin kuruluş anında sınanmaktadır. Söz konusu yoğunlaşmaya izin verilirken, oy sözleşmesinden doğan taahhütlerin ihlal edilip edilmeyeceği ve böylelikle kontrolün ortadan kalkıp kalkmayacağı henüz belli değildir.

---

<sup>1267</sup> bkz. yuk. §9, I, A ve § 9, IV.

<sup>1268</sup> Oy sözleşmesinin korporatif düzenin bir parçası olmadığı yönünde bkz. **Dohm**, s. 15.

Oy sözleşmesiyle ortak kontrol tesis edilebilirse de, söz konusu sözleşme, taraflarından herhangi biri tarafından her an ihlal edilebilir<sup>1269</sup>. Bu olasılıkta, oy sözleşmesinin kontrolü tesis etme işlevi ortadan kalkacaktır. Bu açıdan bakıldığında, oy sözleşmesi “kalıcı belirleyici etkinin” yani kontrolün sağlanmasına gerçek anlamda hizmet eden bir araç değildir. Buna rağmen, şirketler topluluğuna özgü düzenlemeler, oy sözleşmesini hakimiyetin varlığı açısından bir faraziye olarak öngörmektedir. TTK Tasarısı m. 195/1/a bent 3 hükmünün kanunlaşması halinde de oy sözleşmesinin “kontrolü sağlama işlevi” de pozitif bir dayanağa kavuşacaktır. Kalıcı anlamda kontrolü sağlama açısından korporatif kontrol araçları kadar güçlü olmayan oy sözleşmesinin, şirketler topluluğunda tek elden yönetimin sağlanmasında söz konusu araçlarla aynı konuma yerleştirilmesi ve kontrol aracı olarak nitelendirilmesi, kısaca şu şekilde açıklanabilir : Aşağıda incelenecek olduğu üzere, oy sözleşmesinin ihlali olasılığında oy hakkının oy sözleşmesine uygun bir şekilde kullanılması aynen ifa marifetiyle sağlanamasa da<sup>1270</sup>; oy sözleşmelerinde öngörülen yaptırımlar, hakim paysahiplerinin söz konusu sözleşmenin ihlalini önleyici nitelikte caydırıcı etkiler yaratabilmektedir. Bu itibarla, tekil veya ortak kontrolü tesis edecek bir oy sözleşmesi, kural olarak bu sözleşmenin taraflarınca bu yönde değerlendirilir ve bu sayede kontrol elde edilir.

Şu kadar ki, oy sözleşmesinin çoğunlukla gizli kaldığı dikkate alındığında, çoğu zaman oy sözleşmesinin varlığının kanıtlanması ve şirketler topluluğuna özgü yaptırımların uygulanması güçlük arz edebilecektir. Rekabet Hukuku’nun uygulama alanına giren bir sermayeye katılmalı ortak girişimde hakim paysahipleri söz konusu oy sözleşmesini , ortada bir yoğunlaşma işleminin bulunduğu kanıtlamak ve yoğunlaşma imtiyazından yararlanmak üzere rekabet otoritesine bildirmek zorundadır. Bununla birlikte, Rekabet Hukuku’nun konusuna girmeyen durumlarda, oy sözleşmesinin varlığı ve bu sözleşme uyarınca iki teşebbüs arasında hakimiyet ilişkisinin bulunduğu kanıtlanması ve hakim teşebbüsün şirketler topluluğuna özgü yaptırımlara tabi tutulması, nispeten güçlük arz edecektir.

---

<sup>1269</sup> Nitekim oy sözleşmesinin korporatif kontrol araçları kadar işlevsel bir kontrol aracı olmadığı yönünde bkz. **Rubli**, s. 16.

<sup>1270</sup> Bu konuda bkz. aşa. § 11, VI, C, 3.

## 2. Tekil ve Ortak Kontrolün Tesis Edilmesinde Oy Sözleşmeleri

Tekil kontrol açısından bakıldığında, bu belirleyici etki, genel kurulda oy çoğunluğu üzerinde tasarruf edebilme olanağının elde edilmesini gerekli kılar. Genel kurulda oy çoğunluğu üzerinde tasarruf edebilen bir pay sahibi, hem genel kurulda alınacak stratejik kararları kendi oylarıyla belirleyebilecek, hem de kendi menfaatlerini temsil edecek üyeleri yönetim kuruluna seçerek yönetim kurulunda alınacak stratejik kararları dahi etkileme imkanına kavuşacaktır.

Tekil kontrolün elde edilmesinde oy sözleşmesinin rolü, sahip olduğu paylardan dolayı oyların çoğunluğu üzerinde tasarruf edemeyen pay sahibine, başka pay sahipleriyle işbirliği yaparak bu imkanın tanınmasıdır. Pay sahibi, başka pay sahiplerinin oy haklarını kendisinin belirlediği yönde kullanılmasını sağlayabilecek; böylelikle ortaklık üzerinde hakimiyeti elde edebilecektir. Oy sözleşmelerinin kontrolü sağlayıcı işlevi, şirketler topluluğuna özgü düzenlemelerde ifadesini bulmaktadır. TTK Tasarısı m. 195/1/a bent 3 hükmü, “bir sözleşmeye istinaden oy haklarının çoğunluğunun kullanılabilmesini” kontrolü oluşturan durumlar arasında saymaktadır. Burada kastedilen, sözleşme oy sözleşmesidir.

Oy sözleşmesinin ortak kontrolün elde edilmesindeki rolü ise ise, en az iki hakim pay sahibi arasında yönetime ilişkin hakların kullanmasında denge sağlama yönünden kendisini göstermektedir. Oy sözleşmesinin ne şekilde ortak kontrolü sağladığı, ortak girişimin yapısına göre değişiklik gösterir.

İki hakim pay sahibinin bulunduğu ortak girişimlerde, oy sözleşmesinin rolü, oy haklarının dağılımına göre değişiklik gösterir. Oy haklarının eşit bir şekilde dağıldığı ortak girişimlerde, ortak kontrol kendiliğinden ortaya çıktığından; oy sözleşmesi, ortak kontrolü tesis edici değil, pekiştirici bir rol üstlenebilir. Buna karşılık, oy haklarının eşit bir şekilde dağılmadığı ortak girişim şirketlerinde, oy sözleşmesi, hakim pay sahiplerinin ortaklığın yönetimindeki güçlerini dengeleyici bir rol üstlenerek ortak kontrolü tesis eder. Ortak girişimin bu türünde, hakim pay sahiplerinden biri, diğerine göre yönetsel açıdan daha güçlü bir konumda iken, akdedeceği oy sözleşmesiyle oy haklarını, her iki pay sahibinin birlikte belirleyecekleri şekilde kullanmayı taahhüt etmektedir. Bu olasılıkta, iki

paysahibinin birbiriyle eşit olmayan güçleri, oy sözleşmesi marifetiyle dengelenmekte, oy sözleşmesine taraf olan paysahipleri, oy haklarını ortak kontrol anlayışı ekseninde kullanmayı birbirlerine taahhüt etmektedir. Aynı durum, hakim paysahiplerinin ikiden fazla olduğu ve hakim paysahiplerinden birinin çoğunluk, diğerlerinin her birinin azınlık pay sahibi olduğu ortak girişimler bakımından da geçerlidir.

Oy sözleşmeleri, hakim paysahiplerinin her birinin azınlık pay sahibi olduğu ortak girişimlerde de ortak kontrolün tesis edilmesine hizmet edebilir. Ortak girişimin bu türünde, azınlık paysahiplerinden her biri oy haklarını aynı amaca yönelik olarak ortak bir strateji doğrultusunda kullanmayı taahhüt etmektedir.

Oy sözleşmesinin ortak kontrolü sağlama işlevi değerlendirilirken, tekil kontrolün aksine özellik taşıyan bir durum da, oy konsorsiyumundaki karar alma sürecidir. Ortak kontrol, belirli bir ortaklığın stratejik kararların alınmasında en az iki kişinin belirleyici etki icra etmesi, bu süreçte her birinin iradelerinin etkili olması gerektiğini belirtmiştik. Buna göre, oy sözleşmesinin kontrolü sağlayabilmesi için, oy konsorsiyumunda oy haklarının hangi yönde kullanılacağı belirlenmesinde, hakim paysahiplerinden hiç birinin iradesinin saf dışı kalmaması gerekmektedir. Diğer bir anlatımla, oy konsorsiyumu marifetiyle ortak kontrolün tesis edilmesi için, söz konusu oy konsorsiyumunda ortak girişim şirketi nezdinde kullanacak oy haklarının ne şekilde kullanılacağı belirlenirken, hakim paysahiplerinin tümünün iradelerinin etkili olması, bunlardan hiç birinin iradesinin diğerlerine üstün gelmemesi ve saf dışı kalmaması gerekmektedir. Bir örnekle somutlaştırmak gerekirse, oy haklarının toplamı oy çoğunluğuna erişen iki paysahibinin oy haklarını aralarından birinin belirlediği yönde kullanmayı taahhüt ederlerse, söz konusu oy sözleşmesi ortak kontrolün oluşumunu sağlamaz; çünkü ortak kontrolün kavramsal unsurları (paysahiplerinden hiç birinin iradesinin saf dışı kalmaması ve diğerlerinininkine üstün gelmemesi) burada gerçekleşmemektedir. Burada hakim kılınan, oyların doğrultusunu belirleyecek olan paysahibinin iradesidir.

### 3. Hakim Paysahiplerinin Oy Sözleşmesine Uygun Davranmaya Zorlanması Sorunu

Oy sözleşmesinin ortak kontrolü tesis etme işlevini yerine getirmesine ilişkin önemli bir sorunun ele alınması gerekir. Bu sorun, oy sözleşmesini ihlal eden tarafın sözleşmeye uygun hareket etmeye zorlanıp zorlanamayacağıdır. Gerçekten de, oy sözleşmeleri, sözleşmeye taraf olan paysahiplerine, oy haklarını belirli bir yönde kullanma yükümlülüğünü getirmektedir. Bu yükümlülük, bir yapma borcunu ortaya koymaktadır.

Oy sözleşmesinin Ortaklıklar Hukuku bakımından etkileri kanunda düzenlenmemiştir. Bu bağlamda, oy sözleşmesinin taraflarına yüklediği yapma borcunun ihlaline hangi hukuki sonucun bağlanacağı, yapma borçlarına ilişkin genel hüküm niteliğini taşıyan BK.m. 97 hükmü ışığında incelenmelidir. Bu hukuki sorun değerlendirilirken, kanımızca ayrıca, oy sözleşmesinde öngörülen yapma borcunun Ortaklıklar Hukuku'na özgü hususiyeti göz önüne alınmalıdır. Bu bağlamda, paysahibinin oy hakkını sadece genel kurulda kullanması zorunluluğu ve oy hakkının kullanılmasının bir irade beyanı niteliğini taşıdığı olgusu<sup>1271</sup> gözetilmelidir<sup>1272</sup>.

BK.m. 97/1 uyarınca borçlunun yapma borcunu yerine getirmemesi halinde, alacaklının masrafi borçluya ait olmak üzere borcun kendisi tarafından ifasına izin verilmesini talep etme hakkı doğmaktadır. Ayrıca hükümde, borca aykırılıktan dolayı alacaklının uğradığı zararın giderilmesini talep edebileceği öngörülmektedir<sup>1273</sup>.

Oy sözleşmesi uyarınca oylarını belirli bir doğrultuda kullanmayı yüklenen paysahibi, bu yükümlülüğe aykırı hareket ederek oyunu başka bir yönde kullandığında, oy hakkını sözleşmede belirlendiği şekilde kullanma taahhüdünü ihlal etmiş olacaktır. Meseleyi biraz daha somutlaştırmak gerekirse, paysahibi, genel kurula katıldığında oy sözleşmesinde öngörülen tarzdan farklı doğrultuda oy

<sup>1271</sup> Bu yönde bkz. **Teoman**, Oydan Yoksunluk, s. 3; **Okutan**, s. 349, **Lang**, s. 90.

<sup>1272</sup> **Hüffer** § 133, No. 30.

<sup>1273</sup> BK.m. 97/1 hükmünde öngörülen bu kurala, bir değişiklikte BK. Tasarısı m. 118/1 hükmünde yer verilmiştir. Söz konusu değişiklik, alacaklıya borcun kendisi veya üçüncü kişi tarafından yerine getirilmesini talep etme hakkının tanınmasıdır; bu konuda bkz. Ahi **Ayanoğlu Morali** (Erden **Kuntalp**/Nami **Barlas**/Ahi **Ayanoğlu Morali**/Pelin **Çavuşoğlu İŞINTAN**/Mert **YAŞAR**/Sedef **KOÇ**, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul,2005, s. 70.

kullandığı takdirde, oy sözleşmesini ihlal etmiş olmaktadır. Oy hakkı bir kez kullanıldığında hükümlerini doğuracak, genel kurulda karar alınmasıyla, oy sözleşmesiyle güdülen amaç – en azından yeni bir genel kurul toplanana değin-gerçekleşmeyecektir.

Oy sözleşmesinin belirli bir genel kurul toplantısında oy haklarının kullanılmasına ilişkin olması olasılığında, pay sahiplerinden birinin oy sözleşmesine aykırı hareket etmesi ve oy hakkını sözleşmede taahhüt ettiği için farklı şekilde kullanması halinde ifa imkansız hale gelebilir<sup>1274</sup>. Ancak burada, ortak kontrolün icra edilmesi bakımından oy sözleşmelerinin işlevini tartıştığımız için, oy hakkının sürekli olarak belirli yönde kullanılmasını öngören, diğer bir deyişle taraflar arasında sürekli bir borç ilişkisi doğuran oy sözleşmelerine aykırılığın sonuçlarını ele alacağız.

Bu tür oy sözleşmeleri bakımından , tarafların sözleşmeye aykırılık halinde sözleşmenin sona ereceğini kararlaştırmaları söz konusu olabilir. Bu olasılıkta, mücerret ihlal, oy sözleşmesini sona erdirecek; artık yükümlülüğünü ihlal eden pay sahibini ileriki genel kurul toplantılarında yükümlülüğünü yerine getirmeye zorlamak söz konusu olmayacaktır. Oy sözleşmelerinde sözleşmenin ihlaline bu tür bir sonuç bağlanmadığı durumlarda ise, diğer pay sahiplerinin menfaatleri, yükümlülüğünü ihlal eden pay sahibini sonraki genel kurul toplantılarında oy sözleşmesine uygun hareket etmeye zorlamayı gerekli kılabilir.

Oy sözleşmesinin taraflarının oy sözleşmesine uygun hareket etmeye zorlanıp zorlanamayacağı meselesi, Alman Hukuku'nda ağırlıklı olarak olumlu yanıtlanmaktadır<sup>1275</sup>. İsviçre Hukuku'nda da yeni eğilim bu yöndedir<sup>1276</sup>. Türk Hukuku'nda ise oy sözleşmelerinin taraflarının taahhütlerini yerine getirmeye zorlanıp zorlanamayacağı meselesi konusunda görüşler ikiye ayrılmaktadır. Ağırlıklı görüş, oy sözleşmesinin ve ortaklık düzeninin birbirinden ayrılığı fikrinden hareketle

<sup>1274</sup> Bu yönde **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, No.1003a. **Okutan** ise, salt belirli bir genel kurul toplantısında oy hakkının belirli bir yönde kullanımını konu edinen oy sözleşmesinde., söz konusu genel kurulda sözleşmede yer alan oy kullanım taahhüdünün ihlali halinde, oyu belirli bir yönde kullanma borcunun imkansızlaşmayacağını, ikinci bir genel kurul toplantısının yapılmasının ve oy sözleşmesine uygun oy kullanılarak sözleşmenin amacına erişmesinin mümkün olduğu müddetçe, oy sözleşmesinden doğan borcun imkansızlaşmayacağını ortaya koymaktadır, bkz. **Okutan**, s. 349-350.

<sup>1275</sup> Bkz. **Hüffer** § 133 No.29'da anılan yazarlar.

<sup>1276</sup> **Dohm**, s. 164-165, **Oertle**, s. 113, **Lang**, s. 89, prensip olarak aynen ifayı kabul eden ancak bunun etkili sonuçlar doğurmadığını vurgulayan **Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel**, § 39 No. 193.

oy sözleşmesinden doğan taahhütlerin yerine getirilmesinin cebri icra yoluyla sağlanmasını mümkün görmezken<sup>1277</sup>, Alman Hukuku'nda öğretinin ve yargının ağırlıklı görüşünden hareketle sürekli borç ilişkisi niteliğini taşıyan oy sözleşmelerinde tarafların oy sözleşmesine uygun hareket etmeye zorlanabileceğine yönelik görüş ise bazı yazarlar tarafından benimsenmektedir<sup>1278</sup>.

Bu sorunun yanıtlanması açısından ilk olarak oy hakkının hukuki niteliğine göz atmak gerekmektedir. Oy hakkının bir pahasıplığı hakkı olarak niteliğine ilişkin açıklamalarımız saklı kalmak kaydıyla<sup>1279</sup>, oy hakkının kullanılması, kanımızca bir irade beyanı niteliğindedir. Zira kanunun genel kurula özgü yetersayılara ilişkin öngördüğü koşullar yerine getirilmek kaydıyla oy hakkı, genel kurulda bir kararın alınmasına (veya alınmamasına) yönelik olarak kullanılır. Yetersayı kuralları çerçevesinde yeterli sayıda oy hakkının kullanılması halinde, bu oy haklarının toplam etkisinden ortaya bir karar, yani çok taraflı bir hukuki işlem çıkmaktadır<sup>1280</sup>. Bu itibarla, oy hakkı, bu hukuki işlemin taraflarının her birinin açıkladıkları iradeyi (irade beyanını) temsil etmektedir<sup>1281</sup>. Bu bağlamda, oy sözleşmesinden doğan taahhütlerin cebri icra yoluyla yerine getirilmesi de esasen, pahasibinin “irade beyanına mahkumiyetinin” mümkün olup olmayacağı meselesi ekseninde ele alınmalıdır<sup>1282</sup>.

İrade beyanına mahkumiyet, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda öngörülmemiştir. Türk Hukuku'nda, borçlunun beyanına lüzum kalmaksızın, “borçlunun irade beyanına mahkumiyetini öngören ve onun iradesi yerine geçen “ mahkeme kararı, sadece gayrimenkul mülkiyetinin nakli (MK.m. 716) ve alacağın

---

<sup>1277</sup> **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, No. 1003a, **Çeker**, s. 244.

<sup>1278</sup> Oy sözleşmesinin aynen ifa davası yoluyla icra edilebileceğini kabul eden yazarlardan **Moroğlu**, aynen ifa davası neticesinde verilecek kararın oy sözleşmesine aykırı davranan tarafın iradesinin yerine geçmeyeceğini savunmakta, bu itibarla aynen ifa yönünde alınacak mahkeme ilamının İİK.m. 30 uyarınca cebri icra marifetiyle yerine getirilmesi gerektiğini savunmaktadır; bkz. **Moroğlu**, *Oy Sözleşmeleri*, s. 98 vd. **Okutan** ise, İİK.m. 30/2 hükmünün uygulanması halinde oy hakkının oy sözleşmesini ihlal eden pahasibi dışında birisi tarafından kullanılmasının söz konusu olacağını, bunun ise oy kullanma usulüyle bağdaşmadığını öne sürerek, irade beyanına mahkumiyet müessesesinden yararlanılmasını önermektedir, bkz. **Okutan**, s. 376-377.

<sup>1279</sup> bkz. yuk. § 11, VI, A.

<sup>1280</sup> Kararın bir hukuki işlem olarak karakteristik özellikleri için bkz. **Oğuzman/Barlas**, s. 135.

<sup>1281</sup> **Okutan**, s. 349, 369.

<sup>1282</sup> Borçlunun oy sözleşmesinden doğan taahhüdünü yerine getirmeye zorlanacağını savunan yazarlar arasında oy sözleşmesinin icra edilebilirliği yönündeki görüşünü bu yaklaşıma dayandıran **Okutan**, s. 354 vd., özellikle s. 369.



temliki (BK.m. 164) bakımından öngörülmüştür<sup>1283</sup>. Öğretide, bu müesseseler açısından öngörülen irade beyanına mahkumiyet imkanından kıyasen yararlanılabileceği ve diğer durumlarda da belirli bir irade beyanında bulunmayan kişinin irade beyanına mahkum edilebileceği öne sürülmektedir<sup>1284</sup>. Nitekim, Alman Hukuku<sup>1285</sup> öğretisinde oy sözleşmesinin cebri icra yoluyla yerine getirilebileceğini savunan yazarlar ve Türk Hukuku'nda **Okutan**<sup>1286</sup>, oy sözleşmelerinin cebri icra yoluyla yerine getirilmesini, irade beyanına mahkumiyet müessesesine dayandırmaktadır.

Kanımızca, oy hakkı ancak genel kurulda ve sadece paysahibi tarafından veya onun yetkili kıldığı temsilci tarafından kullanılabilir. Temsilcinin yetkisi, paysahibiyle temsilci arasındaki vekalet, vedia veya ariyet sözleşmesinden kaynaklanabilir. Payın paysahibi veya temsilcisi tarafından kullanılmasının istisnaları, pay üzerinde intifa hakkı tanınması veya payın rehninde rehin alacaklısına oy haklarını kullanma yetkisinin verilmesidir. Bu istisnalar dışında, oy hakkının paysahibi veya onun yetkili kıldığı temsilci dışında bir başka kimse tarafından kullanılması söz konusu değildir. Oy sözleşmelerinin aynen ifa ve ona bağlanan cebri icra yoluyla yerine getirilmesi görüşü, kanımızca “oy hakkının kural olarak münhasıran paysahibi veya onun temsilcisi tarafından kullanılması<sup>1287</sup>” ilkesiyle çelişmektedir. Bu itibarla, irade beyanına mahkumiyete istinaden oy sözleşmesinin ortaklık düzenine yansıtılmasının mümkün olup olmadığı araştırılmalıdır.

Bu ilke açısından, oy hakkının anonim ortaklık düzeni içindeki yeri belirleyicidir. İncelendiği üzere Kanunkoyucu'nun tasarımı, bir kurul organ olan genel kurulda paysahiplerinin bir araya gelmeleri, gündem maddelerini müzakere etmeleri ve bu şekilde karar almalarıdır. Ortaklıklar Hukuku'ndaki bağımlılık ilişkilerinin ortaklığın bağımsızlığı kavramını ortadan kalkması ve ortaklığı yabancı yönetime tabi kılması söz konusu olsa da, genel kurulun bir kurul organ olarak işlevini yerine getirmesi,

---

<sup>1283</sup> **Oğuzman/Öz**, s. 334.

<sup>1284</sup> **Eren**, s. 989-990. Bu konuda bir görüş belirtmemekle birlikte, irade beyanına mahkumiyet müessesesinin uygulanması açısından en güvenceli yolun, bu konuda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda bir düzenleme getirilmesi olduğunu ortaya koyan **Oğuzman/Öz**, s. 334.

<sup>1285</sup> Bir çok yazar yerine bkz. **Hüffer**, § 133, No. 30.

<sup>1286</sup> **Okutan**, s. 373.

<sup>1287</sup> Bu ilkeyi “oy hakkının paysahibine ait olması” olarak açıklayan **Çeker**, s. 129.

paysahiplerinin karar taslaklarını müzakere etmeleri ve bağımlılık ilişkileri nedeniyle adeta ütopya dönuşen ortaklık menfaati doğrultusunda karar vermelerine bağılıdır. Bu açıdan, paysahibi, genel kurula katılmadan önce akdettiğı oy sözleşmesi uyarınca oy haklarını belirli bir yönde kullanmak veya hiç kullanmamak yönünde inisiyatifini belirlemiş olsa da, bu irade, sadece borç sözleşmesi düzleminde etkilerini doğurur. Aynen ifa yoluyla dahi olsa bu iradenin etkilerini ortaklık düzenine taşımak , ortaklık düzeni ile oy sözleşmesinin oluşturduğu sözleşmesel düzenin birbiri içine geçmesine yol açacaktır ki, anonim ortaklığın nesnel ve paya bağılı hukuk düzeni, bu denli yoğun bir etkileşime elverişli değildir.

Bu noktada, aynen ifa davasının ve bu davada olumlu sonuç elde edilmesi olasılığında cebri icra uygulamasının ya da irade beyanına mahkumiyet müessesesine ilişkin davanın anonim ortaklığa değil de, paysahibine yöneltildiğı gerekçesi de tatminkar değildir. Sözleşmenin nispiği ve giderek bu sözleşmeden doğan uyuşmazlığın mahkeme tarafından değerlendirilmesi sonucunda verilen kesin hükmün nispiği uyarınca aynen ifa talebi ortaklığa karşı değil de taahhüdünü ihlal eden paysahibine yöneltile de, bunun ortaklık düzenini etkilediğı konusunda tereddüt etmemek gerekir.

*“ Oy sözleşmesinin ilke olarak ortaklık düzenini etkilemediğı, paysahibinin oyunu kullanıp kullanmayacağını oy sözleşmesi uyarınca belirlese de bu iradenin yine genel kurulda bizzat paysahibi veya yetkili kıldığı temsilcisi tarafından kullanıldığı ”* yargısı göz önüne alındığında, oy sözleşmesinin son tahlilde, bu sözleşmeye taraf olan paysahibinin, genel kurulda oy hakkı üzerinde ne şekilde tasarruf edeceğini belirlemeye hizmet ettiğı gözetilmelidir. Açık bir anlatımla, oy sözleşmesi, paysahibinin oy hakkı üzerinde ne şekilde tasarruf edeceğini belirlemektedir. Oysa Kanunkoyucu, oy hakkının ne şekilde değerlendirilebileceğinin genel kurulda yürütülecek müzakereler neticesinde belirlenmesini varsaysa da, oy hakkının bu varsayıma aykırı olarak ortaklık düzeni dışında belirlenmesi, buna karşılık oy hakkının bu belirlemeyle çelişecek şekilde kullanılması, oy hakkının geçerliliğı etkilemeyecektir.

Diğer bir anlatımla, ortaklık düzeni, genel kurulun yapılmasıyla ve vazgeçilmez nitelikte bir paysahipliğı hakkı olan oy hakkının paysahibi veya temsilcisi tarafından

kullanılmasını mümkün kılmakla ilgilenmektedir; yoksa oy hakkının kullanılıp kullanılmayacağını, kullanılacaksa hangi yönde kullanılacağıyla ilgilenmemektedir. Böylelikle, anonim ortaklık açısından paysahibi nezdinde oy hakkının kullanımını (irade beyanının açıklanmasını) önceleyen süreçte bu hakkın kullanımına ilişkin iradenin oluşum süreci yabancıdır. Bu iradenin oluşum süreci ortaklığa yabancıysa, söz konusu irade beyanına mahkumiyet de ortaklık düzenine yansımamalıdır.

Oy sözleşmesinin aynen ifa marifetiyle yerine getirilmeyeceğini savunan yazarların bir gerekçesi de, sürekli borç ilişkisi doğuran oy sözleşmelerinde, paysahibinin bir kez bu sözleşmeyi ihlal etmesinin daha sonra yeniden ihlal edeceği şeklinde yorumlanamayacağı, bu nedenle, genel kurulda oy sözleşmesini ihlal edip etmeyeceği belirli olmayan bir paysahibine karşı aynen ifa davasının açılmayacağıdır<sup>1288</sup>. Gerçekten de, çoğu zaman bu konuda bir belirsizlik hakimdir. Bununla birlikte, paysahibinin oy sözleşmesine aykırı davranacağını açıkça veya örtülü olarak ortaya koyması halinde aynen ifa davasının ikame edilmesi açısından dava şartları oluşsa da, oy hakkının yukarıda açıklanan mahiyeti buna engeldir.

Kaldı ki, oy sözleşmesinin cebri icra yoluyla yerine getirilmesini savunan yazarlar, bu görüşün yol açabileceği hukuki sorunlar üzerinde durmamaktadır. Oy sözleşmesinden doğan taahhüdün yerine getirilmesine yönelik olarak açılacak bir ifa davasında, çoğu zaman, oy hakkının kullanılacağı genel kurul toplantısının gerçekleştirilmesinden önce mahkemenin henüz karar vermesi söz konusu olmayabilecek; bu durumda aynen ifa davasının konusunu oluşturan taahhüdün yerine getirilmesi imkansızlaşacaktır. Bu olasılıkta davanın konusuz kalması veya davacının terditli olarak aynen ifayı veya bunun mümkün olmaması halinde tazminat talep etmesi olasılığında söz konusu davada sadece tazminat talebinin karara bağlanması gündeme gelecektir. Kanımızca, bu olasılıkta, davacının mahkemeden alacağı bir ihtiyati tedbir kararıyla oy hakkının sözleşmeye uygun kullanılmasını sağlaması da mümkün görülmemelidir. Aksi takdirde, geçici bir tedbir mahiyetinde olan ihtiyati tedbir yoluyla, dava sonucunda elde edilmesi söz konusu olan semere elde edilmiş olacaktır ki, bu durum, ihtiyati tedbirin niteliğiyle bağdaşmayacaktır<sup>1289</sup>.

<sup>1288</sup> **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, No. 1003 a.

<sup>1289</sup> **Okutan**, çok istisnai durumlarda, “özellikle alınacak kararın sonuçlarının geriye çevrilmesinin aynı konuda yeni bir karar alınmasına nazaran daha kolay olduğu hallerde” ihtiyati tedbir müessesesine başvurulabileceğini, bunun dışında kural olarak oy sözleşmesinin yerine

**Dördüncü Bölüm**  
**ANONİM ORTAKLIK OLARAK KURULAN SERMAYEYE**  
**KATILMALI ORTAK GİRİŞİMLERİ İLGİLENDİREN BAŞLICA**  
**HUKUKİ SORUNLAR**

**§ 12. ORTAK GİRİŞİM ŞİRKETİNİN YÖNETİMİNE ÖZGÜ SORUNLAR**

**I. ORTAK GİRİŞİM ŞİRKETİNİN YÖNETİM YAPISI**

**A. Anonim Ortaklıklarda Yönetim Organının Yapılanmasına Genel Bakış**

Sermayeye katılmalı ortak girişimlerde ortak girişim şirketinin yönetim yapısı ve yönetim tarzı incelenirken, bu ortaklığın bağımlı (yabancı yönetime tabi) bir ortaklık niteliğini taşıdığı olgusu göz ardı edilmemelidir. Esasen, ortak girişim şirketinin yönetimi, işletme biliminin konusunu oluşturmaktadır<sup>1290</sup>. Bununla birlikte, bir yandan ortak girişim şirketine yönetim kurulunun hakim pay sahiplerinin menfaatlerini temsil eden yöneticilerden oluşması<sup>1291</sup>, diğer yandan bu ortaklığın kilitlenmeye yatkın bir yapı arz etmesi; ortak girişim şirketinin yönetiminden kaynaklanan bazı hukuki sorunların Ortaklıklar Hukuku penceresinden ele alınmasını gerekli kılmaktadır.

Anonim ortaklıklarda, yönetim şemasının temel iki alternatife göre yapılandırılması mümkündür. Bunlardan ilki, İngiliz ve Kıta Avrupası Hukuku'nda yaygın uygulama alanı bulan ve hukukumuzda da kabul edilen tekil yönetim organı sistemidir. Bu sistemde, yönetim kurulu yegane yönetim organını oluşturmakta; gerektiğinde

---

getirilmesinde ihtiyati tedbir müessesesine başvurulmasının tedbir amacını aşacağını ortaya koymaktadır, bkz. **Okutan**, s. 383.

<sup>1290</sup> Nitekim bu alandaki çalışmalara bir örnek olarak bkz. **Kabst**, s. 128 vd.

<sup>1291</sup> Ortak kontrol iradesinin ortak girişim şirketinin iradesine dönüşmesi, ortaklık organlarının kararları marifetiyle gerçekleştiğinden, hakim pay sahipleri, genel kurula bizzat katılarak veya temsilcileri marifetiyle iradelerini genel kurulda alınacak olan stratejik kararlara yansıtacaklar, her bir hakim pay sahibinin iradesinin yönetim kurulunda alınan stratejik kararlara yansımaları ise, bizzat hakim pay sahibinin yönetim kurulunda yer alması (bu konuda bkz. yuk. § 11, V) veya onun menfaatlerini temsil eden yöneticilerin seçilmesini sağlaması yoluyla mümkün olacaktır, bkz. **Gansweid**, s. 55. Kuşkusuz ki, ortak girişim şirketinin yönetim kurulunda bağımsız yöneticiler de bulunabilir. Şu kadar ki, ortak kontrolün, hakim pay sahiplerinin ortak iradesinin ortak girişim şirketinin iradesine dönüştürülmesini gerekli kılması karşısında, yönetim kurulunun karara esas oluşturan çoğunluğu, hakim pay sahiplerinin menfaatlerini temsil eden yöneticilerden oluşmaktadır.

yönetim kurulunun münhasır yetkileri muhafaza edilmek ve bu organ devre dışı bırakılmamak kaydıyla, yönetim kurulu içinden ve gerekli görülürse yönetim kurulu dışından kimseler görevlendirilmek suretiyle yönetim teşkilatı genişletilmektedir<sup>1292</sup>. Yönetim kurulunun yanısıra belirli sınırlar dahilinde yönetim işlevini icra eden unsurlar ise; yönetim kurulu üyelerinden ve yönetim kurulu üyesi olmayan görevlilerden oluşturulan komisyonlar (TTK.m. 318, TTK Tasarısı m.366) yönetim yetkisinin bölünmesi suretiyle yönetim kurulunun münhasır yetkileri dışında kendisine tanınan yetki alanı dahilinde görev üstlenecek murahhas üye veya onunla birlikte görev alacak murahhas müdür<sup>1293</sup> ve belirli bir işin yürütülmesi konusunda yetkili bulunan müdürlerdir(TTK.m. 342). Belirtmek gerekir ki, tekil yönetim sisteminin benimsendiği anonim ortaklıklarda, yönetim şemasının bu denli ayrıntılandırılması zorunlu değildir. Yukarıda sayılan yönetim birimleri arasında, sadece yönetim kurulu zorunlu organdır. Böylelikle anonim ortaklıkta, yönetim kurulunun varlığıyla yetinilebilir; komisyonlar oluşturulması veya murahhasların ve müdürlerin atanması yoluna gidilmeyebilir.

Yönetim organının yapılanması açısından ikinci alternatif, ikili yönetim organına yer verilmesidir. Alman Hukuku'nda benimsenen bu sistem, yönetim erkinin gözetim kurulu ve yönetim kurulu olarak adlandırılan iki organ arasında paylaşılmasını öngörmektedir. İkili yönetim sisteminin kökeninde, yönetim kurulunun sürekli olarak denetlenmesi fikri yatmaktadır<sup>1294</sup>. Bu denetim, klasik anlamda denetimle örtüşmemekte, gözetim (Aufsicht, supervision) olarak adlandırılmaktadır. Gerçekten de gözetim kurulu, “yönetimin faaliyetini düzenli veya düzensiz olarak inceleme”, “

---

<sup>1292</sup> İbrahim Arslan, Anonim Şirketlerde Yönetim Yetkisinin Sınırlandırılması, Konya , 1994, s. 53 vd., Helvacı, Hukuki Sorumluluk, s. 78 vd. , Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), No. 535-536, Pulaşlı, Şirketler Hukuku, s. 454-455.

<sup>1293</sup> TTK.m. 319, yönetimin bölünmesi olasılığında en azından yönetim kurulundan bir üyenin murahhas üye olarak atanmasını zorunlu kılarken, TTK Tasarısı m. 367, yönetim yetkisinin bölünerek tamamen yönetim kurulu dışında kalan kimselere bırakılmasına imkan tanımaktadır. Bu olasılıkta da, yönetim kurulu, kendisine tanınan münhasır yetkileri elinde tutacak, kalan yetki alanının tamamını yönetim kurulunda görev almayan kimselere devredebilecektir. Tasarı'nın bu düzenlemesi, Ortaklıklar Hukuku uygulamasında son dönemde meydana gelen gelişmeleri gözetim bir yaklaşımı yansıtmaktadır. Uygulamada bir çok ortaklık yönetim danışmanlığı almakta veya işlettiği ticari işletmenin yönetimini bir yönetim sözleşmesi marifetiyle başka kimselere devredebilmektedir. Diğer yandan, kurumsal yönetimin Ortaklıklar Hukuku üzerindeki dönüştürücü etkisi de, yönetimin bağımsızlaşması fikrini ön plana çıkarmaktadır. Bu bağlamda, ortaklığın menfaatlerinin gözetilmesi ve yönetim kurulunun münhasır yetkilerini muhafaza etmenin yanısıra üçüncü kişi yöneticilerin faaliyetinin gözetimini etkin bir şekilde yürütmesi kaydıyla ortaklığın yönetiminin üçüncü kişilere bırakılması, Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda organların konumuna ve yetkilerine ilişkin sistemle ters düşmemektedir.

<sup>1294</sup> Arslan, s. 11 vd.

olağan genel kurula veya gerektiğinde bizzat toplanmasını sağlayabileceği olağanüstü genel kurula yönetimin faaliyeti hakkındaki değerlendirmeleri rapor etme”, “gerektiğinde ortaklığı temsil etme<sup>1295</sup>” gibi klasik denetim etkinliğini yürütmek yerine, yönetim kurulunun faaliyetini sürekli olarak izlemek ve gerektiğinde yönlendirmek yetkisine sahiptir<sup>1296</sup>.

Türk Hukuku’nda, anonim ortaklığın yönetim organı, tekil yönetim sistemine göre yapılandırılmaktadır. TTK Tasarısı m. 367 hükmünde, anasözleşmeye konulacak bir hükümle yönetim kuruluna, yönetim yetkisini bir veya bir kaç yönetim kurulu üyesine veya üçüncü kişilere devretme yetkisi tanınmıştır. Bu açıdan, TTK. m. 319’da öngörülen, yönetim yetkisinin bölünmesine ve yönetim kurulundan bir veya bir kaç kimseye ve aynı zamanda en az bir yönetim kurulu üyesiyle birlikte dışarıdan kimselere bırakılabilmesine ilişkin sistem muhafaza edilmekle birlikte, mevcut sistem uyarınca mümkün olmayan yeni bir düzene Tasarı’da yer verilmiş ve yönetim yetkisinin bölünerek yönetim kurulu üyesi olmayan üçüncü kişilere devrine olanak tanınmıştır. Bu şekilde, yönetim yetkisinin devredilebilmesi için anasözleşmede buna ilişkin bir hükmün bulunması ve yönetim kurulunun, yönetim yetkisinin ne şekilde paylaşılacağı konusunda bir teşkilat yönetmeliği hazırlaması gerekmektedir (Tasarı m. 367/1).

Aynı şekilde, Tasarı m. 370/2, temsil yetkisinin de üçüncü kişilere devrine olanak tanımaktadır (Tasarı m. 370/ 2). Tasarı’nın Gerekçesi’nde<sup>1297</sup>, bu iki hükümle anonim ortaklıklarda yönetim organının her iki türde yapılandırılmasına imkan tanındığı ortaya konulmaktadır. Gerçekten de, yönetim kurulunun yönetim erkini bölerek yönetimi üçüncü kişilere bırakması olasılığında, yönetim organı ikiye ayrılacak, yönetim kurulu icra yetkisini haiz olan üçüncü kişilere nezaret eden bir gözetim organına dönüşecektir. Böylelikle, Tasarı m. 367 ve 370/ 2’nin getirdiği yeni sistemde, yönetim teşkilatının TTK. m. 312 vd. hükümlerinin öngördüğü klasik yapıdan farklı bir şekilde örgütlenebilecektir.

---

<sup>1295</sup> Denetçinin veya denetim kurulunun işlevleri için bkz. **İmregün**, Anonim Ortaklıklar, s. 261 vd., **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku, s. 513-515.

<sup>1296</sup> **Hüffer**, § 90, No. 1.

<sup>1297</sup> Bkz. TTK Tasarısı Gerekçesi, Madde 367, T. C. Adalet Bakanlığı, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Ankara, 2005, s. 502.

Bu veriler ışığında öncelikle, ortak girişim şirketinin kendine has özellikleri, özellikle yabancı yönetime tabi olması ve kilitlenmeye elverişli olması dikkate alınarak yönetim kurulunun ortaklıktaki konumu incelenmelidir.

## **B.Ortak Girişim Şirketinde Yönetim Kurulunun Konumu**

Ortak girişim şirketinin anonim ortaklık olarak yapılandırıldığı durumlarda, yönetim kurulu, bağımsız bir anonim ortaklıkta yönetim kuruluna kanun ve anasözleşme tarafından yüklenen görevlerin dışında önemli bir işlev üstlenmektedir. Bu açıdan yönetim kurulunun, ortak girişim şirketi içinde denge unsuru işlevini üstlendiğini ve bu işlevin iki cephesinin bulunduğunu belirtmek gerekir.

Bu işlevin ilk cephesi, yönetim kurulunun ortak girişim şirketine ve hakim pay sahiplerine karşı yerleştiği konuma ilişkindir. Ortak girişim şirketlerinde yönetim kurulu üyelerinin tamamı veya en azından önemli bir çoğunluğu, hakim pay sahiplerinin menfaatlerini temsil etmektedir. Ortak girişim şirketinin yabancı yönetime tabi bir ortaklık olduğu dikkate alındığında, yönetim kurulunun, hakim pay sahiplerinin menfaatleri ile ortak girişim şirketinin menfaatleri arasında bir denge kurmakla yükümlü olduğu anlaşılacaktır<sup>1298</sup>.

Yönetim kurulunun kritik işlevinin ikinci cephesi ise, stratejik nitelik taşımayan kararlar bakımından kendisini göstermektedir. Ortak kontrolün kavramsal açıdan “stratejik kararlar üzerinde ortaklaşa belirleyici etki icra edilmesini” gerektirmesi, ortak girişim şirketlerinde ortaklık organlarının aldıkları kararların, stratejik kararlar-stratejik olmayan kararlar olmak üzere ikiye ayrıldığını ortaya koymaktadır. Ortak girişim şirketinin bağımlı bir ortaklık olma özelliğinin bir sonucu olarak, yönetim kurulu, hakim pay sahipleri ile şirketin günlük yönetimini yürüten yönetim teşkilatı arasında bir denge unsuru konumundadır<sup>1299</sup>. Bu hususu biraz daha netleştirmek gerekirse, hakim pay sahipleri, ortak girişim şirketini ortak belirleyici etkileri altında yöneten öznelerdir. Hakim pay sahiplerinin “ortak kontrol iradesi”, bu iradeyi temsil eden organ görevlileri marifetiyle yönetim kurulunda “ortak girişim şirketinin

<sup>1298</sup> Bu hukuki sorun, aşağıda ayrıntılarıyla incelenecektir; bkz. aşa. § 12, I, E.

<sup>1299</sup> Bu hususa işaret eden **Trochon/ Curtis**, s. 141.

iradesine” dönüşmektedir<sup>1300</sup>. Söz konusu ortak kontrol iradesi, kontrolün maddi içeriği göz önüne alındığında, prensip olarak sadece stratejik kararları kapsar; zira ortak kontrol iradesinin kapsamının daha geniş tutulması, ortak girişim şirketinin kilitlenmeye elverişliliğini pekiştirecektir<sup>1301</sup>. Bu durum karşısında, ortak girişim şirketinin somut yapısına göre, stratejik nitelik taşımayan kararlar, yönetim kurulu veya yerine göre diğer yönetim teşkilatı tarafından alınabilmektedir.

Böylelikle, yönetim kurulu üyelerinin hakim pay sahipleriyle ve ortaklıkla ilişkileri, şu şekilde açıklanabilir : Yönetim kurulu bir yandan hakim pay sahiplerinin uzlaşma yoluyla oluşturdukları ve stratejik kararları konu edinen ortak kontrol iradesinin ortaklık iradesine dönüşmesini sağlayacak<sup>1302</sup> diğer yandan da stratejik olmayan kararlar konusunda hakim pay sahiplerinin yönetim kuruluna tanıdığı özgürlüğün sınırları dahilinde inisiyatif kullanacaktır. Özellikle, TTK Tasarısı’nın kanunlaşması olasılığında, Tasarı m. 367/1 ve 370/2 uyarınca yönetim ve temsil yetkilerinin üçüncü kişilere devredilmesi halinde, yönetim kurulunun önemli işlevlerinden birisi de, yönetim teşkilatının yönetim kurulu dışında kalan uzantısının (murahhaslar ve müdürler), ortak kontrol iradesine uygun hareket etmesini sağlamaktır. Ortak girişim şirketinde yönetim kurulunun bu iki işlevi dikkate alındığında, yönetim teşkilatının yapısının örgütlenmesine kısaca göz atmakta yarar vardır.

---

<sup>1300</sup> Ortak kontrol iradesinin oluşumu ve ortak girişim şirketinin iradesine dönüşümü için bkz. yuk. § 10, II.

<sup>1301</sup> İncelendiği üzere, ortak kontrol iradesinin oluşumu çetrefil bir süreçtir. Ortak kontrol iradesi bütün stratejik kararları kapsamalıdır. Ancak ortaklığın, stratejik kararlar dışında kalan bir hukuki işlem alanı da vardır ve bu alan, en azından ortak girişimlere özgü Rekabet Hukuku terminolojisinde “günlük yönetim” (day to day operations) olarak adlandırılmaktadır; stratejik karar düzlemi ile alelaide karar düzlemi ayrımı için bkz. **Kabst**, s. 130 vd. Prensip olarak, hakim pay sahipleri arasında uzlaşmanın kolay olmadığı dikkate alındığında, şu sonuç ortaya çıkmaktadır :Anasözleşmede ve temel sözleşmede, ortak kontrole tabi kılınması söz konusu olan alan ne denli dar tutulursa, ortak girişim şirketine işlerlik kazandırılması ve kilitlenme riskinden uzaklaşılması o denli mümkün olur. Yoğunlaşmalar Hukuku’nun ortak kontrol iradesinin asgari içeriğini “stratejik kararlar” olarak belirlemesi karşısında, stratejik kararlar dışında kalan kararlarda uzlaşmanın en azından Rekabet Hukuku’nda aranmayacağı anlaşılmaktadır. Bu açıdan bakıldığında, teorik olarak hakim pay sahiplerinin ortak kontrol iradesinin kapsamını stratejik kararlara özgülememeleri ve günlük yönetime özgü bazı kararlarda da hakim pay sahiplerinin uzlaşmalarını öngörmeleri mümkün ise de, bu tutumun ortak girişim daha şirketini kilitlenmeye daha yatkın hale getireceği konusunda dur aksamamak gerekir. Bu itibarla en akılcı yaklaşım, hakim pay sahiplerinin uzlaşma zorunluluğunu stratejik kararlarla sınırlı tutmaktır.

<sup>1302</sup> Anonim ortaklıkların organlarında iradenin oluşum süreci için bkz. **Tanner**, Generalversammlung, Art. 703 No. 4, ayrıca bu konuda bkz. § 10, II.



### C.Yönetim Organının Örgütlenmesinin Ortak Kontrol Üzerindeki Etkileri

Ortak girişim şirketlerinde, ortak kontrol unsuru, yönetim erkinin hakim paysahipleri arasında güç dengesi gözetilerek örgütlenmesini zorunlu kılar<sup>1303</sup>. Açık bir anlatımla, gerek yönetim kurulu, gerek anonim ortaklıkta yönetim işlevini üstlenen diğer yönetim birimleri karar alırken, hakim paysahiplerinden hiç birinin iradesi devre dışı kalmamalı; yine hakim paysahiplerinden hiç biri tek başına veya en az bir hakim paysahibini devre dışı bırakmak üzere diğer bazı hakim paysahipleriyle işbirliği yaparak karar alamamalıdır.

İlk olarak, yönetim yetkisinin bölünmemesi ve münhasıran yönetim kurulu tarafından icra edilmesi olasılığında, hakim paysahiplerinin tümünün iradesinin ortaklık iradesine yansıyor yansımadağının belirlenmesi açısından, yönetim kurulunun oluşumuna göz atılmalıdır. Yetersayılara ve veto hakkına ilişkin açıklamalarımızda belirttiğimiz üzere<sup>1304</sup>, yetersayıların yönetim kurulunda hakim paysahiplerinden hiç birinin iradesi devre dışı bırakmayacak şekilde düzenlenmesi, yönetim kurulunda alınacak kararlar bakımından ortak kontrolün tesisini mümkün kılacaktır.

Diğer yandan, mevcut sistemde TTK. m. 319 uyarınca yönetim yetkisinin bölünmesi olasılığında, en azından bir yönetim kurulu üyesinin murahhas üye olarak atanması gerekecek; bu murahhas üyenin yanısıra ihtiyari olarak başka murahhas üyelere veya murahhas müdürlere görev verilebilecektir. Ortak girişim şirketinde yönetim yetkisinin murahhaslara devri halinde, ortak kontrolün tesis edilebilmesi için hakim paysahibi sayısı kadar murahhas atanması, her bir hakim paysahibinin menfaatinin bir murahhasla temsil edilmesi, ayrıca murahhasların birlikte hareket etmelerinin zorunlu kılınması söz konusu olmaktadır. Aksi takdirde, stratejik kararlardan bir kısmının hakim paysahiplerinden sadece birinin menfaatlerini temsil eden murahhas üye tarafından alınması söz konusu olacaktır ki, bu durum ortak kontrolü ortadan kaldıracaktır. Bir yönüyle bu sistemi muhafaza eden Tasarı'nın sistemi bakımından da, aynı düşünceler geçerlidir.

---

<sup>1303</sup> **Schlupe**, *Privatrechtliche Probleme*, s. 489-490.

<sup>1304</sup> bkz. yuk. § 11, II, A/B.

Bununla birlikte, Tasarı'nın alternatif olarak getirdiği yeni sistemde, yönetim yetkisinin yönetim kurulu üyesi olmayan kimselere (üçüncü kişilere) devredilmesine imkan tanınmaktadır. Tasarı'daki hükümler uyarınca, yönetimi devralan kimselere (Tasarı m. 374) yönetim kurulunun münhasır yetki alanına dahil olan kararlar bakımından yetki devri söz konusu olmayacak; buna karşılık bu alanın dışında kalan kararların alınması yetkisi bu kimselere devredilebilecektir. Böylelikle, üçüncü kişilere devredilen yetki alanı, bazı stratejik kararları kapsayabilecektir.

Bu noktadan hareketle, yönetimin üçüncü kişilere bırakıldığı hallerde de, ilk olarak üçüncü kişilere bırakılan yetki alanının belirlenmesi gerekecektir. Bu yetki alanının bazı stratejik kararları kapsamaması halinde, üçüncü kişilere devredilen yetki alanına dahil olan bu stratejik kararlar üzerinde ortak kontrolün tesis edilmesi zorunludur. Bu itibarla, stratejik kararları içeren yönetim yetkisinin üçüncü kişilere devri halinde, bu üçüncü kişilerin hakim pay sahiplerince belirlenen ortak kontrol iradesine uygun hareket etmeleri için, yönetimi birden çok kişinin devralması, bu kişilerden her birinin bir hakim pay sahibini temsil etmesi ve yönetimi devralan kişilerin birlikte hareket etmesinin zorunlu kılınması gerekmektedir.

#### **D. Genel Kurul ile Yönetim Kurulu Arasında Yetki Dağılımı**

Anonim Ortaklıklar Hukuku'nun gelişim sürecinin ilk evrelerinde, genel kurul ile yönetim kurulunun karşılıklı konumları incelenirken, genel kurulun bir üst organ olduğu görüşü benimsenmiştir<sup>1305</sup> (Omnipotenztheorie). Özellikle yönetim kurulunun genel kurul tarafından seçilmesi, görevden alınması ve ortaklığa karşı yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun sona erdirilmesinin genel kurulun ibra kararına bağlı olması gibi hususlar, genel kurulun yönetim kuruluna nazaran daha üstün bir konumda bulunduğu fikrine dayanak gösterilmiştir<sup>1306</sup>. Ancak, gelişen Ortaklıklar Hukuku teorisinde, genel kurulun ve yönetim kurulunun farklı münhasır yetki alanlarının bulunduğu gerçeğinden hareketle, her iki organın birbirinden bağımsız bulunduğu ve birbirine nazaran üstün bir konuma sahip olmadığı görüşü ağırlık kazanmıştır<sup>1307</sup>. İsviçre Hukuku'nda halen İBK.m. 698/1'de, genel kurulun üstün

<sup>1305</sup> Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 20 No. 11, Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), No. 695.

<sup>1306</sup> Teorinin gelişimi açısından bkz. Tanner, Generalversammlung, Art. 698, No. 17.

<sup>1307</sup> Organlar arasında eşitlik ilkesi için bkz. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 20 No. 12-13, Fahiman Tekil, Anonim Şirketler, s. 143, bu konuda daha ayrıntılı incelemeler için özellikle

organ olduğu hükmüne yer verilmektedir. Ancak İBK.m. 716a hükmünde yönetim kurulunun devredilemez yetkilerinin sayılması karşısında, İsviçre öğretisi, İsviçre Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda genel kurulun üstünlüğü ilkesinin değil organlar arasında eşitlik ilkesinin geçerli olduğu kabul edilmektedir<sup>1308</sup>.

Her iki organın münhasır yetki alanlarına sahip olması, özellikle Türk Hukuku'nda iki temel hukuki sorunu beraberinde getirmektedir. İlk sorun, genel kurulla yönetim kurulunun münhasır yetki alanlarının belirlenmesidir. İkinci sorun ise, her iki organın münhasır yetki alanlarının dışında kalan kararların hangi organ tarafından alınacağı meselesidir.

Anonim ortaklıklara ilişkin TTK hükümleri, genel kurulun ve yönetim kurulunun münhasır yetki alanlarına giren kararları, toplu bir şekilde saymamakta, bütünsel olarak belirlememektedir. Her iki organın münhasır yetkileri, çeşitli hükümlerde ayrı ayrı ele alınmaktadır. Bu hükümler ışığında bir kaç örnek vermek gerekirse; yönetim kurulunun ve denetim organının seçilmesi ve görevden alınması, yönetim kurulunun ibrası, bilançonun onanması, esas sözleşme değişikliklerinin gerçekleştirilmesi, ortaklığın sona erdirilmesi gibi kararların genel kurulun, buna karşılık sermaye taahhüdünü yerine getirmeyen paysahibinin ıskatı, borca batık durumda bulunan ortaklığın iflasının istenmesi gibi kararlar ise yönetim kurulunun münhasır yetki alanına dahildir<sup>1309</sup>.

Her iki organın münhasır yetki alanları dışında kalan kararların hangi organ tarafından alınacağı konusunda herhangi bir pozitif düzenleme mevcut değildir. İlk olarak, anasözleşmenin bu açıdan önemli bir işlev üstlendiğini kaydetmek gerekir<sup>1310</sup>. Nitekim kurucular veya sonradan anasözleşme değişikliğinde ortaklar, söz konusu yetki alanı dahilinde kalan kararların hangi organ tarafından alınacağını

---

Peter **Forstmoser**, Aufgaben, Organisation und Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates, Teils bewährte, teils reformbedürftige Schweizer Lösung , ST 2002, S. 487, Veliye **Yanlı**, İsviçre Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda "İşbölümü İlkesi" ve Yönetim Kurulunun Münhasır Yetkileri, İÜHF 1997, C.LV Sayı:3, s. 274.

<sup>1308</sup> **Bertschinger**, s. 310, **Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel**, § 20, No. 12.

<sup>1309</sup> Genel olarak bkz. Eric **Homburger**, Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht, Band V, 5b, Der Verwaltungsrat, Art. 716a, Zürich, 1997, No. 513.

<sup>1310</sup> Münhasır yetki alanları dışında kalan kararların anasözleşmeyle organlar arasında paylaşılabilirliği yönünde bkz. **Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp)**, No. 524, Fahiman **Tekil**, Anonim Şirketler, s. 267.

anasözleşmede belirleyebilirler. Bu açıdan bir anlayış, ortaklığın yönetiminde genel kurula ağırlık tanıyabilirken, farklı bir anlayış, inisiyatifi yönetim kuruluna bırakabilir. Belirtmek gerekir ki, Ortaklıklar Hukuku uygulamasındaki eğilim, yönetim kurulunun ortaklıktaki ağırlığının pekiştirilmesi ve bu tür kararların anasözleşmede yönetim kurulunun yetki alanına dahil edilmesi yönündedir<sup>1311</sup>.

Anasözleşmenin bu işlevi üstlenmemesi olasılığında ise, bir kararın hangi organın yetki alanına dahil olduğunun belirlenmesi meselesi açısından, kanun yol gösterici değildir. Kanımızca bu olasılıkta, alınacak somut kararın niteliği gözetilerek hareket edilmelidir. Alınacak karar, organlardan birinin münhasır yetki alanına giren kararlarla ilişkili ise, kanımızca bu ilişki esas alınmalı ve söz konusu kararın ilişkili organın yetki alanına girdiği kabul edilmelidir<sup>1312</sup>. Buna karşılık, böyle bir ilişki söz konusu değilse, kanımızca söz konusu kararın yönetim kurulunun yetki alanına girdiği kabul edilmelidir<sup>1313</sup>.

Bu konuda TTK Tasarısı'nın yaklaşımına da değinmek gerekmektedir. Tasarı m. 375 hükmünde yönetim kurulunun, Tasarı m. 408 hükmünde ise genel kurulun münhasır yetki alanına giren kararlar belirlenmiştir. Gerekçe'de belirtildiği üzere<sup>1314</sup>, Tasarı'da organlar arasında eşitlik ilkesi benimsenmiş; her organın münhasır bir yetki alanına sahip olduğu görüşünden hareket edilmiştir. Bu bağlamda, Tasarı m. 408/2, Tasarı m. 408 ve Tasarı'nın diğer maddelerinde genel kurulun devredilemez yetkilerinin belirlendiğini öngörmekte; Tasarı m. 408/1 ise genel kurulun kanunda ve anasözleşmede açıkça öngörülmüş hallerde karar alacağını ortaya koymaktadır. Bu hükmün zıt kavram yöntemiyle yorumlanması, kanunda ve anasözleşmede açıkça genel kurula yetki tanınmayan konularda yönetim kurulunun yetkili olacağını belirlemektedir. Nitekim Tasarı m. 374, yönetim kurulunun ve yönetimi devralan üçüncü kişilerin, kanun ve anasözleşme uyarınca genel kurulun yetkisinde bırakılmış

---

<sup>1311</sup> Meier-Schatz, s. 489; Kaya, s. 11.

<sup>1312</sup> Örnek olarak, yukarıda ele aldığımız üzere (bkz. yuk. § 10, III, B, 3), anonim ortaklığın ileriye dönük finans politikasını belirlemesi itibarıyla bütçenin onanması, genel kurulun yetki alanına giren bir mesele olarak ele alınmalıdır.

<sup>1313</sup> Kanunda ve anasözleşmede belirli bir kararın hangi organ tarafından alınacağını belirlenmemesi halinde, bu konuda doğrudan doğruya yönetim kurulunun yetkili olacağı yönünde bir karinenin (*Kompetenzvermutung*) ortaya çıkacağı yönünde bkz. **Homburger**, Art. 716, No. 511.

<sup>1314</sup> Bkz. TTK Tasarısı Gerekçesi, Madde 375, T. C. Adalet Bakanlığı, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Ankara, 2005, s. 506.

konular dışında ortaklığın işletme konusunun gerçekleşmesi için gerekli olan her çeşit iş ve işlemler hakkında yetkili olduğunu öngörmektedir<sup>1315</sup>.

Tasarı m. 374 ve 408 hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, yönetim kurulunun ve genel kurulun kanunla ve anasözleşmeyle münhasıran yetkili kılındıkları konularda tek başlarına yetkili olduklarını; buna karşılık, belirli bir kararın hangi organ tarafından alınacağına kanun veya anasözleşme tarafından belirlenmediği durumlarda, Tasarı m. 374 uyarınca yönetim kurulunun yetkili olacağı anlaşılmaktadır.

Bu veriler ışığında, ortak girişim şirketinde genel kurulla yönetim kurulu arasındaki yetki dağılımının nasıl ortaya çıkacağını belirlemek gerekir. Bu bölümde incelendiği üzere, hakim paysahipleri, kanunun münhasıran genel kurula ve yönetim kurula yetki tanıdığı kararlar dışında kalan konularda, anasözleşmeyle diledikleri organa yetki tanıyabileceklerdir. Bu bağlamda, hakim paysahipleri, kendi tercihlerine göre stratejik kararların önemli bir kısmını genel kurula veya yönetim kuruluna kaydırabilirler. Ancak hakim paysahiplerinin “tüzel kişinin yönetim kurulu üyesi olması”, “yönetim kurulunda temsil hakkı” ve “oy hakkında imtiyaz” gibi araçlar marifetiyle yönetim kurulunda bizzat yer alabilecekleri veya bu organda görev almak üzere kendi menfaatlerini temsil edebilecek yöneticileri rahatlıkla seçebilecekleri dikkate alındığında; stratejik kararların çoğunun yönetim kuruluna kaydırılması daha akılcı olabilir. Zira, genel kurulun toplanması ve işleyişi, yönetim kuruluna göre çok daha ağır ve güçtür.

Bu bağlamda Gerekeçe’de değinilen bir hukuki sorunun ortak girişim şirketleri açısından tartışılmasında yarar görülmektedir. Tasarı m. 374 hükmünün Gerekeçesi’nde<sup>1316</sup>, “*genel kurulun niteliğiyle bağdaşmayan, aksine yönetim kavramının kapsamında olduğundan şüphe edilmeyen*” kararların anasözleşme ile genel kurulun yetki alanına dahil edilip edilmeyeceği meselesi ortaya atılmakta, bu konunun öğretiyeye bırakıldığı belirtilmektedir. Kanımızca, Tasarı m. 374 ve 408 hükümleri, genel kurul ile yönetim kurulu arasındaki yetki dağılımını ve her iki

---

<sup>1315</sup> İsviçre Hukuku’nda da İBK.m. 716/1 hükmü de, kanunu ve anasözleşmenin genel kurula yetki tanımadığı hallerde yönetim kurulunun yetkili olduğunu öngörmektedir.

<sup>1316</sup> Bkz. TTK Tasarısı Gerekeçesi, Madde 374, T. C. Adalet Bakanlığı, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Ankara, 2005, s. 506.

organın yetki bakımından karşılıklı konumunu açık bir şekilde ortaya koymaktadır. Özellikle, Tasarı m. 408/1 ve 374 hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, yönetim kurulunun münhasır yetki alanı dışında kalan konuların anasözleşmeyle genel kurula bırakılabileceği sonucu ortaya çıkmaktadır.

Kanımızca, Tasarı'nın bu şekilde kanunlaşması halinde, belirtilen iki hükmün konuluş amacına aykırı bir yaklaşıma cevaz verilmemelidir. Tasarı, her iki organın ayrılığı ve eşitliği ilkesinden hareket etmekte<sup>1317</sup> ve paysahiplerine münhasır alanlar dışında kalan konulara ilişkin yetkilerin dağılımını özgürce belirleme imkanını tanımaktadır. Bu açıdan, ortak girişim şirketinde de hakim paysahiplerinin münhasır alanlar dışında kalan konuları diledikleri organın yetki alanına sokabilecekleri düşüncesindeyiz. Bu bağlamda, organların münhasır yetki alanı dışında kalan kararlar genel kurulun veya yönetim kurulunun yetki alanına dahil edilebilir<sup>1318</sup>. Bazı stratejik kararların, yönetim kurulunun devredilemez yetkileri arasında yer almamak kaydıyla doğrudan doğruya genel kurulun yetkisi alanına dahil edilmesi söz konusu olabileceği gibi, yönetim kurulunun yine münhasır yetki alanına girmeyen kararlar bakımından alacağı bazı kararların genel kurul tarafından onaylanması da hakim paysahiplerince kararlaştırılabilecektir<sup>1319</sup>.

Kanaatimizce, Tasarı m. 374 ve 408 geniş yorumlanmalı, genel kurulun ve yönetim kurulun münhasır yetki alanına giren konularla yakından ilişkili konular da bu organların münhasır yetki alanlarına dahil işlemler olarak nitelendirilmelidir. Bu bağlamda, organların münhasır alanına girmeyen kararların organlarından birine tanınmasında, o organın işlevi ve münhasır yetki alanı mutlaka gözetilmelidir.

#### **E. Yönetim Kurulu Üyelerinin Konumu : İnançlı Yöneticilik Meselesi**

Ortak girişim şirketinde, ortak kontrol iradesinin ancak hakim paysahiplerinin uzlaşması yoluyla oluşacağını incelemiştik. Genel kurulda alınacak kararlarda, hakim

---

<sup>1317</sup> Bu konuda bkz. TTK Tasarısı Gerekçesi, Madde 375, T. C. Adalet Bakanlığı, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Ankara, 2005, s. 506.

<sup>1318</sup> **Oertle**, özellikle ortak girişim şirketinin uzmanlığı nedeniyle hakim paysahiplerinden birinin aktif yönetimine bırakılması halinde, diğer hakim paysahibinin ortak girişim şirketi üzerinde etkinlik sağlayabilmesi ve ortak kontrolü paylaşabilmesi için, her iki organ arasındaki ağırlığın genel kurula kaydırılabileceğini ortaya koymaktadır, bkz. **Oertle**, s. 73.

<sup>1319</sup> **Hewitt/Picot**, s. 24.

paysahipleri, üzerinde uzlaştıkları yönde oy kullanarak ortak kontrolü icra ederken, yönetim kurulu tarafından alınacak kararlar, hakim paysahiplerinin menfaatlerini temsil eden yöneticilerin yönetim kurulunda kullanacakları oylarla oluşmaktadır<sup>1320</sup>. Alınacak kararın stratejik karar niteliğini taşıması halinde, hakim paysahipleri, hangi yönde karar alınacağını ortaklaşa olarak belirleyecek (ortak kontrol iradesi); sonrasında hakim paysahiplerinin menfaatlerini temsil eden yöneticiler, hakim paysahiplerince belirlenen yönde oy kullanmak suretiyle hakim paysahiplerinin ortak kontrol iradesini ortaklığın iradesine dönüştüreceklerdir.

Görüldüğü üzere, ortak girişim şirketinin yabancı yönetime tabi kılınması, hakim paysahiplerinin menfaatlerini temsil eden yönetim kurulu üyelerinin bağımsız bir şekilde hareket etmelerine prensip olarak engeldir. Ortak kontrol iradesinin ortak girişim şirketinin iradesine dönüşmesi süreci, hakim paysahiplerinin menfaatlerini temsil eden yöneticilerin, yönetim kurulunda, kendilerinin yönetime seçilmesini sağlayan hakim paysahiplerinin iradesi doğrultusunda oy kullanmalarına yol açmaktadır. Nitekim, yabancı yönetime tabi olan bağlı şirketlerde olduğu üzere, ortak girişim şirketlerinde de yönetim kurulu üyesi sadece ortaklık ile bir sözleşmesel ilişkiye girmemekte<sup>1321</sup> aynı zamanda kendisinin yönetim kuruluna seçilmesini sağlayan hakim paysahibiyle de sözleşmesel bir ilişki kurmaktadır<sup>1322</sup>. Hakim paysahibi ile onun menfaatlerini temsil eden yönetici arasındaki sözleşme,

---

<sup>1320</sup> TTK Tasarısı m. 359/2 hükmünün yönetim kurulunda tüzel kişinin görev almasına imkan tanınması karşısında, hakim paysahibi doğrudan doğruya yönetim kurulunda üye olarak görev alabilecek ve ortak kontrol iradesini yönetim kurulu üyesi sıfatıyla ortak girişim şirketine yansıtacaktır, bu konudaki açıklamalarımız için bkz. yuk. § 11, V.

<sup>1321</sup> Anonim ortaklık ile yönetim kurulu üyeleri arasında sözleşmesel bir ilişki kurulduğu ve bu ilişkinin, somut hukuki ilişkinin verilerine göre vekalet sözleşmesi veya hizmet sözleşmesi niteliğini taşıdığı yönünde bkz. Ersin **Çamoğlu**, Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, 1972; s. 104, **İzmirli**, s. 37, **İmregün**, Anonim Ortaklıklar, s. 202. diğer yandan, söz konusu ilişkisinin prensip olarak şirket sözleşmesinden kaynaklandığını, hizmet sözleşmesine ve vekalet sözleşmesine özgü unsurlardan oluştuğunu, somut ilişkiye göre bu sözleşme tiplerinden birinin ön plana çıktığı yönünde bkz. **Domanıç**, Anonim Şirketler, s. 382- 383.

<sup>1322</sup> **Wortmann**, s. 68. Bu sözleşmeye temel sözleşmede yer verilebileceği hususunda bkz. **Oertle**, s. 75. Ancak belirtmek gerekir ki, temel sözleşmede bu tür düzenlemelere yer verilmesi halinde, prensip olarak yöneticilerin de temel sözleşmeyle taraf olması söz konusu olacaktır. Temel sözleşmenin işleyişi açısından bu sözleşmeye münhasıran hakim paysahiplerinin taraf olmasının daha isabetli olacağı yönündeki görüşümüz (bkz. yuk. § 8, I, B, 5) ışığında, bunu yerinde bulmuyoruz. Şu kadar ki, temel sözleşmede hakim paysahipleri, her birinin kendi menfaatlerini temsil edecek yöneticilerle akdedeceği sözleşmelerin içeriğine ilişkin düzenlemelere temel sözleşmede yer verebilirler ve temel sözleşmeyi, her bir hakim paysahibinin kendi menfaatlerini temsil edecek yöneticilerle yapacağı sözleşme açısından bir çerçeve sözleşme olarak yapılandırabilirler. Nitekim incelendiği üzere, çerçeve sözleşme ile onun çerçevesinde yapılan sözleşmelerin taraflarının aynı olması gerekmemektedir, bkz. yuk. dn. 677.

yöneticinin hakim paysahibinin iradesi doğrultusunda hareket etmesini konu edinmektedir. Böylelikle, yönetim kurulu üyeliği görevini başka bir kişinin menfaatlerini temsil etmek üzere üstlenen yöneticilere, “inançlı yönetici” adı verilmektedir<sup>1323</sup>. İnançlı yönetici kavramı, şirketler topluluğu müessesesine özgü olan ve hakim ortaklığın menfaatlerini bağlı ortaklıkta temsil eden “bağlı yöneticileri” de kapsamaktadır<sup>1324</sup>. Bağlı yönetici kavramı, şirketler topluluğuna özgü olduğundan, bu başlık altında ortak girişim şirketinin yönetim kurulunda görev alan ve hakim paysahiplerinin menfaatlerini temsil eden yöneticileri ifade etmek üzere “inançlı yönetici” terimini kullanacağız.

Ortak girişim şirketini, yabancı yönetime tabi bir ortaklığa dönüştüren özellik de kendisini bu noktada göstermektedir. Her bir hakim paysahibi ile onun menfaatlerini temsil eden yönetici arasında bu sözleşme kurulmakta, bu sözleşmeye taraf olan yönetici, büyük ölçüde bağımsız hareket etme erkini hakim paysahibine terk etmekte, münhasıran onun talimatları doğrultusunda hareket etmeyi taahhüt etmektedir<sup>1325</sup>.

Yönetim kurulunda, hakim paysahiplerinin menfaatlerini temsil etmeyen yöneticiler de görev alabilir. Bu yöneticiler, yönetim kurulunda oy kullanırken tamamen bağımsızdırlar. Ne var ki, ortak kontrolün özelliği gereği, bağımsız yöneticilerin sayısı, yönetim kurulunda hakim paysahiplerinin menfaatlerini temsil eden yöneticiler arasında ortak kontrol uyarınca oluşan güç dengesini bozacak düzeye erişmemektedir. Bağımsız yöneticiler, özellikle ortak girişim şirketinin faaliyet alanının gerektirdiği uzmanlığa sahip olan kimselere yönetim kurulunda yer verilmesi amacıyla seçilmektedir. Ortak girişim şirketinde görev alan bağımsız yöneticilerin hukuki konumu, ortak girişimlere özgü bir hukuki sorun arz etmediğinden, bu noktada hakim paysahiplerinin menfaatlerini temsil eden yöneticilerin hukuki konumuna değinilecektir.

---

<sup>1323</sup> Christina **Lips-Rauber**, Die Rechtsbeziehung zwischen dem beauftragten fiduziarischen Verwaltungsrat und dem Fiduzianten, Zürich, 2005, s. 10, Annemarie **Nussbaumer**/Hans Caspar **von der Crone**, Verhältnis zwischen gesellschafts- und schuldrechtlicher Verpflichtung. Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 4C.143/2003 vom 14. Oktober 2003, SZW, Yıl : 2004, s. 139, **Von Büren**, s. 169.

<sup>1324</sup> **Lips- Rauber**, s. 11.

<sup>1325</sup> Sermayeye katılmalı ortak girişimlerde ortak girişim şirketinin yönetim kurulunun hakim paysahiplerinin kendi yönetim kadrolarının bir uzantısı olduğuna işaret eden **Böckli**, No. 479.



Hakim paysahipleri ile onların menfaatlerini temsil eden yöneticiler arasındaki ilişki, hukuki niteliği itibariyle şirket ve vekalet sözleşmesinin unsurlarını bünyesinde barındıran bir sözleşme olarak sınıflandırılmaktadır<sup>1326</sup>. Nitekim yönetici, ortak girişim şirketinin yönetim kurulunda görev almayı ve bu görev kapsamında stratejik kararların alınmasında, kendisinin yönetim kuruluna seçilmesini sağlayan hakim paysahibinin talimatları doğrultusunda hareket etmeyi taahhüt etmektedir. Sözleşmenin diğer tarafını oluşturan ve menfaatleri yönetim kurulunda temsil edilen kimse ise, inançlı yöneticinin kendisinin talimatlarına uygun hareket etmesinden dolayı maruz kalabileceği sorumluluktan onu kurtarmayı taahhüt etmektedir.

İnançlı yöneticinin durumunu Ortaklıklar Hukuku açısından ilgili çekici hale getiren olgu, esasen yöneticinin ortaklıkla kurduğu vekalet ilişkisi ile hakim paysahibi ile kurduğu sözleşmesel ilişkinin belirli noktalarda birbiriyle çatışmasıdır. Gerçekten de, yöneticinin görev yaptığı ortaklıkla kurduğu hukuki ilişki<sup>1327</sup>, yöneticinin yönetim işlevini icra ederken özenle hareket etmesini (özen yükümü), münhasıran ortaklığın menfaatlerini gözetmesini ve bu bağlamda ortaklığı zarara sokacak tasarruflardan kaçınmasını (sadakât yükümü) gerekli kılmaktadır. Buna karşılık, hakim paysahibi ile onun menfaatlerini temsil eden bağlı yönetici arasındaki hukuki ilişki de, bağlı yöneticinin yönetim erkini icra ederken hakim paysahibinin menfaatlerini gözetmesini gerekli kılmaktadır. İnançlı yöneticinin taraf olduğu bu iki ayrı hukuki ilişki uyarınca farklı özenlere karşı üstlendiği taahhütler, şu çatışmayı ortaya çıkarmaktadır : Hakim paysahibinin kendi menfaatlerini gözeterek belirlediği talimat, ortak girişim şirketinin menfaatleriyle çelişirse; inançlı yönetici ne şekilde hareket etmelidir?

Söz konusu çelişki, ortak girişim şirketleri açısından da evleviyetle geçerlidir. Zira, ortak girişim şirketlerinde, ortaklık organlarında alınacak bir stratejik karar konusunda hakim paysahipleri uzlaşma sağlayarak ortak kontrol iradesini oluşturabilirlerse, kendi menfaatlerini temsil eden yöneticilere uzlaşıyla belirlenen doğrultuda oy kullanmaları ve karar almaları yönünde talimat vermektedirler. Bu bağlamda, ortak kontrol iradesinin temsil ettiği menfaatler ile ortak girişim şirketinin

---

<sup>1326</sup> **Forstmoser/ Meier–Hayoz/Nobel**, § 28, No. 175.

<sup>1327</sup> Türk Hukuku'nda, ortaklık ile yönetim kurulu üyesi arasında kurulan sözleşmesel ilişkinin farklı nitelendirilmesini gerekli kılan düzenlemeler söz konusu olmadıkça bu sözleşmenin bir vekalet sözleşmesi niteliğini taşıdığı yönünde bkz. **Arslan**, s. 72, **İzmirli**, s. 37.

menfaatleri çelişebilir. Sorunun çözümü için, yöneticinin ayrı ayrı ortaklığa ve hakim pay sahibine karşı üstlendiği yükümlülüklerin birbirleriyle ne şekilde telif edileceğinin belirlenmesi gerekmektedir.

İnançlı yöneticinin görevli bulunduğu ortaklıkla kurduğu hukuki ilişki çerçevesinde üstlendiği sorumluluk, her iki menfaatin birbiriyle çelişmesi halinde, menfaatleri temsil edilen tarafın değil, ortaklığın menfaatlerine öncelik tanınmasını zorunlu kılmaktadır. Açık bir anlatımla, inanca yönetici, oyunu kullanırken veya ortaklığı bağlayan tasarruflarda bulunurken, ilke olarak menfaatini temsil ettiği öznenin menfaatlerini gözetebilecektir. Buna karşılık, bu menfaatlerle ortaklığın menfaatleri çeliştiğinde, inanca yönetici ortaklığın menfaatlerini dikkate almakla yükümlüdür. Bu itibarla, hakim pay sahibinin menfaatleri, ancak ortaklığın menfaatleriyle çelişmediği ölçüde dikkate alınabilir<sup>1328</sup>.

Son olarak, sermayeye katılmalı ortak girişimlerde, hakim pay sahiplerinin menfaatlerini yönetim kurulunda temsil eden inanca yöneticilerin sorumluluğuna da değinmek gerekmektedir. TTK Tasarısı'nın 205. maddesinde, hakim ortaklığın bağlı ortaklık üzerinde tam hakimiyete sahip olması olasılığında, bağlı ortaklıkta görev alan ve hakim ortaklığın talimatlarını yerine getiren (bağlı) yöneticilerin, şirkete ve pay sahiplerine karşı sorumluluk altında bulunmadığı öngörülmektedir. Söz konusu hüküm, tek elden yönetimde tam hakimiyet durumunu düzenlediği için, kanımızca ortak girişimler bakımından uygulama alanına sahip değildir.

Sermayeye katılmalı ortak girişimde, inanca yöneticilerin ortak girişim şirketinin uğradığı zararlardan dolayı yükleneceği sorumluluğun, "doğrudan doğruya ve yöneticiyi sorumluluk rejiminin kapsamı dışına çıkararak" hakim pay sahipleri tarafından üstlenilmesine temel oluşturan bir pozitif düzenleme mevcut değildir. Bu bağlamda, yöneticilerin, ortaklığın zararlarından dolayı ortaklığa, pay sahiplerine ve ortaklık alacaklılarına karşı sorumlu bulunmaları öngören ve kamu düzenini ilgilendiren sorumluluk rejiminden ayrılmayı haklı kılacak bir hukuki dayanak mevcut değildir. Bununla birlikte, inanca yöneticinin yönetim kuruluna seçilmesini sağlayan ve ona kendi menfaatlerini temsil ettiren hakim pay sahibinin, söz konusu yöneticiyle yaptığı sözleşmede mutad olarak onu sorumluluktan kurtarma taahhüdü

---

<sup>1328</sup> Yanlı, İnançlı YK Üyeleri, s. 659.

altına girdiği görülmektedir<sup>1329</sup>. Bu itibarla, inançlı yönetici, ortaklığın zarara uğraması halinde, sorumluluğun muhatabına karşı sorumluluğunu yerine getirecek, sonra menfaatlerini temsil ettiği hakim paysahibine başvuracaktır.

## II. Ortak Girişimin Kilitlenmesi

### A.Kilitlenme Kavramı

Ortak kontrol, her bir hakim paysahibinin ortaklık üzerinde icra ettiği belirleyici etkinin bir diğerininkine üstün gelmemesi, ayrıca hakim paysahiplerinin aralarında yapacakları işbirliğiyle münferit hakim paysahiplerinin belirleyici etkisini dışlayamaması anlamına gelmektedir. Böylelikle, her bir hakim paysahibi, tekil kontrolden farklı olarak tek başına stratejik bir kararın alınmasına muktedir olamasa da, bu nitelikteki bir kararın alınmasına engel olabilecek güçtedir. Herhangi bir hakim paysahibinin iradesini, ortak kontrol iradesinin oluşumunu ve buna bağlı olarak stratejik kararın alınmasını engelleyici bir şekilde kullanması, ilk aşamada, sadece “belirli bir stratejik kararın alınmaması” etkisini doğuracaktır. Basit bir örnekle, belirli bir yatırım projesinin yürürlüğe konulmasına karşı çıkan bir hakim paysahibi, bu projenin yürürlüğe konulması için ortak girişim şirketinin anasözleşmesinde yetkili kılınan organda olumsuz oy kullanırsa veya kendi menfaatini temsil eden organ görevlilerine bu şekilde hareket etmeleri yönünde talimat verirse, söz konusu projenin yürütülmesi konusunda karar alınamayacaktır.

Somut örnek incelendiğinde, hakim paysahiplerinin anlaşmazlığı, projenin yürütülmesine ilişkin olan tek bir stratejik karara özgü ise ve bu stratejik karar ortak girişim şirketi bakımından önemli olmakla birlikte, bu şirketin işleyişini zedelemiyorsa; bu takdirde, hakim paysahipleri arasındaki anlaşmazlığın tek bir konuya inhisar etmesi veya belirli konularla sınırlı kalması, ortak girişim şirketinin işleyişini zedelemeyebilir. Buna karşılık, söz konusu anlaşmazlığın diğer konulara da yayılması, kilitlenme tehlikesini beraberinde getirebilir.

Bu bağlamda, her bir hakim paysahibi bizzat veya temsilcisi marifetiyle genel kurulda ya da menfaatlerini temsil eden yönetici aracılığıyla yönetim kurulunda

---

<sup>1329</sup> Forstmoser/ Meier–Hayoz/Nobel, § 28, No. 175.

aleyhe oy kullanılmasını sağlayarak, hatta ilgili organın toplantısına katılmayarak, toplantı yetersayısının oluşumuna engel olduğundan ve belirli bir stratejik kararın alınmasını önleyebileceğinden, münferit pay sahibinin stratejik kararın alınmasını engelleyen iradesini “önleyici irade” olarak adlandırmıştık<sup>1330</sup>. Söz konusu önleyici iradeyi, hakim pay sahiplerinden her birinin stratejik kararları veto etme yetkisi karakterize etmektedir.

Sermayeye katılmalı ortak girişimlerde hakim pay sahibinin önleyici iradesi, prensip olarak sadece stratejik kararları kapsar. Böylelikle, ortak kontrolün asgari içeriği, tam hakimiyetle örtüşmez. Farklı bir anlatımla, sırf stratejik kararların alınmasını veto etme yetkisinin varlığı halinde dahi, ortak kontrol mevcuttur ve bu olasılıkta, hakim pay sahiplerinin ortaklık organlarında alınacak kararların tümünü değil sadece stratejik kararların tümünü veto etme imkanı mevcuttur. Bu bağlamda, hakim pay sahiplerinden herhangi birinin iradesini sürekli olarak stratejik kararların alınmasını önleyecek şekilde kullanması olasılığında, ortaklık organlarında karar alınma süreci işlemeyecektir. Söz konusu durum, kilitlenme kavramı çerçevesinde ele alınmaktadır. Bu veriler ışığında, Ortaklıklar Hukuku anlamında kilitlenme, ortaklığın organsız kalması veya böyle bir durum söz konusu olmamasına rağmen, ortaklık organlarının işlevsiz hale gelmesi nedeniyle, ortaklık organlarında, ortaklığın işleyişini durduracak veya önemli ölçüde güçleştirecek şekilde karar alınmamasıdır.

## **B. Kilitlenmenin Görünüm Biçimleri**

Kilitlenme, ortaklığın karar organlarının bazılarının veya tümünün işlevlerini yerine getiremez hale gelmesine yol açar. Bu açıdan kilitlenme, ortaklık organlarının işlevsizliği anlamına geldiğinden, kanımızca ortaklığın kısmen veya tamamen kilitlenmesinden söz etmek mümkün olmayacaktır<sup>1331</sup>. Zira, ortaklık organlarının belirli kararların mı yoksa her türlü kararın mı alınmasında mı işlevsiz kaldığı

---

<sup>1330</sup> Nitekim yukarıda, ortak kontrolde hakim pay sahiplerinden her birinin ortak kontrol iradesini oluşturan münferit iradelerinin önleyici irade niteliğinde olduğunu, ancak bu iradelerin birbiriyle uyumu suretiyle ortaya olumlu nitelikte bir ortak kontrol iradesinin çıktığını, temel sözleşmeden doğan adi ortaklığa ait olan bu iradenin sonradan ortaklık organlarında ortaklık iradesine dönüştüğünü incelemiştik; bkz. yuk. § 10, IV. Önleyici irade olarak adlandırdığımız bu iradeyi negatif kontrol olarak adlandıran **Yüksel**, s. 112.

<sup>1331</sup> karşı. Ali **Dural**, s. 64.

kanımızca önemli değildir. Önemli olan, ortaklık organlarında alınamayan kararların ortaklığın işleyişine yönelik etkileridir.

Basit bir örnekle, anonim ortaklık genel kurulunda yönetim kurulunun seçimi dışında her türlü kararın alınması, ancak ortak kontrolü paylaşan hakim pay sahiplerinin anlaşamamalarına bağlı olarak yönetim kurulunun seçilememesi ve bu durumun istikrar kazanması halinde, görünürde bir kısmi kilitlenme mevcuttur; zira genel kurulun işleyişi, sadece yönetim kurulunun seçimi açısından sekteye uğramaktadır. Oysa yönetim kurulunun seçilmemesi, ortaklığın işleyişini zedeleyen ve organsızlığa yol açan bir durumdur. Bu nedenle, ortaklık organlarının halen bazı kararları alıyor olması, kilitlenmenin kısmi bir kilitlenme olduğunu ortaya koymayacaktır. Bu açıdan kısmi kilitlenme/ tam kilitlenme ayırımının yerinde olmadığı düşüncesindeyiz.

Buna karşılık kilitlenme, geçici veya kalıcı nitelikte olabilir<sup>1332</sup>. Geçici kilitlenmede, ortaklığın işleyişini zedeleyen “karar alamama durumu” ortaya çıkmaktadır; ancak bu anlaşmazlık, sonradan ortakların uzlaşması veya kilitlenmeyi ortadan kaldıran yöntemlerin uygulanması yoluyla sona ermektedir<sup>1333</sup>. Buna karşılık, birbiriyle çatışan hakim pay sahiplerinin uzlaşmamaları ve kilitlenmeyi gidermeye yönelik mekanizmaların yarar sağlamaması halinde, artık kilitlenme istikrar kazanacak ve kalıcı kilitlenmeden söz etmek gerekecektir. Bu olasılıkta, kilitlenmenin gerçekleştiği andan itibaren işleyecek olan ve ortaklığın faaliyetini zedeleyecek olan tıkanıklık, zamanla organsızlık olgusuna yol açacaktır. Bu anlamda kilitlenme kavramı, organsızlık olgusunu da içermektedir<sup>1334</sup>. Ancak kilitlenme ve organsızlık kavramları

---

<sup>1332</sup> Geçici-kalıcı kilitlenme ayırımına değinen Ali **Dural**, s. 65.

<sup>1333</sup> **Von der Crone**, Zweimannengesellschaften, s. 41.

<sup>1334</sup> **Dural**, kilitlenme ile organsızlık müesseselerinin ilişkisine “kilitlenmenin organsızlık oluşturup oluşturmaması” bakımından yaklaşmaktadır; bkz. **Ali Dural**, s. 140. Yazar, ortaklığın sürekli kilitlenmesi ihtimalinde, ortaklık organları ve bu bağlamda yönetim kurulu mevcut olsa dahi, bu organda karar alınamamasını, organın varlığına rağmen organsızlık olarak nitelendirmektedir; ayrıca bu yönde bkz. **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, No. 1556. Yargıtay da, organsızlık kavramını geniş olarak yorumlamak ve organın mevcut bulunduğu ancak işlevsiz kaldığı durumlarda da organsızlığın varlığına hükmetme eğilimindedir, bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin 27.01 1994 tarihli ve 1274/421 Sayılı Kararı, karar metni için bkz. bkz. **Eriş**, s. 2572. Yargıtay, yarı yarıya anonim ortaklıkta, yönetim kurulunun mevcut olduğu sırada iki hakim pay sahibi grubu arasındaki anlaşmazlık dolayısıyla işlevsiz kaldığını, sonradan yönetim kurulunda görev alan yöneticilerin görev süresi dolduktan sonra dahi yeni yönetim kurulunun seçilmediğini ortaya koyduğu bir içtihadında, hakim pay sahiplerinden birinin paylarını devretmesinin organsızlık durumunu ortadan kaldırmayacağını, ancak söz konusu hisse devrinin geçersiz kılınmasına yönelik olarak açılan davanın bekletici mesele yapılmasını karara bağlayarak organsızlık kavramı üzerinde açıkça durmamıştır; bkz. Yargıtay 11. HD. 28.12.1998, 8038/9578,

özdeş değildir<sup>1335</sup>. Bu tartışmalar, özellikle TTK Tasarısı m. 531 hükmünün kanunlaşması ve bu suretle anonim ortaklığın haklı sebeple feshinin kabul edilmesi olasılığında daha da önem kazanacaktır. Zira, bu durumda, sürekli kilitlenme, kanımızca ortaklığın feshi açısından haklı bir sebep olarak nitelendirilmek gerekecektir<sup>1336</sup>.

TTK.m. 435, organsızlığa doğrudan doğruya sonuç bağlayarak bu olgunun ortaklığı sona erdirebileceğini öngörmektedir<sup>1337</sup>. Kilitlenme sürecinin henüz organsızlığa yol açmadığı evrede, kilitlenme, tipik anlamda ortaklık organının karar alamaması durumuyla özdeştir : Hakim paysahiplerinin uzlaşamamaları nedeniyle, belirli bir kararın alınması için gereken yetersayılara erişilememekte, bir hukuki işlem niteliğini taşıyan “kararın“ tesis edilmesi için gereken hukuki koşullar oluşmamaktadır. Bu durum açısından kanunda, sadece yönetim kurulunda oyların sayısının eşit olması ihtimaline binaen, yönetim kurulunun bir sonraki toplantıda söz konusu meseleyi yeniden müzakere edeceği öngörülmektedir (TTK.m. 330). Kuşkusuz ki, sermayeye katılmalı ortak girişimlerde, ortak girişim şirketini yöneten paysahipleri “işleten paysahibi” konumunda bulunduğu ve hakim paysahipleri arasındaki uyuşmazlık çoğu zaman tarafların bilinçli stratejilerinin birbirleriyle

---

[www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr). Bu karar incelendiğinde de Yargıtay’ın organın varlığına rağmen işlevsizliğini bir organsızlık durumu olarak nitelendirdiği anlaşılmaktadır.

<sup>1335</sup> Kanımızca organsızlık ve kilitlenme kavramları arasındaki ilişki şu şekilde açıklanabilir. İlk olarak organsızlığın, kilitlenmeden kaynaklanması söz konusu olabileceği gibi, kilitlenme ile bir ilişkisi dahi bulunmayabilir. Nitekim, karar alma işlevini muhafaza eden ve kilitlenmeye maruz kalmayan genel kurulun görev süresi dolan yönetim kurulu yerine yenisini seçmemesi durumunda, organsızlık mevcuttur ancak bu durum kilitlenmeden kaynaklanmamaktadır. Buna karşılık, kilitlenmenin söz konusu olduğu her durumda da kendiliğinden organsızlık durumu ortaya çıkmaz. Kilitlenmenin organsızlığa yol açması için, sürekli nitelikte olması gerekir; bu yaklaşıma bir de kilitlenmenin “tam” nitelikli olması gerekliliğini ekleyen **Ali Dural**, s. 141. Yazarın tam kilitlenme/kısmi kilitlenme ayırımına yukarıda belirttiğimiz gerekçelerle katılmamakla birlikte; sürekli hale gelen, deyim yerindeyse kemikleşen kilitlenmenin, organ mevcut olsa dahi bu organın tüm işlevlerini yitirmesine yol açacağı düşüncesini paylaşıyoruz.. Bu tür bir durumda, anonim ortaklık açısından organın mevcut bulunmasıyla bulunmaması arasında fark yoktur. Ortaklık organları ortaklığın iradesini oluşturamamakta, ortaklık fiil ehliyetini yitirmektedir. Bu nedenle **Tekinalp’in** ve aynı yönde görüş belirten **Dural’in** yaklaşımları yerindedir. Bu olasılıkta, organsızlığın varlığından hareket etmek ve organsızlığın giderilmesi ve ortaklığın yeniden fiil ehliyetine kavuşturulması için gereken önlemlerin alınması gerekecektir. Ancak kaydetmek gerekir ki, hakimin, organın varlığına rağmen işlevsiz hale gelmesi nedeniyle organsızlığın varlığına hükmedebilmesi için, kilitlenmenin sürekli olup olmadığını sınaması ve söz konusu kilitlenmenin ortakların kendi aralarında öngördükleri başkaca yöntemlerle aşılmasının mümkün olup olmadığını sınamasında yarar vardır. Bu sına sonucunda, ancak kilitlenmenin sürekli hale geldiği ve aşamadığı anlaşılırsa, TTK.m. 435 uygulanmalı ve ortaklığı bir kayıym atanması suretiyle kilitlenmenin aşılması yönünde çaba gösterilmelidir.

<sup>1336</sup> Bu konudaki değerlendirmeler için bkz. aşa. § 15, III, F.

<sup>1337</sup> Ortak girişim şirketlerinde organsızlığın etkileri için bkz. aşa. § 12, II, B.

çatışmasından kaynaklandığından, bir sonraki yönetim kurulu toplantısında da karar alınamaması kuvvetle muhtemeldir.

Genel kurulda ise, karar yetersayısının kanunla belirlendiği ve ikinci bir genel kurul toplantısında bu yetersayı bakımından bir azalma öngörmediği durumlar (TTK.m. 388/1,2) hariç olmak üzere, ilk toplantıda toplantı yetersayısının sağlanamaması, ikinci genel kurul toplantısında toplantı yetersayısını düşürecektir (TTK.m. 372, 388/3). Ancak, ortak kontrolün söz konusu olduğu durumlarda, söz konusu yetersayılar, her durumda hakim paysahiplerinin tümünün iradesini kapsayacak şekilde ağırlaştırılmakta, böylelikle hakim paysahiplerinden birinin ikinci genel kurul toplantısında dahi tek başına karar almasının önüne geçilmektedir<sup>1338</sup>.

Aynen yönetim kurulunda olduğu üzere, bir genel kurul toplantısında karar alınamaması üzerine ikinci genel kurul toplantısının yapılması, ilke olarak kararın alınmasını sağlamayacaktır. Zira, çoğu zaman hakim paysahipleri arasında kilitlenmeye yol açan olgular ortadan kalkmayacaktır. Bu itibarla, ikinci genel kurulda toplantı ve karar yetersayılarının düşmesi, kilitlenmeyi ortadan kaldıran bir neden olarak nitelendirilemez; çünkü hakim paysahipleri, ikinci genel kurul toplantısına katılacak, oy dengesinde bir değişiklik hasıl olmayacaktır. Bu bağlamda, güçlü bir olasılık da, hakim paysahiplerinin anasözleşmede yetersayı hükümlerini ağırlaştırmaları ve hakim paysahiplerinden birinin katılımının söz konusu olmadığı durumlarda, toplantı yetersayısının oluşmaması ve kararların alınamamasıdır.

Bu veriler ışığında, kilitlenmenin organsızlık durumunu kapsadığını kabul etmekte, ancak organsızlığın henüz hasıl olmadığı kilitlenme durumunun “ortaklık organının karar alamaması” durumuyla özdeş olduğu düşüncesindeyiz. Bu itibarla, kilitlenme çerçevesinde sadece organsızlık durumu, TTK. m. 435 uyarınca hukuki önlemlerin uygulanmasını gündeme getirecektir. Bunun dışında kilitlenme, ortaklığın işleyişini zedelemekle birlikte, -ortaklığın feshine ilişkin haklı bir neden oluşturup oluşturmadığına ilişkin tartışma saklı kalmak kaydıyla- herhangi bir hukuki önlemin veya Ortaklıklar Hukuku’na özgü bir yaptırımın uygulanmasını ilke olarak beraberinde getirmeyecektir. Ancak temel sözleşmede öngörülen kilitlenmeye ilişkin yaptırımların uygulanması gündeme gelebilecektir. Bu noktadan hareketle,

---

<sup>1338</sup> Bu konudaki açıklamalar için bkz. yuk. § 11, III, A, 1.

organsızlık olgusunun sonuçlarını ortak girişim şirketinin sona ermesi çerçevesinde ele alacağız. Bu aşamada ise, hakim pay sahiplerince kilitlenmeyi önlemeye veya ortadan kaldırmaya yönelik olarak öngörülen mekanizmalara değineceğiz.

## **C.Kilitlenmenin Önlenmesine ve Sona Erdirilmesine İlişkin Araçlar**

### **1.Temel Sözleşmenin Kilitlenmeyi Önleyici İşlevi**

Hakim pay sahibinin önleyici iradesini keyfi bir şekilde kullanma riski, önceden devreye sokulacak önlemlerle ortadan kaldırılamaz. Ancak kilitlenme, çoğu zaman hakim pay sahiplerinin bu iradelerini keyfi bir şekilde kullanmalarından<sup>1339</sup> değil, hakim pay sahiplerinin bilinçli stratejilerinin birbiriyle çatışmasından kaynaklanır. Bu stratejilerin uzlaştırılmasında, temel sözleşme önemli bir rol üstlenebilir<sup>1340</sup>.

Gerçekten de, sermayeye katılmalı ortak girişimlere özgü yaygın uygulama, temel sözleşmenin akdedilmesinden önceki dönemde tarafların, birbirlerinin stratejileri hakkında bilgi edinmeye ve ortak girişim şirketinin stratejisini bu münferit stratejilerin ortak paydasını tespit ederek oluşturmaya önem izafe etmektedir<sup>1341</sup>. Bu çerçevede, temel sözleşmede anasözleşmenin aksine ortak girişim şirketinin faaliyet konusu, organizasyonu ve hatta öngörülebilir nitelik taşıyan stratejik kararlarına ilişkin ayrıntılı kuralların getirilmesi, kilitlenmeyi büyük ölçüde önleyici bir faktördür. Temel sözleşmenin kilitlenmeyi önleyici bir başka cephesi, temel sözleşmenin ihlaline bağlanan yaptırımların caydırıcılığıdır.

### **2.Yönetim Organının Kilitlenme Riski Gözetilerek Yapılandırılması**

Anonim ortaklık tipinde kurulan sermayeye katılmalı ortak girişimlerde, birbirinden farklı yönetim modellerine yer verilebilir<sup>1342</sup>. Özellikle TTK Tasarısı'nın m. 367 hükmü kanunlaşması halinde, anonim ortaklıklarda tekil yönetim anlayışının yanısıra çifte yönetim yapısının oluşturulması da mümkün olacaktır.

<sup>1339</sup> Von der Crone, Zweimannesellschaften, s. 37- 38, Ali Dural, s. 57 vd.

<sup>1340</sup> Michael R.Horten, Joint- Ventures in den USA : wirtschaftliche, rechtliche und steuerliche Aspekte, München, 1996,s. 22.

<sup>1341</sup> Kozyris, s. 521.

<sup>1342</sup> Bu konuda bkz. yuk. § 12, I, A.



Aslında hiç bir yönetim modeli, kilitlenme riskini ortadan kaldırmaz; zira ortak kontrolde kararlar hakim paysahiplerinin uzlaşmasıyla alındığından, kilitlenme, belirtildiği üzere hakim paysahiplerinden birinin muhalefetiyle ortaya çıkabilir. Hakim paysahiplerinden herhangi birisinin stratejik kararları veto etme yetkisini kullanması, kural olarak önceden bertaraf edilemez<sup>1343</sup>. Böylelikle kilitlenme ihtimali, sermayeye katılmalı ortak girişimin doğasının bir tezahürüdür ve herhangi bir mekanizma marifetiyle tamamen ortadan kaldırılamaz. Ancak, bir hakim paysahibinin kasten ortaklığı kitleme iradesiyle hareket etmesi, kanımızca yaptırımsız kalmamalıdır<sup>1344</sup>.

Bununla birlikte, sermayeye katılmalı ortak girişime alelade bir anonim ortaklık gibi yaklaşmak ve kuruluşundan itibaren yönetimin yapılanması üzerinde durmamak; ortak girişimin bu doğasının olumsuz tezahürlerini teşvik edici bir tutum niteliğini taşıyacaktır<sup>1345</sup>. Farklı bir anlatımla, kilitlenmenin tamamen bertaraf edilemeyeceği kabul edilse bile, bu durum söz konusu riskin asgariye indirgenemeyeceği anlamına gelmemektedir. Bu yönden, yönetim modelinin yapılandırılması kritik bir önem taşımaktadır.

Ortak girişimi ekonomik yönleri itibariyle inceleyen yazarlar, gerçek anlamda bir ortak girişim sisteminin kurulabilmesi için hakim teşebbüslerin münferit şirket kültürlerinin birbiriyle bağdaştırılması gereğine işaret etmektedir<sup>1346</sup>. İşletme teorisinde bu süreç, hakim teşebbüslerin birbirlerinin şirket kültürlerini özümsemelerine ve bu etkileşimden ortak bir şirket kültürü türetmeye zemin hazırlayan bir süreç olarak tanımlanmaktadır<sup>1347</sup>. Bu bağlamda, sermayeye katılmalı

---

<sup>1343</sup> Bu noktada, hakim paysahiplerinin ortak girişim şirketindeki paysahipliği haklarını kullanmasını temin etmek üzere bir holding şirketi kurulması, pay senetlerinin tevdi suretiyle bir tevdi temsilcisi atanması gibi, aslında paysahipleri sözleşmesinin ihlalini önlemek üzere başvuru mekanizmalara başvurulması mümkünse de, bu mekanizmalardan hiç birisi, hakim paysahiplerinden birinin veto etme yetkisini kullanmasının önüne geçmeyecektir.

<sup>1344</sup> Bu bağlamda düşünülmesi gereken mesele, hakim paysahiplerinin haklı bir gerekçe olmadan keyfi davranışlarla kilitlenmeye neden olmasının herhangi bir sorumluluğa yol açıp açmayacağı meselesidir. Bu mesele, hakim paysahiplerinin sadakat yükümlülüğü altında bulunup bulunmadıklarına ilişkin değerlendirmeler çerçevesinde tartışılacaktır; bkz. aşa, § 14, III, B, 3.

<sup>1345</sup> **Schluep**, *Privatrechtliche Probleme*, s. 488-489.

<sup>1346</sup> Sermayeye katılmalı ortak girişimlerin önemli bir çoğunluğunun hakim teşebbüslerin birbiriyle çatışan stratejileri yüzünden sona erdiği yönünde bkz. Ian **Hewitt**, No. 1- 12.

<sup>1347</sup> **Oktay**, s. 34.

ortak girişimlerde yönetim organının yapılandırılmasında, söz konusu sürecin kendine has özellikleri göz ardı edilmemelidir.

Bu çerçevede, ilk olarak, ortaklık organlarında stratejik bir karar alınmasını önceleyen süreçte karar taslağının hakim paysahiplerinin temsilcileri arasında tartışılması ve ortaklık organlarında çıkması muhtemel olan anlaşmazlıkların önceki aşamada yapılacak bu çalışmayla önlenmesi düşünülebilir<sup>1348</sup>.

Bir başka yaklaşım da, ortaklık organlarında müzakere edilen stratejik konunun karara bağlanamaması halinde, hakim paysahiplerinin veya onların temsilcilerinin yönetim kurulu dışında başka düzlemlerde bir araya gelmelerini sağlamaktır<sup>1349</sup>. Böylelikle, hakim paysahiplerinin anlaşmazlığa sebep olan münferit beklentilerinin birbiriyle uzlaştırılması, bu düzlemde sağlanan anlaşma sayesinde söz konusu taslağın yeniden ortaklık organlarında müzakere edilmesi ve karara bağlanması mümkün olabilecektir. Kuşkusuz ki, sermayeye katılmalı ortak girişimin yönetim yapısında, her iki formüle birlikte yer vermek de mümkün olabilecektir.

### 3. Paysahiplerinden Birinin İnisiyatifine Ağırlık Verilmesi

Temel sözleşmede, kilitlenme halinde hakim paysahiplerinden birinin iradesi doğrultusunda karar verilmesi, diğer bir deyişle birbiriyle çatışan iradelere birisine ağırlık tanınması öngörülebilir. Belirtmek gerekir ki, herhangi bir stratejik kararın alınmasında kilitlenmenin ortaya çıkması sebebiyle hakim paysahiplerinden birinin iradesine itibar edilmesi, ortak kontrolü ortadan kaldırır<sup>1350</sup>. Bu yönüyle, bu formül, Rekabet Hukuku açısından pek elverişli olmasa da, Ortaklıklar Hukuku açısından düşünülebilir. Zira ortak kontrolün ortadan kalkması, Ortaklıklar Hukuku bakımından bir önem taşımamaktadır. Bununla birlikte, Ortaklıklar Hukuku çerçevesinde, bir anonim ortaklığı ortaklaşa kontrol üzere kuran hakim paysahiplerinin, kilitlenmenin ortadan kaldırılması uğruna ortaklık üzerindeki

<sup>1348</sup> **Schlupe**, *Privatrechtliche Probleme*, s. 491.

<sup>1349</sup> **Oertle**, s. 78.

<sup>1350</sup> Yoğunlaşma olarak nitelendirilen sermayeye katılmalı ortak girişimler için temel sözleşmede bu tür bir hükme yer verilmesi ortak kontrolü bertaraf edeceğinden yoğunlaşma niteliğini de ortadan kaldıracaktır. Zira bu durum, YKHD. Par. 18 ve 19'da ifadesini bulan, "ortak kontrolün söz konusu olabilmesi için en az iki hakim paysahibinin uzlaşarak karar alması" zorunluluğuyla ters düşmektedir.

kontrol erkinden vazgeçeceklerini düşünmek de pek akılcı olmayacaktır. Bu düşünceler ışığında, söz konusu formül, sadece teorik bir değer taşımaktadır.

Kilitlenme durumunda hakim paysahiplerinden birinin iradesine ağırlık tanıyan düzenleme, çeşitli görünüm biçimlerine sahip olabilir. İlk olarak saptanması gereken husus, hangi aşamada bu yöntemin uygulanacağıdır. Sermayeye katılmalı ortak girişimde benimsenen yönetim yapısına göre, bu soru farklı yanıtlanmalıdır. Şu kadar ki bu formül, kilitlenmenin kesinlik kazandığı aşamada uygulanması söz konusu olan bir yöntemdir<sup>1351</sup>.

Diğer yandan, bu formülün uygulanması açısından her bir hakim paysahibine belirli konular veya dönemler itibariyle üstünlük tanınması düşünülebilir. Örnek olarak, hakim paysahipleri sırayla her bir mali yıl için bu avantajdan yararlanabilirler. Diğer yandan, konular itibariyle “üstün hakim paysahibi” konumunun farklı paysahiplerine tanınması da söz konusu olabilir. Bu olasılıkta, hakim paysahiplerinin faal oldukları ve uzmanlaştıkları alanlar gözetilerek, her bir hakim paysahibine uzman olduğu alanda üstünlük tanınabilmektedir. Örnek olarak, yerli ortakla kurulan bir ortak girişimde, yerel tüketim alışkanlıklarını iyi bilen yerli ortağa, ortak girişimin pazarlamaya ilgili stratejisini şekillendiren kararlarda, buna karşılık finansman konusunda uzmanlaşmış olan yabancı ortağa ortaklığın finansmanına ilişkin kararlarda üstünlük tanınması düşünülebilir.

Belirtmek gerekir ki, Rekabet Hukuku açısından ortak kontrolü tehdit eden ve yoğunlaşmayı ortadan kaldıran, Ortaklıklar Hukuku açısından ise teorik olarak incelenmesi söz konusu olan bu yöntem, tamamen yapaydır. Konu bakımından paylaşım açısından meseleye bakıldığında, ortaklıkla ilgili tüm stratejik kararların henüz temel sözleşmenin akdedilmesi esnasında saptanması mümkün olmayacağına

---

<sup>1351</sup> Örnek olarak, sermayeye katılmalı bir ortak girişime ilişkin temel sözleşmede, genel kurulda veya yönetim kurulunda kilitlenmenin ortaya çıkması halinde hakim paysahiplerinin başka bir düzlemde bir araya gelerek meseleyi yeniden müzakere etmeleri öngörülmemişse, ortaklık organlarında kararın alınmaması ve bu durumun giderek istikrar kazanması kilitlenme durumunu ortaya çıkarır. Bu takdirde, temel sözleşmede iradesine ağırlık tanınacak hakim paysahibinin iradesi yönünde oy kullanılmasını öngören bir oy sözleşmesinin mündemiç olması karşısında genel kurulda veya yönetim kurulunda yapılacak ikinci bir oylama yapılır ve hakim paysahiplerinin oy sözleşmesinde belirlenen hakim paysahibinin inisiyatifi doğrultusunda oy kullanmaları söz konusu olur. Kaydetmek gerekir ki, bu formül, hakim paysahiplerinden bir kısmının iradesini bertaraf etmesi nedeniyle tercih edilebilir nitelikte değildir ve sadece teorik bir değer taşımaktadır.

göre, tüm konuların da hakim paysahipleri arasında bu şekilde paylaşılması mümkün değildir. Ayrıca konu veya dönem itibariyle üstünlük, hakim paysahiplerinin strateji kararların tartışılmasında uzlaşmaz bir tavır takınmalarına, kilitlenmeye yol açarak ve üstün güce sahip olacakları dönemi bekleyerek, bu dönemde kendi üstün konumlarını kullanmalarına yol açabilir<sup>1352</sup>.

Bu gerekçeler ışığında, hakim paysahiplerinden birine üstünlük tanınması formülünü sermayeye katılmalı ortak girişimlerin yapısına aykırı olarak nitelendiriyoruz. Bu görüşümüzü, anonim ortaklıklarda genel kurulda ve yönetim kurulunda oylamada eşitlik halinde başkana üstün oy hakkı tanınması meselesi ışığında daha da ayrıntılandırmaya gayret edeceğiz.

#### **4.Genel Kurulda ve Yönetim Kurulunda Başkana Üstün Oy Tanınması**

Ortak kontrol, hakim paysahiplerinin tamamının, gerek genel kurulda, gerek yönetim kurulunda alınacak tüm stratejik kararlarda uzlaşmasını zorunlu kılmaktadır. Bu nedenle, hakim paysahiplerinin ortaklık organlarında belirli bir stratejik kararın alınamaması olasılığına binaen, genel kurulda genel kurul başkanının (divan başkanının), yönetim kurulunda ise yönetim kurulu başkanının üstün oya sahip olmasını kararlaştırmaları, Ortaklıklar ve Rekabet Hukuku açısından ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

Ortaklıklar Hukuku'nda, genel kurulda belirli bir kararın oylamasında verilen oyların birbirine eşit olması olasılığında, yönetim kurulu başkanına veya paysahibi sıfatını taşıyan divan başkanına anasözleşmeyle üstün oy tanınabileceği ve bu tür bir düzenlemenin paya bağlı olmaması nedeniyle imtiyaz niteliğini taşımadığı kabul görmektedir<sup>1353</sup>. Yönetim kurulunda ise, toplantı ve karar yetersayıları paya göre değil, kurul organı oluşturan bireylerin sayısına göre belirlenir ve bu organın aldığı kararlarda her üyenin bir oy hakkı vardır. Kanımızca, bu noktadan hareketle Türk Hukuku'nda, yönetim kurulunda alınacak kararlar açısından yönetim kurulu

---

<sup>1352</sup> Başkanın üstün oyu açısından bu duruma işaret eden **Oertle**, s. 76.

<sup>1353</sup> Oy hakkının itibari değere bağlılığı ilkesinin mutlak anlamda uygulama alanı bulmadığından hareketle bu görüşü ortaya koyan **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, No. 806, 962; genel kurulda başkana üstün oy hakkı tanınmayacağı yönünde bkz. **Ülgen**, s. 667.

başkanına veya başka bir üyeye üstün oy hakkı tanınmaz<sup>1354</sup>. Çünkü, anonim ortaklığa ilişkin hükümler, yönetim kurulunda alınacak kararlar bakımından yöneticiler arasında bir ayırım yapılmasına ve bunlardan birine, yönetim kurulu başkanı dahi olsa ayrıcalıklı bir konum izafe edilmesine engeldir.

Türk Hukuku'nda yönetim kurulu başkanına veya onun yokluğunda yardımcısına, münhasıran yönetim kurulu toplantılarının toplanması ve söz konusu toplantıların idare edilmesi noktasında ayrıcalıklı bir yetki bahşedilmektedir. Yönetim kurulu başkanına tanınacak üstün oyu yasaklayan açık bir hüküm olmasa da, bu tür bir düzenleme yönetim kurulunun bir kurul organ olarak işgal ettiği konuma ve bu organın niteliğine aykırı düşmektedir<sup>1355</sup>.

Taraflara dönemler itibariyle üstün oy tanınmasının yapay olacağını belirtmiştik. Diğer yandan, Rekabet Hukuku açısından üstün oy, bu oya sahip olmayan pay sahibinin ortak kontrolü paylaşma ve stratejik kararları veto etme yetkisini kaldırdığından, ortak kontrolle bağdaşmayan bir müessesedir. Bu noktaya işaret eden YKHD. par. 37, buna rağmen üstün oyun çok sınırlı bir alana inhisar etmesi veya üstün oyun, birbirleriyle uzlaşamayan hakim pay sahibinin uzlaşmayı sağlamak üzere devreye sokulan çeşitli mekanizmaların başarısız olması olasılığında uygulanmasının ortak kontrolle çelişmeyeceğini öngörmektedir. Belirtmek gerekir ki, Avrupa Yoğunlaşmalar Hukuku'nun uygulamasını açıklığa kavuşturmak ve hukuk güvenliğini tesis etmek işlevini üstlenen Duyuru'nun, ortak kontrol bakımından öngördüğü istisnanın kapsamını yeterince açık bir şekilde belirlememesi yerinde değildir.

Kanımızca, üstün oyun sınırlı bir alana inhisar etmesi veya karar alamama durumunu müteakiben uygulanan çeşitli mekanizmaların da başarısız olmasından sonra devreye sokulması dahi, hakim pay sahiplerine veya onların menfaatlerini temsil eden

---

<sup>1354</sup> Aynı yönde, Yaşar **Karayalçın**, Anonim Şirket Yönetim Kurullarında Başkanın Üstün Oyu, *Batıder*, Yıl 1970, C. 5, S. 3, s. 529 vd., Ali **Dural**, s. 105; karşı. anasözleşmeye konulacak bir hükümle bunun öngörülebileceğini ileri süren **Çamoğlu (Poroy/Tekinalp)**, No. 533, **İmregün**, *Anonim Ortaklıklar*, s. 212.

<sup>1355</sup> Bu sonuca, eşitlik halinde yapılan ikinci toplantıda da çoğunluğun sağlanamaması durumunda kararın reddedilmiş sayılacağı öngören TTK.m. 330/1 c 5 hükmünden hareketle varan, Ali **Dural**, s. 105. Bununla birlikte yazar, bu müessesesinin kilitlenmeyi ortadan kaldıracı olumlu işlevini gözeterek Ortaklıklar Hukuku alanında yapılacak yeni bir düzenlemede *de lege feranda* bu müesseseye geçerlilik kazandıracak düzenlemelere yer verilmesini savunmaktadır.

yöneticilere dönüşümlü olarak üstün oy hakkı tanınması kaydıyla bir nebze kabul edilebilir. Zira, bu olasılıklarda dahi, üstün oyun sürekli olarak hakim paysahiplerinden birine tanınması, bu hakim paysahibinin uzlaşmayarak karar alınmasını engellemesini, sonradan devreye sokulacak mekanizmaları da kendi inisiyatifiyle etkisiz kılmasını kolaylaştıracak; geç ve zor dahi olsa bu paysahibinin stratejik kararları dilediğince biçimlendirmesini sağlayacaktır. Bu yüzden, üstün oy müessesesinin Rekabet Hukuku'nda kontrol müessesesine ilişkin kavramsal anlayışla bağdaşmadığı kanaatindeyiz.

### **5.Üçüncü Kişilerin Önerisi Doğrultusunda Karar Alınması**

Tüm teşebbüsler açısından geçerli olduğu gibi, ortak girişim şirketlerinde de karar alınması, her durumda kilitlenmeye nazaran daha olumlu sonuçlar doğurmaktadır. Kilitlenmenin ortak girişimin ve giderek anonim ortaklığın sona ermesine kadar uzanacak bir süreci işleteceğinin bilincinde olan hakim paysahipleri, uzlaşamamaları durumunda uzmanlığına ve tarafsızlığına güvenilen bir üçüncü kişiye başvurulmasını temel sözleşmede öngörebilirler.

Bu formülde uzman üçüncü kişi, hakim paysahiplerince alınamayan stratejik kararı inceleyecek; ortak girişim şirketinin öznel durumunu ve ihtiyaçlarını gözeterek söz konusu stratejik konu hakkında bir öneride bulunacaktır. Temel sözleşmede, kararın müzakere edileceği ortaklık organında uzman üçüncü kişinin önerisi doğrultusunda karar alınması yönünde bir oy anlaşmasına yer verilebilir. Bu düzenleme, hakim paysahipleri açısından sadece sözleşmesel bir yükümlülük getireceğinden, hakim paysahipleri veya onların inisiyatifiyle ortaklık organlarında görev yapan organ görevlileri, bu düzenleme doğrultusunda karar almayı kilitlenmenin çözülmesini önleyebilirler<sup>1356</sup>. Bu tutumun Ortaklıklar Hukuku'na özgü bir yaptırımı söz konusu olmayacak; hakim paysahipleri, birbirlerine karşı paysahipleri sözleşmesinin ihlalden dolayı sorumluluk altına gireceklerdir<sup>1357</sup>. Son olarak, kilitlenmenin ortaya

---

<sup>1356</sup> Zira üçüncü kişinin önerisi, ortaklık menfaatlerini ihlal edici bir nitelikte olabilir ve uygulanması, yönetim kurulunda görev yapan organ görevlilerinin TTK.m. 336/5 uyarınca sorumluluğuna dahi yol açabilir.

<sup>1357</sup> Bu aşamada iki noktaya değinmek gerekmektedir. İlk olarak, hakim paysahipleri, birbirlerine karşı temel sözleşmeye uygun hareket etmeyi yükümlenmektedirler. Ancak çoğu zaman, özellikle yönetim kurulunda alınacak stratejik kararlarda bizzat hakim paysahipleri değil, deyim yerindeyse onların menfaatlerini temsil eden organ görevlileri görev yapmaktadır. Bu anlamda

çıkması halinde görüşüne danışılacak uzman üçüncü kişinin belirlenmesinde de taraflar arasında uyumsuzluk çıkabileceğinden<sup>1358</sup> temel sözleşmede bu kişinin belirlenmesi düşünülebilir.

Kanımızca, uzman üçüncü kişinin görüşüne başvurulması, ortak kontrolü zedeleyen bir yöntem değildir. Bu yönetime başvurulduğunda, pay sahipleri arasında uzlaşılamayan stratejik kararın alınmasında üçüncü kişinin inisiyatifinin etkili olması, diğer bir deyişle başka bir kimsenin ortaklık üzerinde belirleyici etki icra etme imkanına kavuşacağı düşünülebilir. Ancak, üçüncü kişinin, ortaklık üzerinde doğrudan veya dolaylı bir kontrol erkine sahip bulunmadığı, bu kişi tarafından önerilen kararın uygulanmasının yine hakim pay sahiplerinin iradesiyle söz konusu olacağı gözden uzak tutulmamalıdır. Hakim pay sahiplerinin uzman görüşüne itibar etmeleri ve temel sözleşmeye uygun davranmaları kaydıyla, işletme biliminin görünüm biçimlerinden biri olan danışmanlık, kilitlenmenin çözülmesinde etkili bir mekanizma olarak değerlendirilebilir.

### **§ 13. Şirketler Topluluğu Hukuku Açısından Sermayeye Katımlı Ortak Girişimler**

#### **I. Şirketler Topluluğu Hukuku'nun Sermayeye Katımlı Ortak Girişimlere Uygulanabilmesi Sorunu**

##### **A. Doğrudan Uygulanabilme**

İncelendiği üzere<sup>1359</sup>, bağlı ortaklıklar da, ortak girişim şirketi de, yabancı yönetime tabi ortaklıklardır. Ayrıca, her iki müessesenin de bünyesinde, “hakim ortaklık” ve

---

hakim pay sahipleri, aslında bu kimselerin de temel sözleşmesine uygun hareket etmelerini birbirlerine karşı tekeffül etmektedir ve burada üçüncü kişinin fiilini taahhüt söz konusu olmaktadır. Diğer bir deyişle, temel sözleşmede üçüncü kişinin yapacağı öneri doğrultusunda karar alınacağı düzenlenmişse, ortaklığın yönetim organında görev yapan ve hakim pay sahiplerinden birinin menfaatini temsil eden kimselerin olumsuz oyuyla söz konusu önerinin karara bağlanmaması halinde, pay sahipleri sözleşmesinin ihlalinden menfaati temsil edilen pay sahibi diğerine karşı sorumlu olacaktır. Kuşkusuz ki, bir üst dipnotta ele alındığı şekilde, önerinin ortaklığın menfaatleriyle çelişmesi halinde, bu öneri doğrultusunda karar alınmaması, kanımızca temel sözleşmenin ihlalinden dolayı sorumluluğa yol açmayacaktır. Zira aksi takdirde, yönetim kurulu üyelerinin ortaklığın menfaatleri doğrultusunda karar vermesini zorunlu kılan emredici hüküm niteliğindeki TTK.m. 334-336 hükümlerinin, bir sözleşmeyle bertaraf edilmesi söz konusu olur ki, bunun kabul edilmesi mümkün değildir.

<sup>1358</sup> Bu riske işaret eden **Oertle**, s. 77.

bağlı ortaklık” unsurları mevcuttur. Bu bağlamda, sermayeye katılmalı ortak girişimin bir şirketler topluluğunun oluşumuna yol açıp açmadığı irdelenmelidir.

Her iki müessesenin kökeninde de hakimiyet ilişkisi yer almaktadır. Bununla birlikte, her iki müessesenin kökeninde yatan hakimiyet ilişkisinin niteliği, birbirinden farklıdır. Şirketler topluluğunda, en az iki şirket arasında tek elden yönetim ilişkisi ve böylelikle tekil hakimiyet ilişkisi kurulmakta; topluluk şirketleri hukuken bağımsızlıklarını korumakla birlikte ekonomik açıdan bağımsızlıklarını yitirmektedir<sup>1360</sup>. Ortak girişim şirketi ise hakim pay sahiplerinin (teşebbüslerin) ortak kontrolü altında olup, hakim teşebbüslerle birlikte bir ekonomik bütün oluşturmamaktadır.

Ayrıca, yoğunlaşma oluşturan sermayeye katılmalı ortak girişimlerde, ortak girişim şirketi tam işlevli bir ekonomik birim olarak ortaya çıkmakta; böylelikle şirketler topluluğundaki bağlı ortaklık gibi yabancı yönetime tabi bir ortaklık konumunda olmasına rağmen, bu ortaklıktan farklı olarak ekonomik açıdan her bir hakim ortaklıktan bağımsız bir teşebbüs olarak ortaya çıkmaktadır. Yukarıdaki incelemelerimizde, şirketler topluluğunun tipik, ortak girişimin atipik bir bağımlılık yapısı ortaya koyduğunu belirtmiştik<sup>1361</sup>.

Şirketler topluluğunun kökeninde tekil kontrol ilişkisi yer alırken, ortak girişim şirketini ortak kontrol karakterize eder<sup>1362</sup>. Kontrolün bu iki türü, birbirinden farklı nitelikte hukuki sorunlar doğurduğundan, bu iki müesseseye uygulanacak normların konuluş amaçları da farklılaşmaktadır. Şirketler topluluğuna özgü düzenlemelerin kökeninde, topluluk bünyesinde yer alan ortaklıklar üzerinde icra edilen ve ortaklığın menfaatlerinin topluluk menfaatine feda edilmesine yol açan hakimiyet ilişkisinin, bağlı ortaklığın alacaklıları ve azınlık pay sahipleri bakımından yarattığı olumsuz etkilerin giderilmesi düşüncesi yatmaktadır<sup>1363</sup>. Bağlı ortaklığın iradesi, bizatihi hakim iradeye göre belirlenir.

---

<sup>1359</sup> bkz. yuk. § 9, I, A.

<sup>1360</sup> **Aytaç**, Konzernrecht, s. 33-34, Ömer **Teoman**, Yaşayan Ticaret Hukuku, Hukuki Mütalaalar, C. I, Kitap 4, İstanbul, 1995, s. 72, **Forstmoser/ Meier-Hayoz/Nobel**, § 60, No. 3, **Beyeler**, s. 8-9, **Rubli**, s. 9.

<sup>1361</sup> bkz. yuk. § 9, I, A.

<sup>1362</sup> Sermayeye katılmalı ortak girişimde iki hakim teşebbüsün bulunduğu yönünde **Na**, s. 3.

<sup>1363</sup> **Na**, s. 10.



Ortak girişim şirketinde ise, durum farklıdır : Bu ortaklık, birden çok ortağın hakimiyeti altındadır. Ortak girişim şirketinin iradesi, ortak kontrol iradesine göre belirlenir<sup>1364</sup>. Hakim iradenin bu iki müessesede üstlendiği farklı roller, iki müessese arasındaki temel farkı karakterize etmektedir : Şirketler topluluğunda bağlı ortaklığın iradesi yerine hakim irade (hakim ortaklığın iradesi) geçerken<sup>1365</sup> veya bağlı ortaklığın iradesini tek elden yönetim esası ekseninde hakim ortaklığın iradesi biçimlendirirken; ortak girişim şirketinde, hakim ortaklardan hiç birinin iradesi, ortak girişim şirketinin iradesinin yerine geçmez. Ortak girişim şirketinin iradesi, münferit hakim ortakların münferit kontrol iradelerinin çarpışmasından doğan, bu iradelerden bağımsız bir iradedir<sup>1366</sup>. Bu nedenle, şirketler topluluğu bünyesinde yer alan şirketlerin tümü ekonomik bir bütün oluştururken, sermayeye katılmalı ortak girişimlerde hakim teşebbüslerle ortak girişim şirketi bir ekonomik bütün oluşturmazlar.

Tekil kontrol yerine ortak kontrol esasına dayanan sermayeye katılmalı ortak girişimlerde, şirketler topluluğunun aksine tek bir hakim ortaklık değil, en az iki hakim ortaklık bulunur<sup>1367</sup>. Ortak girişim şirketi üzerinde kontrole sahip olan, hakim pay sahipleri arasında yapılan temel sözleşmeden doğan adi ortaklıktır. Bu açıdan bakıldığında, şirketler topluluğunda hakim ortaklık, tek elden yönetim unsuru sayesinde topluluk şirketleri üzerinde kendi iradesini rahatlıkla kabul ettirebilirken, sermayeye katılmalı ortak girişimlerde hakim ortaklıklardan hiç biri kendi iradesini ortak girişim şirketine dayatamamaktadır. Bu itibarla, şirketler topluluğunda, hakim

---

<sup>1364</sup> Bu noktada bir kez daha ortaya çıkmaktadır ki, sermayeye katılmalı ortak girişimin merkezinde yer alan ortak girişim şirketini etkileyen iki ayrı irade düzlemi mevcuttur. Birisi, hakim pay sahiplerinin aralarında uzlaşarak oluşturdukları “ortak kontrol iradesidir”. Bu irade, ortak girişim şirketinin stratejik kararının hangi içeriğe sahip olduğunu belirler ve tek kişinin değil, en az iki kişinin (ortak) iradesi olup, ancak onu oluşturabilecek konumda bulunan (ortak kontrolü paylaşan) pay sahiplerinin iradelerinin ortak paydasını oluşturmaktadır. Oluşum süreci çetrefil olan irade de, bu iradedir; çünkü bir kez bu irade oluştuğunda ve hakim pay sahiplerinin her birinin veto yetkisinden soyutlandığında, artık bu iradenin etkisiyle ikinci iradenin oluşumu güç olmayacaktır. Ortaklık organının iradesi (kavram için bkz. **Tanner**, Generalversammlung, Art. 703 No. 4), genel kurulda bizzat hakim pay sahiplerinin katılımıyla, yönetim kurulunda ise hakim pay sahiplerinin menfaatlerini temsil eden yöneticilerin oylarıyla oluşacak, bu suretle ortak kontrol iradesi ortaklık iradesine (ortak girişim şirketinin iradesine) dönüşecektir.

<sup>1365</sup> Nitekim **Cornett**, bir ortağın bir şirketler topluluğuna bağlanmasının, diğer bir anlatımla bağlı ortaklık haline gelmesinin bu ortaklığın kendi ekonomik planlaması ve kendi ekonomik hedefleri doğrultusunda faaliyet gösterme imkanının bertaraf edilmesine yol açacağını belirtmektedir; bkz. **Cornett**, s. 165.

<sup>1366</sup> **Scheibitz**, s. 96.

<sup>1367</sup> **Mestmäcker**, Gemeinschaftsunternehmen, s. 21.

ortaklığın “sağlayıcı iradesinden”, sermayeye katılmalı ortak girişimlerde ise hakim teşebbüslerin/ ortakların “önleyici iradesinden” söz etmek gerekmektedir. Bu farklılıklar, sermayeye katılmalı ortak girişimlerin bir şirketler topluluğunun oluşumuna yol açmadığını ortaya koymaktadır.

Şirketler topluluğuna özgü düzenlemelerin konulmasında “topluluk şirketleri üzerindeki hakimiyetin kötüye kullanılmasının önlenmesi ve yaptırımlara bağlanması” amacına yönelmenin mantığı da, kendisini bu noktada göstermektedir. Madem ki, hakim ortaklıkla bağlı ortaklıklar bir ekonomik bütün oluşturmaktadır; bu takdirde bağlı ortaklığın bu ekonomik bütünü tabi olduğu esaslar doğrultusunda yönetilmesinin azınlık pay sahipleri ve alacaklılar açısından yaratacağı olumsuz sonuçlar, bu ekonomik bütünü odağında yer alan ve ekonomik bir yaklaşımla bu ekonomik bütünü ekonomik iradesini belirleyen hakim ortaklığa yüklenmelidir.

Ortak girişim şirketinde ise, hakim pay sahiplerinin iradelerinin birbirini etkisiz kılması ve ancak uzlaşma yoluyla ortak kontrol iradesinin oluşturulabilmesi, hakim pay sahiplerinden birinin ortak girişim şirketini kendi hakimiyeti altına almasına ve bu hakimiyeti hukuka aykırı olarak kullanmasına engeldir<sup>1368</sup>. Sermayeye katılmalı ortak girişimlerde, ancak hakim pay sahiplerinin paylaştıkları hakimiyeti (ortak kontrolü) kötüye kullanmaları söz konusu olabilir. Şirketler topluluğunda, bağlı ortaklığın borçlarından dolayı hakim ortaklığa başvurulmasına imkan tanıyan hükümlerin konuluş amacı, sermayeye katılmalı ortak girişimlerde söz konusu olan hakimiyet ilişkisinin doğurduğu hukuki sorunlarla örtüşmediğinden<sup>1369</sup>, kanımızca şirketler topluluğuna özgü hükümlerin ve bu arada hakimiyetin kötüye kullanılmasına özgü yaptırımın sermayeye katılmalı ortak girişimlere uygulanması söz konusu olmamalıdır.

TTK Tasarısı’nda şirketler topluluğuna özgü düzenlemelerin kanunlaşması halinde, bu düzenlemelerin sermayeye katılmalı ortak girişimlere uygulanmasını yakından ilgilendiren bir noktayı incelemek gerekmektedir. Tasarı m. 195/5, şirketler topluluğunun tepesinde bir gerçek kişinin, herhangi bir tüzel kişinin veya bir

---

<sup>1368</sup> **Djalali**, s. 57.

<sup>1369</sup> Bu yönde, **Mestmäcker**, *Gemeinschaftsunternehmen*, s. 21.

işletmenin bulunmasına imkan tanımaktadır<sup>1370</sup>. Ortak girişim şirketi, hakim pay sahiplerinin oluşturduğu adi ortaklığın ortak kontrolü altında bulunduğundan, ortak girişim şirketinin bağlı ortaklık olarak nitelendirilebilmesi açısından, söz konusu adi ortaklığın bir işletme olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğini ele almak gerekmektedir.

Belirtmek gerekir ki “işletme” kavramı, başlı başına ele alındığında, Türk Ticaret Hukuku’nda yerleşik bir terim değildir. Zira, Türk Hukuku’nda ticari işletme kavramı benimsenmiş; işletme ve teşebbüs kavramları Türk Ticaret Kanunu’nda ifadesini bulmamıştır<sup>1371</sup>. Başka bir ifadeyle, Tasarı m. 195 hükmünde kullanılan “işletme” ile “ticari işletme” özdeş kavramlar değildir. Diğer yandan, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, teşebbüs kavramını merkez kavram olarak kabul etmiştir (RKHK. m. 3).

TTK Tasarısı’nın 195/6 hükmünde yer alan işletme kavramı ise, Tasarı’nın Gerekeşi’nde, “teşebbüs ve benzeri diğer kavramları da kapsayan” ve bilinçli olarak tercih edilen bir kavram olarak sunulmaktadır<sup>1372</sup>.

Türk Hukuku’nda işletme kavramına ilişkin olarak pozitif düzenlemelerde ve öğretide herhangi bir tanım verilmemekle birlikte teşebbüs kavramı, RKHK. m. 3 hükmünde, “ *piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birim*” olarak tanımlanmaktadır. Gereke’de işletme kavramının teşebbüs ile özdeş olmadığı, teşebbüsü ve benzer kurumları kapsayan bir kavram olduğu öngörülmektedir. Bu nedenle, RKHK. m. 3 hükmündeki teşebbüs tanımını şirketler topluluğu anlamında işletme kavramıyla bir tutmak yerinde olmayacaktır. Şu kadar ki, şirketler topluluğu müessesesi bakımından teşebbüs kavramını merkez alan

---

<sup>1370</sup> TTK Tasarısı’nın TBMM Adalet Komisyonu’nun çalışmaları sonucunda ortaya çıkan ikinci versiyonunda, fıkranın metni değiştirilerek, “tüzel kişi, gerçek kişi ve işletme” ibarelerinin tümünün yerine “teşebbüs” terimi ikame edilmiştir. Kaydetmek gerekir ki, bir gerçek kişinin de pazarda bağımsız bir aktör olarak faaliyet gösterebilmesi karşısında, Rekabet Hukuku, gerçek kişileri de teşebbüs kavramı kapsamında ele almaktadır. Ancak Adalet Komisyonu’nun bu terimi bilinçli olarak kullanıp kullanmadığı keyfiyeti, Tasarı’nın kanunlaşması halinde, hükmün gerekçesi irdelenerek belirlenebilecektir. TTK Tasarısı Komisyonu tarafından hazırlanan madde gerekçesinin muhafaza edilmesi halinde, Tasarı hükmünde yapılan değişikliğe rağmen bir şirketler topluluğunun tepesinde bir gerçek kişi yer alabilecektir.

<sup>1371</sup> Bu konuda Türk hukuk öğretisine ilişkin toplu bir bakış için bkz. **Poroy/Yasaman**, No. 42.

<sup>1372</sup> TTK Tasarısı Madde Gerekeçleri, m. 195, Yedinci Fıkra, s. 475.

Alman Hukuku'nda da teşebbüs kavramının belirgin bir kavramsal içeriğe sahip olmadığı vurgulanmakta<sup>1373</sup>, bu kavramlar için çok çeşitli tanımlar sunulmaktadır<sup>1374</sup>.

Çalışmamızın kapsamı nedeniyle, daha geniş ayrıntılara girmemekle birlikte kaydetmemiz gerekir ki, söz konusu tanımlar, RKHK. m. 3 anlamındaki teşebbüs kavramına yaklaşmaktadır. Bu itibarla, hakim özne olarak nitelendirilmesi söz konusu olan bir oluşumun, tüzel kişiliği haiz olmasa da pazarda bağımsız bir ekonomik birim olarak yer alması gerekmektedir. Oysa, temel sözleşme uyarınca oluşan adi ortaklık, bağımsız bir ekonomik birim niteliğini taşımamakta; bilakis bağımsız bir ekonomik birim olan ortak girişim şirketinin hakim pay sahiplerince kontrol edilmesine hizmet eden bir ortaklık olarak ortaya çıkmaktadır. Bu açıdan da, temel sözleşme uyarınca kurulan adi ortaklık bir hakim ortaklık olmadığı gibi, ortak girişim şirketi de bir bağı ortaklık konumuna yerleşmeyecektir<sup>1375</sup>.

## B.Kıyasen Uygulanabilme

Şirketler topluluğuna özgü düzenlemelerin sermayeye katılmalı ortak girişimlere doğrudan uygulanamayacağını kabul etmekle birlikte, ortak girişim şirketinin hakim

<sup>1373</sup> **Hüffer**, teşebbüs kavramının ifadesini bulduğu tüm pozitif düzenlemeler açısından ortak bir tanım olarak kabul görmüş bir tanımının yapılmadığını, kavramın amaca uygun bir şekilde yorumlanması gerektiğini, teşebbüs kavramının her türlü durumda, belirli bir hukuk öznesini değil uygulanacak hukuk normlarının muhatabını işaret ettiğini vurgulamaktadır; bkz. **Hüffer**, § 15, No. 6-7; aynı yönde **Emmerich/Habersack**, § 15 No. 8.

<sup>1374</sup> Alman Hukuku'nda **Canaris**, Şirketler Topluluğu Hukuku'nun ve Rekabet Hukuku'nunkendine özgü tanımlarının bulunduğunu ve bu tanımların Ticari İşletme Hukuku'na özgü tanımdan ayrılması gerektiğini, Alman Ticaret Kanunu'nun § 1/ II hükmü anlamında ticari bir işletmenin mevcut bulunduğu her durumda, aynı zamanda bir teşebbüsün de bulunacağını ortaya koymakta, böylelikle örtülü olarak tüm disiplinleri kapsayıcı bir teşebbüs tanımı yapılmaması gerektiğini ifade etmektedir; bkz. Claus Wilhelm **Canaris**, Handelsrecht, 23. Auflage, München, 2000, § 3, No. 7. Diğer yandan Karsten **Schmidt** ise, yalın bir yaklaşımla teşebbüsü, teşebbüs sahibinin pazara girmesini sağlayan ekonomik birim olarak tanımlanmaktadır. Bkz. Karsten **Schmidt**, Handelsrecht, 5. Auflage, Köln, 1999, § 4 I 2. Alman Hukuku'nda "teşebbüs" müessesesinin hukuki tanımı konusunda bir görüş birliği mevcut olmamakla birlikte, meseleye kavramsal açıdan yaklaşan yazarların önemli bir kısmı, Julius **Von Gierke'nin** tanımını bir çıkış noktası olarak kabul etmektedir. Yazar, teşebbüsü, kendisine tahsis edilen eşya ve hakları, ayrıca üstlendiği borçları kapsayan, bir ticari işletmenin işletilmesi sonucunda ortaya çıkan faaliyet alanı olarak tanımlamaktadır; bu tanımı aktaran **Canaris**, § 3, No. 7. Alman Federal Mahkemesi ise, kavrama işlevsel açıdan yaklaşarak, ticari hayata ilişkin herhangi bir faaliyeti yürütenin teşebbüs olarak tavsif edileceğini (BGHZ. 36, 103), özel hayatına mahsus olmamak kaydıyla eşya temin eden veya dağıtan veya ticari işletmeye özgü edimler üstlenenlerin Alman Rekabet Kanunu § 1 anlamında teşebbüs olarak nitelendirileceğini kabul etmektedir.

<sup>1375</sup> Aynı yönde, adi ortaklık niteliğini taşıyan pay sahipleri sözleşmesi ile anonim ortaklık arasındaki ilişkiyi inceleyerek bu oluşumun da şirketler topluluğuna yol açmayacağı hükmüne varan **Okutan**, s. 467.

paysahiplerinin hukuka aykırı tasarruflarına karşı korunmasında, bu hükümlerden kıyasen yararlanılabileceği düşüncesindeyiz. Bu düşüncemizin dayanağı, her iki müessesenin kökeninde de hakimiyet ilişkisinin yer almasıdır. Bununla birlikte, somut durumda kıyas yöntemine başvurulmasında, ortak girişim şirketinin niteliğinin ve hukuki yapısının dikkate alınması, şirketler topluluğuna özgü düzenlemelerin bu yapı gözetilerek uygulanması gerekir. Bu açıdan, her iki müessesenin kökenindeki hakimiyet ilişkisinin ortak ve farklılaşan yönleri gözetilmelidir.

Sermayeye katılmalı ortak girişimlerde hakim paysahipleri, birbirleriyle uzlaşarak ortak girişim şirketi üzerindeki “ortak hakimiyetlerini” kötüye kullanabilirler. Kanımızca, bunun yaptırımını, şirketler topluluğuna özgü yaptırımlarda değil, paysahibinin paysahipliği haklarını sakınarak kullanmasına ilişkin olan ve temelini dürüstlük kuralında bulan yükümlülüğün ihlalinde ve tüzel kişilik perdesinin aralanmasına özgü yaptırımlarda aramak gerekecektir.

Bu yaptırımların uygulanması gündeme geldiğinde ise, şirketler topluluğuna özgü düzenlemelerden kıyasen yararlanmak mümkün olacaktır. Açık bir anlatımla, şirketler topluluğunda hakimiyetin kötüye kullanılmasına ilişkin düzenlemelerin içeriğini ikiye ayırmak gerekmektedir. Bu düzenlemelerin ilk cephesi, sorumluluğa yol açan eylem ve işlemlerdir. İkinci cephesi ise, bu eylem ve işlemler sonucunda ortaya çıkan zararın giderilmesini sağlayacak yaptırımlardır.

Söz konusu yaptırımlar, kanımızca sadece şirketler topluluğunun mahiyetine uygun düşen düzenlemelerdir ve bu itibarla kıyasen sermayeye katılmalı ortak girişimlere uygulanamayacaktır. Bununla birlikte, sermayeye katılmalı ortak girişimlerde ortak hakimiyetin kötüye kullanılıp kullanmadığının belirlenmesinde, şirketler topluluğunda hakimiyetin kötüye kullanılmasına yol açtığı öngörülen işlem ve eylemlere ilişkin düzenlemelerden yararlanılabilir. Başka bir anlatımla, şirketler topluluğunda hakimiyetin kötüye kullanılmasına yol açtığı öngörülen eylem ve işlemler, kanımızca sermayeye katılmalı ortak girişimler bakımından da “kötüye kullanma halleri” olarak nitelendirilmelidir.

Özellikle hangi eylem ve işlemlerin “hakimiyetin kötüye kullanılması” olarak nitelendirilebileceğinde, kanımızca –kanunlaşması halinde Tasarı m. 202 hükmünden

yararlanmak mümkün olacaktır. Somut örneklerle ortaya koymak gerekirse, hakim paysahiplerinin birbirleriyle uzlaşarak ortak girişim şirketinin varlıklarını, ortak girişim şirketini denkleştirilmeyecek bir kayba uğratacak şekilde kendilerine aktarmaları (Tasarı m. 202/1 bent a), yine aynı etkiyi yaratacak şekilde ortak girişim şirketini kendileri lehine teminat yükümlülükleri altına sokmaları (Tasarı m. 202/1 bent b), ortak kontrolün kötüye kullanılmasının söz konusu olacağı haller olarak nitelendirilebilir. Şu kadar ki, şirketler topluluğunda hakimiyetin kötüye kullanılması, doğrudan doğruya buna kanunun bağladığı yaptırımları gündeme getirecek, bu yaptırımlar, sermayeye katılmalı ortak girişimlere uygulanamayacaktır. Buna karşılık, söz konusu kötüye kullanma hallerinin varlığı halinde ortak girişime uygulanması gündeme gelen müessese, tüzel kişilik perdesinin aralanması teorisi uyarınca tüzel kişiliğin (ortak girişim şirketinin) varlığını kötüye kullanan öznedir.

Özellikle ortak girişim şirketleri açısından gündeme gelecek bir kötüye kullanma hali, Tasarı m. 202/1 bent c hükmünde düzenlenmektedir : Ortaklığın tesislerinin yenilenmemesi, yatırımlarının kısıtlanması veya durdurulması veya başka türden “ortaklığın verimliliğini ve faaliyetini kısıtlamaya” yönelik kararlar alınması ve işlemler gerçekleştirilmesi, kanımızca ortak girişim şirketlerinde de hakim paysahiplerinin sorumluluğuna başvurulmasını temellendiren bir durumdur. Görüldüğü üzere, şirketler topluluğuna ilişkin düzenlemelerin tekil kontrol esasına göre yapılması, bu hükümlerin ortak girişim şirketlerine doğrudan uygulanmasına engel ise de, hakim paysahiplerinin sorumluluğu bakımından bu hükümlerden kıyasen yararlanmak mümkün olacaktır. Kıyas yönteminin hangi kapsamda uygulanabileceğini, somut uyuşmazlığın verileri belirleyecektir.

## **II. Hakim Paysahiplerinin Topluluk Şirketi Olması Sorunu**

Şirketler topluluğu müessesesinin ve ortak girişim şirketinin bir araya geldiği, deyim yerindeyse bu iki müessesenin hukuki alanlarının kesiştiği bazı durumlar da ortaya çıkabilir. Bu durumlar, en az iki ayrı şirketler topluluğu bünyesinde yer alan iki ayrı ortaklığın bir ortak girişim şirketi kurması ve bir şirketler topluluğunda hakim ortaklığın ortak girişim şirketi olarak yapılandırılmasıdır. Bu olasılıklarda, şirketler topluluğuna özgü düzenlemelerin sermayeye katılmalı ortak girişime uygulanıp uygulanamayacağı irdelenmelidir.

Aynı şirketler topluluğu bünyesinde yer alan iki ortaklığın, ortaklaşa yönetecekleri bir başka ortaklık kurmaları, ortak girişim şirketi niteliğini taşımaz; çünkü burada ortak kontrolün varlığından söz etmek mümkün değildir. Zira, bu ortaklıklardan her biri tekil bir irade olan topluluk iradesine tâbîdir ve yeni kurulacak ortaklık da iki ayrı iradenin ortak kontrolüne değil, topluluk iradesinin tekil kontrolüne tabi olacaktır. Ortak girişim şirketinin varlığı ortak kontrolü, ortak kontrolün varlığı ise iki ayrı iradenin hedef ortaklığı ortaklaşa kontrol etmesini gerekli kılmaktadır.

Buna karşılık, iki ayrı şirketler topluluğuna tabi olan iki ayrı ortaklığın bir ortak girişim şirketini kurması ve bu şirketi ortaklaşa kontrol etmesi mümkündür. Bu olasılıkta ortak girişim şirketi, sonuç itibarıyla iki ayrı şirketler topluluğunun, daha doğru bir ifadeyle bu iki şirketler topluluğunun iki ayrı hakim ortaklığının dolaylı ortak kontrolü altına girecektir. Söz konusu olasılıkta, şirketler topluluğuna özgü hükümlerin nasıl bir uygulama alanı bulacağına kısaca göz atmakta yarar vardır. Aynı sorun, hakim pay sahiplerinden sadece biri topluluk şirketi olduğu ortak girişim şirketi bakımından da ortaya çıkmaktadır.

Bir önceki bölümde değerlendirildiği üzere, ortak girişim şirketinin ortak kontrole tabi olan bir ortaklık olması, hakim pay sahiplerinden en az birinin bir topluluk şirketi olması durumunda dahi, ortak girişim şirketinin söz konusu topluluğa dahil edilmesine engeldir. Farklı bir anlatımla, hakim pay sahiplerinden birinin veya tümünün topluluk şirketi olması halinde dahi, ortak girişim şirketi, o topluluk bakımından bir topluluk şirketi olarak nitelendirilmemelidir; çünkü o topluluktaki hakim ortaklığın tek elden yönetimi (TTK Tasarısı m. 195/5) altında değildir<sup>1376</sup>.

Ortak kontrolün stratejik kararları kapsadığını, bu kararların dışında kalan ve günlük yönetimi ilgilendiren kararların hakim pay sahiplerinden birinin kontrolünde bulunmasının hakimiyet anlamına gelmeyeceğini ve ortak kontrolü ortadan kaldırmayacağını irdlemiştik<sup>1377</sup>. Bu bağlamda, ortak girişim şirketinin günlük yönetiminin, hakim pay sahiplerinden birisi olan bir topluluk şirketi tarafından

---

<sup>1376</sup> Aynı yönde **Baus**, s. 11.

<sup>1377</sup> bkz. yuk. § 10, III, B, 2.

yürütülmesi dahi, ortak kontrol devam ettiği müddetçe ortak girişim şirketini söz konusu şirketler topluluğuna dahil bir ortaklık haline getirmeyecektir.

Ortak girişim şirketinin hakim pay sahibinin yer aldığı şirketler topluluğuna dahil olmaması, incelenen olasılıkta, Şirketler Topluluğu Hukuku'nun ortak girişim şirketine hiç bir şekilde uygulanmayacağı anlamına gelmemelidir. Zira, hakim pay sahiplerinden en azından birinin topluluk şirketi olması durumunda, şirketler topluluğu ile ortak girişim şirketinin hukuki alanları birbiriyle kesişmektedir. Somut durumda, şirketler topluluğu hükümlerinin uygulama alanının kapsamını ve sınırlarını, dolaylı kontrol eden konumunda bulunan hakim ortaklıklar ile ortak girişim şirketi arasındaki ilişki belirleyecektir.

### **III.Hakim Ortaklığın Ortak Girişim Şirketi Olarak Yapılandırılması**

Şirketler Topluluğu Hukuku ile sermayeye katılmalı ortak girişimlerin kesişim alanı açısından tartışmaya değer başka bir mesele, bir ortak girişim şirketinin çatısı altında bir şirketler topluluğunun örgütlenip örgütlenemeyeceği meselesidir<sup>1378</sup>. Farklı bir açıdan, bu hukuki sorun şu şekilde ortaya konulabilir : Acaba, bir ortak girişim şirketi, bir şirketler topluluğunda hakim ortaklık konumunda yer alabilir mi ve diğer ortaklıklar bağlı ortaklık olarak ortak girişim şirketine tâbî kılınabilir mi?

Kuşkusuz ki, anasözleşmesinde yer alan faaliyet konusu (TTK.m. 137) itibariyle başka ortaklıklara iştirak etmesi söz konusu olan bir ortak girişim şirketi, başka ortaklıkları kontrolü altına alabilir ve kontrolü altında yönetebilir. Bu bağlamda, ortak girişim şirketinin, kontrolü altında bulundurduğu çeşitli ortaklıkları tek bir strateji doğrultusunda yönetmesi ve böylelikle ortak girişim şirketi ile tüm bağlı ortaklıklar arasında stratejik bir paralelliğin sağlanması dahi mümkündür. Bu noktada çözülmesi gereken sorun, ortak girişim şirketi ile ona bağlı olan en az bir ortaklığın, birlikte bir şirketler topluluğu oluşturup oluşturmayacağıdır.

---

<sup>1378</sup> Nitekim hakim ortaklığın bir ortak girişim şirketi olarak yapılandığı somut bir örnek için bkz. Rekabet Kurulu'nun 28.4.2006 tarihli ve 06-31/379-96 Sayılı **Limak/OCI** Kararı, RG. 9.6.2006, 26193. Karara konu olan yoğunlaşmada ilgili teşebbüslerden birisi bir hakim ortaklık olup, bu ortaklığın payları, iki hakim pay sahibi arasında, her biri % 49.98 oranında paya sahip olacak şekilde paylaşılmaktadır. Kararda, gerçek kişi konumunda bulunan iki kişinin söz konusu hakim ortaklığı ortaklaşa kontrol ettikleri ortaya konulmaktadır.



Şirketler topluluğuna özgü düzenlemelere göz atıldığında, hakim ortaklığın tabi olduğu kontrol ilişkilerine ilişkin bir ayırım yapılmadığı; böylelikle, ilke olarak hakim ortaklığın bir ortak girişim şirketi olmasını önleyen bir kuralın getirilmediği anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, kanımızca meselenin incelenmesini gerektiren başka bir noktanın göz ardı edilmemesi gerekmektedir : Şirketler topluluğu müessesesinde, topluluk bünyesinde yer alan tüm ortaklıkların tekil bir iradeye (topluluk iradesi, hakim irade) tabi kılınması söz konusudur. Bu bağlamda, bağlı ortaklıklar, hukuki bağımsızlıklarını korumakla birlikte, ekonomik bağımsızlıklarını yitirmektedirler.

İlk bakışta, hakim ortaklığın bir ortak girişim şirketi olarak örgütlenmesinde de, şirketler topluluğunun bu özelliğine ters düşen bir durum söz konusu değildir. Bağlı ortaklıkların ortak girişim şirketinin iradesine tabi kılınması, daha doğru bir ifadeyle gerek hakim ortaklık konumunda bulunacak olan ortak girişim şirketinin, gerek ona tabi kılınan bağlı ortaklıkların ortak bir menfaat, diğer bir deyişle topluluk menfaati doğrultusunda yapılması ve faaliyet göstermesi halinde, bir şirketler topluluğunun oluşumu açısından aranan koşullar olgunlaşmış olacaktır. Buna karşılık, hakim ortaklık konumuna yerleşecek olan ortak girişim şirketinin bizatihi ortak kontrole tabi olması, son tahlilde ortak girişime bağlı kılınacak olan bağlı ortaklıkların da bu ortak kontrole tabi kılınmasına yol açacaktır.

Bu bağlamda, ortak kontrolün, “ortak girişim şirketi olarak yapılan bir hakim ortaklıktan ve ona bağlı kılınan bağlı ortaklıklardan oluşan şirketler üzerindeki etkisinin”, karakteristik özelliği tekil iradeye tabi kılınma (*einheitliche Leitung*) olan şirketler topluluğu kavramıyla çelişip çelişmediği irdelenmelidir. Açık bir anlatımla, şirketler topluluğu, bu topluluk bünyesinde yer alan hakim ortaklıkların ve bağlı ortaklıkların tümünün tekil bir irade ekseninde bir araya getirilmesini öngörürken, hakim ortaklığın bir ortak girişim şirketi olduğu ve diğer şirketlerin ortak girişim şirketine bağlandığı oluşumlarda, ortak girişim şirketinin ve ona bağlanan ortaklıkların bütün olarak bir şirketler topluluğu olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği tartışılmalıdır. Zira, bu tartışma, ortak girişim şirketine tabi olan ortaklıkların kurulması halinde, bu ortaklıkların tümüne Şirketler Topluluğu Hukuku'nun uygulanıp uygulanmayacağı sorusunun yanıtlanması bakımından belirleyici niteliktedir.

Kanımızca, ortak girişim şirketinin hakim ortaklık konumunda bulunduğu, diğer bir anlatımla en az bir ortaklığın ortak girişim şirketine tâbî kılındığı ve ortak girişim şirketi ile bağlı şirketin tekil bir menfaat doğrultusunda yönetildiği durumlarda, bir şirketler topluluğunun varlığından söz etmek mümkündür. Diğer bir açıdan, bir ortak girişim şirketinin şirketler topluluğu bünyesinde hakim ortaklık konumuna yerleşmesine engel yoktur. Bu açıdan tereddüt yaratan yegane sorun, ortak girişim şirketinin hakim ortaklık olması varsayımının, bu şirketin tabi olduğu ortak kontrolün tüm şirketler topluluğuna hakim olması durumunun, şirketler topluluğunun kökenindeki tekil kontrolle bağdaşıp bağdaşmayacağı sorunudur.

Kişisel görüşümüzce, ortak girişim şirketini karakterize eden ortak kontrol unsuruyla; bu şirketin hakim ortaklık konumuna yerleşmesi durumunda, ortak girişim şirketiyle ona bağlı olan ortakları bir araya getiren tekil yönetim, birbiriyle çelişmeyecek; hakim ortaklık (ortak girişim şirketi) ve ona tâbî kılınan bağlı ortaklıklar bir şirketler topluluğunu meydana getirebileceklerdir. Bu olasılıkta, şirketler topluluğunun iradesini ve bu bünyede yer alan tüm şirketlerin yöneleceği ortak menfaati, şirketler topluluğuna hakim olan ortak girişim şirketinin hakim pay sahipleri belirleyecektir. Böylelikle bir bütün olarak şirketler topluluğu, ortak girişim şirketine hakim olan ortak kontrol iradesine tabi kılınmaktadır.

Bu durum, şirketler topluluğunu karakterize eden tekil yönetim (tekil irade) özelliğiyle çelişmemektedir. Zira, ortak kontrolün morfolojik yapısına ilişkin incelemelerimizde ele alındığı üzere<sup>1379</sup>, kontrolün bu türü, oluşum süreci itibariyle “çoğul” olmakla birlikte, ortak girişim şirketi – ve bu inceleme çerçevesinde şirketler topluluğu – üzerindeki etkisi itibariyle tekildir. Diğer bir anlatımla, tekil kontrolle ortak kontrol arasındaki temel fark, kendisini kontrolün oluşum süreci ve kontrolü elinde bulunduranların sayısı bakımından göstermektedir; yoksa hedef ortaklık üzerinde icra edilen irade yine tekil bir iradedir. En az bir ortaklığın, kontrolü sağlayacak araçlar marifetiyle ortak girişim şirketine tabi kılınması halinde bir şirketler topluluğu meydana gelecek, bu topluluk bünyesinde yer alan tüm ortaklıklar, tek bir iradeye tabi kılınacaktır : Ortak kontrol iradesi.

---

<sup>1379</sup> Bu konudaki değerlendirmeler için bkz. yuk. § 10, II.

Görüldüğü üzere, bu olasılıkta da, şirketler topluluğunun oluşumu açısından aranan koşul gerçekleşmekte, tüm topluluk şirketleri tek bir iradeye bağlanmaktadır. Nitekim, şirketler topluluğunun varlığından söz edilebilmesi için, aralarında hakimiyet ilişkisi kurulan en az iki şirketin ortak bir menfaat doğrultusunda birbirleriyle ekonomik açıdan bütünleştirilmeleri aranmaktadır ki, ortak girişim şirketinin hakim ortaklık olması ve tüm şirketler topluluğunun ortak girişim şirketini ortaklaşa kontrol eden hakim pay sahiplerinin iradelerine tabi kılınmaları, bu bütünleşmeye engel teşkil etmemektedir. Bu bağlamda, ortak girişim şirketinin hakim ortaklık olması olasılığında, bağlı ortaklıklarla ortak girişim şirketi arasında tekil kontrol, ortak girişim şirketleri ile onun hakim pay sahipleri (hakim teşebbüsler) arasında ortak kontrol, son tahlilde bağlı ortaklıklarla ortak girişim şirketinin hakim pay sahipleri arasında dolaylı ortak kontrol ilişkisi kurulacaktır.

Bağlı ortaklıkla ortak girişim şirketinin hakim pay sahipleri arasındaki dikey ilişkide aynı anda hem doğrudan tekil kontrol (ortak girişim şirketi ile bağlı ortaklık arasında), hem de doğrudan ortak kontrol (ortak girişim şirketi ile onun hakim pay sahipleri arasında) ve buna bağlı olarak dolaylı ortak kontrol (bağlı ortaklık ile ortak girişim şirketinin hakim pay sahipleri arasında) ilişkilerinin bir arada bulunması, şirketler topluluğunun oluşumu bakımından engel oluşturmayacaktır; çünkü şirketler topluluğunun zorunlu kıldığı “topluluk şirketlerinin tekil bir topluluk menfaati ekseninde bütünleştirilmeleri” özelliği, ele aldığımız bu oluşumda da mevcut olacaktır. Şu kadar ki, incelenen dikey ilişkide aynı anda hem tekil hem de ortak kontrol ilişkisinin bir arada bulunması, atipik bir şirketler topluluğu yapısını ortaya koyacaktır. Bu yapının tipik şirketler topluluğundan ayrılan özellikleri, bağımsız bir incelemenin konusunu oluşturmalıdır.

Kaldı ki, hakim ortaklığın bir ortak girişim şirketi olduğu şirketler topluluğu bakımından da menfaat sahiplerinin, özellikle bağlı ortaklıkların alacaklılarının ve azınlık pay sahiplerinin menfaatleri, tipik bir şirketler topluluğunda eşit konumda olan menfaat sahiplerinden daha az korumaya değer değildir. Bu veriler ışığında, aralarında hakimiyet ilişkisi kurulan en az iki şirket bakımından, hakim ortaklığın ortak girişim şirketi olarak örgütlenmesinin, söz konusu şirketlerin bir şirketler topluluğu olarak nitelendirilmesi gerektiği kanısına varıyoruz.

Bu tespitlere rağmen, ortak girişim şirketinin ideal bir hakim ortaklık olmadığını vurgulamak gerekir. Şirketler topluluğunda hakim ortaklık, hiyerarşik açıdan en tepede, stratejik açıdan ise şirketler topluluğunun merkezinde yer almaktadır. Bu bağlamda, şirketler topluluğunun stratejisi, ilke olarak hakim ortaklığın bünyesinde belirlenmektedir. En az bir ortaklığın ortak girişim şirketine bağlı kılınması yoluyla şirketler topluluğunun oluşması halinde, ortak girişim şirketi, şirketler topluluğunun iradesinin belirlendiği merkez ekonomik birim konumuna yerleşecektir. Bu noktada, ortak girişim şirketinin kilitlenmeye oldukça yatkın olan; hakim paysahiplerinin iradesi uyarınca her an kilitlenmesi söz konusu olabilen bir ekonomik birim olduğu keyfiyeti, göz ardı edilmemelidir. Ortak girişim şirketinin kendi işleyişi bir anlamda tehlike altındayken, bu oluşumun hakim ortaklık olmanın gerektirdiği stratejik işlevi layıkıyla yerine getirebileceği kuşkuludur. Ancak son tahlilde buna ilişkin karar, ekonomik bir karardır.

## **§ 14. HAKİM PAYSAHIPLERİNİN ÖZEL SORUMLULUĞU**

### **I. Yaklaşım**

Sermayeye katılmalı ortak girişimin kökeninde bir hakimiyet ilişkisinin yer alması, hakimiyetin kötüye kullanılması ihtimalini beraberinde getirmektedir. Sermayeye katılmalı ortak girişimlerde hakim paysahiplerinin sorumluluğunu öngören pozitif düzenlemeler mevcut değildir.

Bir önceki bölümde ortaya konulduğu üzere, hakimiyetin kötüye kullanılması olasılığında, şirketler topluluğuna özgü yaptırımların doğrudan uygulanması da mümkün değildir. Bu durumda, hukukun temel ilkelerinden ve ortak girişim şirketinin bünyesinden hareketle hakim paysahiplerinin sorumluluğuna gidilip gidilemeyeceği, gidilebilecekse hangi koşullarda bu öznelerin sorumluluğuna başvurulabileceği irdelenmelidir.

Bu bağlamda, hakim paysahiplerinin sorumluluğuna yol açabilecek iki temel müessese üzerinde durmak gerekir. Bunlardan ilki, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisidir. Bağımsız bir ekonomik birim olarak yapılandırılan ortak girişim şirketinin hukuki varlığının kötüye kullanılması, bu şirketin deyim

yerindeyse bir paravan olarak kullanılması, perdenin kaldırılması teorisinin uygulanmasına yol açabilir.

Diğer yandan, ortak girişim şirketlerinin anonim ortaklık olarak yapılandırılmısa olasılığında, tartışılması söz konusu olabilecek bir diğer sorumluluk kaynağı, pay sahibinin sadakat yükümlülüğüdür. Anonim ortaklıklar bakımından tartışmalı olan bu yükümlülüğün sermayeye katılmalı ortak girişimler bakımından nasıl bir etki yarattığı irdelenmelidir.

## II. Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Teorisi ve Hakim Paysahiplerinin Sorumluluğu

### A. Kavram

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi, tüzel kişiliğin yarattığı sorumluluk zırhının ardına sığınarak tüzel kişinin hukuki varlığını ve kaynaklarını kötüye kullanan kişinin, tüzel kişinin borçlarından dolayı sorumlu tutulmasını öngörmektedir<sup>1380</sup>. Bu bağlamda, anonim ortaklıklar açısından tüzel kişinin hukuki yapısı, pay sahibinin ortaklığın borçlarından dolayı sorumluluğunu “ortaklığa taahhüt ettiği sermaye payı” ile sınırlasa dahi<sup>1381</sup>; pay sahibi, ortaklığın kaynaklarını ve varlığını kötüye kullanması varsayımında, ortaklık tüzel kişinin bahsettiği sorumluluk zırhından mahrum kalacak; zarara uğrayan kişilere karşı sorumlu olacaktır<sup>1382</sup>.

Bu tür tasarrufların varlığında, pay sahibinin tüzel kişinin borçlarından dolayı sınırlı olarak sorumlu tutulmasının haklı bir gerekçesi kalmayacaktır. Zira, sınırlı sorumluluk, deyim yerindeyse, tüzel kişinin kendi temel metninde (statüsünde) belirlenen amaçlar doğrultusunda faaliyet göstermesi halinde geçerli olmalıdır. Oysa, tüzel kişinin kendi amacı dışında başka kimselerin öznel amaçları

---

<sup>1380</sup> Helmut **Heinrichs**, Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 61. Auflage, München, 2002, § 15-20, No. 12. Perdenin aralanması teorisinin, tüzel kişinin bağımsızlığından ve ayrılığından yararlanarak tüzel kişilik kurumunu kötüye kullanmaya kalkışan kimselere karşı hukuku etkin kılmanın bir çabası olarak ortaya çıktığı yönünde bkz. **Akünel**, s. 23.

<sup>1381</sup> Anonim ortaklıklar bakımından tek borç ilkesinin paysahiplerinin ortaklığa karşı sorumluluğunun sınırlandırılmasına yönelik etkileri için bkz. yuk. § 6, I, E, 2, d.

<sup>1382</sup> **Cornett**, s. 49-50.

doğrultusunda kötüye kullanılması halinde, artık “tüzel kişi, ait olduğu hukukî mecradan çıkacak”; Kanunkoyucu'nun varsayımının aksine kendi öznel menfaati dışında başkalarının amacına hizmet edecektir. Bu takdirde, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi, tüzel kişinin kendi ait olduğu hukuk mecrasından çıkarılması halinde devreye girecektir; çünkü “sınırlı sorumluluk ilkesi”, sadece tüzel kişinin iradesinin bizzat kendi menfaati ve kendi amacı doğrultusunda oluşmasını sağlayan “tüzel kişi ilgililerini” koruyacaktır.

Perdenin kaldırılması teorisi, tüzel kişiliğin şekli varlığının kötüye kullanılması veya tüzel kişiliğin ayrılığı prensibine sığınılmasının dürüstlük kuralına aykırı düşmesi olasılığında gündeme gelmektedir<sup>1383</sup>. Meseleye Ortaklıklar Hukuku açısından bakıldığında, kontrolü altında bulundurduğu ortaklığın malvarlığını istismar eden ortağın tutumu, “ortaklığın bağımsızlığı” ve “ortaklık malvarlığının ayrılığı” ilkelerini de zedelemektedir<sup>1384</sup>.

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin hukuk dogmatikindeki yeri, teorinin dayanakları ve hükümleri konusunda bir görüş birliğine varılamamaktadır<sup>1385</sup>. Şu kadar ki, teorinin hukuki dayanağına ilişkin görüşler<sup>1386</sup> arasında ağırlık kazanan görüş, teorinin yegane hukuki dayanağının MK.m. 2 hükmü olduğu yönündeki görüştür; zira tüzel kişilik perdesinin aralanması teorisi, bağımsız bir pozitif düzenlemeden kaynaklanmamaktadır<sup>1387</sup>. Bu yönüyle, perdenin aralanması, istisnai bir yöntemdir<sup>1388</sup>. Tüzel kişilik perdesinin aralanmasının istisnai özelliği

---

<sup>1383</sup> **Heinrichs**, Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, § 15-20, No. 12; M. Kemal **Oğuzman** / Özer **Seliçi** / Saibe **Oktay**; Kişiler Hukuku, Gerçek ve Tüzel Kişiler, 7. Baskı, İstanbul, 2002, s. 177. Şu kadar ki, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin uygulanacağı hallerde, tüzel kişinin gerçek anlamda bağımsızlığı söz konusu olmadığından, tüzel kişiyi hukuka aykırı bir şekilde “kullanan” kimselerin artık sınırlı sorumluluk ilkesinin ardına sığınmalarının hukuken himaye görmesi mümkün olmayacaktır; bkz. **Cornett**, s. 51, dn. 311, 312.

<sup>1384</sup> Bu yönde, **Poroy (Tekinalp/Çamoğlu)**, No. 121.

<sup>1385</sup> **Yanlı**, Perdenin Kaldırılması, s. 47, **Cornett**, s. 50.

<sup>1386</sup> Bu teoriler için özellikle bkz. **Yanlı**, Perdenin Kaldırılması, s. 49 vd., **Song Ho- Young**, Die Verselbstständigung der juristischen Person im deutschen und koreanischen Recht, diss., Osnabrück, 1999, s. 165 vd.

<sup>1387</sup> **Oğuzman/Seliçi/Oktay**, s. 177, Mustafa **Dural**, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması (Ya Da Tüzel Kişinin Tabanına Başvurulması), Sermaye Piyasası Kurulu 15. Yıl Sempozyumu, Ankara, 1998, s. 98, **Akünel**, s. 26.

<sup>1388</sup> Mustafa **Dural**, s. 98, **Akünel**, s. 22-23.

karşısında<sup>1389</sup>, somut olayın özelliklerinin ayrılık ilkesinin göz ardı edilmesini haklı kılıp kılmadığı irdelenmelidir.

Teorinin doğumuna yol açan sorun, anonim ortaklıkları çevreleyen ekonomik gerçeklik açısından evleviyetle geçerlidir. Öğretide, anonim ortaklıklar bakımından önemi gözetilerek, bu teorinin işlevsel açıdan Anonim Ortaklıklar Hukuku'nun yazılı olmayan bir ilkesi olduğu ileri sürülmektedir<sup>1390</sup>.

Katı bir sermaye ortaklığı olan anonim ortaklığın bir çok özelliği arasında, kısıtlı istisnaları olan sınırlı sorumluluk ilkesi<sup>1391</sup>, bu ortaklık tipinin girişimciler tarafından tercih edilmesinin önemli nedenlerinden birisidir. Modern Ortaklıklar Hukuku'nda tek kişilik anonim ortaklığı kabul eden sistemlerde dahi<sup>1392</sup>, yegane pay sahibi, prensip olarak ortaklığın borçlarından dolayı alacaklılara karşı sınırlı olarak sorumludur<sup>1393</sup>. Böylelikle, bir çok hukuk sistemi, girişimlerini kurumsallaştırmayan, ancak bu girişimi sınırlı sorumluluk rejimine tabi bir ortaklığın çatısı altında yürütmeyi tercih eden kişilere dahi bu imkanı tanımıştır. Bu nedenle, perdenin kaldırılması teorisinin uygulama alanının sınırları, Kanunkoyucu'nun bu iradesi gözetilerek hassasiyetle belirlenmelidir. Farklı bir anlatımla, anonim ortaklığın karakteristik özelliklerinden olan sınırlı sorumluluk ilkesi, ancak gerekli hukuki zeminin oluşması halinde bertaraf edilebilmelidir<sup>1394</sup>.

---

<sup>1389</sup> Nitekim Alman Federal Mahkemesi, bu istisnaîliği, “*tüzel kişiliğin hukuki şekli keyfi ve hiç bir sınıra tâbî olmaksızın aşulamamalıdır*” deyişiyle ortaya koymaktadır; bkz. BGHZ. 54, 224 ; 78, 333.

<sup>1390</sup> Roger **Groner**, Wann haftet ein Aktionär - und warum? SJZ 101 (2005) , s. 4.

<sup>1391</sup> Anonim ortaklıklarda da (TTK.m. 269/2), limited ortaklıklarda da (TTK.m. 503/1) ortakların ortaklığın borçlarından dolayı sınırlı sorumluluğu öngörülmüştür. Bununla birlikte limited ortaklıklarda sınırlı sorumluluğun istisnaları daha fazladır. Bu konuda ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. yuk. § 6, I, F.

<sup>1392</sup> Bu konudaki açıklamalar için bkz. dn. 464-465.

<sup>1393</sup> Ortaklığın tüm paylarının tek kişinin elinde bulunmasının kendiliğinden perdenin aralanması teorisinin uygulanmasına yol açmayacağı yönünde bkz. **Akünel**, s. 25. İsviçre Federal Mahkemesi, 1959 yılında verdiği bir kararda, anonim ortaklığın tek bir ortağının bulunması olgusunun, tek ortağın anonim ortaklıkla ilgili tasarruflarının hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilmesini kendiliğinden sağlamayacağını, somut durumda tek ortağın hakkını kötüye kullanıp kullanmadığının araştırılması gerektiğini içtihat etmiştir; BGE 85 II 111, özellikle bkz. Gerekeçe 3. Yüksek Mahkeme, ortağın kendisine başvuran alacaklılara karşı ortaklığın ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olduğu yönündeki savunmasının hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğinin araştırılması gerektiğini ortaya koymuştur. Aynı yönde bkz. 108 II 213.

<sup>1394</sup> Özellikle Alman Yüksek Mahkemesi'nin perdenin kaldırılması teorisine ilişkin içtihatları, teorinin istisnai özelliğini vurgulamaktadır; bu konuda bkz. **Cornett**, s. 48, dn.297'de yollama yapılan BGHZ. 20,11 ; 26,37; 54 ,224; 61,383; 78,333.

Bununla birlikte, anonim ortaklığın tüzel kişiliği haiz bir özne olmasına rağmen, ortakların iradesinin onun iradesinin önüne geçmesi, hatta ortaklığın iradesini etkisiz kılması, perdenin kaldırılması teorisinin uygulanmasını gerektirecektir. Bu durumda, teorisinin uygulanması MK. m. 2 anlamında haklı bir temele sahiptir; çünkü ortada ortaklığın iradesi diye bir şey yoktur; ortakların iradesi ortaklığın iradesine üstün gelmiş, hatta onu silmiştir<sup>1395</sup>. Perdenin aralanması teorisi, bu açıdan tüzel kişiliği, kötüye kullanan öznenen ayrı kılan tüzel kişilik niteliğinin göz ardı edilmesini ve söz konusu tüzel kişiliğin hukuki işlem ve eylemlerinin hukuki açıdan değerlendirilmesine ekonomik gerçekliğin hakim kılınmasına hizmet eder<sup>1396</sup>.

Tüzel kişilik perdesinin aralanması teorisinin temel uygulama alanları, malvarlıklarının ve hukuki alanların birbirine karışması, özvarlık yetersizliği ve yabancı yönetimdir. Bu uygulama alanlarının özelliklerine aşağıda sermayeye katılmalı ortak girişimlerde bu teorisinin etkileri irdelenirken değinilecektir.

## **B.Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimler Bakımından Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Teorisinin Yeri**

Sermayeye katılmalı ortak girişimin merkezinde yer alan ortak girişim şirketi, en az iki hakim pay sahibinin ortak kontrolü altında bulunan bir anonim ortaklıktır. Ortak kontrolün, ortak girişim şirketini alelade bir anonim ortaklıktan ayırdığını ve bu ortaklığı çoğunluk-azınlık pay sahipleri arasında ortaya çıkan menfaat ihtilaflarından farklı nitelikteki menfaat ihtilaflarıyla karşı karşıya bıraktığını irdlemiştik<sup>1397</sup>. Sermayeye katılmalı ortak girişimleri çevreleyen temel menfaat ihtilafı, kanımızca bir “eşitler arası menfaat çatışmasıdır”. Özellikle ortak girişim şirketinin “yabancı yönetime tabi bir ortaklık” olduğunun saptanması, bu ortaklığın kendi menfaati dışında başka amaçlara, özellikle hakim pay sahiplerinin amaçlarına tabi kılınmasını gerektirdiğinden, hakim pay sahiplerinin ortak girişim şirketi üzerinde ortaklaşa olarak icra ettikleri belirleyici etkinin hangi koşullarda perdenin aralanması teorisinin uygulanmasına yol açabileceğini araştırmak gerekir.

---

<sup>1395</sup> **Mustafa Dural**, s. 103.

<sup>1396</sup> **Forstmoser/ Meier–Hayoz/Nobel**, § 60, No. 48.

<sup>1397</sup> bkz. yuk. § 9, I, B.



İlk olarak, perdenin kaldırılması teorisinin temel uygulama alanlarını oluşturan malvarlıklarının ve hukuki alanların birbirine karışması, özvarlık yetersizliği ve yabancı yönetim olgularının, sermayeye katılmalı ortak girişimler açısından konumu incelendiğinde, perdenin kaldırılması teorisinin, hakim teşebbüsleri ortak girişimi kendi kişisel çıkarlarından uzak bir şekilde yönetmeye ve bu şirketi gerçek anlamda bağımsız bir teşebbüs olarak yapılandırmaya ve muhafaza etmeye yönelttiğini kaydetmek, hatalı olmayacaktır. Bu açıdan, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi, sermayeye katılmalı ortak girişimlerin istikrarlı yönetimi açısından dolaylı da olsa rol oynamaktadır.

Diğer yandan, sermayeye katılmalı ortak girişimlerde, hakim paysahiplerinin karşılıklı kontrol erklerinin birbirini sınırlaması, perdenin aralanması teorisinin uygulama alanını daraltmaktadır. Ortak girişim şirketinin stratejik bir ekonomik birim niteliğini taşıması ve buna bağlı olarak hakim paysahiplerinin stratejik kaynaklarını tahsis etmeleri, hakim paysahiplerinden herhangi birinin perdenin aralanması teorisinin uygulanmasına zemin hazırlayacak tasarruflarda bulunmasına engeldir. Zira, her bir hakim paysahibi, önleyici iradesiyle prensip olarak bir diğerinin keyfi tasarruflarını engelleyecektir<sup>1398</sup>. Şu kadar ki, hakim paysahiplerinin elbirliğiyle bu tür tasarruflarda bulunmaları ihtimali göz ardı edilmemeli; teorisinin uygulanmasını gerektiren tipik olgular sermayeye katılmalı ortak girişimlerin mahiyeti dikkate alınarak incelenmelidir. Bu çerçevede, teorisinin temel uygulama alanlarından biri olan “özvarlık yetersizliği” incelenmeyecektir; çünkü sermayeye katılmalı ortak girişimler bu açıdan diğer teşebbüslere nazaran farklı bir özellik arz etmediği kanaatindeyiz<sup>1399</sup>.

---

<sup>1398</sup> **Langefeld-Wirth**, Rechtsfragen, s. 5.

<sup>1399</sup> Bu yönde bkz. **Wortmann**, s. 181.

## C.Teorinin Bazı Temel Uygulama Alanlarının Sermayeye Katımlı Ortak Girişimlerdeki Görünümü

### 4. Yabancı Yönetim

#### a. Yabancı Yönetime Bağlı Olarak Perdenin Aralanmasının Koşulları

Yabancı yönetim kavramı ve yabancı yönetimin bir ortaklık üzerinde etkileri, sermayeye katımlı ortak girişimlerin kökeninde yer alan “ortak kontrol” kavramına ilişkin açıklamalar çerçevesinde yukarıda irdelenmiştir<sup>1400</sup>. Bu noktada genel olarak tekrarlamak gerekirse, belirli bir tüzel kişinin kendi menfaatleri yerine yabancı menfaatler doğrultusunda yönetilmesi, yabancı yönetim olarak adlandırılmaktadır<sup>1401</sup>. Ortaklığın kendi menfaatleriyle çelişen yabancı menfaatlere göre yönetilmesi sebebiyle zarar görmesi halinde, tüzel kişilik perdesinin aralanması gündeme gelebilir. Zira, bu olasılıkta ortaklığın zarar görmesinin nedeni, bu yabancı çıkarların ortaklık menfaatiyle çelişmesinden, hatta yerine göre onu ikame etmesinden ileri gelmektedir. Madem ki, ortaklığı yönlendiren yabancı çıkar, ortaklığın kendi çıkarları gözetilerek faaliyet göstermesine engel olmakta ve ortaklığı kendisine yabancı olan menfaatlere hizmet etmeye yöneltmektedir, öyleyse menfaat sahiplerinin, ortaklığın zarar görmesinden dolayı uğradıkları zarar, ortaklığın yabancı çıkarlara hizmet etmesinden yarar sağlayanlar tarafından karşılanmalıdır.

Ancak, sırf yabancı yönetimin söz konusu olması, sorumluluğu kendiliğinden getirmeyecektir. Farklı bir anlatımla, bir ortaklığın başka bir öznenin veya öznelerin hakimiyetinde bulunması, kendiliğinden perdenin aralanmasına ve hakim öznenin bağlı ortaklığın uğradığı zararlardan dolayı sorumlu kılınmasına zemin oluşturmaz; çünkü Ortaklıklar Hukuku’nda hakimiyet ile sorumluluğun başat gittiğini temellendiren bir kural veya ilkenin varlığından söz etmek mümkün değildir<sup>1402</sup>. Bu itibarla, ancak hakimiyetin kötüye kullanılması olasılığında, hakim ortaklığın sorumluluğu söz konusu olacaktır.

<sup>1400</sup> bkz. yuk. § 9, I, A.

<sup>1401</sup> **Yanlı**, Perdenin Kaldırılması, s. 119.

<sup>1402</sup> **Wortmann**, s. 219, **Yanlı**, s. 185 vd., konuyu ayrıntılı inceleyen ve “güç ve sorumluluğun başat gideceği yönündeki” etik ilkenin, Ortaklıklar Hukuku’nda hiç bir surette uygulama alanı bulmayacağını, aksi takdirde ortaklık alacaklılarının aşkın bir korumaya mazhar olacağını belirten **Cornett**, s. 184-185.

Meseleye şirketler topluluğu açısından bakıldığında, topluluk şirketlerinin hukuken bağımsız olduğu, ancak ekonomik açıdan bir bütün oluşturduğu göz ardı edilmemelidir. Sırf yabancı yönetim olgusundan ve hakimiyet ilişkisinden dolayı perdenin kaldırılması teorisine uygulama alanı tanınması, topluluk şirketlerinin hukuki bağımsızlığının göz ardı edilmesi sonucunu doğuracağı gibi, şirketler topluluğunun hukuki yapısına aykırı bir sonucu beraberinde getirecektir. Oysa, perdenin kaldırılması teorisinin yabancı yönetim bakımından spesifik işlevi, özellikle bu teorisinin kökeninde MK. m. 2 hükmünün yer aldığı dikkate alındığında, hakimiyetin kötüye kullanılmasının olumsuz sonuçlarını tüzel kişinin yarattığı sorumluluk zırhını bertaraf ederek, hakim konumunu kötüye kullanarak zarara yol açan gerçek sorumluya yüklemektir.

Türk Hukuku'nda şirketler topluluğunda hakimiyetin kötüye kullanılmasını yaptırıma tabi tutan bir düzenlemenin bulunmaması karşısında, perdenin kaldırılması teorisi söz konusu kötüye kullanmadan doğan zararların giderilmesinde, yegane araç olarak ortaya çıkmaktadır<sup>1403</sup>. Şu kadar ki, TTK Tasarısı m. 202, hakimiyetin kötüye kullanılması müessesesini geniş bir şekilde düzenlemekte ve belirli koşulların varlığı halinde hakim ortaklığı, bağlı ortaklığın uğradığı zarardan sorumlu tutmaktadır. Kanımızca bu düzenleme, perdenin kaldırılması teorisinin özel bir görünüm biçimidir ve kanunlaşması halinde, şirketler topluluğunda hakimiyetin kötüye kullanılmasında zararın karşılanması bakımından önemli bir ihtiyacı karşılamaktadır<sup>1404</sup>. Perdenin kaldırılması teorisinin, Tasarı m. 202 hükmünün kapsadığı hukuki alan dışında ayrıca uygulama alanı bulup bulamayacağı meselesi ise, ayrıca tartışılması gereken bir konudur.

---

<sup>1403</sup> Yanlı, Perdenin Kaldırılması, s. 236.

<sup>1404</sup> Alman Hukuku'nda hakimiyetin kötüye kullanılması haline özgü yaptırımlar getiren düzenlemenin tüzel kişilik perdesini kaldırma teorisinin kanunla düzenlenmiş bir şekli olduğu yönünde bkz. Cornett, s. 328-329, Yanlı, Perdenin Kaldırılması, s. 236.

## **b. Sermayeye Katımlı Ortak Girişimlerde Yabancı Yönetim Dolayısıyla Perdenin Kaldırılması**

Tüzel kişilik perdesinin aralanması teorisinin yabancı yönetim bakımından ortaya koyduğu yaklaşımın sermayeye katımlı ortak girişimlere uyarlanması ihtimalinde, şu sonuç ortaya çıkmaktadır : Hakim paysahipleri arasında temel sözleşme uyarınca kurulan adi ortaklık, ortak girişim şirketinin yönetiminde ortak girişimin kendi çıkarları dışında hareket ederse; diğer bir anlatımla, hakim paysahipleri ortak girişim şirketleri üzerindeki hakimiyeti müştereken kötüye kullanırlarsa, hakim paysahiplerinin bu tutumundan dolayı ortak girişim şirketinin, dolayısıyla diğer paysahiplerinin ve şirket alacaklılarının uğradıkları zarar, hakim paysahipleri tarafından karşılanmak gerekecektir.

Yabancı yönetim sebebiyle perdenin kaldırılabilmesi için, yabancı yönetimin ortaklığın menfaatlerine aykırı hareket etmesi, kararlarının merkezine ortaklığın çıkarları yerine yabancı çıkarları yerleştirmesi ve bu tutum nedeniyle ortaklığın zarara uğraması gerekmektedir. Sermayeye katımlı ortak girişimlerde, henüz kuruluş aşamasında hakim teşebbüsler, ortak girişim şirketine egemen olacak ortak stratejiyi belirlerler. Bu strateji, aslında ortak girişim şirketinin çıkarlarını belirlemektedir. Başka bir ifadeyle, ortak girişim şirketinin menfaati, hakim paysahiplerinin menfaatlerinin ortak paydasına göre belirlenir; ancak bu menfaat, her bir hakim paysahibinin öznel menfaatinden farklı bir menfaattir. Bu menfaat, son tahlilde, ortak girişim şirketi açısından yabancı bir menfaat niteliğini taşımamaktadır.

Tekil kontrolden farklı olarak ortak kontrolde hakim teşebbüslerden hiç birinin iradesi ağır basmamakta, ortak girişim şirketi, hakim teşebbüslerin üzerinde birleştiği ortak stratejiye göre yönetilmektedir. Sermayeye katımlı ortak girişimin esaslı unsurlarına ilişkin incelememizde ortaya koyduğumuz üzere, ortak girişimden söz edilebilmesi için ortak girişim şirketinin hakim teşebbüslerce belirlenen ortak stratejinin yürümesine yerleştirilmesi gerekmektedir<sup>1405</sup>.

Sermayeye katımlı ortak girişimin, bu ortak strateji doğrultusunda yönetilmesi, her ne kadar burada bir yabancı yönetim de söz konusu olsa, kanımızca ortak girişim

---

<sup>1405</sup> Bu saptama için bkz. yuk. § 2, VI, F, 2, d.

şirketinin kendi çıkarları doğrultusunda yönetilmesi anlamına gelmektedir. Gerçekten de ortak kontrol, ortak girişim şirketinin ortaklık içi bağımlılığına yol açsa da<sup>1406</sup>, bu bağımlılık kural olarak ortak girişim şirketinin kendi çıkarları dışındaki başka çıkarlara göre yöneltmesine yol açmamaktadır. Zira ortak kontrol, kontrolü icra eden münferit güçler (her bir hakim pay sahibi) arasında bir denge kurulmasını sağlamaktadır. Bu dengeyi, hakim pay sahiplerinin ortak girişimi yönlendirecek olan strateji üzerinde uzlaşmaları karakterize etmektedir. Söz konusu dengenin hassasiyeti, kanımızca hakim pay sahiplerini ortak girişim şirketini temel sözleşmeyle belirlenen ve bizzat onun kendi çıkarlarını belirleyen stratejinin dışındaki çıkarlara yöneltmekten alıkoymaktadır. Kaldı ki, hakim pay sahiplerinin tek başlarına bu güce sahip olduğundan söz edilemez. Bu bağlamda, sermayeye katılmalı ortak girişimlerde yabancı yönetimden dolayı tüzel kişilik perdesinin aralanması teorisi, ancak, “hakim pay sahiplerinin ortaklaşa hareket ederek, hakimiyeti kötüye kullanmaları ve bu suretle ortak girişim şirketini kendi amacı dışında farklı amaçlara tabi kılması” halinde uygulama alanı bulacaktır.

Yukarıda incelendiği üzere, sermayeye katılmalı ortak girişim, bir şirketler topluluğunun oluşumuna yol açmayacak, böylelikle şirketler topluluğunda hakimiyetin kötüye kullanılmasına özgü yaptırımlar, sermayeye katılmalı ortak girişimlere doğrudan uygulanamayacaktır<sup>1407</sup>. Bu noktada, sermayeye katılmalı ortak girişimlerde hakimiyetin kötüye kullanılmasının yaratacağı olumsuz sonuçlar, ancak tüzel kişilik perdesinin aralanması teorisi marifetiyle telafi edilebilecektir.

Bu itibarla ortak girişim şirketi, niteliği itibarıyla yabancı yönetime tabi bir ortaklık niteliğini arz etse de, ortak girişimin varlığı ve istikrarı, bu ortaklığın kendi çıkarları doğrultusunda yönetilmesine bağlıdır. Bu stratejinin dışına çıkılması ve yabancı yönetimin doğuracağı zarar nedeniyle tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının gündeme gelmesi mümkün ise de, ortak kontrolün ardında bu kontrolü paylaşan hakim teşebbüslerin karşılıklı çekişmesi yattığından, söz konusu stratejinin dışına çıkılması, hakim pay sahiplerinin ortak girişim şirketinin çıkarlarını temsil eden ortak strateji konusundaki uzlaşmalarını ortadan kaldıracak, ortak girişim şirketini karar

<sup>1406</sup> Ortaklık içi bağımlılık (*gesellschaftsinterne Abhängigkeit*), ortaklığın bağımlı olduğu kişinin pay sahibi sıfatını taşıması halinde söz konusu olurken, ortaklık dışı bağımlılık (*gesellschaftsexterne Abhängigkeit*), ortaklığın pay sahibi sıfatını taşımayan kimselere bağımlılığını ifade etmektedir; bkz. **Yanlı**, Perdenin Kaldırılması, s. 120.

<sup>1407</sup> bkz. yuk. § 13, I, A.

alamaz hale getirecektir. Diğer bir anlatımla, ortak girişim şirketinin, kendi çıkarlarını simgeleyen ve temel sözleşmeyle belirlenen ortak stratejinin dışına çıkması ve kendi çıkarlarıyla bağdaşmayan yabancı çıkarlara tabi kılınması riski, herhangi bir ortaklıkta söz konusu olduğundan daha ağır değildir; zira bu stratejinin dışına çıkılması, ortak kontrolü ciddi anlamda tehdit edeceğinden hakim pay sahipleri arasındaki uzlaşma sona erecek, bu kimselerin ortak girişim şirketini yabancı çıkarlara tabi kılmak konusunda anlaşmaları söz konusu olmayacaktır.

Bu yaklaşım, ortak kontrolün beraberinde getirdiği zorunlu denge gözetilerek ortaya konulmaktadır. Kuşkusuz ki, hakim pay sahiplerinin ortak girişim şirketini bağımsız bir teşebbüs olarak yapılandırma iradeleri, bir görüntüden ibaret olabilir. Bu görüntünün ardında, hakim pay sahiplerinin ortaklığı görünürdeki ortak girişim stratejisiyle bağdaşmayan çıkarlara hizmet edecek şekilde yönetme iradesi de yer alabilir<sup>1408</sup>. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi bu noktada devreye girmeli ve Sorumluluk Hukuku açısından kendisinden beklenen yararı ortaya koymalıdır.

Bu itibarla, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin ortak girişimler bakımından uygulanma kabiliyeti sınanırken, ilk aşamada sermayeye katılmalı ortak girişimi temellendiren “ortak girişim stratejisi” belirlenmelidir. Bu saptama yapılırken temel sözleşme ve anasözleşme birlikte incelenmelidir ve gerçek anlamda ortak girişim şirketinin “ortaklık düzenine yansıyan” stratejisi saptanmalıdır. Bu strateji, hukuki anlamda ortaklık menfaatini belirlemektedir. İkinci aşamada, hakim pay sahiplerinin, bu pay sahiplerinin dışında kalan pay sahiplerinin ve ortaklık alacaklılarının zarara uğramasına yol açan tasarrufları tespit edilmelidir. Üçüncü aşama ise, söz konusu tasarrufların birinci aşamada belirlenen ortak girişim stratejisiyle, diğer bir deyişle ortak girişim şirketinin kendi çıkarlarıyla (ortaklık menfaatiyle) bağdaşp bağdaşmadığının belirlenmesini konu edinmektedir. Hakim pay sahiplerinin zarara yol açan kararları, ortak girişim şirketini kendi çıkarları dışında yabancı çıkarlara, örneğin hakim teşebbüslerden birinin çıkarlarına veya hakim teşebbüslerin ortak girişim stratejisinin gizlediği ve ortak girişimin çıkarlarına

---

<sup>1408</sup> Nitekim rekabet otoritelerinin ortak girişimlere kuşkuyla yaklaşımlarının ardında yatan olgu da budur. Rekabet Hukuku’nda ortak girişimlere karşı alınan önlemlerin temel mantığı, bu oluşumların hakim teşebbüslerin Pazar davranışlarını koordine etme iradelerini perdelediği düşüncesidir. Bu konudaki ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. yuk. dn. 507.

aykırı bir yabancı çıkara tabi kılıyorsa, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması gündeme gelmelidir.

Zira, bu perde kaldırılınca, ortak girişimin bu şekilde yönetilmesinden yararlanan yabancı çıkar sahibi belirlenebilecek ve bu kişinin, diğer pay sahiplerinin veya alacaklıların uğradığı zararı tazmin etmesi gündeme gelecektir. Nitekim “*hakimiyetin tek başına bir sorumluluk nedeni oluşturulmaması*” yönündeki haklı yaklaşım da bu görüşü doğrulamaktadır<sup>1409</sup>.

## **5. Malvarlıklarının veya Hukuki Alanların Birbirine Karışması**

### **a. Kavram**

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin kökeninde yatan düşünce, tüzel kişilik ile o tüzel kişiliğin arkasına sığınan kişilerin bir anlamda özdeşleşmesidir. Bu özdeşleşme, en tipik etkilerini, özdeşleşen öznelerin malvarlıklarında ve hukuk alanlarında göstermektedir.

Meseleye anonim ortaklıklar açısından yaklaşıldığında karışma, anonim ortaklık ile onun tüzel kişiliğinin ardına sığınan kimselerin malvarlıklarının ve hukuki alanlarının karşılıklı sınırlarının belirlenememesi durumudur<sup>1410</sup>. Malvarlıklarının karışması durumu, ayrı ayrı anonim ortaklığın malvarlığına dahil olan unsurlarla pay sahibinin malvarlığına dahil olan unsurların aidiyetinin belirsizleşmesidir. Daha açık bir anlatımla, hakim pay sahiplerinin ve ortak girişim şirketinin tek taraflı veya karşılıklı olarak birbirlerine ait malvarlığı unsurlarını kullanmaları ve bu suretle bu teşebbüslerin malvarlıkları arasında malvarlığının ayrılığı ilkesini zedeleyecek şekilde sınırların ortadan kalkması halinde “malvarlıklarının karışması” durumu ortaya çıkar.

Anonim ortaklıklarda ortaklığın malvarlığı ortaklık alacaklıları açısından teminat oluşturduğu için, malvarlıklarının karışması, çoğu zaman bu teminatı zayıflatacak, sınırlı sorumluluk ilkesinin ortaklık alacaklılarının menfaatlerini karşılama işlevi

---

<sup>1409</sup> Wortmann, s. 219, Yanlı, Perdenin Kaldırılması, s. 185 vd.

<sup>1410</sup> Yanlı, Perdenin Kaldırılması, s. 238-239, 246.

ortadan kalkacaktır; zira kanunun alacaklılar açısından öngördüğü “sorumluluk fonu” azalacak veya ortadan kalkacaktır<sup>1411</sup>. Bu nedenle, sınırlı sorumluluk zırhının ortadan kaldırılması ve alacaklıların menfaatlerinin tüzel kişiliği paravan olarak kullanan kimselerin malvarlığından karşılanması gündeme gelecektir.

Karışmanın söz konusu hallerden bir diğeri ise, hukuki alanların birbirine karışmasıdır (*Sphärenvermischung*). Hukuki alanların karışmasından kasıt, üçüncü kişiler nezdinde tüzel kişi ile tüzel kişilik perdesinin arkasına saklanan kişinin bir anlamda özdeşleşmesidir. Bu bağlamda, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması için öyle bir özdeşlik ortaya çıkmalıdır ki, üçüncü kişinin tüzel kişiyle mi yoksa onun arkasına sığınan kişiyle mi hukuki ilişkiye geçtiği belirsizleşmelidir. Farklı bir anlatımla, üçüncü kişiler açısından tüzel kişilikle diğer kişinin hukuken ayrı kişiler olduğunun anlaşılabilmesi gerekmektedir<sup>1412</sup>.

Hukuki alanların karışması halinde perdenin kaldırılması teorisinin uygulanması konusunda öğretide görüş birliği sağlanamamıştır. Hukuki alanların içiçe geçmesini bazı yazarlar bu teorisinin uygulama alanlarından birisi olarak değerlendirirken<sup>1413</sup>, öğretide baskın olan görüş, bu durumda perdenin kaldırılması teorisi yerine hukuki görünüş teorisinden yararlanmayı esas almaktadır<sup>1414</sup>. Hukuki alanların karışmasından dolayı sorumluluk, ancak sözleşmeden kaynaklanan talepler bakımından söz konusu olmaktadır<sup>1415</sup>.

#### **b. Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimler Bakımından Karışma**

Ortak girişim şirketinin ortak kontrole tabi olması, bu oluşumun diğeri esaslı unsuru olan hakim teşebbüslerden ayrılığı tehdit eden bir özelliktir. Bu bağlamda, sermayeye katılmalı ortak girişimin bu iki unsuru arasındaki zıtlışmanın, Rekabet Hukuku ile Ortaklıklar Hukuku'nun ortak uygulama alanında ne şekilde telif

---

<sup>1411</sup> Yanlı, Perdenin Kaldırılması, s. 245.

<sup>1412</sup> Yanlı, Perdenin Kaldırılması, s. 246.

<sup>1413</sup> Bu yazarlar için bkz. Yanlı, Perdenin Kaldırılması, s. 248, dn. 1089.

<sup>1414</sup> Yanlı, Perdenin Kaldırılması, s. 248, dn. 1091; her iki teorisinin de uygulama alanı bulabileceği yönündeki görüşler için bkz. aynı yerde dn. 1092.

<sup>1415</sup> Yanlı, Perdenin Kaldırılması, s. 249.



edilmesi gerektiğine değinmiştik<sup>1416</sup>. Bu çelişkinin etki alanlarından birisi de, ortak girişim şirketinin malvarlığının hakim pay sahipleri tarafından adeta kendi malvarlıkları gibi değerlendirilmesidir. Perdenin kaldırılması teorisinin bu uygulama alanı, diğer bir uygulama alanı olan “yabancı yönetim” ile yakından ilintilidir. Ortak girişim şirketi yabancıların (hakim teşebbüslerin ) güdümünde olduğundan, bu öznelerin malvarlıklarının ve hukuki alanlarının birbiriyle karışması tehlikesi de baş gösterebilir.

Bu tehlikenin önlenmesi açısından, ortak girişim şirketinin bir sistemin parçası olduğu keyfiyeti göz önüne alınmalıdır. Nitekim ortak girişim şirketi, hakim teşebbüslerle birlikte ortak girişim sistemini oluşturmaktadır. Bu sistemin unsurlarının malvarlıklarının ve hukuki alanlarının birbirleriyle karışmaları tehlikesinin kaynağı da, ortak girişim sisteminin oluşum evresinde hakim pay sahiplerinin ortak girişimi bağımsız bir ekonomik birim olarak yapılandırmamaları veya bu aşamada ortak girişimi bu şekilde yapılandırmalarına rağmen sonradan ortak girişimin bu özelliğini zedelemeleridir<sup>1417</sup>.

Sermayeye katılmalı ortak girişimin bir sistem yaratması, bu sistemin parçaları arasında güçlü ve yoğun malvarlıksal ilişkilerin kurulmasını zorunlu kılmaktadır. Temel sözleşme çerçevesinde kurulan uydu sözleşmeleri, bu ilişkilerin en belirgin kaynağıdır. Uydu sözleşmeleri marifetiyle hakim teşebbüsler ve ortak girişim şirketi, kullanımın devri sözleşmelerine istinaden birbirlerinin malvarlıklarından yararlanabilmektedir. Sermayeye katılmalı ortak girişimleri karakterize eden bu özellik, başlı başına bir karışma durumu olarak algılanmamalıdır. Zira malvarlıklarının ve hukuki alanlarının karışmasından söz edilebilmesi için, kişilerin malvarlıklarının ve hukuki alanlarının birbirinden ayırt edilemeyecek şekilde içiçe geçmesi gerekmektedir<sup>1418</sup>. Halbuki uydu sözleşmesi, hakim teşebbüslerin ve ortak

---

<sup>1416</sup> bkz. yuk. §9, I, B.

<sup>1417</sup> Rekabet Hukuku da, sermayeye katılmalı ortak girişimin ilgili pazarın gerektirdiği maddi ve gayrimaddî malvarlığı unsurlarıyla ve yeterli personelle donatılmasını, ortak girişimin yoğunlaşma olarak nitelendirilmesi açısından bir koşul olarak öngörmesidir; **Scheibitz**, s. 15. Nitekim Rekabet Hukuku'nun bu yaklaşımı, yoğunlaşmanın esasını gözetmektedir. Yoğunlaşmada ilgili teşebbüslerin ekonomik varlıklarının bir kısmı veya tamamı belirli bir ekonomik birimde toplandığından, sermayeye katılmalı ortak girişimin oluşturacağı ekonomik biriminin hakim teşebbüslerden bağımsızlaşabilmesi için, yeterli ölçüde kaynağın ortak girişim şirketi bünyesinde bir araya getirilmesi gerekmektedir.

<sup>1418</sup> **Cornett**, s. 57.

girişim şirketinin malvarlığı unsurlarının bir diğerine kullandırılmasını konu edinmektedir. Uydu sözleşmesi, kullanımın devri ilişkisini açıklıkla ortaya koyduğu ve kullanımı devredilen malvarlığı unsurunun aidiyeti konusunda tereddüt yaratmadığı müddetçe, tüzel kişilik perdesinin aralanması teorisine uygulama alanı tanınmamalıdır.

Ortak girişim şirketinin ortak kontrole tabi bulunması, prensip olarak hem malvarlıkları hem de hukuki alanlar açısından karışmayı önleyici bir faktördür. Teorik olarak, hakim paysahiplerinden hiç birisi, bir diğerinin malvarlığının ve hukuki alanının ortak girişim şirketinin malvarlığıyla ve hukuki alanıyla karışmasına göz yummayacaktır. Aksi takdirde, ortak girişim şirketinin stratejisinin kendisinin – malvarlığı veya hukuki alanı karışmayan hakim paysahibinin- stratejisiyle olan ilişkisi zedelenecektir. Bununla birlikte, hakim paysahiplerinden birinin<sup>1419</sup> veya tümünün faaliyet konularının sermayeye katılmalı ortak girişimle çok yakından ilişkili olması ve hakim paysahibi ile ortak girişim şirketinin ticari varlıklarını sürdürmelerinin birbirlerine bağımlı olması halinde bu tehlike gündeme gelebilir<sup>1420</sup>. Gerçekten de, bu olasılıkta ortak girişim şirketi, üçüncü kişilerle kuracağı hukuki ilişkileri, hakim paysahipleri üzerinden tesis edebilir.

Son olarak, Ortaklıklar Hukuku ile Rekabet Hukuku'nun ortak uygulama alanına giren sermayeye katılmalı ortak girişimler açısından, en azından ortak girişim şirketinin kurulması aşamasında, hakim teşebbüslerle ortak girişim şirketinin

---

<sup>1419</sup> Rekabet Hukuku öğretisinde endüstriyel liderlik olarak ele alınan varsayımda hakim teşebbüslerden birisi, sermayeye katılmalı ortak girişimle aynı pazarda veya komşu pazarlarda faaliyet göstermektedir ve endüstriyel lider olarak adlandırılmaktadır. Faaliyet konularının yakınlığı sebebiyle bu hakim paysahibi, ortak girişim şirketiyle diğer hakim paysahiplerine nazaran daha sıkı ilişkiler içine girmekte, ortak girişimin pazara açılmasında daha etkin bir rol oynamaktadır. Bu durum, ilke olarak ortak kontrolü ortadan kaldırmamaktadır, çünkü diğer hakim paysahibi, sahip olduğu veto haklarını her zaman kullanabilmekte ve “endüstriyel liderin” ortak girişim şirketi üzerindeki belirleyici etkisini frenleyebilmekte ve dengeleyebilmektedir.

<sup>1420</sup> İncelememize konu olan “Ortaklıklar Hukuku ile Rekabet Hukuku'nun kesişim alanında yer alan” ve “yoğunlaştırma oluşturan” ortak girişimler bakımından bu risk önemli ölçüde azalmaktadır. Zira sermayeye katılmalı bir ortak girişimin yoğunlaşma imtiyazından yararlanabilmesi için, belirli bir başlangıç süresinin geçmesinden sonra söz konusu ortak girişimin ilgili pazarda tek başına faaliyet gösterebilecek şekilde gereken ticari işletme fonuyla donatılması gerekmektedir. Bu olgu, sermayeye katılmalı ortak girişimin kurulması aşamasında, gerçek anlamda bir yoğunlaşmanın ortaya çıkmasını, diğer bir anlatımla, hakim teşebbüslerden her birinin ekonomik kaynaklarının bir kısmını yeni bir bağımsız ekonomik birimde yoğunlaştırmalarını gerekli kılmaktadır. Bu bağlamda, en azından ortak girişim şirketinin kuruluş aşamasında, ortak girişim şirketinin malvarlığının ferdileştirilmesi ve hakim teşebbüslerin malvarlığından soyutlanması zorunludur. Bu itibarla malvarlıklarının karışması, prensip olarak ileriki aşamalarda gündeme gelecektir.

malvarlıklarının birbirine karışmasına engeldir. Zira Rekabet Hukuku, ortak girişim şirketinin ilgili pazarda bağımsız bir ekonomik birim olarak faaliyet göstermesini ve o pazarın gerektirdiği tüm işlevleri yerine getirmesini aradığından, en azından ortak girişim şirketinin kurulmasını izleyen aşamada, malvarlıklarının ayrılığını teminat altına alan bir olgudur.

### **III.Hakim Paysahiplerinin Sadakat Yükümlülükleri**

#### **A. Sorun**

Anonim ortaklıkların sermaye ortaklığı olma özelliği, prensip olarak ortaklık düzeninde paysahiplerine sermaye borcu dışındaki yükümlülüklerin yüklenmesine engeldir. Bu bağlamda Ortaklıklar Hukuku'nda tartışılan meselelerden birisi de, paysahibinin ortaklığa ve diğer paysahiplerine karşı bir sadakat yükümlülüğü altında bulunup bulunmadığı, diğer bir deyişle sadakat yükümlülüğünün tek borç ilkesine istisna oluşturup oluşturmadığı meselesidir.

Kişi birliği niteliğini taşıyan anonim ortaklıklarda paysahipleri, anonim ortaklığın menfaati çevresinde bir araya gelmektedir. Anonim ortaklığın menfaati (*Gesellschaftsinteresse*) anonim ortaklık organlarının aldıkları kararların ortaklığın yöneldiği amaç ışığında doğrulanmasını gerektirmektedir<sup>1421</sup>. Daha açık bir anlatımla, anonim ortaklığın, gerçek anlamda bir sermaye ortaklığı olarak işlev görebilmesi için, kendi işletme menfaatleri doğrultusunda hareket etmesi ve kökeninde yer alan kişi birliğini oluşturan paysahiplerinden soyutlanması gerekmektedir. Buna karşılık, uygulamanın, ortaklık tipleri arasında kişiselleştirilmeye en az derece yakın olan anonim ortaklığı kişiselleştirmeye yönelik olarak geliştirdiği yöntemler ve yabancı yönetim olgusunun anonim ortaklık üzerindeki etkileri, ortaklık üzerinde hakimiyet elde eden paysahiplerinin anonim ortaklık organlarında kendi menfaatleri doğrultusunda karar alınmasını sağlamalarına imkan tanımaktadır. Bu bağlamda, anonim ortaklığın, bağımsız olarak kendi menfaatleri doğrultusunda faaliyet göstermesi, artık kural değil istisnadır.

---

<sup>1421</sup> Reiner, s. 11 vd.

Mesele, sermayeye katılmalı ortak girişimler açısından özellikli bir önem taşımaktadır. Hakim paysahipleri, ortak kontrolü tesis etmek ve icra etmek amacıyla temel sözleşmeyi akdetmekte, ortak girişim şirketini kendi yönetimlerine tabi kılmaktadır. Ortak girişim şirketine yönelik bu stratejik yaklaşımlarıyla, anonim ortaklığı gerçek anlamda kendi kaderini belirleyen bir ekonomik birim<sup>1422</sup> olmaktan çıkararak ve onu yabancı yönetime tabi kılan paysahipleri, birbirleriyle ve anonim ortaklıkla, paysahibi ile ortaklık arasında kurulan alelade ilişkiden öte bir hukuki ilişki içine girmektedir. Bu bağ sayesinde hakim paysahiplerinin anonim ortaklık üzerindeki etkisi güçlenmekte, ortaklığın kaderi hakim paysahipleri tarafından ortaklaşa belirlenmektedir<sup>1423</sup>. Bu bağlamda, bir ortaklığı ortak girişim şirketi haline getiren ve onu alelade bir ortaklıktan ayıran özellik, en az iki hakim paysahibi arasında temel sözleşme uyarınca kurulan, adi ortaklık olarak nitelendirilen ve ortak kontrole vücut veren temel ilişkidir.

Madem ki, ortak girişim şirketinde söz konusu şirketin yapısı, bir yandan o şirketin hukuki çatısı (anonim ortaklık) diğer yandan o ortaklığın temeli (temel sözleşme uyarınca kurulan ve adi ortaklık niteliğini taşıyan temel ortaklık) olmak üzere iki katmandan oluşmaktadır; bu takdirde, hakim paysahiplerinin birbirleriyle ve ortaklıkla kurdukları hukuki bağın irdelenmesinde, ortak girişim şirketinin kökeninde yatan adi ortaklık ilişkisinin gözetilmesi gerekecektir.

Paysahibinin sadakat yükümlülüğünün sermayeye katılmalı ortak girişimler bakımından gösterdiği özellik de bu noktada ortaya çıkmaktadır : Anonim ortaklık olarak kurulan bir ortak girişim şirketinde, alelade anonim ortaklıklardaki sadakat yükümlülüğüne nazaran farklılık, ortak girişim şirketinin kökenindeki adi ortaklık

---

<sup>1422</sup> Ortak girişim şirketinin bağımlılığının nedenleri ve mahiyeti konusunda bkz. yuk. § 9, I, A. 1. Kanunkoyucu'nun anonim ortaklığa ilişkin hareket noktasının bu ortaklığın özerk bir oluşum olduğu yönünde bkz. **Yanlı**, Perdenin Kaldırılması, s. 119.

<sup>1423</sup> **Baus**, s. 92 vd.

ilişkisinin<sup>1424</sup>, ortak girişim şirketi varlığını sürdürdüğü müddetçe söz konusu ortaklığı çevreleyen hukuki ilişkileri biçimlendirmesidir<sup>1425</sup>.

Başka bir açıdan bakıldığında sermayeye katılmalı ortak girişimler bakımından bu yükümlülüğün mevcut olup olmadığının irdelenmesi, temelde şu sorunun yanıtlanmasına hizmet edecektir : Sermayeye katılmalı ortak girişimlerde, hakim pay sahiplerinin birbirlerine ve ortaklığa karşı sorumlulukları belirlenirken, adi ortaklığa ilişkin hukuki rejim ne ölçüde etkili olacaktır? Diğer bir anlatımla, sermayeye katılmalı ortak girişim bünyesinde bir araya gelen “adi ortaklık hukukunun” ve “anonim ortaklık hukukunun” karşılıklı etkileşiminde, pay sahibinin sorumluluğu bakımından hangi rejimin daha etkili olacağını veya birbiriyle çatışan bu iki rejimin, pay sahibinin sadakat yükümlülüğü açısından nasıl bir sonucu beraberinde getireceğini incelemek gerekecektir.

Böylelikle, anonim ortaklığı tamamen kendi güdümlerinde yöneten hakim pay sahiplerinin alelade pay sahibine nazaran sahip oldukları bu “aşkın gücün ” gereği olarak aşkın bir sorumluluk yüklenip yüklenmeyecekleri tartışılmalıdır<sup>1426</sup>.

---

<sup>1424</sup> Her anonim ortaklığın kökeninde bir adi ortaklık bulunmaktadır. Şu kadar ki, pay sahipleri arasında başkaca hukuki ilişkiler kurulmadığı sürece, anonim ortaklığın kuruluşuyla birlikte söz konusu adi ortaklık (kuruluş ortaklığı) sona ermektedir. Oysa sermayeye katılmalı ortak girişimlerin özelliği, hakim pay sahipleri arasındaki temel sözleşmenin, sadece bir kuruluş ortaklığına vücut vermemesi, aynı zamanda ortaklık varlığını sürdürdüğü müddetçe hakim pay sahipleri ve bunlarla ortak girişim şirketi arasındaki ilişkileri düzenlemesidir; bkz. **Mestmäcker**, Gemeinschaftsunternehmen, s. 12.

<sup>1425</sup> Bu güçlü etkileşimin bir çifte ortaklığın oluşumuna yol açmayacağı yönünde bkz. yuk § 8, II, C, 5, c. Ayrıca, temel sözleşme uyarınca kurulan adi ortaklık ile ortak girişim şirketi arasındaki bu etkileşim için bkz. **Okutan**, s. 277 vd.

<sup>1426</sup> Bu noktada, yetki ile sorumluluğun başat gitmeyeceği düşüncesinin de (bu yaklaşım için bkz. **Yanlı**, Perdenin Kaldırılması, s. 185; **Wortmann**, s. 219; **Cornett**, s. 184- 185; karşı. **Bertschinger**, s. 314) hakim pay sahiplerinin ortak girişim şirketi üzerinde sahip oldukları aşkın gücün karşılığında pay sahibinin tabi olduğu sorumluluğu aşan daha ağır bir sorumluluğa tabi tutulup tutulamayacağı bakımından ele alınması gerekmektedir. **Bertschinger**, genel kurulla yönetim kurulunun karşılıklı yetki dağılımında, anasözleşmeyle genel kurulun ağırlığı ne denli genel kurula kaydırılırsa, pay sahiplerinin ortaklık üzerinde güçlerinin ve aynı ölçüde sorumluluklarının o denli artacağını savunmaktadır, bkz. **Bertschinger**, s. 329. Yazarın yaklaşımı, pay sahiplerinin yönetim kurulunda alınacak kararlar üzerinde etkili olmadıkları anonim ortaklıklar bakımından kabul edilebilir. Oysa sermayeye katılmalı ortak girişimlerde ortak kontrol unsuru, hakim pay sahiplerinin hem genel kurulda hem de yönetim kurulunda alınacak stratejik kararların tamamı üzerinde belirleyici etki icra etmesini zorunlu kıldığından, yönetim kurulunda, hakim pay sahiplerinin menfaatlerini temsil eden yöneticiler görev alacak, bağımsız yöneticiler ise hakim pay sahiplerinin karar nisabını ortaklaşa etkilemelerini etkilemeyecek oranda yönetim kurulunda yer alabileceklerdir.

Bu amaçla ilk olarak anonim ortaklıklarda paysahibinin sadakat yükümlülüğü ana hatlarıyla değerlendirilecek, ardından söz konusu teorinin sermayeye katılmalı ortak girişimler bakımından gösterdiği özellikler araştırılacaktır.

## **B. Anonim Ortaklıklarda Paysahiplerinin Sadakat Yükümlülüğü**

### **1. Kavramsal Açıdan Sadakat Yükümlülüğü**

Sadakat yükümlülüğü, bir hukuki ilişkinin taraflarının, bu çerçevede özellikle bir kişi birliğini oluşturan kişilerin, bu ilişkinin ve birliğin amacına erişmesi için gereken çabayı göstermesini ve söz konusu amacı zorlaştırıcı davranışlardan kaçınmasını gerektirir<sup>1427</sup>. Bu yönüyle sadakat yükümlülüğü, özellikle kişi birliğinde, bu birliğin kendi amacına yönelik olarak faaliyet göstermesini teminat altına almaktadır<sup>1428</sup>. Sadakat yükümlülüğünün kapsamı, somut hukuki ilişkinin ve kişi birliğinin niteliğine göre belirlenmelidir<sup>1429</sup>.

Sadakat yükümlülüğünün anonim ortaklıklardaki ve giderek bu ortaklık tipinin çatısı altında kurulan ortak girişim şirketi üzerindeki etkilerinin belirlenebilmesi için, bu yükümlülüğün kaynağının ve niteliğinin tespit edilmesi gerekmektedir. Sadakat yükümlülüğü, güven ilişkisinin söz konusu olduğu hukuki ilişkilerde başlı başına bir asli edim niteliğini taşımaz; bilakis asli edimin yerine getirilmesine yönelik olarak o hukuki ilişkinin doğasından kaynaklanan bir yan yüküm karakterini taşır<sup>1430</sup>. Sadakat yükümlülüğünün kaynağı, dürüstlük kuralıdır<sup>1431</sup>.

---

<sup>1427</sup> **Ripka**, s. 75; **Nomer**, s. 5. Hizmet sözleşmesinde işçinin sadakat yükümlülüğünün, taraflar arasındaki hukuki ilişkinin bir kişi birliği oluşturmasından değil, bu ilişkinin sıkı kişisel karakterinden kaynaklandığı yönünde bkz. Adrian **Stahelin**/Frank **Vischer**, Zehnter Titel: Der Arbeitsvertrag, Erster Abschnitt: Der Einzelarbeitsvertrag, Zürcher Kommentar, C. V2c, Zürich, 1996, Art. 321a, No.6.

<sup>1428</sup> **Baus**, s. 46.

<sup>1429</sup> **Nomer**, s. 16, Mustafa Alper **Gümüş**, Türk İsviçre Borçlar Hukuku'nda Vekilin Özen Borcu, İstanbul, 2001, s. 154. Güven ilişkisi sıkılaştıkça sadakat yükümlülüğünün de arttığı yönünde bkz. Hans **Putzo**, Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, § 612, No. 39.

<sup>1430</sup> **Gümüş**, s. 156- 157.

<sup>1431</sup> Bu yönde **Nomer**, s. 40, **Gümüş**, s. 156.

## 2. Anonim Ortaklıklarda Sadakat Yükümlülüğünün Yeri

Anonim ortaklıklarda yönetim kurulu, görevini yerine getirirken ortaklığa karşı sadakat yükümlülüğü altındadır. Söz konusu yükümlülük, yönetim kurulu üyesi ile ortaklık arasındaki güven ilişkisinden kaynaklanmaktadır<sup>1432</sup>. Yönetim kurulu üyesinin sadakat yükümlülüğünün görünüm biçimleri, ortaklıkla işlem yapma yasağında ( TTK.m. 334), ortaklıkla rekabet etme yasağında (TTK.m. 335), kişisel menfaatlerini ilgilendiren meselelerin müzakere edildiği yönetim kurulu toplantılarına katılmama yükümlülüğünde (TTK.m. 332) ve sır saklama yükümlülüğünde kendisini göstermektedir.

Buna karşılık, pay sahibinin ortaklığa ve diğer ortaklara karşı sadakat yükümlülüğü altında bulunup bulunmadığı meselesi, pozitif bir dayanaktan yoksun bulunduğu gibi, öğretide de tartışmalıdır. Gerçekten de, pay sahibinin, anonim ortaklığı ve diğer ortakları zarara uğratabilecek davranışlardan kaçınma yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı konusunda iki temel görüş ileri sürülmektedir. Bu görüşlerden ilki, pay sahibinin ortaklığa ve diğer ortaklara karşı hiçbir sadakat yükümlülüğü altında bulunmadığı yönündedir<sup>1433</sup>. Nitekim, bu görüşün taraftarlarına göre, anonim ortaklığın katı sermaye ortaklığı olma özelliği ve tek borç ilkesinin sermaye taahhüdünün yerine getirilmesi dışında başkaca yükümlülüklerin pay sahibine yüklenmesi, pay sahibinin sadakat yükümlülüğü altında bulunduğu kabulüne engeldir<sup>1434</sup>.

Bu görüşe karşı olarak ortaya atılan ikinci görüş ise, pay sahibinin gerek anonim ortaklığa gerek pay sahibine karşı sadakat yükümlülüğü altında bulunduğu yönündedir<sup>1435</sup>. Bu görüşü savunan yazarlara göre, TTK.m. 405/1 hükmü tek borç

---

<sup>1432</sup> Bu güven ilişkisi, yönetim kurulu üyesi ile ortaklık arasında kurulan ve özel bir hüküm içermediği müddetçe vekalet sözleşmesi olarak nitelendirilen sözleşmesel ilişkiden kaynaklanmaktadır; bkz. **Çamoğlu (Poroy/ Tekinalp)**, No. 543, 585; **İmregün**, Anonim Ortaklıklar, s. 202.

<sup>1433</sup> **Teoman**, Oy Hakkından Yoksunluk, s. 12, **Tekinalp (Poroy/ Çamoğlu)**, No. 1091; **Yanlı**, Perdenin Kaldırılması, s. 234; sadakat yükümlülüğünün varlığını kesin olarak reddeden **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku, s. 687; **Okutan**, s. 40, 260.

<sup>1434</sup> Soruna tek borç ilkesine aykırılık ilkesi açısından yaklaşan ve sadakat yükümlülüğünün tek borç ilkesini zedelediği hükmüne varan **Okutan**, s. 40, Esra **Hamamcioğlu**, Anonim Ortaklıklarda Tek Borç İlkesi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2005, s. 68.

<sup>1435</sup> **Nomer**, s. 78, Murat Yusuf **Akm**, Şirketler Hukuku'nda ve Özellikle Anonim Şirketlerde Pay sahibinin Sadakat Borcu, İstanbul, 2002, s. 140.

ilkesini düzenlemediğinden ve paysahiplerinin sermaye taahhütleri dışında başkaca para ödeme yükümlülüğü altına girmesini yasakladığını öngördüğünden, sadakat yükümlülüğü, tek borç ilkesine ve giderek anonim ortaklığın kurumsal yapısına aykırı bir müessese olarak nitelendirilemez<sup>1436</sup>. Öğretide, paysahiplerinin sadece ortaklığa karşı sadakat yükümlülüğü altında bulunduğunu ileri süren yazarlar da mevcuttur<sup>1437</sup>.

Bununla birlikte, sadakat yükümlülüğünün varlığını reddeden bazı yazarlar, anonim ortaklıklarda sadakat yükümlülüğünün bulunmamasının yaratacağı sakıncaların giderilmesi bakımından çeşitli görüşler ortaya koymaktadır. Bu bağlamda **Teoman**<sup>1438</sup>, oy hakkının kullanılması açısından meseleye yaklaşarak paysahibinin oy hakkını kullanırken dürüstlük kuralına uyması gereğini vurgulamakta, ayrıca hakların en az zarar verecek şekilde kullanılması ilkesinin de, paysahiplerinin oy haklarını kullanırken diğer paysahiplerinin menfaatlerini gözetmekle yükümlü bulunduğunu gösteren bir ilke olduğunu belirtmektedir<sup>1439</sup>. **Yanlı**<sup>1440</sup> da, paysahibinin dürüstlük ve güven ilkesini aşan ölçüde bir sadakat yükümlülüğü altında bulunmadığını<sup>1441</sup>, paysahibinin dürüstlük kuralına aykırı hareket etmesine ve kendi menfaati doğrultusunda hareket ederek ortaklık menfaatini zedelemesine izin verilemeyeceğini, bu hususta genel kurul kararlarının iptali ve zararın varlığı halinde tazminat istenebileceğini vurgulamaktadır. Yazar, özellikle hakim olan teşebbüsün bağımlı ortaklığı kendi çıkarları uğruna zarara uğratması halinde, hakim işletmenin “kaynağı ne olursa olsun” bir tazminat yükümlülüğü altına gireceğini kaydetmektedir.

---

<sup>1436</sup> **Nomer**, s. 69, **Akın**, s. 149.

<sup>1437</sup> Erdoğan **Moroğlu**, Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Ortaklıkların Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, 3. Baskı, İstanbul, 2001, s. 180. Buna karşılık yazar, bir diğer eserinde paysahiplerinin birbirlerine karşı ve ortaklığa karşı sadakat yükümlülüğü altında bulunmadığını, paysahibinin ortaklığa karşı yükümlülüğünün paysahipliği sıfatından doğan hakları kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kuralı çerçevesinde hareket etmelerinin gerektiğine işaret etmektedir; bkz. **Moroğlu**, Oy Sözleşmeleri, s. 20, dn. 54.

<sup>1438</sup> **Teoman**, Oy Hakkından Yoksunluk, s. 13- 14.

<sup>1439</sup> Aynı yönde **Çeker**, s. 194.

<sup>1440</sup> **Yanlı**, Perdenin Kaldırılması, s. 234 – 235.

<sup>1441</sup> Bu görüşe katılmakla birlikte, paysahibinin asli edim yükümlülüğünden bağımsız bir koruma yükümlülüğü altında bulunduğunu kabul eden **Ali Dural**, s. 152.



**Tekinalp**<sup>1442</sup> ise meseleye tipolojik açıdan yaklaşmakta, ilk olarak sadakat yükümlülüğünün bulunmadığı yönündeki görüşünün sadece halka açık anonim ortaklıklar bakımından değil, aynı zamanda kapalı ve küçük anonim ortaklıklar bakımından da geçerli olduğunu, bununla birlikte kişisel öğelerin etkisi altındaki atipik anonim ortaklıklarda farklı bir sonuca varılabileceğini ileri sürmektedir. Yazar, tek başına veya başka gruplarla birlikte ortaklığı yöneten pay sahiplerinin, oy haklarını kullanırken MK. m. 2, TTK. m. 381 ve TTK.m. 336 vd. hükümlerine tabi olduğunu belirtmektedir. Yazarın görüşü irdelendiğinde, MK.m. 2 ve TTK .m. 381 hükümlerinin çizdiği sınırların, pay sahibinin – oy haklarını kullanırken sahip olduğu serbestinin- dürüstlük kuralı ile belirlendiği ve bu görüşün **Teoman**'ın görüşüne yaklaştığı tespit edilmekle birlikte, yazarın TTK.m. 336 vd. hükümlerini , pay sahibinin hareket serbestisini sınırlayan bir başka kaynak olarak göstermesi, hakim pay sahiplerinin adeta yönetim kurulu üyesi gibi sorumlu tutulabileceği görüşünün benimsendiği izlenimini yaratmaktadır<sup>1443</sup>. Ayrıca yazar, zarara uğratma kastının varlığı halinde BK.m. 41/2 hükmünün dahi uygulama alanı bulacağını belirlemektedir.

**Okutan**<sup>1444</sup>, pay sahipleri sözleşmesinin akdedildiği ve bu sözleşmenin bir adi ortaklık niteliğini taşıdığı durumlarda, sözleşmeye taraf olan pay sahiplerinin affectio societatis unsurunun zorunlu bir sonucu olarak zaten sadakat yükümlülüğü altında bulduklarını, bunun anonim ortaklığa da yansıtacağını; bununla birlikte, pay sahipleri sözleşmesinde anonim ortaklığa yönelik olarak sadakat yükümlülüğünün kararlaştırılmasına da bir engel bulunmadığını savunmaktadır. Yazarın görüşü uyarınca bu olasılıkta, sözleşmeyle öngörülen ve ortaklık lehine alınacak kararlarda olumlu oy kullanma yükümlülüğünü getiren sözleşmesel düzenlemenin, pay sahibinin anonim ortaklıkta dürüstlük kuralının çizdiği sınırlar dahilinde varlığı kabul edilen sadakat yükümlülüğünün kapsamını aşacaktır<sup>1445</sup>.

---

<sup>1442</sup> **Tekinalp (Poroy/ Çamoğlu)**, No. 1091.

<sup>1443</sup> Yukarıda incelendiği üzere, yönetim kurulu üyesinin sadakat yükümlülüğü, TTK. m. 332, 334 ve 335 hükümleriyle sır saklama yükümlülüğünü kapsar. Yazarın yaptığı yollama, bu hükümleri kapsamamaktadır. Görüşün başkaca ayrıntıları açıklanmamakla birlikte, şekli bir bakış açısı yerine bütünsel bir yaklaşımın benimsenmesi halinde, yazarın, şirketi zarara uğratan yöneticilerin bu zarardan sorumluluğunu öngören hukuki rejimi, hakim pay sahiplerinin sadakat yükümlülüğüne uyarladığı izlenimi edinilmektedir.

<sup>1444</sup> **Okutan**, s. 260- 261.

<sup>1445</sup> **Okutan**, s. 261, dn. 440.

Anonim ortaklıkta, paysahibinin ortaklığa ve diğer paysahiplerine karşı sadakat yükümlülüğü altında bulunup bulunmadığı meselesi; sadakat yükümlülüğünün niteliğinden ve içeriğinden, paysahibine yüklenen borçları sınırlandıran tek borç ilkesinden ve anonim ortaklığın tipolojik yapısından hareketle çözüme kavuşturulmalıdır. İlk olarak, sadakat yükümlülüğü dürüstlük kuralından kaynaklanan bir yan yükümlülük olarak nitelendirildiğinden, kökeninde bir kişi birliği yer alan ve ortaklık sözleşmesinin BK.m. 520 hükmünde saklı olan *affectio societatis* unsurunu sınırlı da olsa bünyesinde barındıran bir ortaklık tipi olan anonim ortaklıkta, her türlü hakkın kullanılmasında ve borcun yerine getirilmesinde etkili olan dürüstlük kuralını ve hakkın kötüye kullanılması yasağını bertaraf etmek mümkün değildir. Bu itibarla, ilk olarak paysahibinin dürüstlük kuralının çizdiği sınırlar dahilinde bir sadakat yükümlülüğü altında bulunduğunu kabul etmek gerekir.

Bu yükümlülüğün içeriğini somutlaştırmak gerekirse, paysahibi, ortaklığın menfaatlerini ve diğer paysahiplerinin haklı beklentilerini zarara sokacak tasarruflardan kaçınmalıdır. Bu noktada, paysahibinin bu yükümlülüğünü sadece ortaklık içinde ortaklık organlarının karar alma sürecine özgü bir yükümlülük olarak nitelendirmemek ve bu yükümlülüğün, yine dürüstlük kuralı çerçevesinde ortaklık dışındaki alanda da geçerli olduğunu kabul etmek gerekmektedir.

Sadakat yükümlülüğünün içeriği bu şekilde genel hatlarıyla belirli olduktan sonra, paysahibinin dürüstlük kuralının çizdiği çerçeveyi aşan bir sadakat yükümlülüğü altında bulunmadığı kendiliğinden ortaya çıkmaktadır. Anonim ortaklığın kuruluşu sırasında meydana gelen ve kurucular arasında sözleşmesel bir ilişki kuran kuruluş ortaklığı sona erip yerini anonim ortaklığa bıraktıktan sonra, kurucular arasında ve sonradan ortaklığa katılanlar arasında doğrudan bir hukuki ilişkinin bulunduğunu savunmak mümkün değildir. Her ne kadar anonim ortaklıklarda dahi sınırlı ölçüde bir *affectio societatis* unsurunun varlığını sürdürdüğü kabul edilse dahi, dürüstlük kuralının bahsettiği koruma, bu unsurun gerekli kıldığı güven ilişkisinin korunmasına kanımızca yeterli ölçüde hizmet etmektedir.

Bu itibarla, anonim ortaklıklarda paysahibinin ne ortaklığa ne de diğer paysahiplerine karşı dürüstlük kuralını aşan bir sadakat yükümlülüğünden söz etmek mümkündür. Kanımızca bu yükümlülük dahi, asli nitelik taşımayıp yan bir yükümlülüktür. Aksi

takdirde, paysahibinin ortaklıkla ilişkisinin paysahipliğinden doğan hakları ve borçları kapsadığı ve bunun dışındaki bir ilişkiye yer vermediği olgusu göz ardı edilecek, TTK.m. 405/1 hükmünde tek borç ilkesinin öngörüldüğü gerçeği göz ardı edilecek, hatta affectio societatis unsuruna gereğinden fazla önem izafe edilmiş olacaktır.

Özellikle **Teoman'ın**<sup>1446</sup> isabetle ortaya koyduğu üzere hakların en az zarar verecek şekilde kullanılması ilkesi, dürüstlük kuralının paysahibine yüklediği “zarar verici davranışlardan kaçınma” yükümlülüğünün somutlaştırılmasında önemli bir işlev üstlenecektir. Kanımızca, dürüstlük kuralının çizdiği sınırlar dahilinde zarar verici davranışlardan kaçınma yükümlülüğü iki açıdan ele alınmalıdır. İlk olarak, bu yükümlülük, paysahibini hem paysahipliği haklarını kullanırken hem de ortaklık düzeni dışında üçüncü kişilerle giriştiği hukuki ilişkilerin ortaklık düzeni üzerindeki etkileri bakımından bağlar. İkinci olarak, zarar verici davranışlardan kaçınma yükümlülüğü hem ortaklığa, hem de diğer paysahiplerine karşı üstlenilmektedir.

Paysahibinin diğer paysahipleriyle doğrudan bir hukuki ilişki içinde bulunmadığı kabul edilse dahi, paysahibinin ortaklık düzenini etkileyen ve ortaklığı zarara sokan davranışlarının diğer paysahiplerinin konumunu da olumsuz anlamda etkilediği, dürüstlük kuralının başkalarını zarara sokmaktan kaçınma yükümlülüğünü kapsamaması karşısında, paysahibinin diğer paysahiplerini de zarara sokmaktan kaçınma borcu altına girdiğini, bu borcu dürüstlük kuralının sınırladığı kaydedilmelidir. Kanımızca bu verilerle, sadakat yükümlülüğünün muhatabının ve içeriğinin biraz daha somutlaştırılması mümkün olmaktadır.

Bununla birlikte bu yükümlülüğün etkilerinin belirlenmesi için, söz konusu yükümlülüğün ihlaline bağlanacak yaptırımların da saptanmasında yarar vardır. Kanımızca bu noktada da, paysahibinin ortaklık düzeni içindeki tasarrufları ve ortaklık düzeni dışındaki tasarrufları arasındaki ayrıma değinmek kaydıyla **Yanlı'nın** görüşlerinden yararlanmak yerinde olacaktır<sup>1447</sup>. Gerçekten de, paysahipliği haklarının dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde kullanılması halinde, ortaklık düzeni içinde genel kurul kararının dürüstlük kuralına aykırılığı suretiyle iptali

---

<sup>1446</sup> **Teoman**, Oy Hakkından Yoksunluk, s. 13- 14.

<sup>1447</sup> **Yanlı**, Perdenin Kaldırılması, s. 234 – 235.

müessesesinden (TTK.m. 381), paysahibinin ortaklık dışındaki tasarrufları bakımından ise yükümlülüğünü ihlal eden paysahibinin tazminata mahkum edilmesinden yararlanmak mümkün olacaktır.

Diğer yandan, Türk Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda paysahibinin ortaklığa karşı sadakat yükümlülüğü altında bulunup bulunmadığı meselesi, pozitif bir düzenlemeyle ele alınmamış olmasına karşılık; TTK Tasarısı m. 613/1,2, limited ortaklıklarda ortağın ortaklığa karşı sadakat yükümlülüğünü açıkça öngörmekte; anonim ortaklığın sadakat yükümlülüğü altında bulunup bulunmadığı bakımından herhangi bir düzenleme içermemektedir.

Kanımızca, limited ortaklıklarda sadakat yükümlülüğünün açıkça düzenlenmesine rağmen anonim ortaklık bakımından aynı düzenlemenin getirilmemesi, Tasarı'nın kanunlaşması halinde Kanunkoyucu'nun bilinçli hareket ettiği yönünde yorumlanmalıdır. Gerçekten de, TTK Tasarısı'nın hazırlanmasında, Gerekçe'ye yansıdığı üzere, Türk Ortaklıklar Hukuku öğretisini meşgul eden konulara ağırlık verilirken, bu anlamda Türk hukuk öğretisinde geniş bir şekilde tartışılan paysahibinin sadakat yükümlülüğü meselesine değinilmemesi ve buna karşılık limited ortaklıklar bakımından bu yükümlülüğün açıkça öngörülmesi, bir ihmalin eseri olarak yorumlanmamalı, olumsuz bir boşluk olarak nitelendirilmelidir.

Bu yaklaşımımızla birlikte, yukarıda öğretime ileri sürüldüğüne değindiğimiz görüşlerin sermayeye katılmalı ortak girişimler bağlamında ele alınması yararlı olacaktır. Zira **Tekinalp**<sup>1448</sup>, kişiselleştirilmiş anonim ortaklıklarda sadakat yükümlülüğü bakımından farklı bir sonuca varılabileceğini belirtirken. özellikle yabancı yönetime tabi olan ortaklıklar bakımından tartışılması gereken önemli bir açılım getirmektedir.

---

<sup>1448</sup> **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, No. 1091.

### 3. Sermayeye Katımlı Ortak Girişimlerde Paysahibinin Sadakat Yükümlülüğü

Kontrol unsurunun yapısına ilişkin incelemelerimizde ortaya koyduğumuz üzere<sup>1449</sup>, yabancı yönetim ve bu çerçevede hakim teşebbüsün bağlı ortaklık üzerinde hakimiyetini güvence altına almak amacıyla bu ortaklığı kişiselleştirmesi, anonim ortaklığın yapısını gerçek tipolojik kimliğinden uzaklaştırmaktadır. Bunun en önemli sonuçlarından biri, bağlı ortaklığın iradesinin yerine hakim teşebbüslerin tekil veya ortak iradesinin geçmesidir.

Bu bağlamda, özellikle tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisine ilişkin incelemelerimizde, hakimiyeti ele geçiren tarafın, elde ettiği aşkın erke nazaran TTK.m. 269 hükmünün getirdiği sınırlı sorumluluk ilkesini aşan bir sorumluluk altına girmesinin istisnai durumlar dışında söz konusu olmadığını ortaya koymuştuk<sup>1450</sup>. Buna karşılık, atipik anonim ortaklıklarda sadakat yükümlülüğü açısından farklı bir sonuca varılabileceğini ortaya koyan görüşün<sup>1451</sup> tartışılması zorunludur. Ayrıca, sermayeye katımlı ortak girişimlerin nüvesini oluşturan temel sözleşmeye konulacak düzenlemelerle hakim paysahibinin ortaklığa karşı sadakat yükümlülüğüne tabi kılınıp kılınamayacağı konusundaki yaklaşım da ele alınmalıdır<sup>1452</sup>.

İlk olarak, ortaklık üzerindeki etkinliğin artması karşısında aşkın bir sorumluluğun yüklenmeyeceği yönündeki saptamamız, kişiselleştirilmiş anonim ortaklıklarda ve bu cümleden olarak yabancı yönetime tabi olan anonim ortaklıklarda dahi hakim paysahiplerinin sadakat yükümlülüğüne tabi kılınmasına engeldir. Zira ortaklık tipi ne denli yozlaştırılırsa yozlaştırılsın, tek borç ilkesi ortadan kalkmaz ve anonim ortaklık sadakat yükümlülüğüne zemin oluşturan bir kişi ortaklığına dönüştürülemez. Bu nedenle **Tekinalp'in** atipik anonim ortaklıklarda sadakat yükümlülüğü bakımından farklı sonuçlara varılabileceğini kabul eden ve yönetim kurulu üyelerinin sorumluluk rejiminin hakim paysahiplerine uyarlanmasının mümkün olduğu izlenimini yaratan görüşüne katılmıyoruz.

<sup>1449</sup> bkz. yuk. § 9, I, A.

<sup>1450</sup> bkz. yuk. § 14, II, A.

<sup>1451</sup> Bkz. yuk. dn. 1448.

<sup>1452</sup> Bu yaklaşım için bkz. **Okutan**, s. 260, 261.

Bu noktada Şu sorunun yanıtlanması zorunlu hale gelebilecektir : Atipik anonim ortaklıklarda, hakim paysahibinin veya hakim paysahiplerinin kötüye kullanma teşkil eden tasarrufları yaptırımsız mı bırakılmalıdır? Bu soruya kuşkusuz ki olumsuz yanıt verilmelidir; ancak bu açıdan benimsenmesi gereken gerekçeler farklı olmalıdır. İlk olarak, yabancı yönetime tabi ortaklıkların, bağılı ortaklıklar (topluluk Şirketi) ve ortak girişim Şirketi olmak üzere iki ana görünüm biçimi olduğunu kaydetmek gerekir. Topluluk Şirketleri bakımından, Tasarı m. 202 hükmünün kanunlaşması halinde, hakim ortaklığın bağılı ortaklık üzerindeki hakimiyetini kötüye kullanması, bu hükümle yaptırıma bağlanacak, bu yaptırımdan ortaklık doğrudan, diğer paysahipleri ise dolaylı olarak yarar sağlayacaktır. Hükümün kanunlaşmaması halinde ise tüzel kişilik perdesinin aralanması teorisinden yararlanmak mümkün olacaktır. Hakimiyetin kötüye kullanılması kavramı ile sadakat yükümlülüğünün ihlali birbiriyle örtüşme de, kötüye kullanma oluşturan bir çok tasarrufun çoğu zaman her iki hukuki değeri de ihlal edeceği gözden kaçırılmamalıdır.

Bu teorinin uygulama alanının sınırlılığı öne sürülürse de, bu kez atipik ortaklıkların her iki türü yani hem topluluk Şirketi hem de ortak girişim Şirketi açısından geçerli bir formül ortaya koymak mümkün olacaktır : Atipik ortaklıklarda, hakim paysahiplerinin ortaklık menfaatine zarar veren ortaklık içi ve dışı tasarrufları, yine dürüstlük kuralı ve hakların en az zarar verecek şekilde kullanılması teorisinden hareketle yaptırıma tabi tutulabilecektir. Şu kadar ki, ortaklığın atipik nitelik taşıması bu noktada gözetilecek, gerek dürüstlük kuralının gerek hakların en az zarar verecek şekilde kullanılması ilkesinin koyduğu çıta, tipik anonim ortaklıklara nazaran atipik anonim ortaklıklarda ortaklığın somut yapısı ve hakim paysahiplerinin egemenliğinin derecesi gözetilerek yükseltilecektir. Kanımızca bu çözüm tarzı, atipik anonim ortaklıklar bakımından sadakat yükümlülüğü öngörülmesine nazaran daha etkin ve verimlidir. Dürüstlük kuralının uygulanmasında da, somut olayın özellikleri gözetilecektir.

Diğer yandan, paysahipleri sözleşmesi ve temel sözleşme ile kişiselleştirilmiş ortaklıklarda, sadakat yükümlülüğünün temel sözleşmede öngörülüp öngörülmeyeceği meselesine de değinmek gerekmektedir. İlk olarak, adi ortaklık niteliğini taşıması kaydıyla bu sözleşmelerin kendiliğinden ortaklığa (adi ortaklığa)

ve diğ er ortaklara (sözleşmenin taraflarına) karşı bir sadakat yükümlülüğü doğuracağı görüşü<sup>1453</sup> isabetlidir ve ortaklık sözleşmesinin esaslı unsurunu oluşturan bu yükümlülüğün sözleşmeyle bertaraf edilmesi mümkün değildir. Paysahipleri sözleşmesi ve temel sözleşme ile kişiselleştirilmiş anonim ortaklık arasındaki etkileşim dikkate alındığında, bu yükümlülüğün anonim ortaklık düzenine de yansıtacağı ve anonim ortaklıklarda sadakat yükümlülüğünün mevcut bulunmamasının yaratacağı boşluğu bir çok yönden gidereceği kanaatindeyiz.

İkinci olarak, **Okutan**'ın temel sözleşmede anonim ortaklığa karşı sadakat yükümlülüğünün öngörülebileceği yönündeki görüşü de, tek borç ilkesinin sadece ortaklık düzeninde etki doğurması ve paysahipleri sözleşmesinin ortaklık düzeninden ayrılığı karşısında yerindedir. Şu kadar ki, bu yaklaşımın sonuçları üzerinde de durulması gerekmektedir. Diğ er bir anlatımla sadakat yükümlülüğünün hangi davranış yükümlülüklerini içerdiğine bakılmalıdır. Örnek olarak, rekabet yasağının öngörülmesi halinde herhangi bir sorun yoktur : Hakim paysahibi, bu yasağı ihlal ederse tazminat yükümlülüğüyle karşı karşıya kalacaktır. Buna karşılık, temel sözleşmede veya paysahipleri sözleşmesinde, ortaklık içi tasarruflara özgü sadakat yükümlülüğü getirilmesi olasılığında durum farklıdır. Somut olarak, hakim paysahibine, oy haklarını ortaklık çıkarlarına uygun kullanma yükümlülüğü getirilebileceğinin kabul edilmesi halinde, paysahipleri sözleşmesinde öngörülen bu yükümlülüğün ihlali halinde, sadece sözleşmesel yaptırımlar devreye girecek, hakim paysahibinin bu yükümlülüğü ihlal eden yönde kullandığı oylarla alınan genel kurul kararları, yukarıda benimsediğimiz prensip uyarınca dürüstlük kuralı aksi sonuca varmayı gerekli kılmadıkça, iptal edilemeyecektir. Diğ er bir anlatımla, temel sözleşmeyle ortaklığa karşı sadakat yükümlülüğü getirilse dahi, dürüstlük kuralı doğrulamadığı müddetçe, bu yükümlülüğe ortaksal yaptırımlar bağlanamayacaktır, çünkü sadakat yükümlülüğünün tek borç ilkesine aykırılığından dolayı bu yükümlülüğü öngören sözleşmesel düzenlemeler, ortaklık düzenine özgü (korporatif) etkiden mahrumdur.

---

<sup>1453</sup> **Okutan**, s. 260.

## § 15. Temel Sözleşmenin veya Ortak Girişim Şirketinin Sona Ermesi

### VI. Sona Erme Kavramı

Ortak girişimin sona ermesi kavramı, bir yandan temel sözleşmenin , diğer yandan ortak girişim şirketinin sona ermesini ifade edebilir<sup>1454</sup>. Bu nedenle sona ermeden söz ederken, temel sözleşmenin sona ermesi ile ortak girişim şirketinin sona ermesini birbirinden ayırmak gerekmektedir. Anonim ortaklığın sona ermesini gerektiren nedenler, anonim ortaklık çatısı altında kurulan sermayeye katılmalı ortak girişimler bakımından aynen uygulama alanı bulacaktır. Şu kadar ki, ortak girişim şirketinin, temel sözleşmenin sona ermesi dışında kalan nedenlerden dolayı sona ermesinin, ortak girişimlere özgü hukuki sorunları beraberinde getirip getirmediği meselesi, somut sona erme nedeni açısından irdelenmelidir<sup>1455</sup>.

Temel sözleşmenin sona ermesi<sup>1456</sup>, doğrudan doğruya anonim ortaklığı sona erdirmese de<sup>1457</sup>, anonim ortaklık düzeni üzerinde önemli etkiler doğurur<sup>1458</sup>. Gerçekten de, temel sözleşmenin sona ermesiyle, taraflar arasındaki işbirliğinin çatısını oluşturan anonim ortaklık, ortak girişim şirketi olma niteliğini yitirebilir; zira ortak kontrolün sona ermesi bu sonucu doğurur<sup>1459</sup>. Temel sözleşme ile anasözleşme

---

<sup>1454</sup> **Oertle**, s. 175,192. Yazar, sona ermenin temel sözleşmede düzenlenmesinin gerekli olduğu düşüncesindedir. Gerçekten de, temel sözleşmeden umulan yararların elde edilmemesi nedeniyle gündeme gelen sona erme durumu, başlı başına zahmetli bir sürecin işletilmesine yol açmaktadır. Bu sürecin kolaylaştırılması ve olumsuz ekonomik sonuçların bertaraf edilmesi açısından, sona ermeye ilişkin hükümlere temel sözleşmede yer verilmesi elzemdir; bu yönde bkz. yuk. § 8, II, B, 10.

<sup>1455</sup> Örnek olarak bir ortak girişim şirketi herhangi bir anonim şirket açısından söz konusu olduğu gibi, hakim pay sahiplerinin ortaklığın feshine karar vermesi(TTK.m. 434/1 b. 9) veya ortaklığın mali durumunun bozulması (TTK.m. 324, İİK.m. 179) gibi nedenlerden dolayı sona erebilir.

<sup>1456</sup> Temel sözleşmenin sona ermesiyle, bu sözleşmeyle hakim pay sahipleri arasında oluşan adi ortaklık ortadan kalkmayıp bir tasfiye ortaklığına dönüşür; bkz. **Poroy (Tekinalp/Çamoğlu)**, No.103.

<sup>1457</sup> Sermayeye katılmalı ortak girişimin çok katmanlı bir hukuki yapı arz etmesi, bu yapı bünyesindeki iki ayrı ortaklığın birbirinden bağımsız olmasını gerektirmektedir. Buna bağlı olarak temel sözleşmenin sona ermesiyle ortak girişim şirketinin sona ermesi, birbirinden ayrıdır; **Djalali**, s. 94.

<sup>1458</sup> Temel sözleşmenin sona ermesi halinin sermayeye katılmalı ortak girişimi kuşatan tüm sözleşmelerin kaderini etkilediği yönünde bkz. **Langefeld-Wirth**, Rechtsfragen, s. 5.

<sup>1459</sup> Bunun istisnasının, ortak kontrolün anasözleşmeyle tesis edildiği haller olduğunu belirttik. Şu kadar ki, bu olasılıkta dahi, ortak kontrolün varlığını sürdürmesi nedeniyle şirket ortak girişim şirketi niteliğini yitirmeyecek olsa da, ortak kontrolün maddi içeriği belirsizleşir. Açık bir anlatımla, ortak kontrol, halen varlığını sürdürmektedir; bununla birlikte, ortak girişim şirketinin stratejisini belirleyen temel sözleşme ortadan kalktığından, ortak girişim şirketi bir stratejik



arasındaki etkileşim<sup>1460</sup> dikkate alındığında, temel sözleşmenin sona ermesi, şirketi münhasıran anasözleşmeyle sınırları belirlenmiş olan hukuk düzenine tabi kılacaktır. Bu dönüşüm, doğrudan doğruya şirketin yapısı üzerinde değişiklik yaratır<sup>1461</sup>. Temel sözleşmenin ortak girişim şirketi açısından istikrar sağlayıcı bir araç olduğu gözetildiğinde<sup>1462</sup>, bu aracın devre dışı kalması, ortak girişim şirketini istikrarsız hale getirebilecek; giderek onun sona ermesini sonuçlandırabilecektir. Bu nedenle temel sözleşmede, bu sözleşmenin ortadan kalkmasının etkilerine yönelik düzenlemeler getirilmesi, sona ermenin yaratacağı olumsuz etkileri asgariye indirebilir<sup>1463</sup>. Böylelikle temel sözleşmede belirtilen esaslara göre işbirliği ilişkilerini sona erdiren ortaklar, anonim ortaklığın akıbetini de bu şekilde belirlemiş olurlar<sup>1464</sup>.

Örnek olarak, ikiden fazla hakim paysahibinin bulunduğu bir ortak girişim şirketinde, hakim paysahiplerinden birinin paylarını diğer hakim paysahiplerinin rızasıyla mevcut paysahiplerinden birine devretmesi ve kalan hakim paysahiplerinin aralarındaki temel sözleşmeyi ortak kontrolü icra etmelerini sağlayacak şekilde değiştirmeleri halinde de, ortak girişim şirketi sona ermeyecektir. Bir başka olasılık da, bir hakim paysahibinin paylarını devrettiği üçüncü kişinin diğer hakim paysahibinin onayıyla ortak girişim şirketinde hakim paysahibi konumuna yerleşmesidir<sup>1465</sup>.

Mevcut hakim paysahiplerinden birinin paylarını bir üçüncü kişiye devretmesi olasılığında, hakim paysahibinden payları devralan kişinin paysahibi sıfatını

---

ekonomik birim olma özelliğini yitirir. Bu olgu, kilitleme olasılığını güçlendirir; bu konuda ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. yuk. § 8, II, A, 3.

<sup>1460</sup> Bu konuda bkz. yuk. § 8, I, C, 4.

<sup>1461</sup> **Schlupe**, (Privatrechtliche Probleme, s.492), temel sözleşmenin sona erdiği, buna karşılık ortak girişim şirketinin devam ettiği hallerde, hakim teşebbüslerin ve onların menfaatlerini temsil eden kimselerin ortaklık organlarında, “birbirleriyle işbirliği yapmış” özneler olarak değil, adeta birer yabancı gibi yer aldıklarını vurgulamaktadır.

<sup>1462</sup> Temel sözleşmenin bu işlevi için bkz. Jean Nicholas **Druey**, s. 8.

<sup>1463</sup> Bu tür düzenlemeler, özellikle Rekabet Hukuku açısından sermayeye katılmalı ortak girişimin kalıcılığını etkileyen bir olgu olarak nitelendirilmemektedir, bkz. **Faull/Nikpay**, No. 4.52.

<sup>1464</sup> Bu yönde, **Oertle**, s. 175.

<sup>1465</sup> Kuşkusuz ki, bu iki olasılıkta da ortak kontrolden tek başına kontrole geçiş veya doğrudan doğruya kontrolün el değiştirmesi söz konusu olduğundan söz konusu hukuki işlemler Rekabet Hukuku açısından yeni bir yoğunlaşma işlemine vücut verecek ve Rekabet Kurulu’nun iznini gerektirecektir, bkz. Gerhard **Commichau**/ Harald **Schwartz**/ Philipp **Dietze**/ Helmut **Janssen**, s.119; **Zäch**, s. 240.

kazanması, çoğu zaman temel sözleşme doğrultusunda anasözleşmeye konulan bağlam hükümleri uyarınca, anonim ortaklığın onayına bağlı kılınırken<sup>1466</sup>; bu kişinin temel sözleşmeye taraf olabilmesi, sözleşmenin devrini<sup>1467</sup>, böylelikle hem devralan pay sahibinin hem de temel sözleşmeye taraf olan diğer pay sahiplerinin buna rıza göstermesini gerektirmektedir<sup>1468</sup>. Bu noktada, temel sözleşmeye hakim pay sahipleri dışında kalan öznelerin de taraf olabileceği olgusu dikkate alınmalıdır. Uygulamada özellikle azınlık pay sahiplerinin ve ortak girişim şirketinin de sözleşmeye taraf olabildiği gözetildiğinde, hakim pay sahipleri dışında kalan bu öznelerin de payları devralan kişinin temel sözleşmeye taraf olmasını sağlamak üzere rıza göstermelerinin gerekli olup olmadığının tartışılması gerekecektir. Temel sözleşme, bir adi ortaklık sözleşmesi olarak nitelendirildiğinden, azınlık pay sahiplerinin de ortak kontrolün tesis edilmesi amacı doğrultusunda belirli edimleri üstlenerek, örneğin oy haklarını hakim pay sahiplerinin belirledikleri yönde kullanmayı üstlenerek temel sözleşmeye taraf olmaları, azınlık pay sahiplerini de temel sözleşme uyarınca kurulan adi ortaklığın ortağı konumuna yerleştirecektir<sup>1469</sup>. Bu

---

<sup>1466</sup> Anonim ortaklık olarak kurulan ortak girişim şirketlerinde de bağlam, ortaklığın yabancılaşmasını, diğer bir anlatımla mevcut hakim pay sahipleri dışındaki kimselerin ortak olmasının hatta ortak kontrolü paylaşabilecek konuma yerleşmelerini engelleyici bir rol üstlenmektedir. Bağlamın pay sahipleri sözleşmesinin icra edilmesini teminat altına alan bir araç olarak üstlendiği işlevler için bkz. **Forstmoser**, Vinkulierung, s. 92 vd.

<sup>1467</sup> Sözleşmenin devri, belirli bir sözleşmenin taraflarından birinin o sözleşmeden doğan tüm hakları ve borçları, sözleşmenin diğer tarafının rızasıyla bir başka kimseye geçirmesini, böylelikle bu kimsenin kendi rızasıyla sözleşmeye taraf olmasını konu edinmektedir; bkz. **Oğuzman/Öz**, s. 921, bu konuda çeşitli tanımlar için bkz. Hasan **Ayrancı**, Sözleşmenin Yüklenilmesi (Devri), Ankara, 2003, s. 33, Vedat **Buz**, Yenilik Doğuran Haklar, Ankara, 2005, s. 353.

<sup>1468</sup> Anonim ortaklığın kişiselleştirildiği durumlarda, pay sahipleri sözleşmesinden beklenen yararın elde edilebilmesi için, pay sahipleri sözleşmesi ve anasözleşme bir bütün olarak mütalaa edilmelidir. Bu açıdan **Forstmoser**, bir bütünün parçalarını oluşturan bu iki unsurun sağlıklı etkileşimi ve ortaklığın pay sahipleri sözleşmesinin içerdiği kişisel öğelerin etkisi altında tutulabilmesi için, pay sahipleri çevresinde meydana gelen bir değişikliği, pay sahipleri sözleşmesine taraf olanlar çevresine de yansıtma gerektiğini, aksi takdirde bu iki unsurun (anasözleşme-paysahipleri sözleşmesi) bir bütünün çatısı altında muhafaza edilemeyeceğini belirtmektedir; bkz. **Forstmoser**, Vinkulierung, s. 91. Bu yaklaşımın sermayeye katılmalı ortak girişimler açısından evleviyetle geçerli olduğunu kaydetmek gerekir. Ortak girişim şirketinin hakim pay sahiplerince belirlenen ve onların katkılarıyla biçimlenen stratejik amaç doğrultusunda faaliyet göstermesi, hakim pay sahiplerinin özel stratejileri ile yakından ilişkili olduğundan ve ayrıca hakim pay sahiplerinin uydu sözleşmeleri uyarınca ortak girişim şirketine yönelik belirli edimleri yerine getirmelerini zorunlu kıldığından, ortak girişim şirketinde en azından "hakim pay sahipleri" çevresinde meydana gelen değişiklik, temel sözleşmesine taraf olan pay sahipleri çevresine de yansıtılmalı, hem yeni hakim pay sahibi sözleşmenin devri veya yeni bir temel sözleşmenin akdedilmesi yoluyla temel sözleşmeye taraf haline getirilmeli hem de ortak girişim şirketinin stratejisi, yeni hakim pay sahibinin özel stratejisi ile de ilişkilendirilmelidir.

<sup>1469</sup> Sermayeye katılmalı ortak girişimlerin işleyişi açısından temel sözleşmenin kritik bir rol üstlendiği dikkate alındığında, ideal model, kanımızca temel sözleşmeye münhasıran hakim pay sahiplerinin taraf olması, gerekirse hakim pay sahipleriyle azınlık pay sahipleri arasında sinallagmatik bir oy sözleşmesinin akdedilmesidir. Böylelikle, temel sözleşmeden doğan adi ortaklığa sadece hakim pay sahiplerinin ortak olması sağlanacak, ortak kontrolü paylaşması söz

itibarla, hakim paysahibi olacak bir kişinin sonradan temel sözleşmeye taraf olması ve mevcut hakim paysahiplerinden birinin paylarını devrederek ortaklıktan ayrılması, adi ortaklıkta ortaklığa yeni bir ortağın dahil olması veya bir ortağın ortaklıktan ayrılması sorunsalı çerçevesinde ele alınmalıdır.

Temel sözleşmeye yeni bir ortağın taraf olması, BK.m. 532 uyarınca tüm ortakların, diğer bir deyişle temel sözleşmeye taraf olan kişilerin tamamının onayını gerekli kılmaktadır. Bununla birlikte, diğer ortakların tamamının rızası (oybirliği) yerine çoğunluğun rızasıyla yeni bir ortak alınabileceği de ortaklık sözleşmesinde kararlaştırılabilir<sup>1470</sup>. Bu imkan, özellikle sermayeye katılmalı ortak girişimler bakımından pratik bir değer taşımaktadır. Temel sözleşmeye hakim paysahipleri dışındaki kimselerin, örneğin azınlık paysahiplerinin veya ortak girişim şirketinin alacaklılarının<sup>1471</sup> taraf olması halinde, yeni bir kişinin temel sözleşmeye taraf olması, diğer bir anlatımla temel sözleşme uyarınca kurulan adi ortaklığa yeni bir ortak alımı, ortakların çoğunluğunun olumlu oyuna bağlanabilir.

Bu sayede, hakim paysahipleri ortak sayısının çoğunluğunu oluşturdukları veya başka ortakların desteğiyle bu çoğunluğu elde etmeleri halinde, kendi iradeleriyle yeni bir ortağın temel sözleşmeye taraf olmasını sağlayabileceklerdir. Bu noktada şu soru ortaya atılmalıdır : Acaba, yeni bir ortağın alınması, sadece hakim paysahiplerinin iradesine bağlanabilir mi? Kanımızca bu soruya olumsuz yanıt verilmelidir. Aksi takdirde adi ortaklığın kural olarak oybirliğini esas alan, bununla birlikte sözleşmede yer verilmesi kaydıyla oy çoğunluğuyla karar alınmasına imkan tanıyan yapısı (BK.m. 524) zedelenecek, adi ortaklığın bünyesine yabancı bir şekilde ortaklardan birinin kişisel iradesine ağırlık tanınacaktır. Adi ortaklığın saf kişisel özellikler taşıyan bir ortaklık olduğu dikkate alındığında, yeni bir kişinin temel sözleşmeye taraf olmasında, ortaklığın kişi unsuru feda edilmemeli; ancak ortaklık sözleşmesinde kararlaştırılması kaydıyla oy çoğunluğuyla yeni bir ortağın ortaklığa dahil edilmesine imkan tanınmalıdır.

---

konusu olmayan başka kimselerin, özellikle azınlık paysahiplerinin ortak girişim şirketinin ortaklaşa kontrol edilmesine hizmet edecek olan adi ortaklığa taraf olmaları ve böylelikle söz konusu adi ortaklıkta müşterek yönetim ve karar alma süreçlerinin (BK.m. 524) güçleşmesi önlenecektir.

<sup>1470</sup> Meier-Hayoz/Forstmoser, s. 212, Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), No. 96.

<sup>1471</sup> Temel sözleşmeye taraf olabilecek kişiler çevresi için bkz. yuk. § 8, I, B, 5.

Ortağın ortaklıktan çıkması ise kanunda düzenlenmemiştir. Her ortak, haklı nedenlerin varlığı halinde adi ortaklığın sona ermesini sağlayabilir (BK.m. 535/1 b.7). Ancak bir ortağın ortaklıktan çıkması, diğer ortakların tümünün rıza göstermesi veya ortaklık sözleşmesinde öngörülme kaydıyla ortakların çoğunluğunun rıza göstermesine bağlanabilir<sup>1472</sup>. Adi ortaklıklarda kişi unsurunun önemi, ortaklardan birinin çıkmasında kendisini daha ağırlıklı bir şekilde hissettirmektedir. Zira, bazı durumlarda ortaklardan birinin varlığı, diğer ortakların söz konusu yer almaları açısından adeta bir varlık nedeni olarak nitelendirilebilir. Ayrıca ticari itibarı yüksek olan bir ortağın ayrılması, en azından ayrılma tarihinden sonra adi ortaklığın üstlendiği borçlar bakımından söz konusu ortağı müteselsil sorumluluk zincirinin dışına çıkarmaktadır. Bu nedenle, sermayeye katılmalı ortak girişimlerde hakim pay sahiplerinden birinin temel sözleşme uyarınca kurulan adi ortaklıktan ayrılması<sup>1473</sup>, temel sözleşmeye taraf olan ve adi ortaklığın ortağı sıfatını taşıyan diğer ortakların oybirliğine veya sözleşmede öngörülme kaydıyla oy çoğunluğuna bağlanmak gerekir.

Özellikle temel sözleşme uyarınca kurulan adi ortaklıkta ortaklardan birinin çıkmasına veya yeni bir ortağın dahil olmasına ilişkin bu yaklaşımlar, temel sözleşmenin esas itibarıyla hakim pay sahipleri arasında akdedilmesinin daha akılcı olduğunu ortaya koymaktadır. Ortak kontrolün sağlanması için azınlık pay sahipleriyle (müstakbel) hakim pay sahipleri arasında sözleşme yapılmasının gerekli olduğu durumlarda veya ortak girişimin kurulması açısından devreye girmesi elzem olan bir alacaklının, kendi sağladığı kredinin geri dönüşü için hakim pay sahipleriyle bir sözleşme yapmasının zorunlu olduğu durumlarda, kanaatimizce temel sözleşmenin hakim pay sahipleri arasında akdedilmesi, alacaklılarla veya azınlık pay sahipleriyle akdedilecek olan sözleşmelerin ise bağımsız olarak yapılması yararlı olacaktır. Bu yaklaşım, pratik açıdan eleştirilebilir ve zaman kaybına yol açan bir yöntem olarak değerlendirilebilir. Şu kadar ki, sadece temel sözleşmenin

---

<sup>1472</sup> **Poroy (Tekinalp/Çamoğlu)**, No. 98.

<sup>1473</sup> Hakim pay sahiplerinden birinin temel sözleşme uyarınca kurulan adi ortaklıktan ayrılması, onun ortak girişim şirketinde de pay sahipliğinden ayrılması anlamına gelmemektedir. Ortak girişim şirketinin stratejik bir ekonomik birim olduğu dikkate alındığında, kural olarak hakim pay sahiplerinden birinin temel sözleşme uyarınca kurulan adi ortaklıktan ayrılması ile ortak girişim şirketindeki paylarını devretmesi, birbirleriyle aynı zamanda veya birbirlerini müteakiben gerçekleşir. Bununla birlikte, teorik olarak, hakim pay sahiplerinden birinin adi ortaklıktan ayrılması, buna karşılık hakim pay sahipliği sıfatı sona ermeyle birlikte ortak girişim şirketinde yatırımcı bir pay sahibi olarak kalmaya devam edebilir.

akdedilmesi ve hakim paysahibi olmayan tarafların da temel sözleşmeye taraf olmaları halinde, hakim paysahipleri dışında kalan diğer tarafların, ortak girişim şirketinde sahip olmadıkları bir ağırlığa, temel sözleşme uyarınca kurulan adi ortaklıkta ulaşmaları söz konusu olacaktır. Bu durum, ortak kontrolün işleyişini zedeleyebilir.

Sermayeye katılmalı ortak girişimlerde hakim paysahibinin değişmesi halinde, ilgililerin tümünün rıza gösterdiği hallerde dahi, bu aşamada temel sözleşmenin gözden geçirilmesi ve gerekli görülürse bu sözleşmenin bazı hükümlerinin yenilenmesi yararlı olabilir. Zira temel sözleşmenin işlevine ilişkin açıklamalarda belirtildiği üzere<sup>1474</sup>, temel sözleşme, hakim paysahiplerinin stratejik konumları ve ortak girişime katkıları gözetilerek düzenlendiğine göre, yeni bir paysahibinin hakim paysahibi konumuna yerleşmesi, temel sözleşmenin kökeninde yatan stratejinin yeniden gözden geçirilmesini zorunlu kılacaktır.

Böylelikle, hakim paysahipleri arasındaki temel sözleşmenin sona erdiği her durumda ortak girişim şirketi olarak kurulan anonim ortaklık varlığının da son bulması, hatta ortaklığın “ortak girişim şirketi olma özelliğinin” ortadan kalkması zorunlu değildir. Bu sebeple, temel sözleşmenin sona ermesiyle ortak girişim şirketinin sona ermesinin farklı olgular olduğunu bir kez daha vurgulamak gerekir. Temel sözleşmenin sona ermesiyle ortak girişim şirketinin sona ermesinin karşılıklı etkileşimi, somut sona erme nedenleri bağlamında ele alınmalıdır.

## **VII. Temel Sözleşmenin Sona Ermesine Yol Açan Nedenler**

### **A. Ekonomik Nedenler**

Bir işbirliği modeli olarak ortak girişimin kurulmasını teşvik eden ekonomik faktörler, onun sona ermesi bakımından da rol oynayabilir<sup>1475</sup>. Genel bir bakış açısıyla, bu faktörleri makro ekonomik ve mikroekonomik faktörler olmak üzere ikiye ayırmak mümkündür.

---

<sup>1474</sup> bkz. yuk. § 8, II, A, 1.

<sup>1475</sup> Bu yönde bkz. Steve **Thompson**, Takeovers, Joint Ventures and The Acquisition of Resources for Diversification, Scottish Journal of Political Economy, C. 46, Yıl : 1999, s. 305.

Makroekonomik faktörler, ortak girişim şirketini çevreleyen ekonomik konjonktürde ve şirketin faaliyet gösterdiği pazarda meydana gelen ve ortak girişim şirketini doğrudan etkileyen gelişmelerdir<sup>1476</sup>. Örneğin, ortak girişim şirketinin ulusal ekonomik krizin yarattığı olumsuz koşullar nedeniyle başarısız olması veya ilgili pazarın yapısında meydana gelen değişikliklerden dolayı ortak girişim şirketinin pazar payını önemli ölçüde yitirmesi durumunda, makroekonomik faktörlerin ortak girişim üzerindeki olumsuz etkilerinden söz etmek gerekir. Pazar yapısındaki ani değişiklikler, özellikle yeni oluşan pazarlarda ve yüksek teknoloji pazarları gibi teşebbüslerin sundukları ürün ve hizmetleri sürekli olarak geliştirmek ve yeni teknik yenilikler yaratmalarının zorunlu olduğu pazarlarda etkisini ağırlıklı olarak hissettirmektedir<sup>1477</sup>.

Nitelikleri itibariyle makroekonomik faktörler, ortak girişimin kendi inisiyatifi dışında gelişen faktörlerdir. Bununla birlikte kurumsal yönetim ve risk yönetimi anlayışlarına göre yapılandırılan ve yönetilen ortak girişimlerde, olumsuz makroekonomik gelişmelerin etkileri asgariye indirilebilir<sup>1478</sup>.

Mikroekonomik faktörler ise, doğrudan doğruya ortak girişim şirketinden kaynaklanan ve ilgili pazarda sadece onu doğrudan doğruya etkileyen faktörlerdir. Ortak girişimi hakim teşebbüslerden soyutlanmış bir teşebbüs olarak ele almak mümkün değildir. Bu anlamda ortak girişim şirketinin başarısı, ortak girişim sisteminin unsurları, yani hakim teşebbüsler ve ortak girişim arasındaki bağın ve dengenin sağlıklı bir şekilde kurulmasına bağlıdır. İlk olarak ortak girişimin, hakim teşebbüslerin stratejik yaklaşımları, diğer bir deyişle ticari hataları etkili olmaksızın ticari başarısızlığa uğraması söz konusu olabilir. Bu anlamda ortak girişim, bütün teşebbüsler açısından gündemde olan bu riskten soyutlanmış değildir.

Bununla birlikte işletme bilimine ilişkin çalışmalar, ortak girişimlerin ağırlıklı olarak hakim teşebbüslerin hatalı stratejik yaklaşımlarından dolayı başarısızlığa uğradığını

---

<sup>1476</sup> Makroekonomik faktörlerin sermayeye katılmalı ortak girişimler üzerindeki olumsuz etkileri için bkz. **Kabst.** s. 105 vd.

<sup>1477</sup> **Odman Boztosun**, s. 173 vd, teknolojinin hızlı gelişiminin ortak girişimler açısından bir belirsizlik faktörü yarattığı yönünde bkz. **Kabst.** s. 107.

<sup>1478</sup> Sermayeye katılmalı ortak girişimlerin istikrarını bir çok makroekonomik faktörün tehdit ettiği dikkate alındığında, söz konusu risklerle mücadele edilmesi açısından en elverişli ortaklık tipi, kurumsal yönetim ilkesinin etkisi altında olan anonim ortaklıktır.

ortaya koymaktadır<sup>1479</sup>. Hatalı stratejik yaklaşımlar, bir çok yönden etkisini gösterebilmektedir.

İlk olarak ortak girişimin başarısı, bağımsız bir ekonomik birim olarak faaliyet göstermek üzere yeterli kaynaklarla donatılmasına bağlıdır<sup>1480</sup>. Söz konusu kaynakların yeterliliği, ortak girişimin faaliyet göstereceği pazara ve ortak girişimin yöneldiği amaca göre değişiklik göstermektedir. Bu bağlamda, kaynak kavramını geniş olarak değerlendirmek ve bu kavramın her türlü maddi ve gayrimaddi unsuru içerdiğini vurgulamakta yarar vardır<sup>1481</sup>. Anonim ortaklık olarak kurulacak ortak girişime tahsis edilecek kaynaklar ortaklığa sermaye olarak konulabileceği gibi, TTK.m. 139 hükmünün sermaye olarak konulmasına imkan tanımadığı teknik yenilik, peştemaliye gibi unsurların da sermaye dışında ortaklığa tahsis edilmesi gerekebilir<sup>1482</sup>.

Ortak girişimin sadece kuruluş aşamasında yeterli kaynaklarla donatılması yeterli olmayacak; bu oluşumun faaliyeti boyunca gereken kaynakları elde edebilecek yapıya sahip olması gerekecektir. Özellikle belirli bir başlangıç süresinin sonunda hakim teşebbüslerin ortak girişime doğrudan ekonomik desteklerinin sona ermesi halinde, ortak girişimin özkaynaklarını güçlendirmesi ve sürekli olarak yabancı kaynak elde edebilmek amacıyla mali yapısını koruması gerekmektedir. Bu özelliklerden yoksun olan ortak girişimler, kısa sürede başarısızlığa uğramaktadır.

Çoğu zaman, hakim teşebbüslerin farklı şirket kültürlerine sahip olmaları ve ortak girişim bünyesinde müşterek bir kültür geliştirme yönünde istek göstermemeleri, ortak girişim şirketini kendisine ait bir işletme konseptinden mahrum bırakmaktadır<sup>1483</sup>. Özellikle yerli ortaklarla kurulan uluslararası ortak girişimlerde, yerli ortağın kârını maksimize etme, yabancı ortağın ise işletmenin kârını yatırımlara

---

<sup>1479</sup> **Büchel/Prange/Probst/Rüling**, s. 67 vd, **Kabst**, s. 85 vd.

<sup>1480</sup> Nitekim Rekabet Hukuku, bu özelliği tam işlevliliğin bir unsuru olarak nitelendirmektedir; bkz. yuk. § 7, II, B, 3.

<sup>1481</sup> **Ulaş**, s.63 vd.

<sup>1482</sup> Bu unsurlar anonim ortaklığa tahsis edilse dahi, sermaye niteliğini kazanamazlar; zira anonim ortaklık, sermayeye dayalı yapısının bir gereği olarak ancak nesnel bir şekilde aktifleştirilebilen malvarlığı unsurlarının sermaye olarak taahhüt edilmesine elverişlidir. Bu tür kalemlerin bilançoya geçirilemeyeceği yönünde bkz. bkz. **Tekinalp**, Bilanço, s. 195.

<sup>1483</sup> **Büchel/Prange/Probst/Rüling**, s. 116 vd.

yönlendirme eğilimleri birbirleriyle çelişmektedir<sup>1484</sup>. Bu duruma düşen ortak girişim şirketleri, her iki hakim teşebbüsün çoğunlukla birbiriyle telif edilebilir nitelikte olmayan işletme konseptleri arasında sıkışıp kalmakta, stratejik pazar davranışlarını kalıcı bir zeminde oluşturamamaktadır. Bu olgunun kaçınılmaz sonucu da ortak girişimin başarısızlığa uğramasıdır.

## B. Hakim Paysahipleri Arasında Anlaşmazlıklar Çıkması

Ortak girişimlerin daha kuruluşlarından itibaren kilitlenmeye elverişli bir yapı ortaya koyduklarını irdlemiştik. Bu yapı, hakim paysahipleri arasında bir uzlaşma kültürünün geliştirilmesi zorunluluğunu beraberinde getirmesi açısından olumlu özellikler göstermekle birlikte<sup>1485</sup>, ortak girişimin varlığını tehdit eden yönüyle de olumsuz etkiler doğurmaktadır. Bu çerçevede ortak girişimleri başarısızlığa uğratan önemli faktörlerden birisi de, hakim paysahipleri arasında anlaşmazlıkların ortaya çıkmasıdır. Bu anlaşmazlıkların ortaklığın stratejik kararlarına sirayet etmesi ve ortaklık organlarında karar alınamaması halinde, ortak girişimin stratejik bir işbirliği modeli olma özelliği zedelenir.

---

<sup>1484</sup> Büchel/Prange/Probst/Rüling, s. 6-7.

<sup>1485</sup> Bu noktada, **Von der Crone'nin** saptaması kritik bir önem taşımaktadır. Yazar, iki ortaklı anonim ortaklıkların kontrolün paylaşımını zorunlu kılan yapısından hareket ederek, uzlaşma zorunluluğunu, diğer bir anlatımla, kararların alınması açısından oybirliğinin zorunlu olmasını, iki yönden olumlu bir faktör olarak değerlendirmektedir : İlk olarak, bu zorunluluk, ortaklık organlarında alınacak kararın hakim paysahiplerinden her birinin menfaatlerine uygun bir karar olarak biçimlenmesine yol açmaktadır. İkinci olarak, hakim paysahiplerinin her birinin karar taslağını kendi menfaatlerine uygun bir şekilde biçimlendirmeleri ve böylelikle alınacak karar üzerinde uzlaşmalarının sonucu olarak, söz konusu karar, hakim paysahiplerinin ortak menfaatlerine hizmet eden bir karar olarak ortaya çıkmaktadır; bkz. **Von der Crone, Zweimannesgesellschaften**, s. 39. Yazarın her türlü “iki ortaklı anonim ortaklık” (*Zweimannesgesellschaft*) açısından ortaya koyduğu bu önerme sermayeye katılmalı ortak girişimlere uyarlandığında, ortak kontrolü eşit bir şekilde paylaşan hakim paysahipleri ancak her birinin kişisel menfaatlerine uygun düşen kararların alınmasında uzlaşmakta, söz konusu karar hem ortak kontrol iradesini oluşturmakta hem de sonradan ortaklık organlarında geçerli bir hukuki işlem olarak doğmaktadır. Bu noktada, uzlaşmanın sağlanması ve ortak kontrol iradesinin oluşumu, doğrudan doğruya hakim paysahiplerinden bağımsız bir menfaat olan “ortak girişim şirketinin ortaklık menfaatine” (ortaklık menfaati kavramı için bkz. yuk :ölüm 4, I, A) hizmet etmektedir. Ortak kontrolün çetrefil oluşum sürecinin sağlıklı bir şekilde işletilmesi ise, temel sözleşme ile hakim paysahiplerinin uzlaşma alanlarının belirlenmesine bağlıdır. Diğer bir anlatımla temel sözleşmenin akdedilmesinin en önemli işlevi, henüz bu sözleşmenin akdedilmesi aşamasında hakim paysahiplerinin temel sözleşmeyle belirlenen “uzlaşma alanında” nasıl hareket edecekleri hususunda kendilerini bağlamalarını sağlamalarıdır. Böylelikle daha ortak girişim şirketinin kuruluş aşamasında, stratejik kararların alınmasında hakim paysahiplerinin hangi koşullarda hangi yönde oy kullanacakları belirlenmektedir. Kanımızca bu olgu, ortak kontrolün olumlu yönü olarak değerlendirilmelidir.



Sermayeye katılmalı ortak girişimi kilitlenmeye elverişli kılan başlıca neden, ortak girişim şirketinin organlarında ortaklık iradesinin oluşum sürecidir. Zira ortak kontrol, ortak girişim şirketinde belirli bir stratejik kararın alınmasından önce, söz konusu kararın her bir hakim teşebbüs nezdinde ayrıca tartışılmasını gerektirmektedir<sup>1486</sup>. Bu olgu, ortak girişim şirketinde stratejik kararların alınması sürecini oldukça karmaşık hale getirmektedir.

Genel kurulda veya yönetim kurulunda alınacak stratejik kararın taslağı her bir hakim teşebbüs nezdinde değerlendirildiğinde, hakim paysahiplerinin (genel kurul) veya onların menfaatlerini anonim ortaklık organlarında temsil eden organ görevlilerinin (yönetim kurulu) ortaklık organlarında hangi yönde oy kullanacakları böylelikle önceden saptanmış olmaktadır. Öyle ki, stratejik nitelikteki kararlar, ortaklık organlarında karara bağlanmadan önce, hakim paysahipleri arasında adeta ayrıntılı bir sözleşmenin müzakeresine ilişkin bir ön süreç yürütülmektedir<sup>1487</sup>. Bu bağlamda, hakim teşebbüslerin farklı stratejileri, farklı organizasyon yapıları; özerklik ve kontrol kavramlarına yönelik farklı yaklaşımları bu teşebbüslerin stratejilerinin birbiriyle çatışmasına yol açabilmektedir<sup>1488</sup>.

Hakim paysahiplerinden her birinin kendi belirlediği doğrultuda hareket etmesi, genel kurulda ve yönetim kurulda şirketin menfaatlerinin belirlenmesine yönelik müzakereleri bir anlamda işlevsiz kılmaktadır. Bu çerçevede, kilitlenmeye neden olan olgu, hakim paysahiplerinin önceden belirledikleri stratejilerini ortaklık organlarında değiştirmemeleri; bu stratejilerin birbiriyle çatışması halinde ise, uzlaşmazlığın sürekli hale gelmesidir. Bu anlamda ortak girişim şirketinin kilitlenmesinin ardında, onun ortaklaşa kontrol edilmesine ve stratejik bir işbirliği anlaşması olan temel sözleşme uyarınca yönetilmesine hizmet eden adi ortaklıkta karar alınamaması olgusu yatmaktadır. Bu tür çatışmaları önlemenin en önemli aracı, temel sözleşmedir<sup>1489</sup>. Hakim teşebbüsler, ortak girişim şirketinin müstakbel stratejik kararlarına ilişkin yol haritasını temel sözleşmeyle çizebilirlerse, çatışmaların önüne büyük ölçüde geçilebilecektir.

---

<sup>1486</sup> **Oktay**, s. 40. Ortak kontrolde ortak girişim şirketinin iradesinin oluşum sürecine ilişkin değerlendirmeler için bkz. yuk. § 10, II.

<sup>1487</sup> **Scheibitz**, s. 96 vd.

<sup>1488</sup> **Büchel/Prange/Probst/Rüling**, s. 2; **Dobkin**, s. 110.

<sup>1489</sup> **Ross**, s. 18, **Büchel/Prange/Probst/Rüling**, s. 69.

Kuşkusuz ki, temel sözleşmenin bir borç sözleşmesi niteliğini taşıması ve ortaklık düzenine dahil olmaması, hakim paysahiplerinin bu sözleşmeyi ihlal ederek ortak kontrolün işleyişini engelleyebileceklerini ortaya koymaktadır. Bu noktada ise, temel sözleşmenin ihlaline bağlanan yaptırımların caydırıcılığı önem taşımaktadır<sup>1490</sup>.

Bu veriler ışığında, öncelikle nedenleri ve görünüm biçimleri itibariyle ortak girişimin sona erdirilmesi meselesi ele alınacak, ardından sona ermenin etkileri araştırılacaktır.

## VIII. Temel Sözleşmenin Sona Erdirilmesi

### C. Tarafların Uzlaşması Yoluyla

Ortak girişim gibi stratejik bir işbirliğini gerçekleştirmek üzere önemli kaynaklarını tahsis eden paysahipleri, bu işbirliğinin sona ermesi halinde, tahsis ettikleri kaynakların önemli bir kısmını yitirme tehlikesiyle karşı karşıya gelirler. Özellikle ortak girişimin mali başarısızlıktan dolayı sona erdiği durumlarda, bu kaynakların önemli bir kısmı yitirilmiş olabilir. Bu koşullara ek olarak, ortak girişimin sona erdirilmesinde izlenecek yol konusunda paysahiplerinin anlaşamaması, söz konusu kayıpları artırabilir. Bu yönden, ortak girişim sözleşmesinin taraflarının işbirliğinin sona erdirilmesi konusunda anlaşmaları, en verimli sona erdirme yöntemidir.

Temel sözleşmenin adı ortaklık olarak nitelendirilmesi, bu oluşumun meydana gelmesini de, sona ermesini de kolaylaştırmaktadır. Gerçekten de, temel sözleşmenin tarafını oluşturan tüm ortakların oybirliğiyle alınacak bir kararla adı ortaklık sona erecektir (BK.m.535/1 b. 4). Bu durumda ortaklık, yine ortakların tümü veya ortaklık sözleşmesinde görevlendirilen ortak tarafından tasfiye edilecektir<sup>1491</sup>

<sup>1490</sup> Bu yaptırımlar arasında, cezai şart, opsiyon hakları ve anasözleşmede belirtilen sebebe istinaden ortaklığın feshini dava etme hakkı özellikle anılmalıdır. Paysahipleri sözleşmesinin ihlaline bağlanan sonuçlar için bkz. **Okutan**, s. 343 vd.

<sup>1491</sup> Prencip olarak, temel sözleşme uyarınca meydana gelen adı ortaklığa tüm ortakların birlikte mülkiyetine konu olacak bir sermayenin tahsis edilmemesi, söz konusu adı ortaklığın tasfiye edilmesini kolaylaştıran bir husustur. Bununla birlikte, istisnai dahi olsa, temel sözleşmeye taraf olan hakim paysahiplerinin adı ortaklığı temsilen hukuki işlemlere taraf olması ve böylelikle adı ortaklığın borç altına girmesi halinde, adı ortaklığın tasfiyesi bu borçların ödenmesine bağlıdır.

(BK.m. 540). Taraflar arasındaki anlaşmaya göre, temel sözleşmesinin sona ermesine rağmen ortak girişim şirketi varlığını sürdürebilir veya taraflar, söz konusu şirketin de sona erdirilmesi yönünde karar alabilirler<sup>1492</sup> (TTK.m. 434/1 b. 9). Bu olasılıkta, ortak girişim sözleşmesinin sona ermesini izleyen bir sonraki aşama, ortak girişim şirketinin sona erdirilmesidir.

Hakim paysahiplerinin anonim ortaklığın sona erdirilmesi konusunda da uzlaşmaları varsayımında, genel kurul ortaklığın tasfiyesine karar verilmesi hakkındaki gündemle toplanacak (TTK m. 369); ortakların TTK.m. 388 /2,4 hükmünde öngörülen yetersayılara uyarak alacakları fesih kararı uyarınca anonim ortaklık iradi yoldan tasfiye sürecine girecektir<sup>1493</sup>.

## **D. Pay Devrine Özgü Kısıtlama Getiren Hakların Kullanılması Yoluyla**

### **1. Sorun**

Anonim ortaklıklarda ortaklıktan çıkma müessesesinin bulunmaması, ilke olarak payın devredilebilirliğini zorunlu kılar. Bununla birlikte, çeşitli gerekler, pay devrinin kısıtlanmasını zorunlu kılabilir. Pay devrine kısıtlama getirmenin en etkili yöntemi, bağlı nama yazılı paylara getirilen ve bağlam olarak adlandırılan kısıtlamadır. TTK.m. 418 uyarınca, anasözleşmede yer alacak bir düzenleme uyarınca ortaklık, devir işlemini pay defterine kaydetmekten sebep göstermeksizin

---

<sup>1492</sup> Bunun alternatifi, temel sözleşmenin sona ermesine rağmen anonim ortaklığın faaliyetini sürdürmesidir ki, temel sözleşmenin sona ermesi, çoğu zaman ortak girişim şirketinin paysahipleri çevresini değiştiren bir etkiye sahiptir. Birbirleriyle anlaşamadıkları için temel sözleşmeyi sona erdiren ortaklardan biri veya bir kaç, pratik olarak paylarını devrederek ortaklıktan ayrılmayı tercih edecektir, Zira temel sözleşmenin sona ermesine rağmen paysahipleri çevresinin aynı kalması, ortak girişim şirketini temel sözleşmenin kurduğu ortak kontrol dengesinin dışına çıkaracak, ortaklığın kilitlenmemesi tesadüflere kalacaktır. Teorik olarak iki hakim paysahibi bulunan bir ortak girişim şirketinde, hakim paysahipleri arasındaki temel sözleşme sona ermesine rağmen, oy haklarının yarı yarıya dağılımı, ortak kontrol dengesini muhafaza edecektir. Ancak çeşitli vesilelerle belirttiğimiz üzere, ortak girişim şirketinin istikrarı açısından ortak kontrolün oluşumu veya mevcut olması yeterli olmamakta, ayrıca ortak kontrolün işleyişine imkan tanıyan bir hukuki zeminin mevcut olması gerekmektedir. Bu nedenle, temel sözleşmenin sona ermesine rağmen paysahipleri değişmeksizin veya paysahipleri arasındaki ortak kontrol dengesi ortadan kalkmaksızın faaliyetini sürdüren ortak girişim şirketinin kilitlenmeye elverişliliği pekişecektir.

<sup>1493</sup> Kuşkusuz ki, anonim ortaklığın iradi yoldan tasfiyesi için ortaklığın borca batık olmaması gerekmektedir. Aksi takdirde ortaklığın iflas yoluyla tasfiyesi zorunlu hale gelecek; TTK.m. 324 ve İİK.m. 179 uyarınca yönetim kurulunun ortaklık hakkında iflas kararı verilmesini ticaret mahkemesinde açılacak bir doğrudan doğruya iflas davasıyla talep etmesi zorunlu olacaktır; bkz. Oğuz **Atalay**, Anonim Şirketlerin İflâsı, İzmir, 1996, s. 62 vd.

dahi kaçınabilecek<sup>1494</sup> (TTK.m. 418/1,2); bu durum devir işleminin şirkete karşı ileri sürülememesine ve devralanın şirkete karşı pawnsahipliği sıfatını kazanamamasına yol açacaktır (TTK.m. 417/2). Ortaklığın bağlama istinaden pay devrini deftere kaydetmekten kaçınması halinde devralanın pawnsahipliğini kazanıp kazanmayacağı sorunu, birlik ve bölünme teorilerine göre farklı şekilde çözümlenmektedir<sup>1495</sup>. Türk Hukuku'nda bölünme teorisi kabul edilmekle birlikte<sup>1496</sup>, TTK Tasarısı, birlik teorisini esas almıştır (TTK Tasarısı m. 494/1). TTK Tasarısı, m. 491-498 hükümleriyle nama yazılı payların devrine ilişkin sınırlamaları ayrıntılı bir hukuki rejime bağlamayı amaçlamaktadır<sup>1497</sup>. İlk olarak, borsaya kote edilmiş nama yazılı paylar ile kote edilmemiş nama yazılı paylar arasında ayırım yapılmıştır. Tasarı m. 492/1, anasözleşmeyle nama yazılı payların ancak şirketin onayıyla devredilebileceğinin öngörülmesine imkan tanıyarak bağlama yer vermiş; bağlamın kapsamını devrin dışında intifa hakkına da teşmil etmiştir (Tasarı m. 492/2). Borsaya kote edilmemiş nama yazılı payların devrinde anonim ortaklık, önemli sebeplerin varlığını ileri sürerek devir işlemine onay vermektan kaçınabileceği gibi, söz konusu payları gerçek değeri üzerinden kendisi, diğer

<sup>1494</sup> Sebepsiz yere kaçınmaktan kasıt, anonim ortaklığın keyfi bir şekilde devralanın pawnsahipliği sıfatını tanımaktan ve devir işlemini pay defterine kaydetmekten kaçınabileceği anlamına gelmemektedir. Bu noktada yönetim kurulu, pay devrini pay defterine kaydetmekten kaçındığını devralana bildirirken herhangi bir sebep bildirme yükümlülüğü altında değildir. Şu kadar ki, devralan, pawnsahipliği sıfatını kazanmak amacıyla anonim ortaklığa karşı bir dava ikame ettiğinde ve pay devrinin pay defterine geçirilmesini talep ettiğinde, anonim ortaklık, pay devrini kaydetmekten hangi sebebe istinaden kaçındığını ortaya koymakla yükümlü olacak; hakim, anonim ortaklığın kaçınma hakkını dürüstlük kuralı ışığında kullanıp kullanmadığını inceleyecek; ortaklık dürüstlük kuralını ihlal etmişse, pay devrini geçerli sayacak ve devrin pay defterine kaydedilmesine karar verecektir; bkz. Hasan **Pulaşlı**, Bağlı Nama Yazılı Pay Senetleri, Adana, 1992, s. 126, Nihat **Taşdelen**, Anonim Ortaklıkta Pawnsahipliği Sıfatının Kazanılması, İstanbul, 2005, s. 284.

<sup>1495</sup> Birlik teorisi, bağlı nama yazılı payların devrinde ortaklığın devralanın pawnsahipliği sıfatını kazandığını kabul etmemesi ve devir işlemini pay defterine kaydetmekten geçerli bir şekilde (bkz. bir önceki dipnot) kaçınması halinde devralanın hiç bir surette pawnsahipliği sıfatını ve ondan kaynaklanan hakları edinmeyeceğini kabul eder. Bölünme teorisi ise, devralanın pawnsahipliği sıfatını kazanamayacağını kabul etmekle birlikte, paydan kaynaklanan hakların bölüneceğini, yönetsel hakların devredende kalacağını, mâlî hakların ise devralana geçeceğini kabul eder; her iki teori için bkz. **Pulaşlı**, Bağlı Nama Yazılı, s. 173, 179, **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, No. 1150, 1153.

<sup>1496</sup> Pay devrinin devir sözleşmesinin tarafları arasında geçerli olduğunu savunan **Arslanlı**, Anonim Şirketler I, s. 184, **İmregün**, Anonim Ortaklıklar, s. 368; aynı kanaati savunmakla birlikte teorisinin sakıncalarına değinen **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, No.1154 a. Bölünme teorisinin uygulama alanı bulacağını kaydetmekle birlikte bu teorisinin haksız sonuçlara yol açtığını vurgulayan ve *de lege feranda* birlik teorisini öngören düzenlemelere kanunda yer verilmesi gerektiğini savunan **Pulaşlı**, Bağlı Nama Yazılı, s. 199.

<sup>1497</sup> Söz konusu düzenlemelerin kaynağı, İBK.m. 685a-685g hükümleridir; bkz. Madde Gereççeleri, m. 491, s. 178. İsviçre Hukuku'nda nama yazılı payların devrine ilişkin getirilen sınırlamalar hakkında genel bir bakış için bkz. **Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel**, § 44 No. 117 vd.

paysahipleri veya üçüncü kişiler adına satın almayı da devralana önerebilecektir (Tasarı m. 492/3) .

Tasarı, m. 494/1 hükmünde açıkça “Devir için gerekli olan onay verilmediği sürece, pay senetlerinin mülkiyeti ve pay sentlerine bağlı tüm haklar devredende kalır” hükmüne yer vererek birlik teorisini kabul etmektedir. Bununla birlikte, ortaklığın devrin bildiriminden itibaren 3 ay içinde red kararı vermemesi veya ortaklık tarafından verilen red kararının haksız olması<sup>1498</sup> halinde devralan paysahipliği sıfatını kazanacaktır. Diğer yandan, miras, eşler arasında mal rejimi hükümleri ve cebri icra sonucunda iktisap edilen nama yazılı paylar bakımından ise bölünme teorisi kabul edilmiş; nama yazılı payların bu yoldan iktisabı halinde payların mülkiyeti ile mali hakların iktisap edene geçeceği, diğer hakların ise ancak ortaklığın onayıyla iktisap edene geçeceği kabul edilmiştir.

Anonim ortaklık olarak kurulan sermayeye katılmalı ortak girişimlerde de bağlam hükümleri son derece yaygındır; zira ortaklığın yabancılaştırmasının önlenmesi düşüncesi, ortak girişim şirketleri bakımından etkisini ağırlıklı olarak hissettirmektedir<sup>1499</sup>. Bu sayede, hakim paysahipleri, özellikle “hakim paysahipleri çevresinin” yabancılaştırmasını önleyebilmektedir. Bağlam, ortaklığın kişiselleştirilmesine hizmet etmekle birlikte, korporatif düzenin bir parçasıdır ve anasözleşmenin gerçek içeriğine dahildir. Pay devrinin sınırlandırılmasına ilişkin olarak kanunda öngörülen yegane araç, bağlamdır.

Diğer yandan, uygulamada paysahiplerinin pay devrini iradi bir şekilde sınırlandırmalarına imkan tanıyan başka yöntemler de geliştirilmiştir. Sermayeye katılmalı ortak girişimin başından beri kilitlenmeye elverişli bir yapı ortaya koyması, hakim paysahiplerini, derin fikir ayrılıklarının ve anlaşmazlıkların ortaya çıkması olasılığına binaen ortaklığın sona ermesini ikame eden yöntemlere de yöneltmektedir. Ortak girişim şirketinin sona ermesinin hakim paysahipleri açısından getireceği kayıpları dikkate alan uygulama, temel sözleşmede düzenlenen bazı haklara istinaden yapılacak pay devirleriyle, hakim paysahiplerinden birinin veya bir

<sup>1498</sup> Bu olasılıkta devralan, anonim ortaklığa karşı ikame edeceği bir dava ile red kararının haksızlığını kanıtlayacak ve paysahipliği sıfatını kazanacaktır; bkz. yuk. dn. 1494.

<sup>1499</sup> Kişiselleştirilmiş anonim ortaklıklarda bağlamın mevcut hakim paysahipleri çevresinin ortaklık üzerindeki hakimiyetlerini korumalarına hizmet ettiği yönünde bkz. **Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel**, § 44 No. 103.

kaçının ortaklık sıfatının sona ermesini ve kalan hakim paysahiplerinin ortak girişim şirketini sürdürmeleri anlayışına yönelik düzenlemeler getirmektedir<sup>1500</sup>. Zengin görünüm biçimleri olan bu haklar, öncelik hakkı, önalım hakkı, alım hakkı ve satım hakkı başlığı altında toplanabilir. Bu hakların tümü, temel olarak, paysahiplerinin paylarını birbirlerine devri bakımından üstlendikleri yükümlülükleri ilgilendirdiğinden, bu tür düzenlemeler, pay devrinin kısıtlanması amacına yönelmektedir<sup>1501</sup>.

Sermayeye katılmalı ortak girişimlere ilişkin uygulamada, bu haklara ilişkin ayrıntılı hükümlere temel sözleşmede yer verilmekte, ayrıca söz konusu düzenlemeler şirket anasözleşmesine de yansıtılmaktadır. Söz konusu hakların ne şekilde ortaya çıkabileceği, bu hakların anasözleşmeye dahil edilmesinin söz konusu hakları ortaksal düzenin bir parçası haline getirip getirmeyeceği ve bu hakların icra edilmesinin ne şekilde teminat altına alınabileceği meselelerinin tartışılması gerekecektir.

## 2. Pay Devrinin Kısıtlanmasına Yönelik Düzenlemelerin Değerlendirilmesi

Paysahipleri sözleşmesini yaratan ve geliştiren Modern Ortaklıklar Hukuku uygulaması, sözleşmenin taraflarını oluşturan paysahiplerinin sözleşmeye uygun davranmalarını sağlamaya yönelik olarak çeşitli özgün düzenlemeler ortaya çıkarmışlardır<sup>1502</sup>. Temel sözleşmeyi ihlal eden taraf açısından çeşitli yaptırımlar getiren bu düzenlemelere rağmen paysahipleri sözleşmeleri ihlal edilebilir. Paysahipleri sözleşmesinin ve bu sözleşmenin bir görünüm biçimi olan temel sözleşmenin icra edilmesi, diğer bir deyişle temel sözleşmenin taraflarının sözleşmeyi ihlal eden tarafı sözleşmeye uygun davranmaya zorlamaları mümkün olmakla birlikte, bu tür ihlaller nedeniyle zarara uğrayan tarafın başvuracağı telafi

---

<sup>1500</sup> Teorik bir olasılık da, hakim paysahiplerinden birinin, paylarının tamamı yerine bir kısmını diğer hakim paysahiplerine veya üçüncü kişilere devretmesidir. Bu olasılıkta ise, paylarının bir kısmını elinde tutan paysahibi, paysahipliği sıfatını yitirmemekle birlikte, hakim paysahipliği konumunu yitirecek, yatırımcı paysahibi konumuna yerleşecektir.

<sup>1501</sup> **Okutan**, s. 208 vd.

<sup>1502</sup> Bu tür yaptırımların en sık uygulanan görünüm biçimleri, cezai şart düzenlemeleri, bu bölümde ele aldığımız pay devri kısıtlamalarına özgü düzenlemeler ve temel sözleşmenin ve ortak girişim şirketinin haklı nedenle feshine yönelik düzenlemelerdir. Paysahipleri sözleşmesinin ihlaline ilişkin yaptırımlar için bkz. **Okutan**, s. 343 vd.

yöntemleri, kural olarak anonim ortaklık düzeninde tatminkar sonuçları beraberinde getirmemektedir<sup>1503</sup>. Bu itibarla uygulama, pay sahipleri arasındaki anonim ortaklıktaki pay sahipliği konumundan doğan karşılıklı ilişki dışında kalan ve pay sahipleri sözleşmesinden kaynaklanan hukuki ilişkinin sona erdirilmesine hizmet edecek bazı yöntemler geliştirmiştir. Özellikle taraflar arasında ortaya çıkan menfaat çatışmaları nedeniyle pay devrinin sınırlandırılmasına yönelik haklara başvurulması, ortak girişimler bakımından son çare olarak nitelendirilmelidir<sup>1504</sup>; çünkü bu hakların kullanılması, ortak girişim ilişkisini sona erdirecektir<sup>1505</sup>.

Bu yöntemlerin başlıcaları, taraflardan birinin inisiyatifiyle diğer tarafın paylarını satın alma hakkı<sup>1506</sup> (alım opsiyonu, *call option*) veya diğer tarafa paylarını satma hakkı (satım opsiyonu, *put option*) şeklinde ortaya çıkmaktadır. Pay devrinin sınırlandırılmasına yönelik bir başka hak, paylarını devretme kararı alan bir pay sahibinin, bu payları öncelikle belirli pay sahiplerine önerme yükümlülüğü altına girmesini öngörmektedir. Öncelik hakkı olarak adlandırılan<sup>1507</sup> bu hakka sahip olan pay sahipleri, bir pay sahibinin paylarını devretme kararı alması halinde, bu payların ilk olarak kendilerine önerilmesini talep edebilirler. Yine pay sahiplerinden birinin paylarını bir üçüncü kişiye satmaya kalkışması olasılığında diğer pay sahiplerine bu payları satın alma hakkının tanınması da (önalım hakkı), temel sözleşmede öngörülebilmektedir. Bu haklar, öğretide “alım opsiyonu”<sup>1508</sup> veya “opsiyon hakkı”<sup>1509</sup> olarak da adlandırılmaktadır. Ortaklıklar Hukuku uygulamasında, bu haklar zengin bir uygulama alanı kazanmıştır. Bu noktada, bu hakları tüm yönleriyle

---

<sup>1503</sup> Bu yaklaşımın gerekçesi, özellikle oy sözleşmesine özgü düzenlemelerin anonim ortaklık düzenine yansıtılamayacağına dair görüşümüzdür; bkz. yuk. § 11, VI, C, 3. Nitekim bu tür düzenlemelerin irade beyanına mahkumiyet yoluyla anonim ortaklık düzeninde etkili kılınabileceği kabul edilse dahi, buna ilişkin hukuki prosedürün çok zaman alacağı açıktır.

<sup>1504</sup> **Oertle**, s. 79.

<sup>1505</sup> **Von der Crone**, opsiyon haklarının varlığını olumlu olarak değerlendirmekte, temel sözleşmede bu haklara yer verilmesinin, her bir hakim pay sahibini uzlaşmazlıkları çözmeye ve ortak girişim şirketini kilitlenme durumundan uzaklaştırma işlevini üstlendiğini, aksi takdirde hakim pay sahibinin paylarını devrederek ortaklıktan çıkmak zorunda kalabileceğini vurgulamaktadır; bkz. **Von der Crone**, *Zweimannesellschaften*, s. 41.

<sup>1506</sup> **Ayrancı**, s. 99.

<sup>1507</sup> Terim için bkz. **Okutan**, s. 210, öncelik hakkı yerine “payları önerme yükümünden doğan hak” terimini kullanan **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, No. 854.

<sup>1508</sup> **Okutan**, s. 229, Rona **Serozan**, *Medeni Hukuk Genel Bölüm*, İstanbul, 2005, s. 170.

<sup>1509</sup> **Buz**, s. 160-161, 374, Peter **Böckli/Lukas Morscher**, *Aktionärbindungsverträge: Übertragbarkeit und Geltungsdauer von Optionsrechten*, SZW 1997, s. 54.

ele almayacak, sadece temel sözleşmenin sona ermesine yönelik etkileri itibariyle inceleyeceğiz.

Pay devrinin sınırlandırılmasına ilişkin haklar, yenilik doğurucu hak niteliğindedir<sup>1510</sup>. Yenilik doğuran haklar, hak sahibi tarafından kullanıldıklarında, yeni bir hukuki ilişkinin kurulmasına, mevcut bir hukuki ilişkinin değişmesine veya sona ermesine yönelik etki doğuran haklardır<sup>1511</sup>. Temel sözleşmenin uygulamada tipikleşen içeriğinde yer alan söz konusu haklar, bu hakkı kullanan hakim pay sahibi ile onun muhatabı olan diğer hakim pay sahibi arasında payların devrini konu edinen bir sözleşme kurması itibariyle kurucu yenilik doğuran haklardır. Gerçekten de alım hakkında ve önalım hakkında paylarını almak isteyen, satım hakkında ise paylarını satmak isteyen taraf bu iradesini karşı tarafa bildirdiğinde, taraflar arasında payın devrini konu edinen bir sözleşme (pay devri sözleşmesi) kurulmaktadır.

Önalım, alım ve satım haklarında, söz konusu hakkını kullanmak isteyen pay sahibi, bu yöndeki iradesini karşı tarafa ulaştırdığı zaman söz konusu irade beyanı hükümlerini doğuracaktır. Öncelik hakkında ise, payını devretmek isteyen pay sahibi, bunu öncelikle öncelik hakkına sahip olan pay sahiplerine bildirmekle yükümlü olacak; bu pay sahipleri, söz konusu payları devralma iradesini taşırlarsa, bu iradeyi karşı tarafa bildirerek payları edinebileceklerdir. Meseleye sermayeye katılmalı ortak girişimler açısından yaklaşıldığında, önalım, alım veya satım işleminin gerçekleşmesiyle ortak kontrolü paylaşan hakim pay sahiplerinden en az biri<sup>1512</sup> ortaklıktan ayrılacağından, bu işlemlerin gerçekleştirilmesi ortak kontrolü paylaşan hakim pay sahiplerinin sayısını etkileyeceği gibi, duruma göre ortak kontrolü dahi ortadan kaldırabilir. Bu hakların kullanımı, en azından bir pay sahibinin paylarını devrederek ortaklıktan ayrılması sonucunu doğurmakla birlikte, anonim ortaklığın

---

<sup>1510</sup> **Buz**, s. 162, **Böckli/Morscher**, s. 54, **Stein**, s. 93, **Oğuzman/Barlas**, s. 124, **Oğuzman/Öz**, s. 157, **Serozan**, s. 170, Hüseyin **Hatemi**, *Medeni Hukuka Giriş*, 3. Bası, İstanbul, 2004, s. 128 vd., pay üzerinde söz konusu hakların öngörülmesi halinde aynı sonuca varan **Okutan**, s. 216, 228.

<sup>1511</sup> **Oğuzman/Barlas**, s. 123, **Serozan**, s. 170.

<sup>1512</sup> İşlemin gerçekleşmesinden sonra kaç pay sahibinin ortaklıktan ayrılacağı, ortak kontrolü paylaşan hakim pay sahiplerinin sayısına bağlıdır. Ancak pay sahipleri sözleşmesinde öngörülen bu yenilik doğurucu işlemlerin gerçekleştirilmesi, her durumda kontrolün yapısına (kimler tarafından paylaşıldığına) yönelik etki yaratacağından, Rekabet Hukuku anlamında yeni bir yoğunlaşma işleminin ortaya çıkması gündeme gelebilecektir.



varlığına yönelik bir etki icra etmeyecektir<sup>1513</sup>. Söz konusu haklar, kontrolün yapısını değiştiren haklardır.

Paysahipleri sözleşmesi de, sermayeye katılmalı ortak girişimler de kökenini Anglo-Amerikan Hukuku'nda bulan, aynı zamanda halen asli gelişme kaynağını bu hukuk sisteminden sağlayan<sup>1514</sup> hukuk müesseseleridir. Bu bağlamda, opsiyon haklarının da Anglo Amerikan Hukuku'ndaki sermayeye katılmalı ortak girişimlerde yaygın bir şekilde kullanılan araçlar olduğu göz ardı edilmemelidir. Şu kadar ki, Anglo Amerikan Hukuk sisteminde ve Kıta Avrupası sisteminde yenilik doğuran haklara izafe edilen mananın farklılaşması, opsiyon hakları bakımından da önemli bir sonuç doğurmaktadır : Anglo Amerikan hukuk sistemlerinde opsiyon hakkı geri alınabilirken<sup>1515</sup>, Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde ve bu arada hukukumuzda yenilik doğuran bir hakkın kullanıldıktan ve karşı tarafa ulaşarak etkisini doğurduktan sonra geri alınması mümkün değildir<sup>1516</sup>. Bu ayrım, opsiyon haklarının uygulanmasında iki hukuki sistem arasında ciddi bir fark yaratmaktadır.

### **3. Pay Devri Kısıtlamalarına İlişkin Düzenlemelerin Anasözleşmeye Yansıtılması ve Bağlam Hükümleriyle Teminat Altına Alınması Meselesi**

Hakim paysahiplerinin temel sözleşmede yer alan düzenlemeleri anasözleşmeye yansıtma ve böylelikle korporatif yaptırımlara bağlama eğiliminden söz etmiştik. Bu açıdan pay üzerinde alım, önalım ve satım hakları, anonim ortaklık anasözleşmesinde yaygın bir şekilde yer bulan düzenlemelerdir. Bu haklar, anasözleşmenin gerçek içeriğine dahil olmadığı gibi, anonim ortaklığın korporatif yapısına da aykırılık

---

<sup>1513</sup> Bu hukuki işlemlerin gerçekleştirilmesi, paysahibi sayısının beşin altına düşmesine yol açabilir. TTK.m.434-435 hükümleri uyarınca bu olgu anonim ortaklığın sona ermesine yol açmaktadır. Buna karşılık, TTK Tasarısı m. 338, anonim ortaklıkta tek paysahibine cevaz verdiğiinden, Tasarı'nın kanunlaşması halinde bu hukuki sorun ortadan kalkacaktır.

<sup>1514</sup> Hukuk uygulamasında temel sözleşmelerin hemen tümü, hangi maddi hukuka tabi olursa olsun Anglo-Amerikan Hukuku'nda geliştirilen ve sonra diğer hukuk sistemleri ne yayılan uygulamalardan beslenmektedir. Bu olgu, opsiyon hakları açısından da geçerlidir. Burada sadece temel görünüm biçimleri ele alınan opsiyon haklarının bir çok türü vardır. Anglo-Amerikan Hukuku'nun cari olduğu ülkelere mukim olan ve yabancı ülkelere yatırım ihraç eden bir çok teşebbüs, taraf oldukları temel sözleşmelere kendi hukuk sistemlerinden aşına oldukları bu tür düzenlemelerin dahil edilmesini talep etmekte, böylelikle Türk hukuk uygulaması da dahil olmak üzere bir çok hukuk sisteminde her geçen gün gelişen temel sözleşmeler, halen Anglo-Amerikan Hukuku'ndaki gelişmeleri takip etmektedir.

<sup>1515</sup> Bu konuda bkz. **Buz**, s. 161.

<sup>1516</sup> **Oğuzman/Barlas**, s. 126.

sorunu yaratan düzenlemelerdir<sup>1517</sup>. Bu tür düzenlemeler, ilk aşamada tek borç ilkesine aykırı olup olmadıkları bakımından irdelenmelidir.

Tek borç ilkesine aykırılıktan söz edilebilmesi için, paysahibine ortaklık düzeninde sermaye taahhüdünü yerine getirme dışında asli nitelikte yükümlülüklerin yüklenip yüklenmediği olgusu belirleyicidir. Opsiyon haklarının tek borç ilkesine aykırılığı bakımından, bu hakların içeriği belirleyicidir. Alım ve satım hakları, hak sahibinin bu hakkı kullanma yönündeki iradesine karşı tarafa ulaştırmasıyla birlikte, muhatabı, hak sahibine paylarını devretme veya hak sahibinin paylarını devralma yükümlülüğüyle karşı karşıya bırakmaktadır. Bu haklar, muhatabına başkaları ait payları satın alma veya başkalarına kendi paylarını satma yükümlülüğü getirdiğinden, paysahibinin sadece sermaye borcunu yerine getirmekle yükümlü kılınması esasını kabul eden tek borç ilkesine aykırıdır<sup>1518</sup>. Bu tür düzenlemelere, ancak temel sözleşmede yer verilebilecek; bu hakların ihlali halinde ortaklık düzenine özgü yaptırımların uygulanması söz konusu olmayacaktır.

Öncelik hakkı ve önalım hakkı açısından ise durum farklıdır. Hak sahibinin bu haklara istinaden başka bir paysahibine ait payları iktisap edebilmesi için, bu paysahibinin paylarını devretme iradesini taşıması gerekmektedir. Bu anlamda, gerek öncelik hakkı gerek önalım hakkı, ancak paysahibinin paylarını devretme iradesini taşıması halinde ortaya çıktığından, tek borç ilkesine aykırı düzenlemeler olarak değerlendirilmemektedir<sup>1519</sup>. Ancak bu tür düzenlemelerin tek borç ilkesine aykırı etki doğurmaması için; kanunun pay devrine özgü sınırlamalar bakımından yer

---

<sup>1517</sup> Bu tür düzenlemelere anasözleşmede yer verilmesine eleştirel açıdan yaklaşan Ünal **Tekinalp**, Anonim Ortaklık Payının Alım, Önalım, Geriyealım ve Benzer Haklara Konu Olması, Medeni Kanun 50. Yıl Sempozyumu, İstanbul, 1978, s. 345; ayrıca soruna işaret eden **Okutan**, s. 248, **Bahtiyar**, s. 241-242, **Hamamcıoğlu**, s. 88.

<sup>1518</sup> **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, No. 856a; **Okutan**, s. 249; **Hamamcıoğlu**, s. 85.

<sup>1519</sup> Bu hakların gerçek anasözleşme düzenlemelerine konu olabileceğini ortaya koyarak bu görüşü kabul eden **Okutan**, s. 249; bu hakların borç sözleşmesi olarak ayakta tutulmak suretiyle geçerli sayılabileceğini kabul eden **Bahtiyar**, s. 261, **Hamamcıoğlu**, s. 89. Bu açıdan, öncelik hakkının ve önalım hakkının niteliğine göz atmak gerekir. Söz konusu hakların paya bağlanması ve bağlam düzeyinde öngörülmesi halinde, öncelik ve önalım haklarının tek borç ilkesine aykırı olmayan, nesnel ortaklık düzenine ait olan ve nihayet kanunun geçerli olarak öngördüğü bağlamın arz ettiği sınırlamanın çizdiği hudutlar dahilinde etki doğuran bir düzenleme olması olasılığında, bu düzenlemeleri gerçek anasözleşme düzenlemeleri olarak nitelendirmek yerinde olacaktır.

verdiği yegane müessese olan bağlamın sınırlarının aşılması gerektiği kabul edilmektedir<sup>1520</sup>.

İkinci olarak, özellikle önalım hakkı bakımından, paysahibinin paylarını devretmeye kalkışması halinde hak sahibinin önalım hakkının üçüncü kişiye karşı ileri sürülmesi meselesi irdelenmelidir. Bu açıdan, önalım hakkının bağlam yoluyla teminat altına alınıp alınmayacağı tartışılmalıdır. Diğer bir ifadeyle, paysahiplerinden birinin paylarını üçüncü kişiye devretmesi olasılığında, ortaklığın önalım hakkının varlığını ileri sürerek devralanı paysahibi sıfatıyla pay defterine kaydetmekten kaçınıp kaçınmayacağı araştırılmalıdır.

**Tekinalp**<sup>1521</sup>, opsiyon haklarının teminat altına alınmasına ilişkin olarak sunduğu öneriler arasında, anasözleşmede bu haklara paralel bağlam hükümlerine yer verilmesi yöntemine de yer vermekte, bununla birlikte, bölünme teorisinin kabulü halinde bu yöntemin de etkisiz kalacağını ortaya koymaktadır<sup>1522</sup>. Bununla birlikte yazar, TTK.m. 416 hükmünün nama yazılı payların devrinin önlenmesine imkan tanıdığı görüşünden hareketle, bağlam hükmünün önalım ve öncelik haklarıyla güçlendirilmesi yoluyla, öncelik hakkının veya önalım hakkının varlığına rağmen payları devralan kimselerin yönetim kurulu tarafından paysahibi olarak pay defterine kaydedilmemesini sağlanabileceğini savunmaktadır<sup>1523</sup>. Kanımızca, bağlam hükümlerinde, ortaklığa pay devrini onamaktan kaçınma yetkisini tanıyan düzenlemeler bakımından BK. m. 19 ve 20 hükmünün çizdiği sınırlar dahilinde ortaklık menfaatini ilgilendiren her türlü sebebin öngörülebileceği<sup>1524</sup> dikkate

<sup>1520</sup> **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, No. 856a, **Okutan**, s. 245, **Hamamcıoğlu**, s. 285-286. Yazarlar, bağlam sınırları içinde olmakla birlikte, paysahibinin payını devretme özgürlüğünü onun açısından kayba yol açacak surette sınırlayan, örnek olarak payın gerçek değerinden daha düşük bir bedelle satılmasını öngören düzenlemelerin de, tek borç ilkesine aykırılıktan dolayı geçersiz olacağını kabul etmektedir.

<sup>1521</sup> **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, No. 857, aynı yönde **Okutan**, s. 256.

<sup>1522</sup> **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, No. 860.

<sup>1523</sup> **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, No. 861. **Okutan** ise, prensipte aynı görüşe katılarak, bu yöndeki bir düzenleme uyarınca öncelik hakkının ve önalım hakkının esas sözleşmesel karaktere sahip düzenlemeler olduğu yönünde yanlış bir izlenim yaratılacağı, bunun yerine bağlam hükümlerinde paysahipleri sözleşmesine yollama yapılmasının daha isabetli olacağını savunmaktadır; bkz. **Okutan**, s. 258-259. Kanımızca bu son görüşe katılmak mümkün değildir. Zira bu görüşün kabulü halinde, paysahipleri sözleşmesi, atıf yoluyla dahi olsa –en azından öncelik hakkına ve önalım hakkına ilişkin düzenlemeleri itibarıyla- ortaklık düzenine dahil edilmiş olacak; diğer bir ifadeyle paysahipleri sözleşmesi “anonim ortaklığı biçimlendiren normlar hiyerarşisinde “ kendisine yer bulacak; bu suretle bu sözleşmenin ortaklık düzeninden ayrılığı ilkesi ihlal edilmiş olacaktır.

<sup>1524</sup> **Pulaşlı**, Bağlı Nama Yazılı, s. 130.

alındığında, öncelik ve önalım haklarının korunması saikin de ortaklığa onamadan kaçınma yetkisini bahşeden bir sebep olarak bağlam hükmü çerçevesinde öngörülmesi mümkündür. Ancak bu tür bir düzenleme dahi, bölünme teorisinin yaratacağı sakıncayı ortadan kaldırmayacaktır : Yönetim kurulu, öncelik hakkının veya önalım hakkının varlığını ileri sürerek pay devrini onamayacak; bu durumda bölünme teorisi uyarınca devralan yine mali hakları edinecektir.

Yönetim kurulunun onamadan kaçınma kararı üzerine bu kez öncelik hakkı veya önalım hakkı sahibi, bu hakkını kullanarak payları iktisap edebilecek; ancak söz konusu iktisap, yine pay üzerindeki mutlak hak ve paydan doğan yönetsel haklarla sınırlı olacaktır; çünkü pay üzerindeki mali haklar, devirle birlikte –ortaklığın payın devrini onaylamamasına rağmen- devralana geçmiştir. Buna karşılık, TTK Tasarısı m. 494 hükmünün kanunlaşması halinde kural olarak birlik teorisi uygulama alanı bulacak ve bu hukuki sorun ortadan kalkacaktır.

#### **E. Temel Sözleşmede Öngörülen Sürenin Dolmasıyla**

Temel sözleşme, süreli bir sözleşme olarak düzenlenebilir<sup>1525</sup>. Sözleşmede belirli koşulların varlığında, örneğin taraflardan birinin itiraz etmemesi halinde, söz konusu sürenin uzaması öngörülebilir. Diğer bir olasılık ise, temel sözleşmenin tarafların örtülü iradelerine istinaden süresiz hale dönüşmesidir (BK.m. 536/3). Bu olasılıklardan hiç birinin gündeme gelmemesi ve sürenin dolmasıyla temel sözleşmenin sona ermesi halinde, prensip olarak anonim ortaklık, temel sözleşmenin belirlediği hukuk düzeninin ekseninden çıkacaktır. Bu olgu, oy haklarının iki hakim pay sahibi arasında yarı yarıya dağılması olasılığı dışında, ortak kontrolü sona erdirecek, sermayeye katılmalı ortak girişimin esaslı unsurlarından birisi olan “temel sözleşme ekseninde yapılanma” unsuru, temel sözleşmenin sona ermesiyle ortadan kalkacaktır.

Kuşkusuz ki, ortak girişim şirketinde, temel sözleşmede öngörülen sürenin dolmasından sonra da, temel sözleşmeden doğan adi ortaklığın varlığını sürdürüp sürdürmediğinin belirlenmesi, alelade bir adi ortaklığa nazaran güçlük arz edebilir.

---

<sup>1525</sup> **Oertle**, s. 176-177; temel sözleşmenin belirli şartların gerçekleşmesi halinde sona ereceğinin sözleşmede öngörülebileceğini de ortaya koymaktadır.

Temel sözleşmeden doğan adi ortaklığın faaliyetini sürdürmesinden kasıt, hakim pay sahiplerinin temel sözleşmeye uygun hareket etmeye devam etmeleri ve pay sahipliği haklarını temel sözleşmede öngörülen şekilde kullanmalarındır. Bu itibarla, süre dolduktan sonra adi ortaklığın faaliyetini sürdürüp sürdürmediği, hakim pay sahiplerinin pay sahipliği haklarını temel sözleşme doğrultusunda kullanma yönündeki açık veya örtülü iradelerinden anlaşılabilir. Basit bir örnekle, biri çoğunluk, bir diğeri azınlık pay sahibi olmak üzere iki hakim pay sahibi bulunan, ortak kontrolün bir hakimiyet sözleşmesine veya oy sözleşmesine istinaden kurulduğu bir ortak girişim şirketinde, temel sözleşmede öngörülen süre dolduktan sonra çoğunluk pay sahibinin taraflar arasındaki sözleşmedeki aksi yöndeki düzenlemelere rağmen, ortaklığı tekil hakimiyeti altına alan tasarruflarda bulunması, örneğin yönetim kurulu üyelerini tek başına belirlemesi, söz konusu hakim pay sahibinin temel sözleşmeyi süre dolduktan sonra devam ettirme iradesini taşımadığı yönünde yorumlanmalıdır.

Bununla birlikte, temel sözleşmeden doğan ortaklığın süresiz ortaklığa dönüşüp dönüşmediğinin irdelenmesinde, somut olayın özellikleri gözetilmelidir. Süre dolduktan sonra adi ortaklığın süresiz dönüşüp dönüşmediği irdelenirken, tüm ortakların ortak iradesine bakmak gerekecek; kanımızca ortaklardan birinin, hakim pay sahipleri arasında kurulan ortak kontrol anlayışını zedeleyici tasarruflarda bulunması, ortaklığın süresiz ortaklığa dönüştüğünün kabulüne engel olacaktır. Zira adi ortaklığın devam etmesi için, ortakların ortak iradesi gözetilmelidir. Diğer yandan, sürenin dolmasından sonra ortaya çıkan hukuki işlemlerde, örneğin ortak girişim şirketinde alınan genel kurul veya yönetim kurulu kararlarında, bir kez temel sözleşmeye taraf olan tüm ortakların açık veya örtülü iradeleri temel sözleşmeye uygun bir şekilde ortaya çıkarsa, artık sonradan hakim pay sahiplerinden biri veya bir kaç tarafından “temel sözleşmeye ters düşen“ tasarrufların gerçekleştirilmesi, kanımızca adi ortaklığın süresiz ortaklığa dönüşmesi açısından engel oluşturmayacaktır.

## F. Ortak Girişimin Amacına Ulaşması veya Bunun İmkansız Hale Gelmesiyle

BK.m. 535/1 b.1, adi ortaklık sözleşmesinde amaçlanan gayenin elde edilmesi veya bu gayenin elde edilmesinin imkansız hale gelmesi halinde adi ortaklığın sona ereceğini öngörmektedir.

Temel sözleşmenin amacı, ortak girişim şirketinin kurulması ve yönetilmesidir. Bu itibarla ortak girişim şirketinin kurulmasıyla adi ortaklığın amaçlarından birine ulaşılmış olmakla birlikte<sup>1526</sup>, anonim ortaklık varlığını sürdürdüğü müddetçe, anonim ortaklığın ortaklaşa yönetilmesi amacı da varlığını sürdürecektir. Sürekli bir faaliyeti öngörmesi itibariyle bu amaca ulaşılması, diğer bir deyişle “ortaklığın amacının tüketilmesi” söz konusu olmayacaktır.

Ancak, ortak girişim şirketinin amacına erişmesi halinde, temel sözleşme de amacına erişecek ve böylelikle sona erecektir. Örneğin, belirli bir madeni işletmek üzere kurulan bir anonim ortaklığın, uzun süre bu amaca yönelik olarak faaliyet göstermesinden sonra bu madenin cevherinin tükenmesi halinde amacına erişeceği, buna bağlı olarak hakim pay sahiplerinin de temel sözleşme ile güttükleri amaca ulaşacakları açıktır.

Diğer yandan, temel sözleşmede öngörülen gayenin imkansız hale gelebilmesi de mümkündür. Bu çerçevede, sermayeye katılmalı ortak girişimin kurulması imkansız hale gelebileceği gibi, hakim pay sahiplerinin kurulan anonim ortaklığı ortaklaşa yönetmeleri de imkansız hale gelebilir. Hakim teşebbüsler arasında kurulacak olan ortak girişime Rekabet Kurulu'nun izin vermemesi ilk duruma; anonim ortaklık hakkında iflas kararı verilmesi ikinci duruma örnektir<sup>1527</sup>. Temel sözleşmenin

---

<sup>1526</sup> **Martinek**, s. 225.

<sup>1527</sup> Alman Hukuku'nda aynı sonuç için bkz. **Martinek**, s. 230. Anonim ortaklık hakkında iflas kararı verilmesi, tüzel kişiliği sona erdirmeyecek, bununla birlikte ortaklığın iflas kararının iflas dairesine tebliğinden (İİK.m. 154) itibaren ortaklığın iflas organlarının denetimine girmesine yol açacaktır. Bu aşamada ortak girişimler açısından şu husus önem taşıyabilir : İİK.m. 213, iflas dairesinin ticari işletmenin faaliyetine devam etmesi yönünde karar almasına imkan tanımaktadır. Sermayeye katılmalı bir ortak girişimin iflas etmesi halinde iflas dairesi ticari işletmenin hakim pay sahiplerince işletilmesi yönünde karar alabilecektir. Ancak bu düzenleme, münhasıran müflisin ticari işletmesine özgüdür. Müflis, yani ortak girişim şirketi ise iflas dairesinin ve birinci alacaklılar toplantısına iflas idaresinin seçilebilmesi halinde sonradan iflas idaresinin yönetiminde olacak, hakim pay sahiplerinin ortak kontrolünden çıkacaktır.

amacının gerçekleşmesinin imkansız hale gelmesi, bu sözleşmeyi sona erdirecektir. Ortaklığın sona erebilmesi için, imkansızlık nesnel olmalı; imkansızlığa neden olan olgu gerçekleşmiş olmalıdır<sup>1528</sup>. Temel sözleşmenin sona ermesi, iki hakim ortaklı ortak girişimler dışında işbirliğinin çatısını oluşturan ortaklığı “ortak girişim şirketi” olmaktan çıkaracak<sup>1529</sup>; payların yarı yarıya iki hakim pay sahibi arasında dağıldığı ortak girişim şirketlerinde ise, ortak girişimin varlığı, ortak kontrolün tesis edilmesi için anasözleşmede öngörülen araçların işleyişine bağlı kalacaktır<sup>1530</sup>.

### G. Olağan Fesih Yoluyla

Adi ortaklığın belirsiz bir süre için kurulmuş olduğu hallerde veya ortakların adi ortaklık sözleşmesinde açıkça belirtmeleri kaydıyla, ortaklardan birinin feshi ihbar etmesi kaydıyla adi ortaklık sona erdirilebilir (BK.m. 535/1 b. 6). Bu bağlamda, belirli süreyle sınırlı olan adi ortaklıklarda ortaklığın olağan yoldan feshi için adi ortaklık sözleşmesinde bu hakkı öngören bir düzenleme yer almalıdır. Belirsiz süreli ortaklıklarda<sup>1531</sup> ise her bir ortak, ortaklık sözleşmesinde söz konusu hak öngörülme dahi bu hakka sahiptir.

Belirtmek gerekir ki, olağan yoldan fesih hakkı, temel sözleşmeden doğan ortaklığın akıbetini, bu sözleşmeye taraf olan her bir hakim pay sahibinin inisiyatifine terk eden bir imkan olması nedeniyle, ortak girişimin istikrarını tehdit eden bir düzenlemedir. Bu nedenle, kanımızca belirli süreli temel sözleşmelerde bu düzenlemeye yer vermek yerinde olmayacaktır. Zira aksi takdirde, hakim pay sahiplerinden herhangi birisi, olağan yoldan feshi ihbar ederek adi ortaklığı sona erdirebilecektir.

---

<sup>1528</sup> **Poroy (Tekinalp/Çamoğlu)**, No. 106,106a.

<sup>1529</sup> Aynı yönde **Oertle**, s. 192.

<sup>1530</sup> Zira yuk. § 11, II, A’da açıklandığı üzere, bu tür ortak girişim şirketlerinde, bizatihi pay dağılımı, her iki hakim pay sahibi arasındaki güç dengesini tesis etmekte ancak ortak girişimin varlığını teminat altına almamaktadır. Bu tür ortak girişimlerde temel sözleşme, ortak kontrolü sağlayıcı bir işlev görmese de, onu muhafaza edici bir işlev üstlenmektedir. Bu itibarla temel sözleşmenin eksikliği, hakim pay sahipleri arasındaki uzlaşmanın sağlıklı bir ortak strateji zeminine yerleşmediği anlamına gelir ki, bu durum kilitlenme riskini büyük ölçüde artırır.

<sup>1531</sup> Belirsiz süreli ortaklıklar, en baştan herhangi bir süreyle sınırlı olmaksızın kurulan veya sonradan sözleşmenin değiştirilmesi yoluyla bu hale getirilen adi ortaklıklar, süreli kurulmasına rağmen sürenin dolmasından sonra da faaliyetine devam etmekle süresiz ortaklığa dönüşen adi ortaklıklar (BK.m. 536/3) ve ortaklardan birinin ömrü boyunca faaliyet yürütmek üzere kurulan adi ortaklıklardır, bkz. **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, No. 110b.

Buna karşılık, bu açıdan iki alternatif modelin uygulanması da mümkündür. İlk olarak, olağan fesih hakkının, temel sözleşme akdedildikten belirli bir süre sonra kullanılması temel sözleşmede öngörülebilir. Nitekim belirli süreli adi ortaklıklarda, ortaklık sözleşmesinde olağan fesih hakkına yer verilmemesi yoluyla olağan fesih mekanizmasının tamamen devre dışı bırakılması kabul edildiğine göre, olağan fesih hakkının ortaklığın kurulmasından belirli bir süre sonra kullanılmasının öngörülmesi de geçerli sayılmalıdır. İkinci olarak, temel sözleşmede olağan fesih hakkına yer verilmekle birlikte, bu hakkın kullanılması karşılığında diğer hakim pay sahiplerine çeşitli opsiyon hakları tanınabilir. Açık bir anlatımla, temel sözleşmede hakim pay sahiplerinden birinin olağan fesih hakkını kullanması olasılığında, diğer hakim pay sahiplerine, olağan fesih hakkını kullanan hakim pay sahibinin paylarını satın alma veya ona kendi paylarını satma hakkı tanınabilir. Kuşkusuz ki, temel sözleşmede bu iki modele birden yer verilmesi de mümkündür.

Belirsiz süreli adi ortaklıklarda ise her bir ortağa tanınan olağan fesih hakkının sözleşme ile bertaraf edilip edilemeyeceği konusundaki görüşler ise ikiye ayrılmaktadır. Bir görüş, süresiz olarak akdedilen adi ortaklık sözleşmelerinde olağan fesih hakkının bertaraf edilemeyeceğini, buna karşılık 6 aylık sürenin emredici nitelik taşımadığını öne sürmektedir<sup>1532</sup>. Diğer görüş ise, olağan fesih hakkının dahi bertaraf edileceğini kabul etmektedir<sup>1533</sup>. İsviçre Hukuku'nda Federal Mahkeme'nin 1980 yılında verdiği bir kararla olağan fesih hakkının emredici nitelik taşımadığı görüşü kabul edilmiş<sup>1534</sup>; İsviçre Hukuku'nda bu görüş öğretisi tarafından da benimsenmiştir<sup>1535</sup>.

Kanımızca, İsviçre öğretisinde ve kısmen Türk öğretisinde benimsenen bu görüş, olağan fesih hakkının niteliğiyle bağdaşmaktadır. Gerçekten de, haklı sebeplerin varlığı halinde ortağın ortaklığın feshini dava etme hakkı bertaraf edilemediğine göre, olağan fesih hakkının bertaraf edilmesine imkan tanınması, kanımızca yerinde bir yaklaşımdır.

---

<sup>1532</sup> **Poroy (Tekinalp/Çamoğlu)**, No. 110b.

<sup>1533</sup> **Seliçi**, s. 144-145, fesih için hüküm öngörülmüşse, olağan fesih hakkının kaldırıldığının kabul edilmesi gerektiğini belirterek bu görüşü benimsediği anlaşılan **Okutan**, s. 406.

<sup>1534</sup> Kararın değerlendirilmesi için bkz. **Okutan**, s. 406, dn. 35.

<sup>1535</sup> **Tschäni, M & A**, s. 304, No. 58. Kararı, anonim ortaklıklarda sözleşmesel düzen (paysahipleri sözleşmesi) ile ortaklık düzeni arasındaki keskin ayrılığın aşılması yönündeki çabaları destekleyen önemli gelişmeler arasında sayan **Forstmoser, Schnittstelle**, s. 389.



Diğer yandan, olağan fesih hakkının bertaraf edilmemesinin yaratacağı bir sakınca da göz ardı edilmemelidir. Bu hakkın bertaraf edilmemesi, temel sözleşmenin taraflarının oldukça uzun bir süre ile sözleşmeyle bağlı kalmalarını zorunlu kılabilir ve taraflar, haklı bir sebep ortaya çıkmadıkça temel sözleşmeyi feshetme imkanından mahrum kalabilirler. Oysa bu sakıncanın, opsiyon hakları marifetiyle telafi edilebileceği düşüncesindeyiz. Temel sözleşmeye konulacak bir hükümlerle, hakim pay sahiplerinden her birinin ortak girişim şirketinin belirli bir süre geçmesinden sonra paylarını diğer pay sahiplerine satarak (satım opsiyonu) veya onların payını satın alarak, taraflar arasındaki temel sözleşmeyi sona erdirmesine imkan tanınabilir. Böylelikle olağan fesih hakkının bertaraf edilmesinin yaratacağı sakınca giderilebilir.

Olağan fesih hakkına ilişkin düzenlemenin emredici olmadığı yönündeki görüş, özellikle süresiz olarak akdedilen temel sözleşmeler bakımından kritik bir önem taşıdığını kaydetmek gerekmektedir. Süresiz olarak kurulan ortak girişim şirketinde hakim pay sahipleri, bu şirketin varlığını sürdürdüğü müddetçe geçerli olacak bir temel sözleşme akdederse, burada da bir belirsiz süreli temel sözleşmenin varlığından söz etmek gerekecektir<sup>1536</sup>. Ancak bu yargının süresiz olarak kurulan anonim ortaklıklar bakımından akdedilen temel sözleşmelere ve pay sahipleri sözleşmesine ilişkin olarak geçerli olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Bu nedenle, süresiz olarak kurulan anonim ortaklıklarda, varlık sebebi anonim ortaklığın (ortak girişim şirketinin) varlığına bağlanan temel sözleşmede, temel sözleşmesinin istikrarının sağlanabilmesi için, tarafların olağan fesih haklarının bertaraf edilmesi gerekecektir.

Olağan fesih hakkının belirsiz süreli adi ortaklıklarda bertaraf edilmemesinin kabul edilmesi olasılığında dahi, ortak girişim şirketinin istikrarını tehdit eden bu mekanizmaya karşı, temel sözleşmenin belirli süreli yapılması yoluyla bu sorunun aşılabileceği kanaatindeyiz. Bu sürenin dolmasından sonra ortaklığın süresiz hale gelmesi olasılığına binaen ise, fesih hakkının ortaklığın belirsiz süreli hale gelmesinden belirli bir süre sonra kullanılması ve olağan fesih hakkının kullanılması

---

<sup>1536</sup> Gerçek kişinin ömrünün sona ermesinin bir tüzel kişinin ne zaman varlığını sona erdireceğine nazaran daha öngörülebilir olmasından hareketle, bu olasılıkta evleviyetle bir belirsiz süreli adi ortaklığın varlığına hükmedilmesi gerektiğini savunan **Forstmoser/ Meier-Hayoz/Nobel**, § 39, No. 188, **Okutan**, s. 405; ayrıca bkz. **Tschäni**, M & A, s. 305, No. 59.

olasılığında diğer hakim pay sahiplerinin çeşitli opsiyon haklarının tanınmasına ilişkin yöntemlerden yararlandırılması mümkün olacaktır. Buna ilişkin bir başka alternatif ise, belirli süreli temel sözleşmelerde, sözleşmenin belirsiz süreli bir sözleşmeye dönüşmesi ihtimalinde, sözleşmenin taraflarının olağan fesih hakkının önceden kaldırılmasıdır.

## H. Temel Sözleşmenin Haklı Sebep Feshi Yoluyla

Sermayeye katılmalı ortak girişimde, temel sözleşmenin sona erdirilmesini haklı kılan sebeplerin ortaya çıkması halinde her bir ortak, ortaklığın feshini talep etme hakkına sahiptir (BK.m. 535/1 b. 7). Adi ortaklık ister süreli ister süresiz olarak kurulsun, ortaklar bu hakka sahiptir ve bu hakkı kullanırken diğer ortaklara önceden bir ihbarla feshetme iradelerini bildirmekle yükümlü değildir (BK.m. 535/2). Haklı sebebe dayanarak feshetme hakkı, temel sözleşmeye konulacak bir hükümlerle ortadan kaldırılamaz<sup>1537</sup>.

BK.m. 535/1 b. 7 ve 535/2, haklı sebeple feshin mahkeme kararıyla gerçekleşeceğini ortaya koymaktadır. Haklı sebeple feshetme hakkını kullanmak isteyen hakim pay sahibini, bu iradesini diğer ortaklara yöneltmesi ve diğer ortakların tamamının bu yolla ortaklığın feshine karar vermesi halinde de, mahkemenin devreye girmesine lüzum kalmaksızın adi ortaklığın sona ermesi söz konusu olabilir<sup>1538</sup>. Zira bu olasılıkta, ortaklardan birinin fesih beyanı sonucunda da olsa, ortakların tümü adi ortaklığın sona ermesine karar vermekte, adi ortaklık bu yolla sona ermektedir.

Belirtilen hükümlerin açık düzenlemesi karşısında, haklı sebebin varlığı, feshin önceden ihbarını gereksiz kılar<sup>1539</sup>. Diğer ortakların tamamının ortaklığın sona erdirilmesine rıza göstermemeleri halinde, haklı sebebe dayanarak fesih hakkını kullanan taraf, temel sözleşmeden doğan adi ortaklığın sona ermesine rıza göstermeyen ortaklara karşı bu kez haklı sebeple fesih davasını ikame etmek

---

<sup>1537</sup> **Poroy (Tekinalp/Çamoğlu)**, No. 111.

<sup>1538</sup> Bu yönde açıkça **Poroy (Tekinalp/Çamoğlu)**, No. 111

<sup>1539</sup> Hayri **Domaniç**, *Adi, Kollektif ve Komandit Şirketler*, Genişletilmiş 4. Bası, İstanbul, 1988, s. 113.

zorunda kalacaktır<sup>1540</sup>. Mahkemenin davacı tarafından ileri sürülen fesih sebebini haklı bulması halinde vereceği fesih kararı, kurucu niteliktedir<sup>1541</sup>.

Bu noktada, kendisine dava yöneltilecek olan diğer ortakların, haklı sebebe bizzat sebebiyet verip vermedikleri hiç bir önem taşımamaktadır<sup>1542</sup>. Zira bir kez haklı sebep ortaya çıktığında, bu sebebin ortaya çıkışına kimin yol açtığı önemini yitirecek<sup>1543</sup>, haklı fesih sebebi, tüm ortaklığı ve bu ortaklığın bir kişi birliği oluşturması ve tüzel kişiliği haiz bulunmaması karşısında tüm ortakları kuşatacak, ortaklığın varlığını ve devamını temelsiz bırakacaktır.

Buna karşılık, haklı sebebin oluşumuna bizzat yol açan ortağın, kendi kusurundan doğan bu durumu dayanak göstererek ortaklığı sona erdirme girişiminde bulunmasına cevaz verilmemesi gerekir<sup>1544</sup>. Bu bağlamda, sermayeye katılmalı ortak girişimler bakımından sıkça rastlanabilecek bir durumun ele alınmasında yarar vardır : Acaba iki hakim pay sahibi arasında kurulan bir temel sözleşmede, her iki tarafın da kusurlu olduğu durumlarda, taraflardan herhangi biri, haklı nedenle feshi dava edebilecek midir? Öğretide **Karayağın**, soruya olumlu yanıt vermektedir<sup>1545</sup>. Kanımızca, adi ortaklığın feshini haklı kılacak nedeni kendisi meydana getirmiş olan tarafa, haklı nedenle fesih davası açma hakkı tanınamayacağına göre, hakim pay sahiplerinin tümünün kusurlu olduğu hallerde somut durum dikkatle incelenmelidir.

İlk olarak belirtmek gerekir ki, haklı nedenin mutlaka ortakların tasarruflarından kaynaklanması gerekmez. Ortaklığın işlevselliğini, faaliyetini amacına yönelik bir şekilde yönelik bir şekilde yürütmesini tehdit eden ve ortakların kusurlu davranışlarından kaynaklanmayan olgular da ortaklığın sona erdirilmesi açısından

---

<sup>1540</sup> **Poroy (Tekinalp/Çamoğlu)**, No.111.

<sup>1541</sup> **Meier-Hayoz/Forstmoser**, s. 210, **Guhl/Druey**, s. 687, **Karayağın**, Şirketler Hukuku, s. 104, **Domaniç**, Adi, Kollektif ve Komandit Şirketler, s. 113; **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku, s. 40.

<sup>1542</sup> **Domaniç**, Adi, Kollektif ve Komandit Şirketler, s. 113.

<sup>1543</sup> Burada kastedilen, haklı sebebin – davayı açan ortak dışında- kimden kaynaklandığının ortaklığın sona ermesi bakımından önem taşımadığıdır. Yoksa eylemleriyle ortaklık ilişkisini katlanılmaz hale getiren ve diğer ortakları zarara uğratan ortağın kim olduğu, muhtemel bir tazminat istemi bakımından önem taşır.

<sup>1544</sup> **Karayağın**, Şahıs Şirketleri, s. 104, **Domaniç**, Adi, Kollektif ve Komandit Şirketler, s. 113, Soysal **Özenli**, Uygulamada Adi Ortaklık ve Neden Olduğu Davalar, Ankara, 1988, s. 172.

<sup>1545</sup> Sorunu Yargıtay Ticaret Dairesi'nin 16.12.1949 tarihli içtihadına istinaden ele alan ve olumlu yanıtlayan **Karayağın**, Şahıs Şirketleri, s. 104; içtihat için bkz. aynı yerde dn. 54.

haklı neden niteliğini taşır<sup>1546</sup>. Bu tür bir haklı nedenin varlığı halinde, ayrıca ortakların kusurlu davranışlarından kaynaklanan haklı nedenlerin varlığı halinde dahi, kanımızca, ortaklardan herhangi biri, kusurunun ağırlığına ve haklı bir nedene vücut verip vermediğine bakılmaksızın bu “ortakların kusurlu davranışlarından soyut” haklı nedene istinaden ortaklığın feshi istenebilecektir.

Buna karşılık, haklı nedenin münhasıran ortakların kusurlu davranışlarından kaynaklandığı, örneğin sermayeye katılmalı ortak girişimde hakim paysahiplerinin karşılıklı güven anlayışlarını yitirmelerine yol açacak kusurlu davranışlarda bulunmaları halinde, davayı ikame edecek olan ortağın konumu üzerinde, kanaatimizce hassasiyetle durmak gerekir.

Bu açıdan çeşitli ihtimaller gündeme gelebilir. İlk olarak, her bir hakim paysahibinin kusurunun başlı başına ortaklığın sona erdirilmesi açısından haklı neden olarak nitelendirilebileceği durumlarda, kusurlu olan ortaklardan herhangi birinin karşı tarafın haklı nedenini davasına dayanak olarak göstermesine bir engel görülmemelidir. Bununla birlikte, birden çok hakim paysahibinin kusurlu olduğu, ancak bu hakim paysahiplerinden sadece birinin kusurlu davranışlarının başlı başına haklı neden oluşturduğu durumlarda, bu paysahibine temel sözleşmeyi haklı nedenle feshetme yetkisi tanınmamalıdır, aksi takdirde yukarıda belirttiğimiz üzere, sürekli borç ilişkilerinde ve bu cümleden olarak adi ortaklıklarda, sözleşmenin tarafı veya ortağın kendi sebebiyet verdiği haklı nedene dayanamaması ilkesiyle çelişen bir durum ortaya çıkar.

Adi ortaklıklarda hangi olguların haklı sebep olarak nitelendirileceği, kanunda düzenlenmemiştir. Kanunkoyucu, bu açıdan hakime takdir yetkisi tanıyarak, somut olayın özelliklerinin göz önüne alınmasını öngörmüştür. Hakim, hem haklı neden olarak ileri sürülen vakıanın varlığını tespit edecek, hem de bu vakıanın ortaklığın sona ermesini gerektirecek bir etkiye sahip olup olmadığını sınayacaktır<sup>1547</sup>. Temel sözleşmesinin bir sürekli borç ilişkisine vücut verdiği<sup>1548</sup> dikkate alındığında, sürekli borç ilişkilerininin haklı sebeple feshi açısından geliştirilen “*tarafklar arasında sürekli*

---

<sup>1546</sup> **Guhl/Druey**, s. 687.

<sup>1547</sup> **Özenli**, s. 172.

<sup>1548</sup> Bu yönde **Oertle**, s. 75.

*borç ilişkisinin kurduğu güven ilişkisinin zedelenmesi- sözleşmenin devam etmesinin haklı sebebi ileri süren taraf açısından katlanılmaz hale gelmesi*<sup>1549</sup>”formülü, temel sözleşmenin sona erdirilmesi bakımından da geçerlidir.

Temel sözleşmenin bir adi ortaklık sözleşmesi niteliğini haiz olduğu gözetildiğinde, *affectio societatis* unsurunun zayıflaması, özellikle hakim pay sahiplerinden birinin *affectio societatis* anlayışını terk etmesi, diğer hakim pay sahiplerine ortaklığın haklı sebeple feshini talep etme imkanını tanıyacaktır<sup>1550</sup>. Bu bağlamda, kapsamı ve sınırları temel sözleşmeyle çizilmiş olan ortak kontrolün icrasında, hakim pay sahiplerinden birinin istikrarlı bir şekilde ortak kontrolün işleyişini zedeleyen davranışlarda bulunması, onun temel sözleşme uyarınca kurulan adi ortaklığın amacına yönelik olarak faaliyet göstermesi gayesinden uzaklaştığını göstermektedir ki; bu olgu ortaklığın sona erdirilmesi açısından haklı bir neden olarak nitelendirilmelidir. Örnek olarak, temel sözleşmesinin oy sözleşmesine özgü düzenlemelerine uyulmaması, ortak girişim şirketine karşı uydu sözleşmeleri uyarınca üstlenilen edimlerin aksatılması veya hiç yerine getirilmemesi yoluyla temel sözleşme uyarınca kurulan adi ortaklığın amacına erişmesinin güçleştirilmesi<sup>1551</sup>, söz konusu düzenlemeleri ihlal eden hakim pay sahibinin, artık temel sözleşmeyle izlenen amaca yönelmekten vazgeçtiğini gösteren olgulardır.

Diğer yandan hakim pay sahipleri, temel sözleşmenin sona erdirilmesini haklı kılan nedenleri, temel sözleşmede belirleyebilirler. Kanımızca bu nedenler tüketici olarak belirlenemez. Başka bir açıdan, tarafların söz konusu sebepleri tüketici olarak belirlemeleri dahi, sözleşmeye taraf olan kimseleri sözleşmede sayılan nedenler dışında kalan ancak ortaklığın sona erdirilmesini haklı kılabilecek bir olgu olarak nitelendirilebilecek bir sebebe istinaden haklı sebeple fesih talebinde bulunmaktan alıkoyamaz.

---

<sup>1549</sup> bkz. Özer **Seliçi**, s. 200 vd.; adi ortaklıklar açısından ortaklar arasındaki karşılıklı güven ilişkisinin zedelenmesinin bir haklı neden oluşturacağı yönünde bkz. **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku, s. 40.

<sup>1550</sup> **Poroy (Tekinalp/Çamoğlu)**, No.60.

<sup>1551</sup> Ortak amaca ulaşılmasını imkansız hale getirmemekle birlikte bu amaca erişilmesini veya ortaklığın bu amaç doğrultusunda faaliyet göstermesini güçleştiren olguların da adi ortaklıklarda ortaklığın feshi açısından haklı neden olarak nitelendirileceği yönünde bkz. **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku, s. 40.

Temel sözleşmede belirtilen haklı nedenlerden birisi gerçekleştiğinde, kanımızca hakimin artık bu sebebin nesnellliğini sınamasına gerek yoktur. Zira taraflar, söz konusu olgunun gerçekleşmesini zımnen “ortaklık ilişkisini katlanılmaz hale getiren veya ortaklığın işlevselliğini zedeleyen bir olgu” olarak nitelendirmişlerdir. Bu nedenle hakimin, söz konusu olgunun ortaya çıkıp çıkmadığını sınamakla yetinmesi, bu olgunun ortaya çıktığını tespit etmesi halinde, temel sözleşmenin haklı nedenle feshine karar vermesi yerinde olacaktır.

Önemle belirtmek gerekir ki, temel sözleşmenin taraflardan birinin haklı sebeple fesih hakkını kullanmasıyla sona erdirilmesi, *ipso iure* anonim ortaklığın sona ermesini beraberinde getirmeyecektir. Hakim pay sahibi, sözleşmeyi feshederek diğer hakim pay sahibiyle arasında temel sözleşme ile kurulmuş bulunan adi ortaklığı feshetmekte ve ortak kontrolün temel sözleşmeye özgü araçlarla tesis edildiği durumlarda, ortak kontrolü sona erdirmektedir. Halbuki pay sahipleri arasında akdedilen borç sözleşmelerinin ve bu arada temel sözleşmenin feshi, anonim ortaklığın kanunla sınırlı sayıda öngörülmüş bulunan sona erme sebepleri arasında yer almamaktadır<sup>1552</sup>.

Ayrıca anonim ortaklığın sona ermesi için, pay sahiplerinin ortaklığın sona ermesini sağlayan mekanizmaları devreye sokmaları gerekmektedir (TTK.m. 434,435, TTK Tasarısı m. 531). Çoğu zaman hakim pay sahipleri, ortak girişimin kuruluşu aşamasında temel sözleşmeye çeşitli hükümler koymak suretiyle, ortak girişim ilişkisinin sona ermesi olasılığında anonim ortaklığın sona ermesini sağlayan mekanizmaların işletilmesine yönelik düzenlemeler öngörebilmektedir. Ancak haklı sebeple feshin söz konusu olması halinde temel sözleşme sona ereceğinden, artık tarafların bu mekanizmaları işletme yükümlülüğü altına sokan düzenlemelerin de herhangi bir hükmü kalmayacaktır.

Kuşkusuz ki, tarafların kendi iradeleriyle ortaklığı sona erdirme konusunda uzlaşmaları halinde, anonim ortaklığın iradi tasfiye yoluyla sona erdirilmesi mümkün olacaktır. Ancak bu konuda bir uzlaşmaya varılamazsa, bu kez iki nokta üzerinde durmak gerekecektir : İlk olarak, temel sözleşmenin sona ermesini

---

<sup>1552</sup> Söz konusu olguya, ana sözleşmede ortaklığın sona ermesine yol açacak bir olgu olarak yer verilip verilemeyeceği hususunda bkz. a.ş. § 15, IV, C, 4.

müteakiben taraflar ayrıca anonim ortaklığın sona erdirilmesi yönünde bir girişimde bulunmazlarsa anonim ortaklığın akıbeti ne olacaktır? İkinci olarak, acaba hakim paysahipleri, özellikle ortak girişim sözleşmesini haklı sebeple fesheden hakim paysahibi kendi iradesiyle anonim ortaklığı sona erdirebilecek yollara başvurabilecek midir? Her iki hukuki sorunu aşağıda ortak girişim sözleşmesinin sona ermesinin ortaklık yapısına ve ortaklığın akıbetine yönelik etkileri başlığı altında inceleyeceğiz.

#### **IV.Ortak Girişim İlişkisinin Sona Ermesinin Etkileri**

##### **A.Temel Sözleşmenin Taraflarının Üçüncü Kişilere ve Anonim Ortaklığa Karşı Yükümlülüklerine Yönelik Etkileri**

Adi ortaklığın sona ermesi, ortaklığın üçüncü kişilere yönelik taahhütlerini ortadan kaldırmayacağı gibi, bu taahhütlerde herhangi bir değişikliğe de yol açmamaktadır (BK.m. 541). Bu bağlamda, temel sözleşme uyarınca ortaya çıkan adi ortaklığın üçüncü kişilere karşı borçlanmasının söz konusu olup olmadığının saptanması, bu soruya olumlu yanıt verilmesi halinde söz konusu adi ortaklığın mutad olarak kimlere karşı borçlanabileceğinin açıklığa kavuşturulmasında yarar görülmektedir. Bu noktada, her bir hakim paysahibinin üçüncü kişilere karşı “şahsen” borçlanmalarıyla bu paysahipleri tarafından temel sözleşme ekseninde kurulan adi ortaklığın üçüncü kişilere karşı borçlanmasının birbirinden farklı olgular olduğunu göz ardı etmemek gerekir. Bu noktada, adi ortaklığın borçlanması üzerinde duracağız.

İkinci olarak sermayeye katılmalı ortak girişimin çatısını oluşturan anonim ortaklığın hakim paysahipleri, temel sözleşmeyi doğrudan doğruya ortak girişim şirketini kurmak ve bu şirketi yönetmek amacıyla akdederler ve bu sözleşme uyarınca kurulan adi ortaklığın konusu da münhasıran anonim şirketin kurulması ve yönetilmesidir. Nitekim hakim paysahipleri, söz konusu adi ortaklık çevresinde bir araya gelerek anonim ortaklıkla ilgili stratejik kararları uzlaşarak alacaklardır. Bu itibarla temel sözleşme ekseninde kurulan adi ortaklığın aslî faaliyetini yürütebilmesi için üçüncü kişilerle hukuki ilişkilere girmeleri gerekmeyebilir. Zira, adi ortaklığın ilk aşamada anonim ortaklığı kurmaları, ikinci aşamada ise bu ortaklığı yönetmeleri söz konusu olmaktadır. Bu yaklaşım, ortak girişimin spesifik

kurulma amacı gözetildiğinde yerindedir. Halbuki ortak girişimin bu sınırlı amaçları yerine getirmek üzere kurulması, söz konusu adi ortaklığın üçüncü kişilere karşı haklar ve borçlar altına girmesine teorik olarak engel olmaz<sup>1553</sup>.

Öncelikle anonim ortaklığın kuruluşu aşamasında ortak girişim “adi ortaklığı” tarafından anonim ortaklığın kurulması amacıyla üçüncü kişilere karşı borç altına girilmesi söz konusu olabilir. Ancak kurucuların ortaklığın kurulmasına yönelik olarak yaptıkları harcamalar (TTK.m. 301/3) ve ortaklık kurulmadan önce ortaklık namına yapılan işlemler (TTK. m. 301/2), bu hükümlerde belirtilen koşullar dahilinde pay sahipleri arasında kurulan adi ortaklığı değil bizatihi anonim ortaklığı bağlayacaktır.

Anonim ortaklığın kurulmasını izleyen dönemde de, ortak girişim “adi ortaklığı” hiç bir surette üçüncü kişilerle hukuki ilişkiler kurma girişiminde bulunmayıp, münhasıran anonim ortaklığın yönetilmesi amacına odaklanabilirler.

Temel sözleşmenin sona ermesi olasılığında, ele alınması gereken meselelerden birisi de, temel sözleşmeye taraf olan hakim pay sahiplerinin ortak girişim şirketine karşı üstlendiği yükümlülüklerin akıbetidir. İlk olarak, temel sözleşmenin sona ermesi, bu sözleşmede öngörülen yükümlülüklerin de sona ermesine yol açacaktır. Bu bağlamda, temel sözleşmenin, hakim pay sahipleriyle ortak girişim şirketi arasında çeşitli uydu sözleşmelerinin kurulmasını öngörmesi halinde, temel sözleşmenin sona ermesiyle birlikte hakim pay sahiplerinin yeni uydu sözleşmeleri akdetme yükümlülükleri ortadan kalkacaktır.

Buna karşılık, temel sözleşmenin sona ermesinden önce akdedilmiş olan uydu sözleşmelerinin akıbeti, somut duruma göre değişiklik gösterir. Temel sözleşmenin uydu sözleşmeleri açısından ön sözleşme veya çerçeve sözleşmesi niteliğini taşıması<sup>1554</sup> olasılığında, temel sözleşmenin sona ermesi, sona ermeden önce akdedilmiş bulunan uydu sözleşmeleri açısından bir etki yaratmayacaktır. Zira uydu sözleşmeler önsözleşme uyarınca akdedilmiş veya çerçeve sözleşmenin belirlediği ilkeler uyarınca akdedilmiştir. Ancak temel sözleşmede ve uydu sözleşmede yer

---

<sup>1553</sup> Temel sözleşmenin bir iç ortaklığa vücut verip vermeyeceği açısından yukarıda bkz. § 8, II, C, 4.

<sup>1554</sup> Bu konuda bkz. yuk. § 8, I, D, 4.



alacak bazı düzenlemeler marifetiyle, temel sözleşmenin sona ermesi olasılığında, uydu sözleşmesinin de sona ereceğinin kararlaştırılması halinde, temel sözleşmenin sona ermesi, doğrudan doğruya bu sonucu da beraberinde getirebilecektir.

Kuşkusuz ki, bu noktada, uydu sözleşmesinin sürekli borç yükleyen bir sözleşme niteliğini taşıyıp taşımadığının da gözetilmesi gerekecektir. Sürekli borç ilişkisi oluşturan uydu sözleşmelerinde, temel sözleşmenin sona ermesiyle bu sözleşmenin de sona ermesi kolaylıkla sağlanabilir. Bu olasılıkta, temel sözleşmenin sona ermesiyle uydu sözleşmesi de sona erecektir. Buna karşılık, ani edimler içeren bir borç ilişkisinde ise, örneğin temel sözleşmede yer alan çerçeve sözleşmesine özgü düzenlemeler ışığında akdedilen bir münferit hammadde temini sözleşmesi bakımından meseleye yaklaşıldığında, temel sözleşmenin sona ermesinin bu tür bir sözleşme üzerinde nasıl etkiler doğuracağı, kanımızca temel sözleşmede somut olarak düzenlenmelidir. Bu yönde bir düzenleme bulunmazsa, sözleşmenin ileriye dönük olarak sona erdiği kabul edilmelidir.

## **B. Ortaklığın Yapısına ve Ortakların Hakim Paysahibi Sıfatına Yönelik Etkileri**

Ortak girişim şirketlerinde “hakim paysahibi” kavramının Ortaklıklar Hukuku’ndaki anlamıyla tekil hakimiyet kavramıyla tam olarak bağdaşmadığını, temel sözleşme yapan paysahiplerinin ortak girişim şirketini ancak uzlaşarak ortak kontrolleri altında bulundurabileceklerini, bu yönden hakim paysahiplerinin tek başlarına ortaklık üzerinde hakimiyet kuramadıklarını ortaya koymuştuk<sup>1555</sup>. Denilebilir ki, ortak girişimlerde hakim paysahipliği sıfatının hakimiyeti bahşetmesi, ortak girişim sözleşmesinin tarafları olan paysahiplerinin alınacak stratejik kararlar ile ilgili olarak uzlaşmalarına bağlıdır.

Görüldüğü üzere, ortak girişim şirketinde hakim paysahiplerinin hakimiyeti ellerinde tutmaları ve icra edebilmeleri, temel sözleşme uyarınca bu paysahipleri arasında kurulan dengeye bağlıdır. Bu denge son derece hassastır; çünkü tarafların ortaklığın organlarında alacakları herhangi bir stratejik kararda uzlaşmamaları, ortak girişim

---

<sup>1555</sup> bkz. yuk. § 9, IV.

şirketinin kilitlenmesine yol açacaktır. Sürekli kilitlenmenin yarattığı tıkanıklığın sonucu ise, ortak girişim şirketinin sona ermesidir.

Temel sözleşmenin sona ermesinin, ortaklığın yapısına ve temel sözleşmenin taraflarının hakim pay sahibi sıfatlarına yönelik etkilerinin belirlenmesi açısından merkezi sorun, ortak kontrolün akıbetidir. Farklı bir anlatımla, temel sözleşmenin sona ermesi üzerine ortak kontrolün de sona erip ermeyeceği, ortaklığın müstakbel yapısını ve pay sahiplerinin ortaklıktaki konumlarını biçimlendirecektir. Bu sorunun yanıtı, ortak kontrolün ne şekilde tesis edildiğine göre farklılık gösterecektir. Bu açıdan, ortak kontrolün pay dağılımından kaynaklandığı durumlarla temel sözleşmede yer alan ve ortak kontrolü sağlayıcı araçlardan kaynaklandığı durumlar arasında ayırım yapmak gerekir<sup>1556</sup>.

Payların ikiden fazla hakim pay sahibi arasında dağıldığı durumlarda söz konusu eşit dağılım kendiliğinden ortak kontrolü sağlamaz; bilakis bir kaç pay sahibi bir araya gelerek diğerlerinin ortaklığın stratejik kararları üzerinde belirleyici etki yaratmasını önleyebileceğinden, ortak kontrolün tesis edilmesi, pay sahipleri sözleşmesiyle öngörülecek ek mekanizmaları gerektirir<sup>1557</sup>. Bu mekanizmalar olmaksızın salt pay dağılımına dayalı olarak ortak kontrol tesis edilebilirse de, söz konusu kontrolün kalıcılığı tehdit altındadır. Bu nedenle temel sözleşmenin sona ermesinin bu ortaklıklar bakımından etkileri, ortak kontrolün pay sahipleri sözleşmesinde öngörülen mekanizmalarla sağlandığı diğer durumlardan farklı değildir.

Ortak kontrolün oluşumuna ilişkin açıklamalarımızda vurguladığımız üzere<sup>1558</sup>, ortak kontrolün pay dağılımından kaynaklandığı yegâne durum, payların ve – paylarla oy hakları arasındaki dengeyi bozan unsurların söz konusu olmaması kaydıyla- oy haklarının yarı yarıya iki pay sahibi veya iki pay sahibi grubu arasında paylaşıldığı anonim ortaklıklardır. Anonim ortaklığın bu görünüm biçiminde, pay sahipleri sözleşmesinde ortak kontrolün tesisine ve icra edilmesine ilişkin düzenlemelere yer verilmese de, pay sahiplerinin eşit güçleri birbirini etkisiz kılabilir ve bu yolla ortak kontrol oluşabilir. Yine de, ortak girişim olarak kurulan anonim ortaklıklarda ortak

---

<sup>1556</sup> Bu ayırımın etkileri için bkz. § 11, I.

<sup>1557</sup> İki den fazla hakim pay sahibi tarafından ortaklaşa kontrol edilen ortak girişimlerde ortak kontrolün sağlanması için bkz. yuk. § 11, II, B, 2.

<sup>1558</sup> Bkz. yuk. § 6, II, A.

kontrolün tesis edilebilmesi için, temel sözleşmede bu yapıyı destekleyici unsurlara yer vermek gerekmektedir; aksi takdirde yarı yarıya pay dağılımından ortak kontrol yerine kilitlenme olgusu hasıl olur<sup>1559</sup>.

Bu veriler ışığında, temel sözleşmenin sona ermesinin iki ortaklı anonim ortaklıklar üzerindeki etkileri, ortak kontrolün de tehlikeye girmesine yol açar. Bu olasılıkta, temel sözleşmeye işlerlik kazandıramayan pahasahiplerinin, bu sözleşmenin sona ermesi olasılığında stratejik kararların alınmasında birbirleriyle uzlaşmaları da oldukça güçleşecektir. Temel sözleşmenin sona ermesi durumunda, payları yarı yarıya paylaşan pahasahipleri, aralarındaki uzlaşma zeminin ortadan kalkmasıyla herhangi bir stratejik kararın alınmasında uzlaşamayacaklardır. Bu olgu, ortaklık organlarında karar alınamamasına ve zamanla ortaklık organlarının seçilememesine yol açacaktır. Organsızlık olgusu, anonim ortaklıklarda infisah sebebi olarak kabul edildiğinden (TTK.m. 435), mevcut organların, pahasahiplerinin veya ortaklık alacaklılarının açacakları “organsızlık sebebiyle fesih davası”, anonim ortaklığın da sona ermesini gündeme getirebilecektir<sup>1560</sup>. Kısaca temel sözleşmenin sona ermesine rağmen varlığını sürdüren anonim ortaklık, ortak girişim şirketi niteliğini yitirecek, alelade bir iki ortaklı ortaklığa dönüşecektir<sup>1561</sup>.

Bu davanın açılması halinde mahkeme, TTK.m. 435/2 uyarınca organsızlık durumunu sona erdirmek için ortaklığa kayyım atamaktadır. TTK. m. 435/2, organsızlık sebebiyle açılacak davada, luzumlu tedbirlerin mahkeme tarafından alınmasını öngörmekte, bununla birlikte, ne tür önlemler alınabileceğini düzenlememektedir. Uygulamada mahkemeler, derneklerde teşkilatın (organların) eksikliği veya başka suretle derneğin idare edilmemesi durumuna özgü olarak sulh mahkemesinin derneğe kayyım atanacağını düzenleyen Eski Medeni Kanun’un 377/4 hükmünü kıyasen anonim ortaklıklara uygulayarak, yönetim organının yeniden oluşturulmasına veya mevcut yönetim organına yeniden işlerlik kazandırılmasına

---

<sup>1559</sup> Von der Crone, Zweimanngesellschaften, s. 38 vd.

<sup>1560</sup> Organsızlık nedeniyle fesih davasında, mahkeme, anonim ortaklığın organlarının oluşumu için ortaklığa atayacağı kayyımın belirli bir sürede kanuna aykırılığın giderilmesi görevini yükleyecektir. Ancak bu süre zarfında, ortaklığın organlarının oluşturulamayacağı, diğer bir açıdan kilitlenmenin sürekli hale geldiği tespit edilirse, bu kez ortaklığın infisahına karar verilecektir; bu konuda bkz. İzmirli, s. 134-135.

<sup>1561</sup> İki ortaklı ortak girişim şirketi ile iki ortaklı şirket arasındaki ayrımı vurgulayan Ateş Akıncı, s. 109.

değın şirketin kayyım tarafından yönetilmesine ve temsil edilmesine karar vermekteydi<sup>1562</sup>.

Yeni Medeni Kanun'un kayyımlığı düzenleyen hükümleri arasında yer alan 427. maddesi ise, eski kanundaki “*dernek ve tesis*” ibaresine yer vermemiş; bunun yerine bir tüzel kişinin gerekli organlardan yoksun kalması ve tüzel kişinin yönetiminin başka yoldan sağlanamaması halinde bir yönetim kayyımı atanacağını öngörmüştür. Yeni hüküm, tüzel kişilerin tümü açısından geçerli olan bir düzenlemeyi getirmesi açısından, anonim ortaklıklar bakımından kıyasen değil doğrudan doğruya uygulama alanına sahiptir.

Atanan kayyıma, belirli bir süre zarfında ortaklığın genel kurulunu toplama<sup>1563</sup> ve mevcut bulunmayan yönetim kurulunu seçme görevi yüklenmektedir. Uygulamada, birden çok kayyımın birlikte atanması ve kayyımlara söz konusu genel kurul toplantısı gerçekleştirilene değın ortaklığı yönetme yetkisinin verilmesi de söz konusu olmaktadır. Söz konusu genel kurulun toplanması ve yönetim kurulunun seçilmesi olasılığında organsızlık durumu ortadan kalkmakta ve deyim yerindeyse şirkete yeniden işlerlik kazandırılmakta; aksi takdirde organsızlık durumu istikrar kazandığından ortaklığın feshine karar verilmesi söz konusu olmaktadır<sup>1564</sup>.

Ortak kontrolün temel sözleşme marifetiyle tesis edildiğı durumlarda ise, ortak girişim sözleşmesinin sona ermesi, farklı etkiler doğuracaktır. Temel sözleşmede öngörülen “ortak kontrolü sağlayıcı” mekanizmaların, TTK.m. 279'un elverdiği ölçüde anasözleşmeye yansıtılması halinde, ortak girişim sözleşmesinin sona ermesinin sonucu, pay sahipleri arasında ortaklığın kontrolünün yapısına ve icra edilmesine ilişkin hukuki rejimin artık münhasıran anasözleşme tarafından belirlenmesi olacaktır.

Anasözleşme ile oluşturulan hukuki yapı, temel sözleşmenin sona ermesine rağmen ortak kontrolün korunmasına elverişli ise, temel sözleşmenin sona ermesi ortak

---

<sup>1562</sup> İzmirli, s. 129.

<sup>1563</sup> Kayyımın genel kurulu toplantıya çağırma yetkisi için bkz. **Poroy (Tekinalp/Çamoğlu)**, No. 670b.

<sup>1564</sup> Bu uygulamanın TTK Tasarısı m. 531 ışığında kazanacağı yeni açılımlar için bkz. aşa. § 15, IV, C, 2, a.

kontrolü ortadan kaldırmaz. Örneğin, ortak kontrolün oyda imtiyazla ve yönetime katılma haklarıyla sağlandığı durumlarda, temel sözleşmede yer alan bu tür düzenlemeler anasözleşmeye yansıtılabileceğinden, hakim paysahipleri ortak kontrolü paylaşmaya devam ederler. Bu olasılıkta, paysahiplerinden birinin ortaklığı haklı sebeple fesih yoluyla sona erdirip erdiremeyeceği meselesi önem kazanmaktadır.

Buna karşılık, ortak kontrolü sağlayıcı mekanizmaların, anasözleşmeye yansıtılmasının mümkün olmadığı veya taraflarca tercih edilmediği durumlarda temel sözleşmenin sona ermesi, doğrudan doğruya ortak kontrolün sona ermesini sonuçlandırır. Ortaklık üzerindeki hakimiyetin kime ait olduğu, artık oransallık ilkesine göre belirlenecektir.

### **C. Temel Sözleşmenin Sona Ermesinin Anonim Ortaklığın Sona Ermesi Açısından Özellikli Etkileri**

#### **1. Genel Olarak**

Anonim ortaklığın sona ermesi durumunda temel sözleşmenin kendiliğinden sona ereceğini<sup>1565</sup>, buna karşılık temel sözleşmenin sona ermesinin her durumda anonim ortaklığı sona erdirmesine yol açmayacağını ortaya koymuştuk.

Bununla birlikte, temel sözleşmenin sona ermesi, bazı durumlarda anonim ortaklığın da sona ermesine zemin hazırlayabilir. İlk olarak, “temel sözleşmenin sona ermesi” olgusunun bir haklı sebep olarak nitelendirilmesinin ve buna bağlı olarak paysahiplerinden birinin bu haklı sebebi ileri sürerek anonim ortaklığın feshini dava olup olmadığı araştırılmalıdır. İkinci olarak, ortak girişim sözleşmesinin sona ermesinin anonim ortaklığın amacına ulaşmasını imkansız kılıp kılamayacağı ve buna bağlı olarak ortaklığın infisahının (TTK.m. 435) gündeme gelip gelmeyeceği tartışılmalıdır. Son olarak da, anasözleşmeye konulacak bir hükümlerle, temel sözleşmenin sona ermesine bağlı olarak anonim ortaklığın da sona ermesinin sağlanıp sağlanamayacağını irdelenmesi gerekmektedir.

<sup>1565</sup> Zira adi ortaklık niteliğinde olan ortak girişim sözleşmesinin amacı imkansızlaşmış olacak; BK. m. 535/1 bent uyarınca bu durum, ortaklığın sona ermesine yol açacaktır.

## 2. Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshi

### a. Kavram ve Düzenleniş Biçimi

Ortaklık kavramı, kurucuların ve sonradan ortaklığa dahil olan pay sahiplerinin belirli bir ticari faaliyeti tek başlarına yürütmek yerine güvenli bir işbirliği modelini tercih etmeleri fikrine dayanmaktadır. Bu yapının en gelişmiş modeli olan ve pay sahipleri arasındaki ilişkinin ortaklık yapısına asgari düzeyde yansımaları düşüncesine<sup>1566</sup> dayanan anonim ortaklıklarda dahi, ortaklığın amacı doğrultusunda faaliyet göstermesi, pay sahipleri arasında güvene dayalı bir ilişkinin kurulmasına ve bu ilişkinin korunarak geliştirilmesine bağlıdır<sup>1567</sup>. Bu bağlamda, Ortaklıklar Hukuku doktrini, anonim ortaklıkta pay sahipleri arasında güven ilişkisinin zedelendiği, ortaklık ilişkisinin katlanılmaz hale geldiği durumlarda, anonim ortaklığın pay sahiplerinden birinin iradesiyle sona erdirilip erdirilemeyeceğini tartışmıştır. Türk Hukuku'na kaynaklık eden İsviçre Borçlar Kanunu'nda mesele somut bir hükümle düzenlenmiş (İBK. m. 736 b. 4)<sup>1568</sup> ve bu durumda ortaklığın, esas sermayenin onda birini temsil eden pay sahiplerinin açacağı davaya binaen haklı sebeple feshedilebilmesine imkan tanımıştır<sup>1569</sup>.

<sup>1566</sup> Bu özelliği, özellikle anasözleşmenin hukuki niteliğine ilişkin yaklaşımlarda gözlemek mümkündür; bu konuda bkz. yuk. § 8, I, C, 2, a. Anasözleşme, ilk oluşumunda, onu imzalayanlar arasında bir ortaklık sözleşmesi niteliğinde iken, anonim ortaklığın kurulmasıyla nesnel bir metne dönüşmekte, söz konusu anonim ortaklığın kurumsal temelini meydana getirmektedir.

<sup>1567</sup> Anonim ortaklıklarda affectio societatis'in diğer ortaklık türlerine nazaran hafiflediğine, özellikle çok ortaklı anonim ortaklıklarda iyice zayıfladığına, ancak tam olarak ortadan kalkmayacağına ilişkin olarak bkz. **Poroy (Tekinalp/Çamoğlu)**, No. 60.

<sup>1568</sup> İBK.m. 736/4, şu şekildedir :

*İBK.m. 736- Ortaklık, aşağıdaki sebeplerden birine istinaden sona erer :*

...

4. *Önemli (haklı) sebeplerin varlığı halinde esas sermayenin onda birini temsil eden paylara sahip olan ortakların istemi üzerine mahkeme kararıyla. Mahkeme, bunun yerine adil ve taraflar açısından kabul edilebilir nitelikte olan bir başka çözümü karara bağlayabilir.*

<sup>1569</sup> İsviçre Hukuku'nda **Kunz** (Peter V. **Kunz**, Richterliche Handhabung, von Aktionärsstreitigkeiten- zu einer Methode für Interessenabwägungen, Festschrift für Jean Nicholas Druey zum 65. Geburtstag, Zürich, 2002, s. 447-448), İsviçre Federal Mahkemesi uygulamasında Anonim Ortaklıklar Hukuku'na özgü dört dava türünün (sorumluluk davaları, genel kurul kararlarının hükümsüzlüğünün tesbitine özgü davalar, haklı sebeple fesih davası ve pay sahibinin bilgi alma hakkına özgü davalar) en yaygın olarak uygulama alanı bulan davalar olduğunu belirtmektedir.

Türk Hukuku'nda ise, anonim ortaklığın sona ermesine ilişkin sebepleri düzenleyen TTK. m. 434, 435 hükümleri, haklı sebeple fesih imkanına yer vermemiştir. Kanunkoyucu'nun bu tutumu, öğretilerde farklı görüşlerin ortaya çıkmasına zemin hazırlamıştır.

Öğretilerde ağırlık kazanan görüş, Türk Ticaret Kanunu'nda diğer ortaklık tipleri açısından haklı sebeple fesih imkanı tanınırken anonim ortaklıklar açısından buna cevaz verilmemesinin bilinçsiz bir boşluk olarak nitelendirilemeyeceğini ve Kanunkoyucu'nun anonim ortaklıklarının pay sahiplerinden soyutlanmış ve pay sahiplerinin bireysel inisiyatiflerine asgari düzeyde itibar eden yapısını gözeterek bilinçli olarak haklı sebeple fesih kurumuna yer vermediğini savunmuştur<sup>1570</sup>.

Ancak anonim ortaklıklarda haklı sebeple feshi kabul etmeyen yazarlardan bir çoğu, anasözleşmeye konulacak bir hükümlerle, haklı sebeple feshin bir sona erme sebebi olarak ortaklık düzeninde öngörülebileceğini kabul etmektedir<sup>1571</sup>. Yargıtay'ın içtihatları da aynı yöndedir<sup>1572</sup>.

Bir görüş uyarınca, İsviçre Borçlar Kanunu'nu model olarak benimseyen Türk Kanunkoyucusu'nun haklı sebeple fesih kurumunu Türk Hukuku'nda öngörmemesi tamamen bir ihmalin eseridir ve ortada olumlu bir boşluk bulunmaktadır<sup>1573</sup>. Bu görüşü savunan yazarlar, söz konusu boşluğun anonim ortaklıklar hukukunda haklı sebeple fesih kurumuna imkan tanınarak doldurulabileceği görüşünü ortaya atmaktadır.

---

<sup>1570</sup> **Arslanlı**, Anonim Şirketler, C. IV-V, s. 166, **İmregün**, Anonim Ortaklıklar, s. 481, **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, No. 1566; aynı yazarın Otuz Yıllık Uygulamanın Işığında Azınlık Hakları Sisteminin ve Uygulamasının Değerlendirilmesi, , Türk Ticaret Kanunu'nda 30. Yıl Semineri, İstanbul, 1988, s. 241, **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku, s. 937, dn. 2567; **Nomer**, s. 145; **Şükrü Yıldız**, Anonim Ortaklıklarda Paysahibi Açısından Eşit İşlem İlkesi, Ankara, 2004, s. 222.

<sup>1571</sup> **Arslanlı**, Anonim Şirketler, C. IV-V, s. 166, **İmregün**, Menfaat İhtilafları, s. 79 ve aynı yazarın Anonim Ortaklıklar, s. 481, **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku, s. 937, dn. 2567, haklı sebeple feshin mümkün olup olmadığına değinmemekle birlikte anasözleşmeye konulacak bir hükümlerle pay sahibine haklı sebeple fesih hakkının tanınabileceğini savunan **Fahiman Tekil**, Anonim Şirketler, s. 502, Ayşe **Sumer**, Anonim Ortaklıklarda Azınlık Haklarının Korunması ve Anonim Ortaklığın Haklı Nedenle Feshi, İstanbul, 1991, s. 88, **Nomer**, s. 145, **Yıldız**, Eşit İşlem, s. 222.

<sup>1572</sup> Yargıtay Ticaret Dairesi 26. 3.1963 tarihli ve 3484/ 4586 sayılı kararı, Yargıtay 11. HD. 7.6.1979 tarihli ve 2160/3061 Sayılı kararı, Yargıtay Kararları Dergisi, Kasım 1980, s. 1516-1519.

<sup>1573</sup> Ersin **Çamoğlu**, Kollektif Ortaklıkta Haklı Sebep Kavramı ve Ortağın Haklı Sebep ile Çıkarılması, İstanbul, 1976, s. 67; anonim ortaklıklarda haklı sebeple fesih kurumunu MK.m. 2 hükmüne dayandıran **Yasaman**, Birleşme, s. 131-132.

Mevcut TTK'nın aksine Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın 531. maddesinde<sup>1574</sup> anonim ortaklıkların haklı sebeple feshine yer verilmiştir. Haklı sebeple fesih yolundan yararlanabilmek için pay sahibinin esas sermayenin onda birini temsil eden paylara sahip olması<sup>1575</sup> ve fesih istemini haklı kılan haklı sebeplerin varlığı aranmaktadır. Tasarı m. 531, hangi sebeplerin nesnel nitelik taşıdığını açıklığa kavuşturucu nitelikte herhangi bir ölçüt öngörmemiş, keyfiyeti hakimnin takdirine bırakmıştır<sup>1576</sup>.

## **b. Haklı Sebeple Fesih Davasında Hakimnin Takdir Yetkisi ve İzleyeceği Yöntem**

Tasarı m. 531, fesih davasına bakacak mahkemeye geniş bir hareket alanı tanıyarak feshi istenen anonim ortaklık açısından en verimli çözüm yöntemini uygulama yetkisini tanımaktadır. Gerçekten de, mahkeme, anonim ortaklığın içinde bulunduğu somut koşulları değerlendirerek ortaklığın feshi yerine alternatif bir yöntemin uygulanma kabiliyetini sınayacaktır. Bu yönden hükümde, uygulanabilecek yöntemler tüketici olarak sayılmamış, hakime takdir yetkisini kullanabileceği geniş bir hareket alanı tanınmıştır. Hükümde, mahkemece uygun görülecek yöntemin “duruma uygun düşen” ve “kabul edilebilir” nitelikte olması öngörülmektedir. Tasarı'nın bu yaklaşımı, İsviçre Hukuku'nda haklı nedenle fesih kurumunun gelişimine koşuttur.

İsviçre Federal Mahkemesi, anonim ortaklığın haklı nedenle feshine ilişkin içtihatlarında, bu müesseseyi başvurulacak son çare olarak nitelendirmiş; bu

---

<sup>1574</sup> TTK Tasarısı m. 531

*b) Haklı Sebeplerle Fesih*

(1) *Haklı sebeplerin varlığında, esas sermayenin en az onda birini temsil eden pay sahipleri, mahkemeden şirketin feshine karar verilmesini talep edebilirler. Mahkeme fesih yerin, davacı pay sahiplerine paylarının gerçek değerinin ödenmesine ve bunların şirketten çıkarılmalarına veya duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer bir çözüme karar verebilir.*

<sup>1575</sup> Tasarı'da haklı sebeple fesih istemi, olumlu bir azınlık hakkı olarak tanınmıştır. Ancak belirtmek gerekir ki, anonim ortaklıkta anasözleşmeye konulacak hükümlerle azınlık haklarının, esas sermayenin % 10'undan daha az oranda paya sahip olan pay sahiplerine tanınabilmesi mümkünse de, bu olasılıkta dahi haklı fesih isteminde bulunabilmek için esas sermayenin en az % 10'u oranında paya sahip bulunmak gerektiği kanaatindeyiz.

<sup>1576</sup> Kanımızca, anonim ortaklığın amacına ulaşmasını önemli ölçüde güçleştiren, ortakların pay sahipliğinden olan haklı beklentilerini zedeleyen sebepler, haklı sebep olarak mütalaa edilmek gerekir.



noktadan hareketle ilk olarak, bu müessesenin ikincillik özelliğini ortaya koymuştur<sup>1577</sup>. Burada ikincillikten kasıt, istisnai bir yöntem niteliğini taşıyan bu müessesenin, doğrudan doğruya uygulama mevkiine konulmamasıdır<sup>1578</sup>. Hakim, takdir yetkisini, anonim ortaklığın somut durumunu, davacıyı fesih davasını açmaya yönelten nedenleri gözeterek kullanmalıdır<sup>1579</sup>. Kanımızca, hakim tarafından dikkate alınması gereken bir başka öge, anonim ortaklığın tipolojik yapısıdır. Hakim, takdir yetkisini kullanırken, anonim ortaklığın bünyesine uygun bir çözümün arayışına girmelidir. Özellikle, anonim ortaklık olarak kurulan ortak girişim şirketinin atipik yapısının ortaklığın haklı sebeple feshine yönelik etkileri, aşağıda tartışılacaktır.

Haklı sebeple fesih davasında, hakim ilk aşamada normun içeriğini oluşturan hukuki olgunun, diğer bir deyişle haklı sebebin varlığını sınavacaktır. Haklı sebep söz konusu değilse, dava reddedilecektir. Buna karşılık, haklı sebebin varlığı tespit edilince, bu kez ikinci aşamada, feshi ikame eden yöntemin saptanmasına geçilecektir. Bu aşamada, alternatif yöntem açısından, Tasarı m. 531 hükmünde de yansımaları bulan “kabul edilebilirlik” ölçütü gündeme gelecektir. Kabul edilebilirlik ölçütü, haklı nedenle feshi ikame eden yöntemin davanın kökeninde yatan hukuki ihtiyacı karşılaması ve tarafların beklentilerine ters düşmeyecek nitelikte olmasıdır. Kuşkusuz ki, haklı sebeple feshe alternatif olarak uygulanması düşünülen yöntem, haklı sebebin ortaklık düzeni üzerinde yarattığı olumsuz etkiden daha ağır sonuçlar yaratan bir önlem olmamalıdır.

Haklı sebeple feshe alternatif yöntem olarak, ortaklardan birinin paylarının gerçek değerinin ödenmesi suretiyle söz konusu ortağa ait payların diğer ortaklara devredilmesi akla gelmektedir. Bu bağlamda, şu sorunun çözümü elzem hale gelmektedir : Acaba, davayı ikame eden paysahibi, belirli bir yöntemin kendisi açısından kabul edilebilir olmadığını fesih davasında bildirmişse, hakim, onun bu muhalefetine rağmen bu yöntemin uygulanmasına hükmedebilecek midir?

---

<sup>1577</sup> BGE 105 II 114 (s. 124), BGE 126 III 266, önceden haklı sebeple fesih müessesesinin istisnailiğini ortaya koyan BGE 84 II 44.

<sup>1578</sup> Öyle ki, haklı sebeple fesih davasının açılması halinde esas olan, alternatif yöntemlere hükmedilmesi, ancak bu yöntemlerin uygulanamayacağını veya yararlı olmayacağını anlaşılması halinde son çare olarak ortaklığın feshine hükmedilmelidir, bu konuda özellikle bkz. **Von der Crone**, *Zweimanngesellschaften*, s. 42.

<sup>1579</sup> **Forstmoser/ Meier-Hayoz/Nobel**, § 55, No. 71 vd.

Kanımızca soruya olumlu yanıt vermek gerekmektedir. Anonim ortaklığın feshi davası, ortaklığın sona erdirilmesi ihtimalini beraberinde getirmektedir. Haklı sebeple feshe ilişkin düzenlemelerde, feshe alternatif yöntemlere başvurulmasının pozitif düzenlemelerde bir “önerme” olarak yer verilmesinin nedeni, ortaklığın ayakta tutulması düşüncesidir. Farklı bir anlatımla, hakim bir kez haklı nedenin varlığını saptadığında, bu kez tam tersine ortaklığı ayakta tutabilecek hukuki dayanakların mevcut olup olmadığını araştırarak, bu dayanakların varlığına hükmederse, fesih ihtimalini bertaraf eden yöntemlere itibar edecektir.

Bu nedenle, kabul edilebilirlik ölçütünün içeriğini öznel ögelere göre belirlemekten kaçınmakta yarar vardır. Hakim bir kez nesnel anlamda kabul edilebilir ve davayı açan paysahibinin haklı nedenin varlığından dolayı uğradığı mağduriyeti karşılayan bir yöntem bulursa, kanımızca feshi talep eden tarafın bu yöneme muhalefetine bakılmaksızın söz konusu yöntemin uygulanmasına karar vermelidir. Aksi takdirde, kabul edilebilir nitelikteki yöntemin, sırf davacı paysahibinin iradesine bağlı olarak uygulanmaması söz konusu olacaktır ki; bu yaklaşım feshin son çare olma özelliğiyle bağdaşmayacaktır.

### c. Haklı Sebep Kavramı

Anonim ortaklığın haklı sebeple feshinde haklı sebep kavramı, Tasarı'nın kanunlaşması halinde mahkemelerin uygulamasıyla açıklığa kavuşacaktır. Şu kadar ki, TTK'ya kaynaklık eden İBK'nın öngördüğü sistemde, şahıs ortaklıklarından ve limited ortaklıktan farklı olarak, anonim ortaklıkların haklı sebeple feshine karar verilebilmesi için, ortaklığın sona erdirilmesini haklı kılan nesnel sebeplerin varlığı aranmaktadır<sup>1580</sup>. Anonim ortaklık olarak yapılandırılan sermayeye katılmalı ortak girişimlerde, bir yandan anonim ortaklığın ortak kontrole tabi bulunması, diğer yandan hakim paysahipleri arasında temel sözleşme uyarınca sıkı bir ilişkinin doğması, affectio societatis unsurunun anonim ortaklığın diğer görünüm biçimlerine nazaran daha yoğun bir şekilde ortaya çıkmasına neden olur<sup>1581</sup>.

---

<sup>1580</sup> Bu özelliğin anonim ortaklığın bir sermaye ortaklığı niteliğini taşımasının bir tezahürü olduğu yönünde bkz. **Forstmoser/ Meier-Hayoz/Nobel**, § 55, No. 72.

<sup>1581</sup> bkz. yuk. dn. 593.

Anonim ortaklığın içinde bulunduğu somut duruma uygun düşen yöntemin belirlenmesinde, ortaklığın finansal durumu, kredibilitesi, yönetim yapısı gibi unsurların ve pay sahipleri arasında uyumsuzluğa yol açan somut olguların dikkate alınması gerekmektedir. Mahkemenin saptayacağı bu yöntemin kabul edilebilir nitelikte olması, bu yöntemin makul nitelikte olmasını, diğer bir deyişle ortaklık ve fesih isteminde bulunan pay sahibi açısından külfetli olmaması anlamına gelmektedir. Farklı bir anlatımla, mahkeme feshi ikame edebilecek nitelikte bir çözüm arayışına girecek, ancak bu incelemede mahkemeye tanınan geniş hareket alanını “kabul edilebilirlik” ölçütü sınırlandıracaktır.

Mahkemenin haklı fesih istemini ikame eden bir yöntemin uygulanmasına karar vererek ortaklığın sona ermesinin önüne geçmesi, tüzel kişilerin ayakta tutulması anlayışını yansıtan bir hükümdür<sup>1582</sup>. Hüküm, sermayeye katılmalı ortak girişimler açısından da önem taşımaktadır. Özellikle anonim ortaklığın kilitlenmesi olgusunun ortaklığın feshi açısından haklı sebep niteliğini taşıyıp taşımadığı üzerinde durmak gerekmektedir.

Kilitlenme olgusu, ortaklık organlarının ortak girişimle ilgili stratejik karar almalarını önlediğinden, pay sahipleri arasında kilitlenmeye yol açan uyumsuzluğun kemikleşerek sürekli hale gelmesi, ortaklığın işleyişini zedeleyecek; bu olgu hakim pay sahipleri arasındaki güven ilişkisini sarsarak ortaklık ilişkisinin sürdürülmesini katlanılmaz hale getirebilecektir. Bu yönüyle kilitlenme olgusu, kanımızca anonim ortaklığın feshi açısından haklı bir neden olarak nitelendirilmelidir. Ancak bu çerçevede, kilitlenmenin kalıcılığı kanıtlanmalıdır. Aksi takdirde, hakim pay sahipleri arasında meydana gelen geçici anlaşmazlıklar veya ortaklığın işleyişini tehdit etmeyen olgular, haklı bir neden olarak nitelendirilmemelidir<sup>1583</sup>.

---

<sup>1582</sup> Borçlar Hukuku’nda “hukuki işlemlerin ayakta tutulması” olarak adlandırılan ilkenin bir izdüşümü, Tüzel Kişiler Hukuku’nda öngörülmemiştir. Bununla birlikte Tasarı m. 531 hükmü, aslında Borçlar Hukuku’na özgü bu ilkedен Anonim Ortaklıklar Hukuku’nda kıyasen yararlanılmasına hizmet etmektedir.

<sup>1583</sup> Sürekli kilitlenme kavramı için bkz. Ali **Dural**, s. 65.

**d. Özellikle Ortak Girişim Şirketi Açısından Feshe Alternatif Oluşturan Yöntemler**

İBK.m. 736/4 ve Tasarı m. 531, hakime geniş bir takdir yetkisi tanımakta, feshe alternatif bir yöntem olarak kabul edilebilir her türlü yöntemin uygulanmasına hükmedilebileceğini öngörmektedir. Feshe alternatif yöntemler olarak, ortağın elinde bulunan payların gerçek bedellerinin ödenmesi suretiyle ortaklıktan ayrılmasına karar verilmesi, ortaklığın kâr dağıtmasına karar verilmesi gibi yöntemler önerilmektedir<sup>1584</sup>.

Sermayeye katılmalı ortak girişimleri sona erdiren en önemli olgunun kilitlenme olduğu dikkate alındığında, Tasarı m. 531 hükmü, kilitlenmenin çözülmesine yönelik çok önemli bir çözüm önerisi getirmektedir : Kilitlenme sebebiyle açılacak bir haklı sebeple fesih davasında mahkeme kilitlenmenin süreklilik kazandığı kanaatine varırsa, fesih yerine başka yöntemleri uygulayarak paysahipleri arasındaki kilitlenmeye son verebilecektir. Bu yöntemler arasında özellikle , hükümde örnek olarak belirtilen ortaklıktan çıkarılma yöntemi üzerinde durmak gerekecektir. Zira bu yöntem, mahkemenin başka yaratıcı yöntemlerle kilitlenmeyi çözemediği durumlarda, kilitlenmeye yol açan “zıtlaşan iradelerden birini devre dışı bırakarak” kilitlenmeyi sona erdirecektir.

Tasarı m. 531’de feshe alternatif olarak gösterilen “pay bedelinin ödenmesi suretiyle ortaklıktan çıkarılma”, incelendiği üzere temel sözleşmenin uygulamada tipikleşmiş içeriğine dahil olan satım opsiyonuyla benzer sonuçlar doğurmaktadır. Zira, satım opsiyonunda bu hakkı kullanan paysahibi, kendisine ait payların diğer paysahibi veya paysahipleri tarafından satın alınmasını sağlamaktadır. Taraflar arasındaki temel sözleşmede bu yönde bir hüküm mevcutsa, ortaklıktan ayrılmayı tasarlayan paysahibinin mahkemede haklı sebeple fesih davası açmak yerine sözleşmede kendisine tanınan hakkı kullanması, daha akılcı olacaktır. Öncelikle, paysahibinin satım opsiyonunu kullanma iradesi, söz konusu hukuki işlemin yenilik doğurucu niteliği itibariyle muhataba ulaştığı an sonuç doğururken, mahkemenin haklı sebeple fesih davasında karar vermesi uzun zaman alabilmektedir. Ayrıca fesih yerine bu

<sup>1584</sup> Her durumda, feshe karar verilir verilmemesinde veya alternatif yöntemlerin belirlenmesinde, anonim ortaklığın “somut karakterinin” belirlenmesi gerektiğine işaret eden **Forstmoser/ Meier-Hayoz/ Nobel**, § 55 No. 79.

yöntemin uygulanması, tamamen mahkemenin takdir yetkisini ilgilendiren bir husustur. Tasarı m. 531 alternatif yöntemleri tüketici olarak saymadığından mahkeme, bu yönetime nazaran daha elverişli bir yöntemin uygulanmasını öngörebilir.

Mahkeme bu yöntemin uygulanmasına karar verse dahi, fesih isteminde bulunan pay sahibinin çoğu zaman temel sözleşmede saptanan pay bedelini elde etmesi mümkün olmayabilir. Nitekim temel sözleşmede, payların itibari değeri dikkate alınmaksızın, payın güncel ve müstakbel piyasa değerleri gözetilerek gerçek değerden daha yüksek bir değer belirlenebilmektedir. Halbuki, mahkemenin bu yöntemi uygulamaya karar vermesi halinde, yapılacak bilirkişi incelemesiyle payların gerçek değeri belirlenecek ve davayı açan pay sahibine bu değer üzerinden ödeme yapılacaktır.

Sonuç itibariyle, haklı sebeple fesih davasına bakan mahkeme, fesih kararının son çare (*ultima ratio*) niteliğini taşıdığı gerçeğini gözetmeli, kanunlaşması halinde Tasarı m. 531 hükmünün kendisine tanıdığı takdir yetkisini yaratıcı bir biçimde kullanarak ortaklığın ayakta kalması için alternatif çözüm yöntemleri oluşturmalıdır<sup>1585</sup>. Kuşkusuz ki, mahkeme tarafından oluşturulacak alternatif yöntem, somut uyuşmazlığın mahiyetine uygun düşmeli ve feshi talep eden tarafın uğradığı mağduriyetin olabildiğince giderilmesine hizmet etmelidir.

### **3. Anonim Ortaklığın Amacına Erişmesinin İmkansız Hale Gelmesi**

Temel sözleşmenin sona ermesinin ortaklığın amacına ulaşmasını imkansız kılan bir olgu niteliğini taşıyıp taşımadığı da tartışılmalıdır. Temel sözleşmenin sona ermesiyle, sözleşmenin taraflarının, artık bu sözleşme uyarınca kurulan anonim ortaklıktan umdukları yararları elde etmeleri oldukça güçleşecek; hatta imkansız hale gelecektir. Zira, temel sözleşmenin sona ermesiyle ortak kontrol ortadan kalkacağından<sup>1586</sup>, ortak girişim olarak kurulan anonim ortaklık stratejik bir ekonomik birim olmaktan çıkacak ve ortak girişim sözleşmesinin taraflarının hakim

<sup>1585</sup> **Kunz** (s. 554), Anglo-Amerikan Hukuku'nda oldukça geniş bir alana sahip olan "hakimin takdir yetkisini yaratıcı bir şekilde kullanması ve ortaklığın feshine alternatif yöntemler belirlemesi"nin İsviçre Hukuku'nda da işlevsel bir şekilde söz konusu olmadığına işaret etmektedir.

<sup>1586</sup> Bunun istisnasının yarı yarıya ortak girişim şirketleri bakımından söz konusu olduğu yönünde bkz. yuk. § 11, II, B, 1.

paysahipleri sıfatı da sona erecektir. Bu koşullar altında, hakim paysahiplerinin anonim ortaklığın ortak girişim olarak kurulması veya ortak girişime dönüştürülmesi aşamasında güttükleri amaçların gerçekleşme ihtimalinin ortadan kalktığı kaydedilebilir<sup>1587</sup>.

Ancak, bu olgunun, anonim ortaklığın amacına ulaşmasını imkansız kıldığı söylenemez. Paysahiplerinin sermayeye katılmalı ortak girişimden beklentilerinin boşa çıkması, sübjektif bir olgudur. Halbuki anonim ortaklığın amacına ulaşmasının imkansız hale gelmesi nedeniyle sona ermesi, ancak nesnel olguların varlığı halinde temellendirilebilir<sup>1588</sup>. Bu bakımdan, ortaklığın amacının imkansızlaştığının kabul edilebilmesi için bu nitelikte bazı olgular meydana gelmelidir<sup>1589</sup>.

Bu noktada, paysahiplerinin öznel yaklaşımlarıyla, anonim ortaklığın amacı arasında bir ayırım yapmak gerekmektedir. Anonim ortaklığın amacı, iktisadi nitelik taşıyan ve nesnel olarak belirlenebilen bir amaçtır ve paysahiplerinin sübjektif yaklaşımlarından soyuttur. Bu nedenle, ortak girişim sözleşmesinin sona ermesinin, her durumda anonim ortaklığın amacına erişmesini imkansız kılacağını savunmak isabetli olmayacak; somut olayda temel sözleşmeyi sona erdiren olguların, ortaklığın amacına ulaşmasını da imkansız kılıp kılmadığı sınınamak gerekecektir. Bu çerçevede, temel sözleşmenin sona ermesinin ve hakim paysahiplerinin bu sözleşme uyarınca ortak girişim şirketine karşı üstlendikleri yükümlülüklerden kurtulmaları anonim ortaklığın varlığını ve faaliyetini tehlikeye düşürecek nitelikte ise, bu olasılıkta temel sözleşmenin sona ermesi, anonim ortaklığın sona ermesini gerektirecek nitelikte bir olgudur.

Buna karşılık, anonim ortaklığın amacına ulaşmasını imkansız kılan nesnel olgular, ortak girişimin amacına ulaşmasını da imkansız kılacağından (BK.m. 535/1 b.1), bu olguların hem anonim ortaklığı hem de temel sözleşmeyi sona erdireceğinden şüphe etmemek gerekir.

---

<sup>1587</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, bir içtihadında (08.05.1991, 11-164/249), maden işletmek üzere kurulan bir adi ortaklığın, maden işletme ruhsatının alınamaması olasılığında konusuz kalacağını ve sona ereceğini içtihat etmiştir (www. Kazanci.com.tr).

<sup>1588</sup> Ortaklığın amacına ulaşmasının olanaksız hale gelmesinin hukuki veya fiili olgulara dayanabileceği yönünde bkz. **İmregün**, Anonim Ortaklıklar, s. 470.

<sup>1589</sup> Temel sözleşmenin sona ermesinin başkaca bir koşul aranmasına gerek olmaksızın ortak girişim şirketinin amacına ulaşmasını imkansız kılacağı yönünde karş. **Martinek**, s. 228-229.

#### 4. Anasözleşmeye Konulacak Bir Hükümle Anonim Ortaklığın Sona Ermesinin Sağlanıp Sağlanamayacağı Meselesi

Sermayeye katılmalı ortak girişimlerde, anonim ortaklık olarak kurulan ortak girişim şirketinin amacını ve işlevini, bu ortaklığın kurulmasının kökeninde yer alan temel sözleşme belirlemektedir. Temel sözleşmeyle ortak girişim şirketine izafe edilen amaç ve işlev, ortak girişim şirketinin anasözleşmesinde de ifadesini bulur. Böylelikle temel sözleşmeyi akdeden hakim pay sahipleri, söz konusu sözleşmenin sona ermesi olasılığında anonim ortaklığın da mümkün olan en kısa sürede feshedilmesini tercih edebilirler. Zira, taraflar, kendi stratejilerinin bir parçası olan ortak girişim şirketini, ortak stratejileri doğrultusunda yönetme imkanından mahrum kalmaktadır.

Kuşkusuz ki, temel sözleşmenin sona ermesi üzerine hakim pay sahipleri bir araya gelerek TTK. m. 434/9 uyarınca şirketin feshine karar verebilirler. Bununla birlikte, temel sözleşmenin sona ermesi, çoğu zaman hakim pay sahipleri arasında ortaya çıkan anlaşmazlıklardan ileri geldiğinden, hakim pay sahipleri arasındaki muhtemel bir anlaşmazlığın, fesih kararının da alınmasına engel olabileceği önceden hesaba katılmalıdır. Bu amaçla, temel sözleşmede, bu olasılıkta hakim pay sahiplerinin genel kurulda ortaklığın feshi yönünde oy kullanmalarına ilişkin oy anlaşmalarına yer verilebilir. Ancak oy sözleşmelerinin icrasına ilişkin hukuki rejimin pratik etkiler doğurmaması, anasözleşmede temel sözleşmenin sona ermesinin anonim ortaklık açısından bir fesih sebebi olarak öngörülüp öngörülemeyeceği meselesini gündeme getirmektedir.

İsviçre Hukuku'nda, anonim ortaklığın anasözleşmede öngörülen sebeplere dayanılarak sona erdirilebilmesi ("*nach Massgabe der Statuten*", "*en conformité des statuts*") yönündeki düzenleme (İBK.m. 736/1), anasözleşmede ortaklığı sona erdirecek olguların öngörülmesine olanak tanımakta; böylelikle bu şartın meydana gelmesi halinde anonim ortaklığın sona ermesi söz konusu olmaktadır<sup>1590</sup>. Söz konusu olgular arasında, özvarlıkların bir kısmının kaybı, belirli bir süre kar

<sup>1590</sup> Anasözleşmede temel sözleşmenin sona ermesinin anonim ortaklığı da sona erdireceği yönünde bir düzenleme getirilebileceği görüşü için bkz. **Oertle**, s. 193.

dağıtılmaması, belirli bir ruhsatın elde edilememesi veya yitirilmesi gibi nedenler sayılabilir<sup>1591</sup>.

Türk Hukuku'nda anonim ortaklığın infisahına ilişkin sebepleri düzenleyen TTK. m. 434 hükmünün 6. fıkrasında “*esas mukavelede bir fesih sebebi tayin edilmiş ise onun tahakkuku*” halinde ortaklığın infisah edeceği öngörülmektedir. Türk Hukuku'nda, bu hükme istinaden anasözleşmede infisah sebebi öngörülebileceği kabul edilmektedir<sup>1592</sup>. Bu itibarla, anonim ortaklık anasözleşmesinde, temel sözleşmenin sona ermesi olasılığında anonim ortaklığın infisah edeceğini öngören bir düzenlemeye yer verilebilir. Nitekim, yukarıda ele alınan ve haklı sebeple fesih kurumuna anasözleşmede yer verilebileceğini öngören yaklaşım da bu görüşü desteklemektedir. Böylelikle anasözleşmede, temel sözleşmenin sona ermesi halinde anonim ortaklığın da sona ereceğini öngören bir hükme yer verildiğinde, temel sözleşmenin sona ermesiyle anonim ortaklığın feshi de dava edilebilecektir.<sup>1593</sup>

---

<sup>1591</sup> **Forstmoser (Meier-Hayoz / Nobel)** § 55 No. 15.

<sup>1592</sup> Fesih ile infisahın kamu düzeni açısından bir farklılık arz etmediği gerekçesiyle bu görüşü ileri süren, **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, No. 1553. Diğer yandan **Pulaşlı**, (Şirketler Hukuku, s. 961), **Tekinalp'in** görüşüne katılmakta, bu tür sebeplerin anasözleşmeye bir infisah sebebi olarak konulabileceğini, bu olasılıkta bu sebebin gerçekleşmesi halinde anasözleşmenin hükmüne göre azlığın veya her bir pay sahibinin bu davayı açabileceğini öne sürmektedir. Yazarın yaklaşımı bakımından, söz konusu sebebin bir infisah sebebi değil bir fesih sebebi olduğunu belirtmekte yarar vardır. Zira fesih, belirli bir hukuki ilişkinin veya Ortaklıklar Hukuku'nda bir ortaklığın belirli bir nedene dayanılarak ilgililerin iradesiyle veya mahkeme kararıyla sona erdirilmesini gerekli kılarken; infisahta belirli bir olgunun gerçekleşmesiyle hukuki ilişkinin veya ortaklığın kendiliğinden sona ermesi söz konusu olmaktadır ki bu durumda mahkemenin işlevi, fesihle olduğu gibi kurucu yenilik doğuran bir dava (fesih davası) uyarınca bir yenilik doğuran hüküm vermek değil, sona erme durumunu tespit etmektir. Bu noktada, **Tekinalp'in** feshin ve infisahın kamu düzeni açısından farklılık arz etmediği düşüncesi kabul edilirse, kurucular veya sonradan pay sahipleri tarafından belirli bir olgunun bir infisah sebebi veya fesih sebebi olarak belirlenmesi mümkün olacaktır; nitekim bu yönde bkz. **Fahiman Tekil**, Anonim Şirketler, s. 502. Bir olgunun infisah sebebi olarak gösterilmesi halinde ilgililer ortaklığın sona erdiği olgusunun tesbitini dava edecek (tespit davası), mahkeme bu davada bir tespit kararı verecek, sona erme, olgunun gerçekleştiği tarihte meydana gelmiş sayılacaktır. Oysa, bir olgunun bir fesih sebebi olarak nitelendirilmesi halinde, ortaklık ancak yenilik doğurucu bir davanın açılması neticesinde mahkemenin kararıyla fesholunacak, mahkemenin kararı ileriye dönük olarak etki doğuracaktır. Bu veriler ışığında, anonim ortaklığın feshi ve infisahi arasında kamu düzenine ilişkin bir fark olmadığı görüşü esas alınrsa, bir olgu, anasözleşmede fesih veya infisah sebebi olarak öngörülebilir, ancak yukarıda incelendiği üzere bu ikisinin hükümleri farklıdır. Anasözleşmede belirtilen olgunun bir fesih sebebi olarak mı yoksa bir infisah sebebi olarak mı öngörüldüğü belirli değilse, kanımızca bu noktada bir fesih sebebinin varlığından hareket etmek gerekecektir. Zira infisahta da (tespit kararı), fesihle de (yenilik doğurucu karar) mahkemeye devreye girmekle birlikte, tüzel kişi açısından ileriye dönük etki yaratan feshin tercih edilmesinde ve bu sebebin bir fesih sebebi olarak değerlendirilmesi daha isabetli olacaktır.

<sup>1593</sup> Söz konusu düzenleme, ayrıntılı bir şekilde de formüle edilebilir. Temel sözleşmenin sona ermesi alım veya satım haklarının kullanılmasyla da gündeme gelebilir. Bu opsiyon haklarının kullanılması nedeniyle hakim pay sahiplerinden birisi diğer hakim pay sahiplerine ait payları edinebilir, Bu olasılıkta, mutad olarak temel sözleşmelere konulan hükümler uyarınca temel



Bu bağlamda, sermayeye katılmalı ortak girişimler bakımından, hakim pay sahiplerinden birine tek başına anonim ortaklığın feshini ihbar etme yetkisinin tanınıp tanınmayacağı da incelenmelidir. Öğretide, soruya olumsuz yanıt verilmekte, bununla birlikte aile tipi anonim ortaklıklarda buna imkan tanınabileceği ileri sürülmektedir<sup>1594</sup>. Kanımızca, anonim ortaklığın sermaye ortaklığı olma niteliğinin çeşitli yönlerden aşılması ve ortaklık tipinin yozlaştırılması söz konusu olsa da, herhangi bir pay sahibine veya azınlığa bu hakkın tanınmasının yerinde olmayacaktır. Nitekim, kanunda sayılan sebepler dışında anasözleşmede belirtilebilecek bir nedenle ortaklığın sona erdirilmesine olanak tanıyan TTK.m. 434/1 bent 6 hükmü dahi, ölçüt pay sahiplerinden birinin iradesini değil, belirli bir olgunun gerçekleşmesini ölçü olarak benimsemektedir. Anasözleşmede bu olguyu görerek ortaklığın paylarını devralan pay sahipleri, bu olgunun gerçekleşip gerçekleşmeyeceği konusunda fikir sahibi olarak pay sahibi sıfatını kazanabilirler. Oysa ortaklığın sona ermesinin pay sahiplerinden birinin veya bazılarının inisiyatifine bırakılması, ortaklığın sermaye ortaklığı olma niteliğiyle özdeşleşmeyecek, pay sahibine ait kişisel ve öznel öğelerin ortaklık düzeni üzerinde etkili olmasını sağlayacaktır ki; böyle bir sonucun anonim ortaklığın tipolojik yapısıyla bağdaşmadığı kanısındayız.

Bu yaklaşımın, kişiselleştirilmiş anonim ortaklıklar bakımından etkileri ise şu şekilde telafi edilebilir : Aile tipi olan veya sınırlı bir ortaklar çevresinin kontrolü altında bulunan ortakların önemli bir çoğunluğunda, pay sahipleri, aralarındaki ilişkileri bir pay sahibi sözleşmesiyle düzenlemektedirler. Bu açıdan, yukarıdaki incelemeler ışığında TTK.m. 434/1 b. 6 hükmünden yararlanılarak “pay sahipleri sözleşmesinin sona ermesi” olgusu, anasözleşmeye bir sona erme sebebi olarak yansıtılabilir. Kuşkusuz ki, bu olasılıkta da yukarıda belirtilen mahzur kısmen ortaya çıkacak ve kişisel bir öge, ortaklığın sona ermesini sonuçlandırabilecektir. Buna rağmen, ortaklığın bir veya bazı pay sahiplerinin iradesiyle sona ermesiyle pay sahipleri

---

sözleşme sona erecek, opsiyon haklarının kullanılması uyarınca paylarını devreden eski hakim pay sahiplerinin ortaklıkla ilişkisi kesilecek, anonim ortaklık, payları devralan hakim pay sahibinin tekil kontrolüne geçecektir. Bu durumda, temel sözleşme sona erecek, ancak anonim ortaklığın sona ermesi söz konusu olmayacaktır. Buna karşılık, birbiriyle anlaşamayan hakim pay sahiplerinin birbirlerine ait payları devralmaktan kaçınmaları olasılığında, hakim pay sahiplerinin iradeleri, anonim ortaklığın da sona ermesi yönünde ortaya çıkabilir. Bu itibarla, hakim pay sahipleri, stratejik ilişkilerinin en başından itibaren temel sözleşmede ve buna bağlı olarak anasözleşmede bu olasılıkları gözetken bir infisah formülüne yer verebilirler.

<sup>1594</sup> **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, No. 1567.

sözleşmesinin sona ermesi uyarınca fesholunması arasında yine de önemli farklar vardır.

Öncelikle, paysahipleri sözleşmesinin sona ermesi süreci, bir paysahibinin ortaklığı sona erdirmesi iradesine nazaran daha karmaşık bir süreçtir. Paysahipleri sözleşmesinin sona ermesi, özellikle adi ortaklık niteliğini taşıyan paysahipleri sözleşmelerinde<sup>1595</sup> olağan fesih yolunun bertaraf edilmesi karşısında belirli koşulların varlığını gerektirdiğinden kolaylıkla söz konusu olmayacak; ayrıca paysahipleri sözleşmesinin sona ermesine kendi kusurlarıyla neden olan taraf, karşı tarafın maruz kalacağı zararı karşılamakla ve kararlaştırılması halinde cezai şart ödeme yükümlülüğüyle karşı karşıya gelecektir. Bu nedenle, anonim ortaklığın anasözleşmede belirlenen herhangi bir nedenle, örneğin paysahipleri sözleşmesinin sona ermesine bağlı olarak fesholunmasıyla, paysahiplerinden birinin iradesine istinaden sona ermesi arasında önemli farklar vardır ve ikinci olasılıkta, sermaye ortaklığı olan anonim ortaklığın kaderi, paysahibinin öznel iradesine bağlanmaktadır. Bu açıdan, kapalı ve kişiselleştirilmiş anonim ortaklıklarda dahi, paysahiplerinden birinin ortaklığın feshini bildirmesine imkan tanınamayacağı görüşündeyiz.

## **V. Temel Sözleşmenin Sona Ermesinin Uydu Sözleşmelerinin Varlığına Yönelik Etkileri**

Temel sözleşmenin uydu sözleşmeleri üzerindeki etkileri, birleşik sözleşmenin varlığı olasılığı dışında söz konusu sözleşmelerin birbirinden bağımsızlığını ortadan kaldırmaz<sup>1596</sup>. Birden çok sözleşmenin birbirinden bağımsızlığı, ilke olarak bu sözleşmelerden birinin sona ermesine bağlı olarak diğerlerinin sona ermesine engeldir. Bununla birlikte, temel sözleşmenin sona ermesinin uydu sözleşmeleri üzerindeki etkileri irdelenirken, temel sözleşme ile uydu sözleşmeleri arasındaki etkileşim göz önüne alınmalıdır.

İlke olarak, temel sözleşmeye veya her bir uydu sözleşmesine, temel sözleşmenin sona ermesi olasılığında uydu sözleşmelerinin de sona ereceğine dair düzenlemeler

---

<sup>1595</sup> Nitekim adi ortaklık niteliğini taşımayan paysahipleri sözleşmelerinin, örneğin tek tarafa borç yükleyen veya taraflara karşılıklı borç yükleyen iki taraflı paysahipleri sözleşmelerinin akdedebileceği yönünde bkz. **Lang**, s. 20-21.

<sup>1596</sup> Bu olasılık için bkz. yuk. dn. 679.

konularak sorun çözümlenebilir<sup>1597</sup>. Bunun dışında, temel sözleşmenin uydu sözleşmeler açısından bir çerçeve sözleşme veya ön sözleşme niteliğini taşıması<sup>1598</sup>, temel sözleşmenin sona ermesinin uydu sözleşmelerini sona erdirmesini beraberinde getirmeyecektir. İlk olarak temel sözleşmenin ön sözleşme olarak nitelendirildiği durumlarda, temel sözleşmenin sona ermesi, akdedilmiş olan uydu sözleşmelerinin hukuki temelini ortadan kalkmasına yol açmayacaktır. Bununla birlikte, bu sona erme, artık tarafların (hakim paysahipleri-ortak girişim şirketi) yeni uydu sözleşmeleri akdetme yükümlülüklerini ortadan kaldıracaktır. Temel sözleşmenin çerçeve sözleşme niteliğini taşıdığı durumlarda da, akdedilmiş uydu sözleşmeleri, sırf çerçeve sözleşmenin ortadan kalkması nedeniyle sona ermeyeceği gibi, yeni uydu sözleşmelerinin akdedilmesine engel oluşturan bir durum da söz konusu olmayacaktır. Sadece taraflar, yeni uydu sözleşmeleri yaparken, çerçeve sözleşme konumunda olan temel sözleşmede belirlenen ve tüm uydu sözleşmelerine egemen olması öngörülen “çerçeve kurallara” tabi olmayacaktır; yoksa yeni uydu sözleşmelerin akdedilmesine engel olan bir durum söz konusu olmayacaktır.

Şu kadar ki, temel sözleşmenin uydu sözleşmeleri açısından çerçeve sözleşme veya ön sözleşme niteliğini taşıdığı durumlarda, temel sözleşme sona erdiğinde, artık yeni uydu sözleşmelerinin akdedilmesine ilişkin ekonomik zemin ortadan kalkacak; taraflarca kurulan ve önceden ortak girişim şirketi olarak nitelendirilen ortaklık, stratejik bir ekonomik birim olmaktan çıkacağı için, hakim paysahiplerinin bu şirketle yeni uydu sözleşmeleri yapmasını temellendiren ekonomik altyapı, ortadan kalkacaktır.

---

<sup>1597</sup> Oertle, s. 194, Langefeld-Wirth, Rechtsfragen, s. 6.

<sup>1598</sup> Bu konudaki değerlendirmeler için bkz. yuk. § 8, I, D, 4.

## SONUÇ

Ortak girişim, farklı görünüm biçimleriyle çeşitli ekonomik işlevleri üstlenen bir işbirliği modelidir. Ortak girişim kavramı, belirli bir işbirliği modelini ve bu modelin kökeninde yatan stratejiyi ifade ettiği için, ekonomik bir kavramdır. Esasen, bu müessesenin kökenini oluşturan ve bir çok yazar tarafından benimsenen “*joint venture*” terimi de, ortak girişim kavramıyla örtüşmektedir. Hukukî olan, ortak girişim müessesesinin kendisi değil, onun görünüm biçimlerini ifade eden sözleşmesel ve sermayeye katılmalı ortak girişim müesseseleridir. Nitekim, ortak girişimin tüm görünüm biçimlerine göz atıldığında, bu görünüm biçimlerinin hukuken sözleşmesel ortak girişim veya sermayeye katılmalı ortak girişim olarak nitelendirilebileceği, başka bir deyişle bu müesseselerin hukuki çatısı altında yapılandırılabilmesi anlaşılmaktadır.

Sözleşmesel ortak girişim ve sermayeye katılmalı ortak girişimin aynı işbirliği modelinin birer görünüm biçimi olarak kabul edilmesi, bu iki müessese arasındaki ortak özelliğin araştırılmasını gerekli kılmaktadır. Bu ortak özellik, her iki müessesenin kökeninde yer alan ortak girişim ilişkisidir. Hukuki açıdan bakıldığında, bu ekonomik ilişki, her iki müessesede de yer alan sözleşmesel ilişkide ifadesini bulmaktadır. Şu kadar ki, sözleşmesel ortak girişim, bu sözleşmesel ilişkiden ibaret kalmakta, sermayeye katılmalı ortak girişimde ise, bu sözleşme adeta bir müessese meydana getirmektedir : Ortak girişim şirketi.

Sermayeye katılmalı ortak girişimin kavramsal sınırlarının ortaya konulması açısından kritik nokta, kanımızca “sermayeye katılmalı ortak girişim” ve “ortak girişim şirketi” kavramlarının ayrıştırılmasıdır. Sermayeye katılmalı ortak girişim; stratejik bir işbirliğine zemin oluşturan ve temel sözleşme olarak adlandırılan bir sözleşme uyarınca, ekonomik açıdan bağımsız en az iki kişi tarafından kurulan ve ortaklaşa kontrol edilen, kalıcı ekonomik faaliyetleri yürütme ve özellikle riski tasfiye etme amacına yönelik olarak bir ticaret ortaklığının kurulmasını öngören bir işbirliği modelidir.

Ortak girişim şirketi ise, temel sözleşme ekseninde örgütlenen, yeni kuruluş yoluyla veya mevcut bir şirketin ortak kontrole tabi bir ortaklığa dönüştürülmesi yoluyla oluşan, ekonomik açıdan bağımsız en az iki kişinin ortak kontrolü altında bulunan ticaret ortaklığıdır.

Sermayeye katılmalı ortak girişimlerin kökeninde adi ortaklık olarak nitelendirdiğimiz ve temel sözleşme olarak adlandırdığımız bir sözleşme yer almaktadır. Bu sözleşmenin yapılmasına zemin oluşturan ekonomik ilişki de bir ortak girişim ilişkisidir. Ancak bu sözleşme, ortak girişim sözleşmesinden farklı olarak, kalıcı bir ekonomik faaliyetin yürütülmesine yönelik olarak bir ticaret ortaklığının kurulmasını gerektirir. Kalıcılıktan kasıt, ortak girişim şirketinin süreyle sınırlı olmayarak kurulması değildir. Belirli süreyle sınırlı olarak kurulan ortak girişim şirketleri de kalıcı ekonomik faaliyetin yürütülmesi amacına hizmet edebilir. Bu itibarla kalıcılık, ortak girişim şirketinin yürüteceği ekonomik faaliyetin niteliğiyle ilgilidir. Kalıcı ekonomik faaliyetin yürütülmesi özelliği, sermayeye katılmalı ortak girişimlerde sözleşmesel ortak girişimlerde bulunmayan bir müessesenin, ortak girişim şirketinin kurulmasını zorunlu kılacaktır. Sermayeye katılmalı ortak girişimin kurucuları, “hakim teşebbüsler” veya “hakim ortaklar” olarak nitelendirilir.

Ortak girişim şirketinin kurulması, mutlaka yeni bir şirketin kurulmasını gerekli kılmaz, mevcut bir ortaklık dahi ortak girişim şirketine dönüştürülebilir. Sermayeye katılmalı ortak girişimin yeni bir şirketin kuruluşu yoluyla meydana geldiği durumlarda, hakim teşebbüsler söz konusu şirketin niteliğine göre bizzat üstlendikleri katılma paylarını yerine getirirken, bu oluşumun bir görünüm biçimi de, hakim teşebbüslerin kendi işlettikleri ticari işletmenin bir kısmını bölerek bu ortaklığa tahsis etmeleridir. Bu olasılıkta ortak girişim şirketinin ticari işletmesi, hakim teşebbüslerin ticari işletmelerinin bölünmesi suretiyle oluşturulmaktadır.

Mevcut bir ortaklığın ortak girişim şirketine dönüştürülmesi kavramından ise, tipolojik bir dönüşüm anlaşılmamalıdır. Bundan kasıt, önceden ortak girişim şirketi olarak faaliyet göstermeyen bir ortaklığın, stratejik bir işbirliği modeli olan ortak girişim ilişkisine göre yeniden yapılandırılması ve ortaklaşa kontrol edilen bir şirkete dönüşmesidir.

Sermayeye katılmalı ortak girişim, temel sözleşme olarak adlandırılan ve adi ortaklık sözleşmesi niteliğini taşıyan bir işbirliği sözleşmesi uyarınca meydana geldiğinden, bu müessesenin bünyesinde, temel sözleşmeden oluşan bir adi ortaklık ve bu sözleşme uyarınca kurulan bir ticaret ortaklığı olmak üzere iki ortaklık bulunmaktadır. Sermayeye katılmalı ortak girişimin Ortaklıklar Hukuku anlamında iki katmandan oluşması, ikinci katmanın bir ticaret ortaklığı olmasını gerektirmektedir. Bu ticaret ortaklığı (ortak girişim şirketi) , temel sözleşme uyarınca kurulan adi ortaklığın doğrudan etkisi altında bulunmaktadır. Temel sözleşmenin tarafları, ortak girişim şirketini mümkün olduğunca kişiselleştirmek; onun bünyesine kendi ortak stratejilerine özgü unsurları dahil etmek eğilimindedir. Bu eğilim, sermayeye katılmalı ortak girişimler açısından en elverişli ortaklık tipinin araştırılmasını zorunlu kılmaktadır. İlk olarak, sermayeye katılmalı ortak girişimlerin ekonomik açıdan önemli risklerin tasfiyesine hizmet etmesi, kişi ortaklıklarının bu işbirliği modeli açısından elverişli olmadığı fikrini temellendirmektedir. Fransız Hukuku'nun ortak girişimler için geliştirdiği basitleştirilmiş paylı ortaklık, Türk Hukuku'nda kabul edilmediğinden, Tüzel Kişiler Hukuku'na egemen olan sınırlı tip öğretisi, bu ortaklık tipinin tercih edilmesine engel teşkil eder. Sermayesi paylara bölünmüş komandit ortaklık ise, uygulamada tercih edilmediği gibi, Modern Ortaklıklar Hukuku'nun gereklerinden çok uzak bir örgütlenme modelidir.

Bu açıdan, sermayeye katılmalı ortak girişimlere elverişlilik açısından özellikle limited ve anonim ortaklıkların ayırıcı özelliklerinin karşılaştırılması gerekir. Uygulamanın verilerini dikkate almak gerekirse, sermayeye katılmalı ortak girişimlerde Alman Hukuku limited, İsviçre ve Türk Hukuku ise rekabet otoritelerinin kararlarına yansıdığı üzere anonim ortaklıkları tercih etmektedir. Gerek İsviçre Hukuku'nda Limited Ortaklıklar Hukuku alanında gündeme gelen yenilikler, gerek Türk Hukuku'nda TTK Tasarısı'nda limited ortaklıklara ilişkin olarak yapılan yenilikler, bu ortaklık tipini, anonim ortaklıklara nazaran kişiselleştirilmeye daha elverişli olan bununla birlikte sermaye ortaklığı niteliği de yeni düzende pekiştirilen bir ortaklık tipi haline getirme amacına yönelmektedir.

Bununla birlikte, sermayeye katılmalı ortak girişimlere en elverişli ortaklık tipi belirlenirken, bu işbirliği modelinin ayırıcı özelliklerinin gözetilmesi gerekmektedir. Bu oluşumların ölçek ekonomilerine erişme ve büyük riskleri tasfiye etme özellikleri,

finansman imkanları daha geniş olan anonim ortaklıkların tercih edilmesini gerekli kılmaktadır. Anonim ortaklıkların limited ortaklıklara nazaran kişiselleştirilmeye daha az yatkın olması ise, sermayeye katılmalı ortak girişimlere elverişliliği açısından olumsuz değil, kanımızca olumlu bir özellik olarak nitelendirilmelidir : Kişisel görüşümüzce, istikrarı tehdit eden bir çok faktörün etkisi altında olan sermayeye katılmalı ortak girişimlerin istikrarı sağlaması için, hakim paysahiplerinin ortaklığı haddinden fazla kişiselleştirme eğilimlerini sınırlandıran bir ortaklık tipine gereksinim vardır. Bu ortaklık tipi, kuşkusuz ki anonim ortaklıktır. Kanunkoyucu, anonim ortaklığa özgü hukuki rejimi tek bir anonim ortaklık modelinden hareketle düzenlemiştir. Bu bağlamda, ekonomik gerçekliğin kapalı ve kişiselleştirilmiş anonim ortaklıklar ile sermayesi tabana yayılmış anonim ortaklıklar arasında ortaya koyduğu ayrımın Kanunkoyucu tarafından da benimsenmesi ve bu ayrımın ilk cephesini düzenlemek üzere küçük anonim ortaklıklara özgü düzenlemelerin getirilmesi *de lege feranda* savunulmalıdır.

Ortak girişim şirketlerinin kişiselleştirilmiş ortaklık niteliğini taşımasına yol açan, sermayeye katılmalı ortak girişimin hukuki yapısıdır. Bu hukuki yapının unsurları; temel sözleşme, ortak girişim şirketi ve hakim paysahipleri ile ortak girişim şirketi arasında akdedilen uydu sözleşmeleridir. Bu üç unsur, ekonomik anlamda ortak girişim sistemini oluşturur. Sermayeye katılmalı ortak girişimi bu denli kişiselleştiren, onun kökeninde yer alan temel sözleşmedir. Hakim teşebbüsler arasındaki stratejik işbirliği ilişkisinin hukuki düzenini oluşturan temel sözleşme, paysahipleri sözleşmesinin sermayeye katılmalı ortak girişimlere özgü bir görünüm biçimidir.

Diğer yandan, temel sözleşme uyarınca kurulan adi ortaklık bir çifte ortaklık niteliğini taşımadığı kanaatine varıyoruz.. Zira, çifte ortaklıktan söz etmek için, iki ortaklığın ortaklarının aynı olması yeterli olmayacak, aynı zamanda organ ortaklığın temel ortaklığın saf bir aracı olarak işlev göstermesi gerekecektir. Oysa sermayeye katılmalı ortak girişimlerde, ortak girişim şirketi, hakim paysahipleri arasında kurulan temel sözleşme uyarınca oluşan adi ortaklığın kontrolü altında ise de, bağımsız bir ekonomik birim oluşturur. Ayrıca ortak girişim şirketinin iradesi, hakim paysahiplerinin iradelerinin birbirleriyle çatışması sonucunda ortaya çıkan ortak kontrol iradesinin etkisi altındadır. Bu nedenle, sermayeye katılmalı ortak girişim

kendiliğinden bir çifte ortaklığın oluşumuna zemin hazırlamaz. Şu kadar ki, sermayeye katılmalı ortak girişimin ihtiyari olarak bir çifte ortaklık şeklinde yapılandırılması mümkündür.

Sermayeye katılmalı ortak girişimin nüvesini oluşturan temel sözleşmeye, anonim ortaklık da bizzat taraf olabilir. Ancak, bu sözleşmenin ortak girişim şirketinin işleyişine ve özellikle bu ortaklığın iradesinin oluşumuna yönelik düzenlemeleri, anonim ortaklığı bağlamayacaktır. Diğer yandan, temel sözleşmede, hakim pay sahiplerinin ortak girişim şirketine karşı çeşitli taahhütler üstlenmesi de tek borç ilkesine aykırı değildir, çünkü bu taahhütler ortaklık düzenine dahil değildir. Bu çerçevede, temel sözleşme, hakim pay sahipleriyle ortak girişim şirketi uydu sözleşmeleri yapılmasına da zemin oluşturur. Uydu sözleşmeleri bakımından üzerinde durulması gereken mesele, temel sözleşme ile bu sözleşmeler arasındaki ilişkinin belirlenmesidir. Nitekim temel sözleşme bu sözleşmeler açısından çoğu zaman çerçeve sözleşme niteliğini taşıyacak; ancak temel sözleşmenin hakim pay sahiplerine ortaklıkla sözleşme yapma yükümlülüğü getirdiği durumlarda, temel sözleşmenin bir ön sözleşme konumunda olduğundan söz etmek gerekecektir.

Temel sözleşmenin sermayeye katılmalı ortak girişimler bakımından üstlendiği en kritik işlev, ortak girişim şirketinde ortak kontrolün sağlanmasıdır. Sermayeye katılmalı ortak girişim, Ortaklıklar Hukuku anlamında “hakim ortakların “ Rekabet Hukuku anlamında ise hakim teşebbüslerin ortak kontrolü altında bulunmaktadır. Ortak kontrol, sermayeye katılmalı ortak girişimin esaslı unsurudur. Bu unsur, sermayeye katılmalı ortak girişimlerde de Ortaklıklar Hukuku ile Rekabet Hukuku arasında kurulması zorunlu olan köprüyü oluşturmaktadır. Diğer bir anlatımla ortak kontrol, sermayeye katılmalı ortak girişimlerin Ortaklıklar Hukuku ve Rekabet Hukuku açısından arz ettiği hukuki problematiğin ortak paydasını oluşturmaktadır. Bu nedenle, bu müesseseye ilişkin hukuki sorunlar, her iki hukuk disiplininin verileri dikkate alınarak irdelenmelidir.

Kontrol kavramına Ortaklıklar Hukuku’nun, Sermaye Piyasası Hukuku’nun, Banka Hukuku’nun ve Rekabet Hukuku’nun yaklaşımları birbirinden farklıdır. Şöyle ki, tüm hukuk disiplinleri açısından başvurulabilecek bir kontrol tanımının ortaya konulabilmesi için hakim öznenin (kontrolü icra eden hukuk öznesi) bağlı özne



(kontrolle tabi hukuk öznesi) üzerinde icra ettiği etkinin derecesi ve bu etkinin fiilen icra edilmesinin zorunlu olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir. Söz konusu etki derecesi, Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin bir kararından hareketle Şirketler Topluluğu Hukuku'nu düzenleyen Alman Ortaklıklar Hukuku'nda ve Avrupa- Türk Rekabet Hukuku'nda "belirleyici etki" olarak tanımlanmaktadır. Kanımızca, kontrol başlığı altında ele alınan etkinin "belirleyici etki" olarak ifade edilmesi yerindedir. Zira hakim özne, bu etkiyle bağlı özneyi biçimlendirmektedir. Kavramın açıklığa kavuşturulması için içeriğinin belirlenmesi gerektiğinden, belirleyici etkinin içeriğinin araştırılması gerekmektedir. Bu noktada bu belirleyici etkinin içeriğinin Ortaklıklar Hukuku'nda "ortaklığın faaliyet ve finans politikalarını belirleyen kararlar" Rekabet Hukuku'nda ise "stratejik kararlar" ("teşebbüsün Pazar davranışlarını etkileyen kararlar" ) olarak ortaya çıktığını tespit ediyoruz. Stratejik karar kavramı, somut olayın özelliklerinin gözetilmesi kaydıyla prensip olarak ortaklığın faaliyet ve finans politikalarını belirleyen kararlar" kavramıyla örtüşmektedir.

İkinci olarak, Şirketler Topluluğu Hukuku'na özgü düzenlemeleri bakımından Avrupa ve Alman Hukuku'ndaki hukuki rejimi izleyen TTK Tasarısı'nda, İsviçre Şirketler Topluluğu Hukuku'nun aksine hakimiyetin fiilen icra edilmesinin aranmadığını, belirleyici etkiyi icra etme olanağının yeterli olduğunu da belirtmek gerekir. Üçüncü olarak, kontrol, tesadüfi ve geçici bir etki değildir; kalıcı nitelik taşır. Bu veriler ışığında kontrol kavramı, "belirli bir ortaklığın faaliyet ve finans politikaları üzerinde belirleyici icra etme olanağına kalıcı olarak sahip olunması" olarak tanımlanmalıdır.

Ortak kontrol ise, mahiyeti bakımından tekil kontrolden farklı özellikler gösterir. Ortak kontrol söz konusu olduğunda bağlı özne; özellikle bağlı öznenin bir ortak girişim ilişkisi zemininde ortaya çıkması ve böylelikle sermayeye katılmalı bir ortak girişimi meydana getirmesi halinde ortak girişim şirketi, en az iki hakim pay sahibinin ortak belirleyici etkisi altındadır. Ortak kontrolün özelliği, hakim pay sahiplerinden hiç birinin tek başına bu belirleyici etkiyi icra etme imkanına sahip olmaması, ancak bu belirleyici etkinin icra edilmesinde hakim pay sahiplerinden hiç birinin iradesinin de devre dışı bırakılmamasıdır. Bu bağlamda, hakim pay sahiplerinden her biri, ortak girişim şirketinin faaliyet ve finans politikalarını

belirleyen kararlarını veto etme yetkisine sahiptir. Veto etme yetkisi, kararın alınmasını önleme gücü olup, veto hakkından ayrı bir kavramdır. Veto etme yetkisine, sadece veto hakkıyla değil, kontrolü sağlayan araçların tümüyle erişilebilir. Veto etme yetkisi “önleyici irade” olarak da adlandırılabilir. Tekil kontrol ise tek başına stratejik kararların alınmasını sağlayabildiğinden; önleyici değil, sağlayıcı niteliktedir.

Ortak kontrol, oluşum süreci itibariyle birden çok hakim iradenin varlığını gerekli kılmaktadır. Ortak kontrol iradesinin oluşumu için, kontrolü paylaşan hakim pay sahiplerinin tümünün iradelerinin birbiriyle uyuşması gerekmektedir. Bir kez ortak kontrol iradesi oluştuğunda, bu irade niteliği itibariyle tek (tekil) bir iradedir. Temel sözleşme uyarınca kurulan adi ortaklıkta, hakim pay sahipleri arasında oluşan ortak kontrol iradesi, ortaklık organlarında hakim pay sahiplerinin (genel kurulda) ve onların menfaatlerini temsil eden yöneticilerin (yönetim kurulunda) alacakları kararlarla ortaklık iradesine dönüşür.

Bu itibarla, gerek kontrol gerek ortak kontrol, belirleyici etkinin hem genel kurulda hem de yönetim kurulunda alınacak stratejik kararları kapsamasını gerekli kılmaktadır. Bu itibarla, kontrolün elde edilebilmesi için, hem genel kurulda hem de yönetim kurulunda hakimiyeti bahşedebilecek araçlardan yararlanılmasını gerekli kılar. Kontrole ilişkin araçlar; ortaklık düzenine ilişkin (korporatif) araçlar ve sözleşmeler olmak üzere ikiye ayrılmalıdır. Çalışmamız Ortaklıklar Hukuku ve Rekabet Hukuku'nun kesişim alanına giren ve yoğunlaşma oluşturan sermayeye katılmalı ortak girişimleri konu edindiği için, Rekabet Hukuku'nun kontrol kavramına sağladığı zengin katkının göz ardı edilmemesi gerekir.

Ortaklık düzenine özgü kontrol araçları, oy haklarının dağılımı, ağırlaştırılmış yetersayılar ve paya bağlanan veto hakları, yönetime katılmada imtiyaz, oy sözleşmesi ve hakimiyet sözleşmesidir. TTK Tasarısı ile getirilen “tüzel kişinin yönetim kurulu üyesi sıfatını kazanması” da yönetim kurulunda hakim pay sahibinin doğrudan doğruya hakim olmasını sağlayan bir araçtır. Bir kontrol aracının, gerçek anlamda kontrolü bahşedip bahşetmediğinin değerlendirilmesinde, ortak girişim şirketinin paylarının ve oy haklarının dağılımının dikkate alınması gerekmektedir. Ortak girişim şirketinde eşit paylara ve oy haklarına sahip olan iki hakim pay sahibi

bulunabileceği gibi, eşit paylara ve oy haklarına sahip olan ikiden fazla hakim paysahibi de bulunabilir. Nihayet, farklı pay oranlarına ve farklı oranda oy hakkına sahip olan hakim paysahiplerinin bulunduğu durumlarda da ortak kontrol tesis edilebilir. Son tahlilde önemli olan, payların ve oy haklarının paylaşımı değil, ortak kontrolün eşit paylaşımıdır. Ancak hakim paysahipleri arasında oy haklarının dağılımı, hangi kontrol aracına başvurulacağına belirlenmesi bakımından önem taşır.

Oy haklarının dağılımı sadece, o haklarının iki hakim paysahibi arasında dağıldığı ortak girişim şirketlerinde tek başına geçerli bir kontrol aracı olarak nitelendirilebilir. Nitekim, ikiden fazla hakim paysahibinin bulunduğu ortak girişim şirketlerinde, hakim paysahipleri arasında Rekabet Hukuku'nun deyişiyle "değişken koalisyonların" oluşması ihtimali bulunduğundan, oy haklarının eşit dağılımının başka kontrol araçlarıyla tamamlanması gerekmektedir. Ağırlaştırılmış yetersayılar ise, sadece stratejik kararlar bakımından öngörüldüğünde ve yönetim kurulunun seçimini kapsadığında dahi , tek başına kontrolü sağlayabilen etkin bir araçtır. Veto hakkı, temel sözleşmede paya veya paysahibine bağlı olarak öngörülebilirken, anonim ortaklık düzeninde sadece paya bağlı olarak öngörülebilir ve bu hak da, tüm stratejik kararları kapsamaya kaydıyla tek başına kontrolü sağlar.

Yönetime katılmada imtiyazın iki türü olan oyda imtiyaz ve yönetim kurulunda temsil edilme hakkı, da önemli kontrol araçlarıdır. Oyda imtiyazın kontrolün ele geçirilmesine ilişkin bir araç olarak kullanılması sakıncalı görülmeyle birlikte, müessesenin bu amaçla kullanıldığı konusunda kuşku duymamak gerekir. Tüm stratejik kararları kapsayan oyda imtiyaz, stratejik kararların alınmasında hakim paysahiplerinin hakimiyetini sağlayacaktır. Yönetim kurulunda temsil edilme hakkı ise, ancak yönetim kurulunda hakim paysahiplerinin menfaatlerinin temsil edilmesini sağlayacak olduğundan, bu aracın genel kurulda hakimiyeti sağlayacak araçlarla tamamlanması gerekecektir. Tüzel kişilerin yönetim kurulu üyesi olarak seçilmesine imkan tanınması açısından da aynı açıklamalar geçerlidir; bu araç sermayeye katılmalı ortak girişimlerde tüzel kişi hakim paysahiplerinin yönetim kurulunda alınacak kararlar üzerinde belirleyici etki icra etmelerini kolaylaştıracak bir düzenlemedir.

Hakimiyet sözleşmeleri, Alman Hukuku'na özgü bir müessese olup Türk Hukuku'nda henüz uygulama alanı bulmamaktadır. Bu sözleşme uyarınca bağlı ortaklık, hakim ortaklığın talimatları doğrultusunda hareket etmeyi taahhüt etmektedir. Diğer yandan oy sözleşmelerinin bir türü olan oy konsorsiyumları da ortak girişim şirketi üzerinde ortak kontrolün sağlanması açısından önemli bir araçtır. Şu kadar ki, oy sözleşmelerinin ihlali halinde, bu sözleşmelerin irade beyanına mahkumiyet yoluyla dahi icra edilmesi yönünde ortaya atılan görüşü yerinde bulmuyoruz. Kanımızca, oy hakkının hukuki mahiyeti ve genel kurula katılma hakkı ile bir bütün oluşturması, oy sözleşmesinde yer alan ancak borçlusu tarafından ihlal edilen taahhütlerin mahkeme kararıyla ortak düzenine ithal edilmesine engeldir.

Kontrol araçları, sadece ortak kontrolün tesis edilmesine hizmet etmektedir. Oysa ortak kontrol, oluşum süreci itibariyle çetrefil bir hukuki yapı arz ettiğinden, ortak girişimin istikrarını tehdit eder. Bu açıdan ortak girişim şirketi kilitlenmeye elverişli bir ortaklıktır. Bu itibarla ortaklığın yönetim yapısının bu risk gözetilerek örgütlenmesi, stratejik kararların alınması bakımından genel kurul ve yönetim kurulu arasındaki yetki dağılımı, organların münhasır yetkileri gözetilerek ortak girişim stratejisi doğrultusunda anasözleşmeyle belirlenmelidir. Kilitlenmenin giderilmesinin en etkin aracı temel sözleşmedir. Temel sözleşmede kilitlenmenin sona erdirilmesine yönelik araçlar öngörülebilirse de, bu araçların verimli sonuçları beraberinde getirmemesi ve ortak girişimin sona ermesi gündeme gelebilir; zira kilitlenme, hakim pay sahibinin önleyici iradesini bilinçli olarak kullanması sonucunda ortaya çıkan bir karar alamama durumudur ve ortaklık organlarının sürekli nitelikteki işlevsizliğini yansıtır. Görüldüğü üzere kontrol araçları, kontrolü tesis ederken, kontrolü sadece temel sözleşme teminat altına alabilir. Bu itibarla temel sözleşmede, hakim pay sahiplerinin ortak stratejisi mümkün olduğunca net bir şekilde belirlenmeli, ortak girişim şirketinin faaliyet ve finans politikalarını ilgilendiren kararların hangi stratejiye göre belirleneceği açık bir şekilde ortaya konulmalıdır.

Sermayeye katılmalı ortak girişimler bağımlı bir ortaklığın oluşumuna yol açtığına göre, şirketler topluluğu hukuku ışığında da irdelenmelidir. Salt hakim pay sahipleriyle ortak girişim şirketi arasında bir bağımlılık ilişkisinin kurulması, bu ortaklığın bir şirketler topluluğu olarak nitelendirilmesini sağlamayacaktır. Zira, şirketler topluluğunda birden çok tüzel kişiliğin (hukuken bağımsız öznenin)

ekonomik bağımsızlıklarını yitirerek tekil bir ekonomik bütün haline gelmesi sağlanırken ve tek elden yönetim söz konusu iken, sermayeye katılmalı ortak girişimlerde ortak kontrol unsuru, ortak girişim şirketinin hakim pay sahipleriyle veya diğer bir ifadeyle hakim teşebbüslerle ekonomik bir bütün oluşturmaya engeldir. Ancak, hakim pay sahiplerinden birinin veya tamamının ayrı şirketler topluluğuna bağlı şirketler olması, ortak girişim şirketini şirketler topluluğu hukukunun uygulama alanına dahil edecektir. Ayrıca bir şirketler topluluğunda hakim ortaklık da, bir ortak girişim şirketi niteliğini taşıyabilir.

Yabancı yönetime tabi olmasına rağmen şirketler topluluğu hukukuna özgü “hakimiyetin kötüye kullanılması” müessesesinin ortak girişim şirketine uygulanmamasının yarattığı sakıncalar, hakimiyetin kötüye kullanılmasına ilişkin yaptırımların kökeninde yatan tüzel kişilik perdesinin aralanması teorisiyle giderilebilir. Bu bağlamda, özvarlık yetersizliği, yabancı yönetim ve hukuki alanlar ile malvarlıklarının karıştırılması durumları, sermayeye katılmalı ortak girişimler bakımından perdenin aralanması teorisinin istisnai mahiyeti gözetilerek uygulama alanı bulabilir.

Hakim pay sahiplerinin ortak girişim şirketini ortak hakimiyetleri altında bulundurmaları, bu pay sahiplerinin sadakat yükümlülüğü altında olup olmadıkları meselesinin de araştırılmasını gerekli kılar. Bu noktada kanımızca, anonim ortaklık olarak kurulan ortak girişim şirketinde de pay sahipleri, ortaklığa ve diğer pay sahiplerine karşı sadakat yükümlülüğü altında değildir. Bu pay sahiplerinin ortaklığı veya diğer pay sahiplerini zarara sokan tasarrufları, dürüstlük kuralı ve hakların sakınılarak kullanılması ilkesi çerçevesinde yaptırıma tabi tutulabilir. Aksine yaklaşım, anonim ortaklıkta zayıf da olsa var olduğu kabul edilen *affectio societatis* unsurunun etkisinin abartılması anlamına gelecek, tek borç ilkesine aykırı bir sonuç benimsenmiş olacaktır. Öğretide farklı bir sonuca varılması gerektiği savunulan atipik anonim ortaklıklar bakımından da, bu ortaklıkların ana görünüm biçimlerinin karakteristik özelliklerini gözeterek aynı sonuca varıyoruz. Şu kadar ki, bu ortaklıklarda sadakat yükümlülüğünün kabul edilmemesinin yaratacağı adaletsizlik, dürüstlük kuralının ve hakların en az zarar verecek şekilde kullanılması ilkesinin somut anonim ortaklıkta hakim pay sahipleri açısından koyduğu çita yükseltilecek telafi edilebilecektir. Bu sonuca varmamızın en önemli gerekçesi, bu

tür anonim ortaklıklarda dahi, ortaklık yapısının yozlaşmasına rağmen tek borç ilkesinin ortadan kalkmamasıdır.

Diğer yandan temel sözleşmede yer alacak bir hükümle hakim pay sahipleri ortaklığa karşı sadakat yükümlülüğüne tabi kılınabilir; şu kadar ki, bu yükümlülüğün ihlali ortaklık düzenine özgü (korporatif) yaptırımlara bağlı tutulamaz.

Sermayeye katılmalı ortak girişimler, büyük riskleri tasfiye etmeye yönelmesi ve kilitlenmeye yatkın yapısı itibarıyla çeşitli sebeplerle sona erebilir. Bu bağlamda, temel sözleşmenin sona ermesi ile ortak girişim şirketinin sona ermesi arasında ayırım yapmak gerekmektedir. Ortak girişim şirketinin sona ermesi, amacı imkansız hale gelecek olan temel sözleşmeyi de sona erdirecektir. Diğer yandan, temel sözleşmenin sona ermesi ortak girişim şirketi üzerinde her durumda aynı etkiyi yaratmayabilir. Bu etkinin söz konusu olmadığı durumlarda temel sözleşmenin sona ermesine rağmen ortak girişim şirketinin devam etmesi gündeme gelecek; söz konusu şirket, temel sözleşmenin sona ermesiyle ortak girişim şirketi olmaktan çıkacaktır.

Bununla birlikte, anonim ortaklık anasözleşmesinde, temel sözleşmenin sona ermesi ortaklığın feshine ilişkin bir sebep olarak da öngörülebilir. Bunun dışında, hakim öğretiyeye paralel olarak Türk Hukuku'nda halihazırda mümkün olmadığını savunduğumuz haklı sebeple fesih müessesesi, TTK Tasarısı ile öngörülmektedir. Bu müessese, sermayeye katılmalı ortak girişimler bakımından kritik bir önemi haizdir : Kanımızca ortak girişim şirketinin kilitlenmesi, hem temel sözleşmenin hem de ortak girişim şirketinin haklı sebeple feshini sağlayacak bir sebep olarak nitelendirilmek gerekecektir.

## YARARLANILAN KAYNAKLAR\*

- Abbott** Alden F. Joint Production Ventures: The Case for Antitrust Reform, *Antitrust Law Journal*, Vol. 58, 1989,s. 715-733.
- Akın** Yusuf Murat Şirketler Hukuku'nda ve Özellikle Anonim Şirketlerde Paysahibinin Sadakat Borcu, İstanbul, 2002.
- Akıncı** Ateş Rekabetin Yatay Kısıtlanması, Ankara, 2001.
- Akıncı** Müslüm Ekonomik Kamu Düzeni ve Rekabet Kurumu, *Rekabet Dergisi*, Yıl : 2001, S. 5, s. 2-16.
- Akıncı** Şahin Roma Hukuku'nda Şirket (Societas) Akdi ve Bunun Türk Hukuku'na Etkisi, Prof. Dr. Şakir Berki'ye Armağan, Konya, 1996.
- Akkurt** Zülal/  
**Akgül** Barış Joint Venture ve Konsorsiyumun Türk Hukuku'ndaki Yeri, *Yargıtay Dergisi*, Ekim 2001, C. 27, S. 4, s. 729-747.
- Akünel** Teoman Türk Medeni Hukuku'nda Tüzel Kişiler, İstanbul,1988.
- Altenburger** Peter/**Calderon** Massimo/**Lederer** Werner Schweizerisches Umstrukturierungsrecht, Zürich, 2004.
- Altın Sieber** İnci Joint Ventures, Technologietransfer und –schutz, München, 1996.
- Aral** Fahrettin Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2003.
- Arkan** Sabih Marka Hukuku, C. II, Ankara,1998 (kısaca : “*Arkan, Marka Hukuku*”)

---

\* Bibliyografyada yer alan eserlere tezde yapılan ilk atıflar tam künye olarak sunulmuş, sonraki atıflar sadece yazarın soyadı belirtilerek yapılmıştır. Birden fazla eseri olan yazarların eserlerine ilişkin atıflar, Bibliyografya'da sunulan kısaltmalar kullanılarak yapılmıştır. Aynı soyadı taşıyan yazarlara, yukarıdaki kurallar gözetilmek kaydıyla,soyadlarının yanısıra adları da belirtilerek atıf yapılmıştır.

- Arkan Sabih** Haksız Rekabet ve Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Hükümleri Arasındaki İlişki, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan, Ankara, 2003, s. 4-12(kısaca : “ *Arkan, Haksız Rekabet*”).
- Arkan Sabih** Ticari İşletme Hukuku, 7.Bası, Ankara,2004 (kısaca : Arkan “ *Ticari İşletme*”)
- Arkan Sabih** Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Türk Ticaret Kanunu Konferansı, Bildiriler, Tartışmalar, Ankara, 2005, s. 43-60 (kısaca : “ Arkan, Değerlendirmeler”).
- Arslan İbrahim** Anonim Şirketlerde Yönetim Yetkisinin Sınırlandırılması, Konya , 1994.
- Arslanlı Halil** Anonim Şirketler, I. Umumi Hükümler, 3. Bası, İstanbul, 1960 (kısaca : “*Arslanlı : Anonim Şirketler I*”).
- Aslan Yılmaz** Rekabet Hukuku, 3. Baskı, Bursa, 2005, (kısaca: “*Aslan, Rekabet Hukuku*”).
- Aslan Yılmaz** Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı Önerisinin Genel Gerekçesi, Rekabet Hukuku'nda Güncel Gelişmeler Sempozyumu, III, Erciyes Üniversitesi Hukuk ve İktisadi-İdari Bilimler Fakülteleri, Editör : N. Ayşe **Odman Boztosun**, Ankara, 2005, s. 41-101 (kısaca : *Aslan, Öneri*).
- Aşkan Cengiz** Adi Şirketin Yönetimi, Ankara, 2003.
- Atalay Oğuz** Anonim Şirketlerin İflası, İzmir, 1996.
- Ayhan Rıza** Limited Şirketlerde Ortakların Sorumluluğu, Ankara,1992.
- Ayrancı Hasan** Sözleşmenin Yüklenilmesi (Devri), Ankara, 2003,(Kısaca : “*Ayrancı, Sözleşmenin Yüklenilmesi*”).
- Ayrancı Hasan** Ön Sözleşme, Ankara, 2006, (Kısaca : “*Ayrancı, Ön Sözleşme*”).



- Bahtiyar Mehmet** Anonim Ortaklık Anasözleşmesi, İstanbul, 2001.
- Baptista Luiz Olavo** Les joint ventures dans les relations internationales, dissertation, Paris,1981.
- Baptista Luiz Olavo / DURAND-BARTHEZ Pascal** Les associations d'entreprises dans le commerce international, 2ème Edition, Paris,1991
- Barlas Nami** Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, İstanbul, 1998 (kısaca : "**Barlas, Adi Ortaklık Temeli**").
- Barlas Nami** Çerçeve Sözleşme Kavramı ve Çerçeve Sözleşmenin Özellikleri, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na Armağan, İstanbul, 1999, s. 807-828 (kısaca : "Barlas, Çerçeve Sözleşme")
- Baus Matthias** Treuepflichten des Aktionärs im Gemeinschaftsunternehmen, Frankfurt am Main, 1991.
- Berg Sanford / Duncan Jerome Friedman Philip** Joint Venture Strategies and Corporate Invention, Cambridge,Massachusetts, 1982.
- Bergman Michael** The Corporate Joint Venture under the Antitrust Laws, New York University Law Review, C. 37, Yıl : 1962, s. 712-734.
- Bertschinger Urs** Zuständigkeit der Generalversammlung der Aktiengesellschaft- ein unterschätzter Aspekt der Corporate Governance, Festschrift für Jean Nicholas Druey zum 65. Geburtstag, Zürich, 2002, s. 310-329.
- Beyeler Karin** Konzernleitung im schweizerischen Privatrecht, diss.,Zürich, 2004.
- Bilgili Fatih** İsviçre ve Alman Hukuku Işığında Türk Ortaklıklar Hukuku'nda Gizli Ortaklık İlişkileri, Ankara 2003.
- Borges Georg** Selbstregulierung im Gesellschaftsrecht, - zur Bindung an Corporate Governance

- Kodizes, Zeitschrift für Gesellschaftsrecht,  
Yıl : 2003, S. 4, s. 521 vd.
- Böckli Peter** Schweizer Aktienrecht, 2. Auflage  
(Nachdruck),  
Zürich, 1997.
- Böckli Peter/  
Morscher Lukas** Aktionärbindungsverträge: Übertragbarkeit  
und Geltungsdauer von Optionsrechten,  
SZW 1997 S. 53-65.
- Bösiger Markus** Bedeutung und Grenzen des  
Aktionärbindungs- vertrages bei  
personenbezogenen Aktiengesell- schaften,  
Zeitschrift zur Rechtsetzung und Praxis im  
Gesellschafts- und Handelsregisterrecht ( Reprax), 2003/1, s. 1-17.
- Broden Thomas F./ Scanlan Alfred L.** The Legal Status of Joint Venture  
Corporations, Vanderbilt Law Review, C.  
11, Yıl : 1957-1958, s. 673-696.
- Brodley Joseph** Joint Ventures and Antitrust Policy,  
Harvard Law Review, Yıl : 1981-1982, C.  
95, s. 1521-1590.
- Bunte Hermann-Josef** Kartellrecht mit neuem Vergaberecht,  
München, 2003
- Burzynski Andrzej** The Concept of a Joint Venture and the  
Legal Context for Joint Ventures in CMEA  
Countries, Florida International Joint  
Venture, C. 5, Yıl: 1989-1990, s.183-192.
- Buz Vedat** Yenilik Doğuran Haklar, Ankara,2005.
- Büchel Bettina / Prange Christiane  
Probst Gilbert , / Ruling Charles** International Joint Venture Management,  
  
New York, 1998.
- Bülbül Erdoğan** Kamu İştirakleri, İstanbul, 2004.

- Canaris** Claus Wilhelm Handelsrecht, 23. Auflage, München, 2000.
- Chaput** René Droit des sociétés, Paris, 1993
- Chavez** John Anthony Antitrust Joint Ventures in the European Union, Bulletin, Winter, 1999, s. 959-1005.
- Chen** Dong Governing for Success : An Examination of Different Types of Parent Control in International Joint Ventures, diss., New Jersey, 2004
- Chow** Daniel C.K. The Limited Partnership Joint Venture Model in the People's Republic of China, Law And Policy In International Business, C. 30, Güz 1998, s. 1-44.
- Comben** Andrew Joint Ventures and Shareholders' Agreements, London, 2000.
- Commichau** Gerhard/**Schwartz** Harald
- /von Dietze** Philipp /**Janssen** Helmut Grundzüge des Kartellrechts, Eine Einführung, 2. Auflage, München, 2002.
- Compton** Charles T. C. Cooperation, Colloboration and Coalition : A Perspective on the Types and Purposes of Technology Joint Ventures, Antitrust Law Journal, C. 61, Yıl : 1992-1993, s. 861-897.
- Cornett** Christian Treubindung gegenüber dem Eigeninteresse abhaengiger Gesellschaften, diss., Heidelberg, 2002.
- Correia** Edward Joint Ventures : Issues in Enforcement Policy, Antitrust Law Journal, C. 66, Yıl: 1998, s. 737-771.
- Cozian** Maurice / **Viandier** Alain Droit des sociétés, 10. Bası, Paris, 1997.
- Çağa** Tahir Anonim Şirketlerde İmtiyazlı Oy Hakkı Veren Hisse Senetleri, İktisat ve Maliye, Yıl : 1970, C. 17, S. 1, s. 34.
- Çamlıbel Taylan** Esin Marka Hakkının Kullanımıyla Paralel İthalatın Önlenmesi, Ankara, 2001.

- Çamoğlu Ersin** Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, 1972 (kısaca : Çamoğlu, Sorumluluk)
- Çamoğlu Ersin** Kollektif Ortaklıkta Haklı Sebep Kavramı ve Ortağın Haklı Sebepçe Çıkarılması, İstanbul, 1976 (kısaca : Çamoğlu, Haklı Sebep).
- Çeliktas İlyas** Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Örtülü Kazanç Aktarımı Sorunu, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cumhuriyetimize 80. Yıl Armağanı, Yıl 2003, C. 11, S. 3-4, s.59-72.
- Çevik Kemal** Fransız ve Türk Hukuku'nda Tek Ortaklı Şirket, Sınırlı Sorumlu Ticari İşletme, Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, Ankara,1998, s. 37-55.
- Dannemann Gerhard** Some Comparisons Between Common Law and Civil Law, (Eva **Micheler** / D.D. **Prentice**), Joint Ventures in English and German Law, Oxford, 2000, s. 1-13.
- Davidow Joel** Special Antitrust Issues Raised by International Joint Ventures, Antitrust Law Journal, C. 54, Yıl : 1985, s.1031-1038.
- Dayınlarlı Kemal** Joint Venture Sözleşmesi, İkinci Baskı, Ankara 1999.
- Decocq André / Decocq Georges** Droit de la concurrence interne et communautaire, Paris, 2002.
- Dessemontet François** Les droits de propriété intellectuelle dans les opérations de joint venture, Festschrift zum 65. Geburtstag von Mario Pedrazzini, Bern, 1990 (Atıf Yapılan Metin : <http://www.unil.ch/webdav/site/cedidac/shared/Articles/M%C3%A9langes%20Pedrazzini.pdf>).
- Dixon Rand Paul** Joint Ventures : What is Their Impact on Competition, The Antitrust Bulletin, C. 7, Yıl : 1962, s. 397-410.
- Djalali Jasmin** Internationale Joint Ventures, diss., Bern,1999.

- Dobkin James A.** Negotiating an International Technology Joint Venture, Connecticut Journal of International Law, C. I, Yıl : 1985-1986, s.81-110.
- Doğanay Y. Ümit** Adi Şirket Akdi, (Akdiin Unsurları-Kurulması-Hükümsüzlüğü), İstanbul,1968.
- Dohm Jürgen de** Les accords sur l'exercice du droit de vote de l'actionnaire, Genève, 1971.
- Dom Jean-Philippe** Les dimensions du groupe de sociétésaprès les reformes de l'année, Revue des sociétés, Yıl : 2002, s.1-26.
- Domaniç Hayri** Adi-Kollektif ve Komandit Şirketler, Genişletilmiş 4. Bası, İstanbul, 1988 (kısaca : “*Domaniç, Adi-Kollektif-Komandit*”).
- Domaniç Hayri** Anonim Şirketler, İstanbul, 1978 (kısaca : “*Domaniç, Anonim Şirketler*”).
- Donovan Peter A.** Joint Ventures, Antitrust Law Journal, C. 43, Yıl: 1973-1974, s. 563 (kısaca : *Donovan, Joint Ventures*”).
- Donovan Peter A.** Antitrust Considerations in the Organization and Operation of American Business Abroad, Boston College Industrial and Commercial Law Review, C. 9, Yıl : 1998, S. 2, s. 239-353 (kısaca : *Donovan, Antitrust Considerations*”).
- Druey Jean Nicholas** Stimmbindung in der Generalversammlung und im Verwaltungsrat, Rechtsfragen um die Aktionärbindungsverträge, Zürich, 1998, s. 7-35.
- Ducrey Patrik** Interdependenzen zwischen Aktien- und Kartellrecht, SZW 2004 S. 401-412
- Dural Ali** Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulunun Kilitlenmesi ve Hukuki Sonuçları, Yayınlanmamış Doktora Tezi,

- Galatasaray Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2005
- Dural Mustafa** Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması (Ya Da Tüzel Kişinin Tabanına Başvurulması), Sermaye Piyasası Kurulu 15. Yıl Sempozyumu, Ankara,1998, s. 97-107.
- Dural Mustafa/ Öğüz Tufan** Türk Özel Hukuku, C. II, Kişiler Hukuku,İstanbul, 2004.
- Einsele Dorothee** Auswirkungen der europäischen Fusionskontrollverordnung auf Gemeinschafts- unternehmen, Recht der Internationalen Wirtschaft, Beilage zu Heft 8/1992.
- Emmerich Volker / Habersack Mathias** Aktien – und GmbH- Konzernrecht, 4. Überarbeitete Auflage, München, 2005.
- Engel Pierre** Contrats de droit suisse, Bern, 2000.
- Erdem Ercüment** Rekabet Hukuku ve Haksız Rekabet İlişkisi, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, İstanbul, 2002, Cilt I, s. 377-399 (kısaca “*Erdem, Haksız Rekabet*”).
- Erdem Ercüment** Rekabet Hukuku’nda Birleşme ve Devralmalar, İstanbul, 2003 (kısaca “*Erdem,Birleşme ve Devralmalar*”).
- Erdem Ercüment** Tek Satıcılık Sözleşmesinde Denkleştirme Talebi, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan, İstanbul, 2003, s. 91-121 (kısaca : “*Erdem, Denkleştirme Talebi*”).
- Eriş Gönen** Açıklamalı-İçtihatlı TTK, Ticari İşletme ve Şirketler, C. 2, 3. Bası, Ankara, 2004.
- Erten Rıfat** Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanununun Türk Yabancılar Hukuku Sistemi İçindeki Yeri ve Rolü, Ankara, 2005.
- Esin İsmail/ Lokmanhekim Tunç** Uygulamada Birleşme ve Devralmalar, İstanbul, 2003.
- Faull Jonathan/ Nikpay Ali** The EC Law of Competition, Oxford, 2001.

- Fellmann Walter/ Müller Karin** Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band VI, 2. Abteilung, 8. Teilband, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Die einfache Gesellschaft, Art. 530- 544 OR, Bern, 2006.
- Fine Frank L.** Mergers and Joint Ventures in Europe : The Law and Policy of the EEC, 2nd Edition, London, 1994.
- Forstmoser Peter/ Meier-Hayoz Arthur/ Nobel Peter** Schweizerisches Aktienrecht, Bern, 1996.
- Forstmoser Peter** Die Vinkulierung: ein Mittel zur Sicherstellung der Unterwerfung unter Aktionärbindungsverträge?, Aktienrecht 1992-1997, Versuch einer Bilanz zum 70. Geburtstag von Rudolf Bär, s. 89-106, (kısaca : “Forstmoser, Vinkulierung”).
- Forstmoser Peter** Aufgaben, Organisation und Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates Teils bewährte, teils reformbedürftige Schweizer Lösung , ST 2002 S. 485-491, (kısaca : “Forstmoser, Aufgaben”).
- Forstmoser Peter** Der Aktionärbindungsvertrag an der Schnittstelle zwischen Vertragsrecht und Körperschaftsrecht, Festschrift für Heinz Rey : Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts, Zürich, 2003 (kısaca : “Forstmoser, Schnittstelle”).
- Friedmann Wolfgang G. / Kalmanoff George** Joint International Business Ventures, New York, 1961
- Fu Guichen** Internationale Markteintrittsstrategien mittelgrosser Industrieunternehmen, diss., Stuttgart, 2005

- Friedmann** Wolfgang J. Antitrust Law and Joint International Business Ventures, Columbia Law Review, Yıl : 1960, C. 60, s. 780-791.
- Gansweid** Wolfgang Gemeinsame Tochtergesellschaften im deutschen Konzern- und Wettbewerbsrecht, diss. Bielefeld, 1976.
- Geneste** Bernard Droit communautaire de la concurrence, Paris, 1993.
- Gerber** David J. Law and Competition in Twentieth Century Europe : Protecting Prometheus, Oxford, 1998.
- Geringer** Michael J./**Herbert** Louis Control and Performance of International Joint Ventures, Journal of International Business Studies, Summer 1989, s. 235-254.
- Gönenç** Fulya İlçin Roma Hukuku'nda Şirket Akti, Societas, İstanbul, 2004.
- Graham** Robert W. Antitrust Problems of Corporate Partners, Subsidiaries, Affiliates and Joint Venturers in Foreign Commerce, A.B.A. Antitrust Section, 1956, s. 32-48.
- Groner** Roger Wann haftet ein Aktionär - und warum? SJZ 101 (2005) S. 1-10
- Guhl** Theo / **Druey** Jean Nicholas Schweizerisches Obligationenrecht, 9. Auflage, St. Gallen, 2000
- Gümüş** Mustafa Alper Türk İsviçre Borçlar Hukuku'nda Vekilin Özen Borcu, İstanbul, 2001.
- Günel** Onur Kerem Özel Kategori Paylar, Ankara, 1997.
- Güngördü** Abdülgani AT ve Türk Rekabet Hukuku'nda Yoğunlaşmalarda Kontrol Unsuru, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara, 2003.
- Güngördü** Abdülgani / **Kayar** Mehmet Akif Ortak AB Rekabet Hukuku Uygulamaları Işığında



Girişimlerde Ortak Kontrolün Varlığının Belirlenmesi; Rekabet Dergisi, S. 11, Temmuz/ Ağustos/Eylül 2002, s. 80- 104.

**Gürzumar Osman**

4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. Maddesine Aykırı Sözleşmelerin Tabi Olduğu Geçersizlik Rejimi, Rekabet Dergisi, Yıl : 2002, S. 12, s. 3-76.

**Güven Pelin**

Türk Rekabet Hukuku ve Avrupa Birliği Rekabet Hukuku'nda Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi, 2. Baskı, Ankara, 2003. (kısaca : Güven, Birleşme ve Devralmalar”

**Güven Pelin**

Rekabet Hukuku, Ankara, 2005 (kısaca : “Güven : “Rekabet Hukuku”).

**Habersack Mathias**

Europäisches Gesellschaftsrecht, München, 1999.

**Hamamcıoğlu Esra**

Anonim Ortaklıklarda Tek Borç İlkesi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2005.

**Harrigan Kathryn Rudie**

Joint Venture and Global Strategies, Columbia Journal of World Business, C. 19, Yıl : 1984, s. 7-16 (kısaca : “Harrigan, Global Strategies”).

**Harrigan Kathryn Rudie**

Joint Ventures and Competitive Strategy, Strategic Management Journal, C. 9, Yıl : 1988, s.141-158 (kısaca : “Harrigan, Competitive Strategy”).

**Hatemi Hüseyin**

Medeni Hukuka Giriş, 3. Bası, İstanbul, 2004.

**Helvacı Mehmet**

Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulunun Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, 1995, (kısaca : **Helvacı**, Hukuki Sorumluluk)

**Helvacı Mehmet**

Anonim Ortaklıklarda Bölünme, İstanbul, 2004 (kısaca : **Helvacı**, Bölünme)

**Hewitt Gary**

Background Note, Portfolio Effects in

- Conglomerate Mergers, OECD Journal of Competition Law and Policy, Y11 : 2002, s. 66- 117 ( Kısaca : Gary Hewitt, Portfolio”).
- Hewitt Ian / Picot Gerhard Micheler Eva/D.D. Prentice** Structuring the Joint Venture Joint Ventures in English and German Law, Oxford, 2000,s. 13-42.
- Hewitt Ian** Joint Ventures,2<sup>nd</sup> Edition,London,2001.
- Hibner Don T.** Antitrust Considerations of Joint Ventures, Teaming Agreements, Co-Production and Leader-Follower Agreements, Antitrust Law Journal, C. 51, Y11 : 1982, s.
- Hirsch Alain/ Nobel Peter** Projekt einer privaten Aktiengesellschaft, SZW 1997 S. 126-135.
- Hofstetter Karl** Corporate Governance im Konzern, Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht, Festschrift für Forstmoser zum 60. Geburtstag,Zürich, 2003, s. 301-324
- Homburger Eric** Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht 5. Teil: Die Aktiengesellschaft. Teilband V 5b: Der Verwaltungsrat, Art. 707-726, Zürich, 1997.
- Honsell Heinrich** Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 6. überarbeitete Auflage, Bern, 2001.
- Hopt Klaus J.** ECLR, Interessenwahrung und Interessenkonflikte im Aktien-, Bank- und Berufsrecht, zur Dogmatik des Geschäftsbesorgungsrechts, Zeitschrift für Gesellschaftsrecht, 2004/1 , s. 1-52.
- Horten Michael R.** Joint- ventures in den USA : wirtschaftliche, rechtliche und steuerliche Aspekte, München, 1996.
- =

- Hoßfeld Dagmar** Effizienz trigonaler Kooperationsstrukturen, ein holistisch dynamischer Ansatz, diss., Düsseldorf, 2002.
- Immenga Ulrich / Mestmäcker Ernst Joachim** Frankfurt, Kommentar zum GWB, 3. Auflage, 2001.
- Immenga Ulrich / Mestmäcker Ernst Joachim** 1997 EG-Wettbewerbsrecht, Band 1, München
- İmregün Oğuz** Anonim Şirketlerde Pay Sahipleri Arasında Umumi Heyet Kararlarından Doğan Menfaat İhtilafları ve Bunların Telif Çareleri, İstanbul, 1962 (kısaca : *Menfaat İhtilafları*”).
- İmregün Oğuz** Amerikan Ortaklıklar Hukuku'nun Ana Hatları, İstanbul , 1968 (kısaca : *“Amerikan Ortaklıklar Hukuku”*).
- İmregün Oğuz** Anonim Ortaklıklar, İstanbul, 1989 (kısaca : *“İmregün, Anonim Ortaklıklar”*).
- İzmirli Yadigar** Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunun Organ Niteliğini Kaybetmesi ve Hukuki Sonuçları, Ankara, 2001.
- Jaeger Walter H.** Partnership or Joint Venture, Notre Dame Law Review, C. 37, Yıl : 1961-1962, s. 138-159.
- Jones Allison/ Sufrin Brenda** EC Competition Law, Text, Cases and Materials, New York, 2001
- Kabst Rüdiger** Steuerung und Kontrolle internationaler Joint Venture, diss., München, 2000.
- Kaplan İbrahim** İnşaat Sektöründe Müşterek İş Ortaklığı, - Joint Venture-, Ankara, 1994.
- Kaplan Marilyn** Interorganizational Cooperation : A Multitheoretical Perspective of Joint Ventures, diss., Dallas, 1998.

- Karahan Sami** Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Paylar ve İmtiyazların Korunması, İstanbul, 1991.
- Karayalçın Yaşar** Ticaret Hukuku Dersleri, Şirketler Hukuku, Giriş-Şahıs Şirketleri, Ankara, 1965 (kısaca : “*Şahıs Şirketleri*”).
- Karayalçın Yaşar** Anonim Şirket Yönetim Kurullarında Başkanın Üstün Oyu, Batider, Yıl 1970, C. 5, S. 3, s. 529 vd.
- Karayalçın Yaşar** Ticaret Hukuku C. II, Şirketler Hukuku, 2. Bası, Ankara , 1973 (kısaca : “*Karayalçın, C. II, Şirketler Hukuku*”).
- Karayalçın Yaşar** Muhasebe Hukuku, Ankara, 1988.
- Kattan Joseph** Antitrust Analysis of Technology Joint Ventures : Allocative Efficiency and the Rewards of Innovation, Antitrust Law Journal, Yıl : 1992-1993, C. 61, s.937-973.
- Kaya Arslan** Anonim Ortaklıkta Paysahibinin Bilgi Alma Hakkı, Ankara, 2001.
- Kayihan Lerzan** Rekabet Hukuku’nda Ortak Girişimler, Rekabet Kurulu Uzmanlık Tezi, Ankara, 2003.
- Kendigelen Abuzer** Anonim Ortaklıklarda Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz, İstanbul, 1999.
- Kerler Patrik** Mergers & Acquisitions und Shareholder Value, Bern, 2000.
- Klein Hans Helmut** Gemeinschaftsunternehmen und Funktionsgemeinschaften im Verhältnis zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Köln, 1966.
- Koblin Carsten** Wertsteigernde Konzernstrukturen, diss, Freiburg, 2002.
- Kozyris John** Equal Joint Venture Corporations in France, Problems of Control and Resolution of Deadlocks,  
The American Journal of Comparative Law, C. 17, Yıl 1969, s. 503-528.

- König Wolfgang** Zur Willensbildung im Stimmenpool, Zeitschrift für Gesellschaftsrecht, Yıl : 2005, s. 417-436.
- Krämer Hans Jörg** Das Unternehmensinteresse als Verhaltensmaxime der Leitungsorgane einer Aktiengesellschaft im Rahmen der Organhaftung, diss. Bayreuth, 2002.
- Krimphove Dieter** Europäische Fusionskontrolle, Köln, 1992.
- Kuntalp Erden** Karma Muhtevalı Akit, Ankara, 1971
- Kuntalp Erden / Barlas Nami / Ayanoglu Morali Ahu / Cavuşoglu İŞINTAN /Pelin / İPEK Mehtap / YAŞAR Mert / KOÇ Sedef** Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2005.
- Kunz Peter V.** Richterliche Handhabung, von Aktionärsstreitigkeiten- zu einer Methode für Interessenabwägungen, Festschrift für Jean Nicholas Druey zum 65. Geburtstag, Zürich, 2002, s. 445-462
- Lane Frederic C.** Family Partnerships and Joint Ventures in the Venetian Republic, The Journal of Economic History, C. 4, No. 2, Kasım 1944.
- Lange Knut Werner** Handbuch zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Heidelberg, 2001.
- Langefeld-Wirth Klaus** Rechtsfragen des internationalen Gemeinschaftsunternehmens,, Recht der Internationalen Wirtschaft, Ocak 1990, C. 36, s.1.(kısaca : "**Langefeld-Wirth**,Rechtsfragen").
- Langefeld-Wirth Klaus** Les joint ventures internationales, Çeviren : André Garcia,Paris, 1992(kısaca : "**Langefeld-Wirth**, "*Joint Ventures*").

- Langen Eugen / Bunte**  
Hermann Joseph  
Kommentar zum deutschen und europaeischen Kartellrecht, 9. Neubearbeitete und erweiterte Auflage, Neuwied, 2001.
- Lieberknecht** Otfried  
United States Companies in Foreign Joint Ventures, *Antitrust Law Journal*, C. 54, Yıl : 1985, s. 1051- 1085.
- Lips-Rauber** Christina  
Die Rechtsbeziehung zwischen dem beauftragten fiduziarischen Verwaltungsrat und dem Fiduzianten, Zürich, 2005.
- Lohse** Andrea  
Kartellfreie Gemeinschaftsunternehmen im europäischen Wettbewerbsrecht, Köln, 1992.
- Martinek** Michael  
Moderne Vertragstypen, Band III, München, 1993.
- Medicus** Dieter  
Schuldrecht II, Besonderer Teil, 9. Auflage, München, 1999.
- Meier-Schatz** Christian J.  
Der unabhängige Verwaltungsrat, Ein Beitrag zur Corporate Governance Debatte, , Festschrift für Jean Nicholas Druey zum 65. Geburtstag, Zürich, 2002, s. 479-501.
- Meier-Hayoz** Arthur/**Forstmoser** Peter  
Grundriss des schweizerischen Gesellschaftsrechts, 7. Basl, Bern, 1993.
- Merz** Hans  
Vertrag und Vertragsschluss, Freiburg, 1988.
- Mestmäcker** Ernst Joachim  
Gemeinschaftsunternehmen im deutschen und europäischen Konzern- und Kartellrecht, , Gemeinschaftsunternehmen (joint venture, filliale commune) im Konzern- und Kartellrecht, Frankfurt am Main, 1979, s. 9- 45 (kısaca : **Mestmäcker**, gemeinschaftsunternehmen).
- Mestmäcker** Ernst Joachim/**Schweitzer** Heike  
Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Völlig erneuerte Auflage, München, 2004.
- Mestre** Jacques /**Velardoccio** Dominique /**Blanchard-Sebastien** Christine  
Société Commerciales, Paris, 2002.

- Micheler Eva/ Prentice D.D.** Joint Ventures in English and German Law, Oxford, 2000.
- Moroğlu Erdoğan** Oy Sözleşmeleri, 2. Baskı, Ankara, 1996.
- Moroğlu Erdoğan** Anonim Ortaklık Ana Sözleşmesi ve Hukuki Niteliği, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul, 2000, s. 515-529 (kısaca : “*Moroğlu, Ana Sözleşme*”).
- Moroğlu Erdoğan** Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Ortaklıkların Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, 3. Baskı, İstanbul, 2001 (kısaca : “*Moroğlu, Hükümsüzlük*”).
- Moroğlu Erdoğan** Anonim Ortaklıklarda Esas Sermaye Artırımı, 2. Baskı, İstanbul, 2003 (kısaca : “*Moroğlu, Esas Sermaye Artırımı*”).
- Moroğlu Erdoğan** Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Türk Ticaret Kanunu Konferansı, Bildiriler, Tartışmalar, Ankara, 2005, s. 74- 83 (kısaca : “*Moroğlu, Değerlendirmeler*”).
- Nägeli Eduar** Die Doppelgesellschaft als rechtliche Organisationsform der Kartelle, Konzerne und anderen Unternehmenszusammenschlüsse nach deutschem und schweizerischem Recht, Band I, Zürich, 1936, Band II, Zürich, 1941.
- Nichols Henry W.** Joint Ventures, Virginia Law Review, Mayıs 1950, No. 4, s.425-459.
- Nomer Fusun** Anonim Ortaklıkta Paysahibinin Sadakat Yükümlülüğü, İstanbul, 1999.
- Nouvel Laurent** Le nouveau traitement européen des entreprises communes : Une évolution vers une approche plus économique, Revue de droit des affaires internationales, Yıl : 2002, s. 511-556.

- Nussbaumer Annemarie / Von der Crone Hans Caspar** Verhaltnis zwischen gesellschafts- und schuldrechtlicher Verpflichtung. Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 4C.143/2003 vom 14. Oktober 2003, SZW, Yıl : 2004, s. 138- 146.
- Odman Boztosun Ayşe** Rekabet Hukuku'nun Teknolojik Yeniliklerin Teşvikindeki Rolü, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Ankara, Kasım 2002, s. (171-239)
- Oertle Matthias** Das Gemeinschaftsunternehmen (Joint Venture) im schweizerischen Recht, Diss., Zürich,1990.
- Oğuzman M. Kemal/ Barlas Nami** Medenî Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 13. Bası, İstanbul, 2006.
- Oğuzman M. Kemal/ Öz Turgut** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Dördüncü Bası, İstanbul, 2005.
- Oğuzman M. Kemal/ Seliçi Özer/ Oktay Saibe** Kişiler Hukuku, Gerçek ve Tüzel Kişiler, , 7. Baskı, İstanbul, 2002.
- Oktay Müjde** Ortak Girişimler (Joint Venture), İstanbul, 1997.
- Okutan Gül** Anonim Ortaklıklarda Paysahipleri Sözleşmeleri, İstanbul, 2003.
- Orazgılıcov Dövrän** Milletlerarası Doğrudan Yatırımlar Açısından Joint Venture, İzmir, 2006.
- Öğüz Tufan** Know-how Sözleşmesi, İstanbul, 2001.
- Özdemir Oktay, Saibe** Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması, İstanbul, 2002.
- Özel Çağlar** Marka Lisansı Sözleşmesi, Ankara, 2002.
- Özenli Soysal** Uygulamada Adi Ortaklık ve Neden Olduğu Davalar, Ankara, 1988.
- Öztan Bilge** Tüzel Kişiler, 4. Bası, Ankara, 2001.



- Öztek Selçuk** La protection des actionnaires externes dans les groupes de sociétés dirigés par une société holding, diss., Lausanne, 1982.
- Öztürk Pınar** Ortak Girişim ve Uygulanacak Hukuk, İstanbul, 2001.
- Öztürk Pınar** Rekabet Hukuku Açısından Joint Venture'ların Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul, 1998, s.491-524 (kısaca : "**Öztürk, Rekabet JV**").
- Palandt Otto** Bürgerliches Gesetzbuch, 61. Auflage, München 2002 (§ 15-20 Helmut **Heinrichs**, § 705-740, Hartwig **Sprau**) (kısaca : "**Yazarın adı, Payand Bürgerliches Gesetzbuch**") şeklinde anılacaktır.
- Pahlı Ali** Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi, 2. Bası, İstanbul, 2005.
- Peter Henry** Formes et conséquences juridiques des groupements d'entreprises (consortium) – choisir ou subir, Journées suisses du droit de la construction, Fribourg 2005, s. 31-62
- Pitofsky Robert** A Framework for Antitrust Analysis of Joint Ventures, Antitrust Law Journal, C.54, Yıl: 1985, s. 893-914.
- Poillot-Peruzetto Sylvaine / Luby Monique** Le droit communautaire appliqué à l'entreprise, Paris, 1998.
- Poroy Reha/Tekinalp Ünal/ Çamoğlu Ersin** Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 10. Bası, İstanbul 2005.
- Poroy Reha/Yasaman Hamdi** Ticari İşletme Hukuku, 10. Bası, İstanbul, 2004.
- Pulaşlı Hasan** Bağlı Nama Yazılı Pay Senetleri, Adana, 1992.
- Pulaşlı Hasan** Şirketler Hukuku, Adana, 2003.

- Reboul Nadège** Remarques sur une notion conceptuelle et fonctionnelle : L' *Affectio societatis*, *Revue des sociétés*, 2000, C. 118, s. 425-452.
- Reimann Carsten** Essential Function v. Essential Facility : Defining the Amount of R&D protection in High-Tech Industries After *IMS and Microsoft*, *The Competition Law Review* (Elektronik Yayın, ISSN 1745-638 X), C. 1, S. 2, Aralık 2004, s.(49-64).
- Reisoğlu Seza** Bankalar Kanunu Şerhi ve Bankacılık Uygulamasında Diğer Hukuki Kavramlar, Ankara, 2002.
- Reymond Claude** Réflexions sur la nature juridique du contrat de Joint Venture, *JDT*, 1975, I, s. 480 vd. (kısaca : « Reymond, La nature juridique »).
- Reymond Claude** Le contrat de „Joint Venture“, *Innominatverträge, Festgabe zum 60. Geburtstag von Walter R. Schlupe*, Zürich 1988, s. 398 vd. (kısaca : « Reymond, Le contrat de joint venture »)
- Ripka Bernd** Poolverträge und die neueren Entwicklungen des Gesellschaftsrechts, Herdecke, 2000.
- Rolfes Gerhard** Gemeinschaftsunternehmen : Ziele ihrer Einrichtung sowie ihre betriebswirtschaftliche und rechtliche Probleme, Diss., Bochum, 1979
- Ross William** The Foreign Joint Venture Corporation : Some Legal and Business Considerations, *Denver Law Journal*, Yıl : 1968, C. 45, s. 4-19.
- Ruchin André** Joint Ventures, Neue Einordnungskonzeption im schweizerischen Wettbewerbsrecht, unter besonderer Berücksichtigung des europäischen und deutschen Rechts, diss., Zürich, 2004.
- Rusch Arnold** Interzession im Interesse des Aktionärs, Sicherheitenbestellung für Verbindlichkeiten von

- Mutter- und Schwestergesellschaften in der Schweiz.
- Salbu** Steven R. Joint Venture Contracts as Strategic Tools, Indiana Law Review, Yıl : 1991-1992, C. 25, s.397-427.
- Sanlı** Kerem Cem Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, Ankara, 2000.
- Schatz** Norman L. Joint Adventure-Remedies Where a Corporation is Formed to Acquire Property of the Venture, Marquette Law Review, C. 31, Yıl : 1947-1948, s. 224-230.
- Schäfer Kunz** Jan Strategische Allianzen im deutschen und europäischen Kartellrecht, Frankfurt am Main, 1995.
- Scheibitz** Hannes Gemeinsame Kontrolle im Rahmen der Europäischen Fusionskontrollverordnung, Diss., Frankfurt am Main, 1999.
- Schluep** Walter R. Privatrechtliche Probleme der Unternehmenskonzentration und –kooperation, Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Halbband II, 1973, s. 155-557 (kısaca : “**Schluep**, Privatrechtliche Probleme).
- Schluep** Walter R. Zusammengesetzte Verträge: Vertragsverbindung oder Vertragsverwirrung, Festschrift für Heinz Rey : Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts, Zürich, 2003, s. 285-306, (kısaca : “**Schluep**, Zusammengesetzte Verträge)
- Schmidt** Ingo Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, 6. Bası, Stuttgart, 1999.
- Schmidt** Karsten Handelsrecht, 5. Auflage, Köln, 1999.

- Serozan Rona** Medeni Hukuk, Genel Bölüm, İstanbul, 2005.
- Shenefield, John E** Export Joint Ventures, Antitrust Law Journal, Yıl : 1985, Sayı : 54, s. 1039-1050.
- Staudenmayer Dirk** Der Zusammenschlussbegriff in Artikel 3 der EG- FusionkontrollVO, Eine Analyse der Praxis der europaeischen Kommission, Köln, 2002.
- Staudenmeyer Carola** Das Wirtschafts- und Vertragsrecht transnationaler Gemeinschaftsunternehmen in Entwicklungsländern, Bern,1990.
- Sumer Ayşe** Anonim Ortaklıklarda Azınlık Haklarının Korunması ve Anonim Ortaklığın Haklı Nedenle Feshi, İstanbul, 1991.
- Şahinalp Kaan** Türk Hukuku'nda Joint Venture'ların Hukuki Yapısı ve Niteliği ile Joint Venture'larda Karşılaşılan Sorunlar, Yargıtay Dergisi, Temmuz,2001, C. 27, S. 3, s. 481-523.
- Şanlı Cemal/ Ekşi Nuray** Uluslararası Ticaret Hukuku, 3. Bası, İstanbul, 2004.
- Şener Oruç Hami** Roma Hukuku'nun Modern Ortaklıklar Hukuku'na Etkileri, Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, İstanbul, 2002, Cilt 1, s.703-764.
- Taubman Joseph** What Constitutes A Joint Venture?, Cornell Law Quarterly, Yıl : 1955-1956, C.41, s. 640-655.
- Tanner Brigitte** Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht, 5. Teil, Die Aktiengesellschaft, Teilband V 5b , Die Generalversammlung, Art. 698-706b OR, Zürich, 2003 (kısaca : „Tanner, Generalversammlung“).
- Taşdelen Nihat** Anonim Ortaklıkta Paysahipliği Sifatının Kazanılması, İstanbul, 2005.
- Tekil Fahiman** Adi, Kollektif ve Komandit Şirketler

- Hukuku, İstanbul, 1996. (kısaca “*Fahiman Tekil, Adi- Kollektif- Komandit*”).
- Tekil Fahiman** Anonim Şirketler Hukuku, İkinci Bası, İstanbul, 1998. (kısaca : “Fahiman Tekil, Anonim Şirketler Hukuku”).
- Tekil Müge** Fransız Ortaklıklar Hukuku’nda Bir Yenilik, Basitleştirilmiş Paylı Ortaklık, Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Armağan, İstanbul, 1998, s. 609-633.
- Tekinalp Ünal** Anonim Ortaklık Payının Alım, Önalım, Geriyealım ve Benzer Haklara Konu Olması, Medeni Kanun 50. Yıl Sempozyumu, İstanbul, 1978, s. 345-357.
- Tekinalp Ünal** Anonim Ortaklığın Bilançosu ve Yedek Akçeleri, 2. Bası, İstanbul, 1979 (kısaca : “Tekinalp, Bilanço”).
- Tekinalp Ünal** AO Tipi İçinde Sınıf Değiştirme, Anonim Ortaklığın Hisse Senetlerinin Halka Arz olunmuş Sayılması ve Çoğunluğun İradesi, Batider, C. XVII, S.2, Aralık 1993, s. 29-37.
- Tekinalp Ünal** İmtiyazlı Paylar, XIII: Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, 1996, s.1-24.
- Tekinalp Ünal** Kollektif Ortaklık, 40. Yılında Türk Ticaret Kanunu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku ile Deniz Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyelerinin ve Araştırma Görevlilerinin Değerlendirmeleri, İstanbul, 1997, s. 56-57.
- Tekinalp Ünal** Anonim Ortaklıklara İlişkin Yeni Hukuk Politikalarının Dinamikleri, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan, Ankara, 2003, s. 227-253 (kısaca : “*Tekinalp, Yeni Dinamikler*”).
- Tekinalp Ünal** Fondaki Bankanın Hukuku, İstanbul, 2003 (kısaca : “Tekinalp, Fondaki Banka”).

- Tekinalp Ünal** Fikri Mülkiyet Hukuku, 3. Bası, İstanbul, 2004.
- Tekinalp Gülören/  
Tekinalp Ünal** Joint Venture, Prof. Dr. Yaşar Karayalçın'a 65. Yaş Armağanı, Ankara, 1988, s. 143-176.
- Tekinalp Ünal/  
Tekinalp Gülören** Avrupa Birliği Hukuku, 2. Bası, İstanbul, 2000.
- Teoman Ömer** Karar İncelemesi, Yargıtay Ticaret Dairesi, 25.1.1972 Gün, E. 1971/4843, K. 1972/356, Otuz Yıl Ticaret Hukuku, Tüm Makalelerim, Cilt I : 1971- 1982, İstanbul, 2000, s. 162-194 (kısaca : *"Teoman, Karar İncelemesi"*)
- Teoman Ömer** Anonim Ortaklıklarda Paysahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu, Ankara, 1987.(kısaca : *Teoman, Oydan Yoksunluk*).
- Teoman Ömer** Anonim Ortaklığın Hisse Senetlerinin Halka Arz olunmuş Sayılması ve Çoğunluğun İradesi, Otuz Yıl Ticaret Hukuku, Tüm Makalelerim, C. II, 1982- 2001, s. 283-291 .(kısaca : *Teoman, Halka Arz*).
- Teoman Ömer** Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda Payın Birim (İtibarî-Nominal) Değerinin Oy Hakkının Saptanmasındaki İşlevi ve Türk Sistemi, İktisat ve Maliye Dergisi, C. 19, S. 12, s. 498-506.(kısaca : *Teoman, Payın Birim Değeri*).
- Teoman Ömer** Bir Anonim Ortaklıkta Payların Tümüne Yasada Öngörülenden Daha Fazla Hak Tanınması Ayrıcalık Anlamına Gelir mi?, Batider, C. 18, S. 3, s. 1 .(kısaca : *Teoman, Ayrıcalık*).
- Teoman Ömer** Yaşayan Ticaret Hukuku, Hukuki Mütalaalar, C. 1, Kitap 1, İstanbul, 1992.
- Teoman Ömer** Yaşayan Ticaret Hukuku, Hukuki Mütalaalar, C. 1, Kitap 4, İstanbul, 1995.
- Teoman Ömer** Yaşayan Ticaret Hukuku, Hukuki

- Mütalaalar, C. 1, Kitap 7, İstanbul, 1997.
- Teoman Ömer** Yaşayan Ticaret Hukuku, Hukuki Mütalaalar, C. 1, Kitap 8, Ankara, 1997.
- Teoman Ömer** Yaşayan Ticaret Hukuku, Hukuki Mütalaalar, C. 1, Kitap 9, İstanbul, 2000.
- Tercier Pierre** Les contrats spéciaux, 3ème édition, Fribourg, 2003.
- Thompson Steve** Takeovers, Joint Ventures and The Acquisition of Resources for Diversification, Scottish Journal of Political Economy, C. 46, Yıl : 1999, s. 303- 318.
- Tiryakioğlu Bilgin** Doğrudan Yabancı Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması, Ankara 2003.
- Topçuoğlu Metin** Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, Ankara, 2001.
- Trochon Jean Yves /Curtis Neil** Négotiation et rédaction des pactes d'actionnaires, Revue de droit des affaires internationales, Yıl : 2002, s. 135-152.
- Tschäni Rudolf** Gesellschafts- und kartellrechtliche Probleme der Gemeinschaftsunternehmen (Joint Ventures), die europäisch-Gemeinschaftsrechtlichen Versuche einer rechtlichen Einordnung, Schweizerische Aktiengesellschaft : Zeitschrift für Handels- und Gesellschaftsrecht SAG, 1977, s. 88-96(kısaca : "**Tschäni, Joint; Venture**").
- Tschäni Rudolf** M& A-Transaktionen nach Schweizer Recht, Zürich, 2003 (kısaca : "**Tschäni ,M& A**").

- Türkkan Erdal** Rekabet Teorisi ve Endüstri İktisadı, Ankara,2001.
- Ulaş Dilber** Uluslararası Pazarlara Giriş Stratejisi Olarak Ortak Girişimler ve Türkiye’de Uygulamaları, Ankara 2003.
- Ulmer Peter** Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5, Schuldrecht, Besonderer Teil, III, Titel 16: Gesellschaft,München, 2004.
- Ülgen Hüseyin** Anonim Ortaklıklarda Genel Kurul Başkanının Üstün Oyu, Batider, C. XVI, S. 4, s. 667-685.
- Vogt Nedim Peter/Watter Rolf** Joint Ventures in Switzerland, Basel,Frankfurt am Main,1995.
- Von Büren Roland** Der Konzern, Rechtliche Aspekte eines wirtschaftlichen Phänomens, Schweizerisches Privatrecht, VIII/6, Zweite erweiterte Auflage, Basel, 2005.
- Von der Crone Hans Caspar** Rahmenverträge, Vertragsrecht-Systemtheorie- Ökonomie, Zürich, 1993, (kısaca : „**Von der Crone**, Rahmenverträge)
- Von der Crone Hans Caspar** Lösung von Pattsituationen bei Zweimannesellschaften, SJZ, C. 89, Yıl: 1993, s. 37-44, (kısaca : „**Von der Crone**, Pattsituationen)
- Von Tuhr Andreas/ Peter Hans** Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 3. Auflage+Supplement, Zürich, 1984.
- Weiser Gerard J.** Antitrust Aspects of the Joint Venture in the European Economic Community, University of Pennsylvania Law Review, C. 111, Yıl : 1963, s. 421-449.
- Weller David** The Bureaucratic Heavy Hand in China : Legal Means for Foreign Investors to Challenge Agency Action, Columbia Law Review, Yıl : 1998, s. 1238- 1282.



- Westermann Harm Peter** Das Verhältnis von Satzung und Nebenordnungen in der Kapitalgesellschaft, Heidelberg, 1995.
- Whish Richard** Restrictive Agreements and Competition in : Chitty on Contracts, C. II, Specific Contracts, 29. Edition, London, 2004 (kısaca : “**Whish, Restrictive**”).
- Whish Richard** Competition Law, 5. Edition, Bath, 2003 (kısaca : “Whish, *Competition Law*”).
- Wiedemann Gerhard** Gemeinschaftsunternehmen im deutschen Kartellrecht, Heidelberg, 1981.
- Windbichler Christine** Corporate Group Law for Europe : Comment on the Forum Europeum’s Principles and Proposals for a European Corporate Group Law, European Business Organisation Law Review, C. 1, Yıl : 2000, s. 265-286..
- Wortmann Beda** Durchgriffshaftung im Joint Venture, Frankfurt, 1995.
- Yanık Mehmet** Rekabet Hukuku’nun Hakim Durum ve Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Uygulamalarında Piyasaya Giriş Engelleri, Rekabet Kurulu Uzmanlık Tezi, Ankara, 2003.
- Yanlı Veliye** İsviçre Anonim Ortaklıklar Hukuku’nda “İşbölümü İlkesi” ve Yönetim Kurulunun Münhasır Yetkileri, İÜHFM 1997, C.LV Sayı:3, s. 261 – 277 (kısaca : *Yanlı, İşbölümü İlkesi*”).
- Yanlı Veliye** Alman Anonim Ortaklıklar Hukuku’nda “Küçük Anonim Ortaklıklar ve Anonim Ortaklıklar Hukuku’unun Kuralılaşdırılması Hakkında Kanun” İle Yapılan Değişiklikler, İÜHFM, Prof. Dr. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu’nun Anısına Armağan Sayısı, Yıl : 1998, C. LVI, S. 1-4, s.269-277 (kısaca : “

- Yanlı, Küçük AO).**
- Yanlı Veliye** İnançlı Yönetim Kurulu Üyeleri ve Konzernlerdeki Durumu, Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul, 1998, s. 655-683(kısaca : “**Yanlı,İnançlı YK).**
- Yanlı Veliye** Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklılarına Karşı Sorumlu Kılınması, İstanbul, 2000(kısaca : “**Yanlı,Perdenin Kaldırılması)**
- Yasaman Hamdi** Anonim Ortaklıkların Birleşmesi, Ankara, 1987, (kısaca : “*Yasaman, Birleşme*”).
- Yasaman Hamdi** Menkul Kıymetler Borsası Hukuku, İstanbul,1992 (kısaca, “*Yasaman, Borsa Hukuku*”).
- Yasaman Hamdi** Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulunun Toplantıya Çağırılması ve Toplantı Yetersayısı, Yaklaşım, Yıl : 2002, S. 117, s. 22 vd. (kısaca, “*Yasaman, Yönetim Kurulu*”).
- Yasaman Hamdi/ Altay S. Anlam/ Ayoğlu Tolga/Yusufoğlu Fülürya/ Yüksel Sinan** Marka Hukuku, C. I, C. II, İstanbul, 2004.
- Yavuz Cevdet** Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 4. Bası, İstanbul, 1996.
- Yıldız Şükrü** Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulunun Toplantı Yetersayısı ve Yargıtay Kararları, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, XVIII, 2001, s. 70-104 (kısaca : “*Yıldız, Yetersayılar*”).
- Yıldız Şükrü** Anonim Ortaklıkta Paysahipleri Açısından Eşit İşlem İlkesi, Ankara, 2004 (kısaca : “*Yıldız,Eşit İşlem*”).
- Yılmaz Asuman** Alman Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda Hissedarın Oy Hakkı : Oy Hakkının Teorik Esasları, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl : 2004, Sayı : 5, s. 55-84.

- Yılmaz Lerzan** Die Verantwortlichkeit im Konzern nach schweizerischem türkischem und deutschem Recht, Diss., Bern 1988 (kısaca: *Yılmaz, Verantwortlichkeit*”).
- Yılmaz Lerzan** Çeşitli Hukuk Sistemlerinde Joint Venture Anlaşmalarının Yorumu ve Hukuki Düzenlemeye Kavuşturulması İhtiyacı, Mahmut Belik’e Armağan, İstanbul, 1993, s. 475-491 (kısaca : Yılmaz, Joint Venture Anlaşmaları)
- Yılmaz Lerzan** Türk ve AT Rekabet Hukuku’nda Teşebbüslerin ve Bankaların Birleşme ve Devralınmaları, Şirket Birleşmeleri, İstanbul, 2004, s. 137-169. (kısaca : Yılmaz, Birleşme ve Devralmalar”)
- Yüksel Sinan** Anonim Ortaklıklarda Paysahipleri Sözleşmesi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2003.
- Zacher Thomas** Grundlagen der Gestaltung der Internationalen Joint Ventures, Internationales Steuerrecht, Yıl : 1997, s. 13, s. 408-415.
- Zurkinden Philipp** Gründung von Gemeinschaftsunternehmen in der Schweiz und das neue schweizerische Kartell-gesetz, unter besonderer Berücksichtigung des EG-Wettbewerbsrechts, Basel, Genf, München 1999.

**PROF. DR. HAMDİ YASAMAN (BAŞKAN)**

**PROF. DR. ÖMER TEOMAN (ÜYE)**

**PROF. DR. HALUK BURCUOĞLU(ÜYE)**

**PROF. DR. ERCÜMENT ERDEM (ÜYE)**

**PROF. DR. NAMİ BARLAS (ÜYE)**