

İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİ
1. HUKUK DAİRESİ'NİN 7 TEMMUZ 1995 TARİHLİ KARARI
E. AG ve M. AG'YE KARŞI T. AG (TEMYİZ)*

*Yrd. Doç. Dr. Murat Yusuf AKIN***

Özet

Anonim şirket, esas sermayenin sıfıra indirilmesi ve daha sonra aynı tutara yükseltilmesi yoluyla şirketin müşkülleşmiş mali durumunun ıslahına ilişkin genel kurul kararının iptali (OR Art. 650 f. 2, Art. 700, Art. 706, Art. 725 f. 2, Art. 732).

Şirketin müşkülleşmiş ekonomik durumunun ıslahına ilişkin gündemin genel kurul çağrısında uygun şekilde ilanı (E. 2).

Esas sermayenin tamamının (sıfıra) indirilmesi ile tekrardan aynı tutara yükseltilmesi için ne bir ara bilanço ne de OR Art. 732 f. 2 uyarınca denetim makamından özel bir rapor gerekmesi (E. 3).

Bu karar; hisselerin sayısı, nominal değeri ve çeşitleri değiştirilmedikçe bir esas sözleşme değişikliği gerektirmez. Bu şart, şirketteki tüm pay sahiplerinin sermaye artırımına katılmaması ve bu pay sahiplerinin ortaklığa ilişkin vazgeçilemez hakları ile en az bir oy haklarının baki kalması durumunda da geçerlidir (E. 4).

Maddi Vakıalar

A) E. AG¹ ve M. AG, H. ve G. AG ile birlikte T. AG'nin hissedarıdır. Bu ortaklar, 7 Temmuz 1993 günü 2 Ağustos 1993 günü toplanacak olağan genel kurulun gündeminin de yer aldığı yazılı bir genel kurul toplantı daveti alırlar. Gündemin 8inci maddesi aşağıdaki gibidir:

“Şirketin müşkülleşmiş mali durumunun ıslahına ilişkin görüşme yapılması ve karar alınması;

* BGE 121 III 420-431.

** Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

1 “AG” Almanca anonim şirket anlamına gelen Aktiengesellschaft kelimesinin kısaltmasıdır.

- a) Şirketin yönetim kurulunun ekteki önerisi,
- b) Hissedarların önerileri üzerine görüşme yapılması ve karar alınması (örn. daha önce bir sermaye azaltımı yapılmaksızın veya yapılmak suretiyle bir sermaye artırımı vs.).”

Zikrolunan ekte o esnada H. ve K.'dan müteşekkil olan yönetim kurulu, hissedarlara katılım paylarının sıfıra indirilmesi yoluyla hissedarların hisselerine oranla toplamda 200.000 Frank'lık bir ödeme ile şirketin müşkülleşmiş olan mali durumunu ıslah etmeyi önermiştir. H.'nin hisse oranı %22,44 (101 adet hisse), G. ve M. AG'nin her birinin hisse oranı %31,11 (her biri 140 adet hisse) ve E. AG'nin hisse oranı %15,34 (69 adet hisse) idi. Bu öneriyi reddeden hissedarlardan “genel kurulda ne yapılması gerektiğine ilişkin olarak tüm diğer önerilerini yazılı olarak yönetim kuruluna iletmele-ri” talep olunmuştur.

Açıldığı esnada tüm hissedarların huzuruyla 2 Ağustos 1993 günü toplanan olağan genel kurulda, gündemin 8a maddesinde yer alan yönetim kurulunun şirketin müşkülleşmiş mali durumunun ıslahına ilişkin önerisi oybirliği sağlanamadığı gerekçesiyle reddolunmuştur. Akabinde M. AG'nin hukuki temsilcisi müvekkilinin görüşü doğrultusunda yeterli açıklıkta olmadığını düşündükleri gündemin 8b maddesine ilişkin muhalefet şerhini (genel kurul zaptına) dercetmiştir. Bunu takiben hissedar H. bu gündem maddesi çerçevesinde sermayenin tamamını teşkil eden 135.000 Frank'ın, bunu temsil eden her biri 300 Frank değerindeki 450 adet nama yazılı hisse senedinin imha edilmesi yoluyla sıfıra indirilmesi ve bunu müteakiben 450 adet aynı nominal değerde (300 Frank) tamamı ödenmiş nama yazılı senet ihracı yoluyla sermayenin tekrardan 135.000 Frank'a yükseltilmesine ilişkin öneriyi getirmiştir. Bunun üzerine E.'nin temsilcisi toplantıyı terk etmiştir. Daha sonra H.'nin önerisi 241 olumluya karşı 140 olumsuz oy ile kabul görmüştür.

T. AG'nin yönetim kurulu 9 Ağustos 1993 tarihli yazısı ile 2 Ağustos 1993 tarihinde genel kurulun almış olduğu karar doğrultusunda tüm hissedarlardan ellerindeki hisse senetlerini imha edilmek üzere 20 Ağustos 1993 gününe dek ulaştırılması gerektiğini bildirmiştir. Senkronize bir biçimde yönetim kurulu aynı tarihe kadar hissedarlara eskileri ile aynı nominal değeri haiz 300 Frank'lık yeni hisseleri taahhüt etmeleri için imkan tanımıştır. Bunun üzerine E. AG ve M. AG genel kurul kararının geçerli olmadığı gerekçesi ile ellerindeki hisselerin imha olunmak üzere tesliminden kaçınmışlardır.

24 Eylül 1993 tarihinde E. AG ve M. AG genel kurul kararının iptali talebi ile Zürih Kantonu Ticaret Mahkemesi'nde T. AG'ye karşı bir dava açmışlardır.

31 Mart 1994 tarihli kararı ile Zürih Kantonu Ticaret Mahkemesi davayı kabul etmiş ve davalının 2 Ağustos 1993 tarihli sermaye artırımına ilişkin genel kurul kararının iptaline hükmetmiştir.

Davalı bu kararı temyiz etmiş ve Federal Mahkeme kararı aşağıdaki mülahazalarla bozmuştur:

I. Sebep

1. Temyize cevap dilekçesi ile temyiz prosedürünün davalısı, temyiz prosedürünün davacısına kendisinin karşı temyiz isteğini ve değişiklik taleplerini sunabilir (OG Art. 59 f. 2).

Her ne kadar davalılar mahkemeye teslim ettikleri dilekçelerini temyize cevap dilekçesi olarak nitelendirse de 2 Ağustos 1993 tarihli genel kurul kararının sermayenin sıfıra indirilmesi sebebiyle iptaline ilişkin talepte bulunmaları ve temyiz davasının kabulü halindeyse yeni hisse taahhüt edip ödemedikleri halde ortaklık haklarının sona ermediğinin tespitine ilişkin talepleri, iptal olunan kararın onanması talebini aşan bir karakterdedir. Bu şartlar altında verilen dilekçenin sadece temyize cevap değil aynı zamanda karşı ek temyiz olarak değerlendirilmesi gerekecektir. Amaca uygunluk sebebiyle öncelikle karşı ek temyiz talebi incelenecek olup, bu sayede genel kurul kararlarının geçerliliğine karşı Ticaret Mahkemesi'nin yeterli bir gerekçe olarak görmediği itirazlar değerlendirilecektir.

II. Sebep

2. Davalılar Federal Mahkeme'deki savunmalarında 2 Ağustos 1993 tarihli genel kurulda alınan kararların H. tarafından toplantı esnasında getirilen önerinin 7 Temmuz 1993 tarihli yazılı olarak hissedarlara gönderilen çağrıda usulüne uygun bir şekilde yer almadığı gerekçesiyle OR Art. 700 hükmüne aykırı olduğu itirazında ısrar etmişlerdir.

a) Genel kurulun toplantıya çağrılması durumunda, kanun hükmü geçince görüşülecek hususlar ile yönetim kurulunun ve bir genel kurul yapılmasını veya gündeme madde eklenmesini isteyen hissedarların önerilerinin de ilan edilmesi gerekir (OR Art. 700 f. 2). Usulüne uygun olarak ilan olunmamış gündem maddeleri üzerinde burada zikrolunmayan istinalar saklı kalmak kaydıyla karar alınamaz (f. 3). Gündem maddelerine ilişkin olarak yapılan öneriler için önceden bir ilan yapılması gerekmez (f. 4).

Sadece gündem maddelerinin değil önerilerin de ilan edileceğine ilişkin hüküm 4 Ekim 1991 tarihli anonim şirketlere ilişkin revizyondan sonra kanuna dahil edilmiştir (1 Temmuz 1992 tarihinden beri yürürlüktedir, AS 1992 733/786). Kanun maddesinin lafzına göre, genel kurulu toplantıya çağıran veya çağırılan kişilerin önerilerinin de ilan edilmesi gerekir ki, OR Art.

700 maddesi ile usulüne uygun bir şekilde ilan olunan önerilere ilişkin başka öneriler getirilmesi veya bunların değiştirilmesi hususu açıklığa kavuşturulmuştur. Federal Meclis'in 23 Şubat 1983 tarihli Gerekçe'sinde (bundan sonra Gerekçe) bu konudaki açıklamalarda anılan hakkın, yönetim kurulu ve çağrıda bulunan hissedarlar için de geçerli olduğu, zira bilgi alma hakkının serbestçe tartışma hakkı ve esnekliğe ilişkin düzenlemelerle ancak bu sayede uyum halinde olabileceği belirtilmiştir (BBl 1983 II 915). Gündeme ilişkin maddelerin içeriğinin ortalama bilgideki bir hissedar için açıkça anlaşılabilir olması prensibi ise eskiden olduğu gibi halen geçerlidir (BGE 103 II 141 E. a. S. diğer atıflarla BÖCKLI, Das neue Aktienrecht, S. 353 Rz. 1286).

c) 2 Ağustos 1993 tarihli genel kurul çağrısının 8inci maddesinde "(Şirketin) Müşkülleşmiş Ekonomik Durumunun İslahına İlişkin Tedbirlerin Tartışılması ve Karar Alma" hususu yer almaktaydı ki, buna ilişkin olarak yönetim kurulunun (a) bendi çerçevesinde katılım paylarının sıfıra indirilmesiyle şirketin müşkülleşmiş mali durumunun ıslahını yürürlüğe koyma fikri yukarıda kararın maddi vakıalara ilişkin kısımda açıklanmıştır. 8inci maddenin (b) bendinde ise "Hissedarların önerileri üzerine görüşme yapılması ve karar alınması (örn. daha önce bir sermaye azaltımı yapılmaksızın veya yapılmak suretiyle bir sermaye artırımı vs.)" öngörülmüştü. Bu sayede başkaca tedbirlerin de alınabileceği ve yönetim kurulunun önerisinin reddi halinde dahi şirketin müşkülleşmiş mali durumunun ıslahından vazgeçilmesi gerekmediği yeterince anlaşılır ve açık bir şekilde duyurulmuş olacaktır. Hissedar H.'nin hali hazırdaki hisse senetlerinin değerinin sıfıra indirilmesi ve akabinde aynı miktara yükseltilmesi yönündeki önerisi üzerine alınan karar, ortalama bilgiye sahip bir hissedar için şirketin müşkülleşmiş mali durumunun ıslahına yönelik olarak alınması mümkün tedbirler arasında görülmek lazım gelir. Zira şirketin müşkülleşmiş mali durumunun ıslahına yönelik olarak alınacak tedbirler arasında şirketin tekrardan finansal olarak sağlıklı bir yapıya kavuşması amacıyla esas sermayenin azaltılması ve yeniden aynı miktara artırılması yöntemi de yer almaktadır (KÜNG, in Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Basel, N. 7 Vorbemerkung zu Art. 732-735 OR). Bu bağlamda ilk derece mahkemesinin kararında OR Art. 700 düzenlemesine aykırı bir hüküm tesis ettiği isnadında bulunulamaz. Aksine, ilk derece mahkemesi anılan düzenlemeyi, gündemin 8inci maddesini bir bütün şeklinde ele alarak ve iptal olunan kararda sayılan tedbirlerin müşkülleşmiş mali durumun ıslahında gündeme geleceği ve bir hissedarın da müşkülleşmiş mali durumun ıslahına ilişkin tedbirlerin ilan olunması sebebiyle bu duruma yeterince hazırlıklı olacağı şeklindeki kararıyla doğru bir biçimde yorumlamıştır.

Buna mukabil davacıların getirdikleri iddialar ikna edici olmaktan uzaktır. Nitekim yönetim kurulunun önerilerini genel kurula ilişkin çağrıya

eklemesi, daha sonra bunlarda bir değişiklik yapması veya genel kurulda hissedarlardan gelecek yeni önerileri tartışmaya sunması hususundaki yükümlülüğünü sona erdirmiş olmaz. Ayrıca OR Art. 725 f. 1 bağlamında bir sermaye kaybının oluşması durumunda şirketin kurtarılmasına ilişkin gerekli tedbirlerin karar alınmaya müsait bir şekilde genel kurula sunulması da yönetim kurulunun görevleri arasındadır (krşl. BÖCKLI, a.a.O, S. 457 Rz. 1686). Ancak buradan genel kurulun başkaca tedbirler alamayacağı yönünde bir çıkarım yapılması mümkün değildir.

III. Sebep

3. Davacıların görüşü mucibince aşırı borçlanma sebebiyle öncelikle bir ara bilanço (OR Art. 725 f. 2) ve sermayenin azaltımı kararı alınmadan önce OR Art. 732 f. 2 hükmü uyarınca bir denetçi raporu tanzim edilmeliydi. Davacılar genel kurul kararının geçersizliğini bunun eksikliğine bağlamaktadırlar. Davacılar ilk derece mahkemesinin kendilerinin bu hususta getirdikleri iddiaları haksız olarak dikkate almadığı kanaatindedirler.

a) Yönetim kurulunun şirketin aşırı bir borçlanma içerisinde olduğu yönünde makul bir endişesi olması durumunda, OR Art. 725 f. 2 yönetim kurulunu bir ara bilanço tanzim etmek ve bunu denetim makamına sunmakla mükellef kılmıştır. Bu düzenleme alacaklıların korunması amacına hizmet eder ve kamunun ve gelecekteki kreditorlerin menfaati icabından da olmak üzere hakime aşırı borçlanma durumunda kanunen bildirimde bulunmanın ön şartını teşkil eder. Buna mukabil birinci fıkra hissedarların korunması maksadıyla, yönetim kurulunun sermayenin ve son yıllık bilançoya göre kanuni yedek akçelerin yarısının kaybı durumunda genel kurulu toplantıya çağırması zorunluluğunu öngörmektedir. Buna göre genel kurul henüz aşırı bir borçlanma ortaya çıkmadan, tasfiye, müşkülleşmiş mali durumun ıslahı veya buna gerek olmaksızın şirketin devamı hususlarından birisine karar vermek zorundadır (Gerekçe, BBl 1983 II 926 f.; BÖCKLI, a.a.O., S. 455 Rz. 1678; WÜSTINER, in Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Basel, N. 3 zu Art. 725 OR). Görüldüğü üzere, şirketin müşkülleşmiş mali durumunun ıslahının görüşüleceği genel kurula yön göstermek maksadıyla bir ara bilanço hazırlanması kanuni düzenleme çerçevesinde gerekli değildir. Ancak bu husus, yönetim kurulunun bilgi alma hakkının kullanılması çerçevesinde hissedarlara güncel durum hakkında bilgi vermesine engel değildir (OR Art. 697). Davacıların iddiasına göre kendilerine yönetim kurulu tarafından hazırlanmış bir ara bilanço verilmesinden imtina olunmuştur. Ancak davacılar 2 Ağustos 1993 tarihli toplantıda OR Art. 697'ye istinaden bilgi talep ettiklerini ve bunu alamadıklarını ileri sürmüş değillerdir. Bunun ötesinde davacılar ilk derece yargılamasında da anılan hususa ilişkin iddialarını usul hukuku kurallarına uygun olarak geçerli bir şekilde gündeme getirdiklerine yönelik bir belge de sunmuş değillerdir. Davacılar yönetim

kurulunun onlara kendiliğinden bir ara bilanço vermek zorunda olduğu ithamıyla kendilerini bağlamışlardır ve bu çerçevede OR Art. 725'e ilişkin bir ihlali eleştirmektedirler. İlk derece mahkemesi bunu haklı olarak dikkate almamıştır. Anılan madde yıllık bilançoya göre sermayenin ve yasal yedeklerin yarısının karşılıksız kalması durumunda yönetim kurulunu genel kurul toplantıya çağırarak vazifelendirmiştir. Ancak davacıların görüşünün aksine, kanun, şirketin müşkülleşmiş mali durumunun ıslahının görüşüleceği toplantıda yönetim kurulunun bir ara bilanço hazırlaması gerektiğini öngörmemiştir.

b) Sermayenin OR Art. 732 f. 2'ye göre azaltımı kararının alınması, ancak denetim makamının şirket alacaklılarının tanzile rağmen alacaklarının tam olarak karşılandığını tespit eden özel bir rapor tanzimi ile mümkündür. Denetim makamının özel raporu genel kurulun, sermayenin azaltımına ilişkin kararı alması için gereken bir önşarttır. Bu rapor, sermayenin azaltımına ilişkin düzenlemelerin genel amacına uygun olarak alacaklıların korunmasını etkin bir şekilde temin etmeye yöneliktir (BÜRGI, Zürcher Kommentar, N. 15 zu Art. 732 aOR; KÜNG, a.a.O. N. 2 Vorbemerkungen zu Art. 732-735 OR sowie N. 5 zu Art. 732 OR). Bu sebeple denetim makamının özkaynakları eksiye geçmiş bir bilançonun ortaya çıkmasının engellenmesi bakımından basit sermaye tanzilinde de vazgeçilmezdir (BGE 76 I 162; BÜRGI, Zürcher Kommentar, N. 17 zu Art. 732 aOR). Buna mukabil denetim makamının özel raporu, OR Art. 732 f. 1'in aynı maddenin 2nci fıkrasına yaptığı yollamadan da anlaşılacağı üzere sermayenin yeniden ve tam olarak ödenecek şekilde tekrardan aynı tutara yükseltilmesi durumunda yasal bir zorunluluk değildir (FORSTMOSER, Schweizerisches Aktienrecht, Band I/Lieferung 1, S. 623 Rz. 484 f.). Bu halde alacaklıların herhangi bir menfaatinden bahsedilmesi söz konusu değildir. İlk derece mahkemesi iptali dava edilen genel kurul kararını denetim makamının özel raporunun eksiliğine bağlamamış olmakla (yukarıda anılan) yasal düzenlemelerin anlam ve amacını, davacıların eleştirilerine karşın, görmezden gelmiş değildir.

IV. Sebep

İlk derece, OR Art. 650 f. 2. b. 2 hükmüne istinaden 2 Ağustos 1993 tarihli genel kurulda alınan artırımı kararının iptaline hükmetmiştir. Zira mahkemeye göre sermayenin azaltımı ile tekrardan aynı tutara artırımı, hukuki güvenlik ve şeffaflık sebepleriyle, artırıma katılmak istemeyen ortakların ortaklıktaki haklarına ilişkin açık ve belirgin bir genel kurul kararı gerektirmektedir. Davalı temyizde, mahkemenin bu kanaatini federal yasaya aykırı olması sebebiyle takbih etmiştir. Davalının görüşü çerçevesinde OR Art. 692 f. 2'ye göre, bir hisse kategorisi oluşturmamış olan hissedarların genel kurul tarafından bu yönde bir karar alınmamış olması durumunda bir tek oy kalacaktır.

a) Şirketin müşkülleşmiş mali durumunun ıslahı çerçevesinde hisse senetlerinin nominal değerleri yasanın tespit ettiği asgari tutar olan 10 Frank'ın altına indirilebilir (OR Art. 622 f. 4). Devamla ifade olunabilir ki, hisse senetlerinin tamamen amortize edilmesi de mümkündür (BGE 86 II 78 E. 3c S. 82; FORSTMOSER, a.a.O. S. 609 f. N. 424). Amortizasyon ya hisse senetlerinin imha edilmesi ile ya da nominal değerlerinin sıfıra indirilmesiyle gerçekleştirilebilir (KÜNG, a.a.O., N. 13 Vorbemerkungen zu Art. 732-735). Ancak her iki halde de gerek sermayenin tenzilinde ve gerekse tezyidinde önşart hissedarlar arasında ve hissedarlarla şirket arasındaki ilişkilerde genel hukuk prensiplerine uygun davranılmasıdır. Bu bağlamda ön planda eşit işlem ilkesi ve hissedarların vazgeçilemez haklarının temini bulunmaktadır. Eski anonim şirketler hukuku bu sorunu her bir hissedarın onayı olmaksızın ellerinden alınamayan müktesep hakların korunması başlığı altında düzenlemekteydi (aOR Art. 646 f. 1). Bunlar arasında bilhassa pay sahipliği ve oy hakkı da bulunmaktadır (aOR Art. 646 f. 3). Revizyon sonrasındaki anonim şirketler hukukunda müktesep hak kavramı artık kullanılmamaktadır. Federal Meclis'in Gerekçesi'nde (a.a.O., S. 821) bunun sebebi olarak, aOR Art. 646 f. 3 yer alan yasal tanımın ve örnekleme yoluyla yapılan sayımın gelişen içtihat ve doktrin tarafından eksikliklerinin ortaya konulmuş olması gösterilmektedir. Bu sebeple, doktrinde kısmen taraftar toplamış olan hissedarların mutlak ve nisbi müktesep haklarına ilişkin tefrik de yeni yasaya alınmamıştır (bu konuda WALTER RENE SCHLUEP, Die wohlerworbenen Rechte des Aktionärs und ihr Schutz nach schweizerischem Recht, Diss. St. Gallen 1955, S. 18 f., S. 20 f., S. 30 ff., S. 415 f.). Evleviyetle tefrike ölçü olarak alınması gereken husus, belirli hissedar haklarına genel kurulun kanunda hukuki sonuçları yer almış müdahalesi olmalıdır (Gerekçe, a.a.O., S. 822; krşl. OR Art. 706 ve 706b). Nitekim anonim şirketler hukukunda yapılmış olan revizyon sonrasında da vazgeçilemez hakların varlığını korumaya devam edeceği hususu, genel kurul tarafından hissedarların haklarının sınırlandırılması veya ellerinden alınması durumunda yol gösterici olacaktır (krşl. örn. OR Art. 706b bent 1'de sayılmış haklar). Yeni anonim şirketler hukukuna göre bunlara ortaklık ve en az bir oy sahibi olma hakkı da dahildir (BÖCKLI, a.a.O., S. 527 Rz. 1936; eski hukuk ile krşl. SCHLUEP, a.a.O., S. 97 vd. ve S. 133 vd.). Bu haklar, şirketin müşkülleşmiş mali durumu sebebiyle yapılacak bir külli amortisman yoluyla sermaye artışına katılmayacak olan hissedarların elinden iradeleri hilafına alınmaz.

b) Davahlar haklı olarak eşit işlem ilkesinin gerek sermaye tenzilinde gerekse tezyidinde dikkate alınması hususunu sorgulamamışlardır. Varolan sermayenin sıfıra indirilmesi esnasında tüm hisse senetleri amortize edilmiştir, diğer bir deyimle tüm hissedarlar bundan etkilenmişlerdir. Benzeri şekilde tüm hissedarlara sermayenin eski tutara yükseltilmesi sırasında ye-