



TAAD

TÜRKİYE ADALET AKADEMİSİ DERGİSİ

“Adalet İçin Bilgi”

16

YIL:5, SAYI:16, Ocak 2014

www.taayayinlari.gov.tr

www.taa.gov.tr

ISSN: 1309-6826

ANONİM ŞİRKETİN AZLIK TARAFINDAN FESHİNE İLİŞKİN DAVA İLE İLGİLİ İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİ KARARLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

*Assesment of Swiss Federal Court's Decision About
Minority's Termination Right in Joint Stock*

Eser RÜZGÂR *

ÖZET

Yönetimde çoğunluk ilkesinin hâkim olduğu anonim ortaklıklarda, çoğunluk ile azınlık arasındaki menfaat çatışmalarını önlemek amacı ile azınlığa bir takım haklar tanınmıştır. Bu haklardan biri de azlığa anonim şirketin feshine ilişkin haklı nedenle fesih hakkı veren bir dava ikame hakkıdır. Anonim şirketin haklı neden feshine ilişkin olarak açılan davanın temeli çoğunluğun, ortaklıktaki hâkimiyetini devamlı şekilde kötüye kullanılması ve bunun neticesinde ortaklığın çekilmez hale gelmesine dayanır. Anonim şirketler açısından azlığın haklı nedenle fesih davası, 6102 sayılı TTK ile ilk olarak Türk Hukukunda normatif bir düzenlemeye kavuşmuştur.

Şirket çoğunluğunun sürekli azlığı –tabiri caizse- zapturapt altında tutma çabaları, bu hükümle bir ölçüde engellenmiştir. Şirketin sürekli kötü yönetimi, şirketin belirli bir ivme ile zarar etmesi ve bir süre sonra şirketin iflasın eşiğine gelecek olması, aile şirketlerinde, aile içi kavgaların veya bazı aile bireylerinin aileden dışlanması, şirketin uzun yıllar kar etmemesi veya/ve kar dağıtmaması (kronik karsızlık), Yönetim Kulunun uzun yıllar huzur hakkı almaması ve şirketin amacını yerine getiremez durumda olması ve/veya uzun süre de durumun böyle devam edeceğinin anlaşılmasının haklı neden olarak kabul edilmesi gerekir.

Anılan düzenleme, İsviçre Borçlar Kanunun 736. maddesinden iktibas edilmiştir. Bu incelemede, azlık kavramı, fesih davasının genel yapısı, fesih için haklı nedenler, uygulamada yaşanan sıkıntılar ve bunlara ilişkin çözüm önerilerimiz İsviçre Federal Mahkemesi Kararları ve doktrindeki fikirler çerçevesinde tartışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Anonim Şirket, Azlık, Fesih, Haklı Neden, İsviçre.

ABSTRACT

In joint stock companies that operate on the principle of majority of votes there are certain rights granted to minority partners in order to prevent conflicts of interest between majority and minority owners. One of these rights granted to the minority partners is the right to file a lawsuit in favor of dissolving the joint stock company on rightful grounds. The lawsuit filed in favor of the dissolution of the company on rightful grounds is based on the premise that the majority partners are abusing their authority over the company

* Avukat (İstanbul Barosu), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilimdalı Doktora Öğrencisi, İletişim: eser.ruzgar@dktr-legal.com

and coincidentally the partnership has become unbearable for the minority. The lawsuit of dissolution in joint stock companies is regulated on a normative basis in article 6102 of Turkish Code of Commerce.

The pursuit of keeping the minority partner under constant pressure by the majority partner is to some extent hindered by this provision of the Turkish Code of Commerce. Constant mismanagement of the firm, continued financial losses reported by the company that would eventually result in bankruptcy, family feuds or the marginalization of some family members from the family, the failure of the company to record profits or pay dividends (chronic lack of profits), avoidance to pay the board members an honorarium payment, the inability of the company to fulfill its goals and/or the realization that the inability has become permanent qualify for just causes for dissolution.

The mentioned arrangement has been extracted from Switzerland Code of Obligations' article 736. In this compendium, the notion of minority, the litigation process of the dissolution lawsuit, rightful grounds for dissolution, bottlenecks in practice and proposed solutions for these will be discussed within the framework of Switzerland Federal Court Rulings and ideas in legal doctrine.

Keywords: Joint Stock Company, Minority, Dissolution, Rightful Grounds, Switzerland



GİRİŞ

Anonim şirketler açısından azlığın haklı nedenle feshi davası, 6102 sayılı TTK ile ilk olarak Türk Hukukundanormatif bir düzenlemeye kavuşmuştur. Anılan düzenleme, İsviçre Borçlar Kanunun 736. maddesinden iktibas edilmiştir. Bu nedenle İsviçre Hukuku doktrini ve İsviçre Federal Mahkemesi Kararları, Türk Hukukuna yol gösterici olacaktır. İncelememiz temel olarak İsviçre Federal Mahkemesinin anonim şirketlerin feshi için açtığı davalarda vermiş olduğu bazı kararların incelenmesi oluşturmaktadır. Bunun yanında, konu ile ilgili temel bilgiler ve uygulamada tereddüt yaratan hususlara da yeri geldiğinde değinilecektir.

I. GENEL OLARAK AZLIK KAVRAMI

Yönetimde çoğunluk ilkesinin hâkim olduğu anonim ortaklıklarda, çoğunluk ile azınlık arasındaki menfaat çatışmalarını önlemek amacı ile azınlığa bir takım haklar tanınmıştır. Kara Avrupa'sında koruyucu haklar¹ olarak bilinen bu haklar, ortaksal demokrasiyi²sağlamak ve doğması muhtemel sorunları önlemeyi amaçlayan araştırmaların ürünüdür. Doktrinde, azınlık teriminin dar ve geniş

¹ **TEKİNALP Ünal**, Otuz Yıllık Uygulamanın Işığında Azınlık Hakları Sistemi Ve Uygulamasının Değerlendirilmesi, Türk Ticaret Kanunun 30. Yıl Semineri -İstanbul Sanayi Odası, İstanbul 1988, s. 231.

² **POROY Reha(TEKİNALP Ünal/ÇAMOĞLU Ersin)**, Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku, İstanbul, 2000, N. 750.

olmak üzere iki anlamı bulunmaktadır. Dar anlamda, kapalı anonim ortaklıklarda; esas sermayenin onda birini, halka açık anonim ortaklıklarda; ödenmiş sermayenin en az yirmide birini temsil eden ortaklar olarak tanımlanırlar. Geniş anlamda ise, ortaklığın iradesinin oluşmasında rol almayan ancak çoğunluğun aldığı karar ile bağlı olan ortakları ifade eder.

Türk Hukukunda azlık hakları, yukarıda da belirtildiği üzere, ortaklık sermayesinin belirli bir oranını temsil eden ortaklara tanınmış haklardır. Bu oran TTK m. 441 uyarınca, esas sermayenin en az %10'unu ve SPKn.'a tabi halka açık anonim ortaklıklarda ödenmiş sermayenin %5'sini temsil eder. Doktrinde baskın görüşe göre³ bu oranlar azlık aleyhine arttırılamaz ancak azlık lehine azaltılabilir. Bu görüşe katılmayan İmregün⁴, TTK m. 366 istisnası dışında kanunen belirtilmiş karar yetersayılarının ağırlaştırılamayacağı gibi azlık lehine hafifletilemeyeceğini savunmaktadır. Kanaatimizce azlığı korumak amacı ile getirilmiş bu düzenlemenin amacına uygun olarak, esas sermayeyi temsil eden oran azaltılabilir.

II. AZLIĞA FESİH DAVASI İKAME ETME HAKKI TANINMASI ALTINDA YATAN TEMEL FİKİR

Anonim şirketin haklı nedenle feshine ilişkin olarak açılan davanın temelinde, şirket çoğunluğunun şirketteki hâkimiyetini devamlı şekilde kötüye kullanılması ve bunun ortaklığın devamını çekilmez kılması vakıası vardır. Bu vakıalar aynı zamanda Anonim Şirketlere hakim olan eşit işlem ilkesine de aykırıdır.⁵ Çoğunluk gücünün şirket içinde azlığın hareket alanını tamamen yok edecek boyuta ulaşması halinde (örneğin azlık haklarının kullanılmasının fayda vermeyeceğinin veya şirketin son yıllardaki bilançolarından iflas edeceğinin anlaşılması gibi) artık şirket sözleşmesinde belirlenen ortak amaca (*affectio societatis*) ulaşılması imkânsız hale gelir.

Şirketi kuran esas sözleşmenin sürekli borç doğuran bir sözleşme olduğu ve devamı çekilmez hale gelen sürekli borç doğurucu sözleşmelerin taraflara sözleşmenin feshi hakkını verdiği göz önünden kaçırılmamalıdır. Şu kadar ki,

³ **TEKİNALP Ünal (POROY Reha/ÇAMOĞLU Ersin)**, Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku, İstanbul, 2000, N. 872, **HELVACI Mehmet**, Anonim Ortaklıkta Ticaret Kanunundan Kaynaklanan Azınlık Haklarının Hukuki Niteliği ve Tanımı, Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul 1998, s. 302, **DOMANIÇ Hayri**, Türk Ticaret Kanunu Şerhi Cilt II, Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, İstanbul 1988, s. 814.

⁴ **İMREGÜN Oğuz**, Anonim Şirketlerde Pay Sahipleri Arasında Umumi Heyet Kararlarından Doğan Menfaat İhtilafları Ve Bunları Telif Çareleri, İstanbul 1962, s. 82, Bazı yazarlar bu durumu şüphe ile karşılamışlardır. Bkz: **POROY Reha (TEKİNALP Ünal/ÇAMOĞLU Ersin)**, N. 753.

⁵ Eşit işlem ilkesi hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: **KARAHAN Sami/COŞGUN Özlem Karaman**, Şirketler Hukuku, Konya, 2012, s. 342 vd.

anonim ortaklığın sermaye unsuruna dayanması, BK'da süreli borç doğurucu sözleşmelere uygulanan haklı sebeple fesih hükümlerinin örnekseme yolu ile anonim ortaklığa uygulanmasını imkansız hale getirmiştir. Çünkü, BK'da düzenlenen haller ancak kişi unsurunun önemli olduğu sürekli borç ilişkilerinde uygulanabilir. Esas itibarıyla birbiri ile uyuşmayan anonim ortaklık ve BK'da öngörülen ilişkiler yönünden örnekseme olanağı kalmamaktadır⁶. Bu nedenle tasarıda isabetli olarak azlığın bu hakkı açıkça korumaya alınmıştır. Anonim şirketi esas sözleşmesinin haklı nedenle sona erdirilmesine ilişkin özel bir düzenleme yapıldığı söylenebilir.

Azlığa şirketin feshini dava etme gibi ciddi bir hak tanınmasının altında yatan bir diğer sebep, eTTK döneminde azınlık/azlık haklarının etkin olarak korunamamasıdır.⁷ Azlık hakkının etkin olarak korunması önündeki en önemli engellerden bir tanesi eTTK'da öngörülen teminat verme ve dava masraflarını depo etme şartıydı. Yürürlükteki TTK ile bu şartın kaldırılarak, azlık haklarının kullanılması için uygun bir zemin yaratılmıştır.⁸ Nitekim inceleme konumuzu oluşturan fesih davası ikame edilmesi için TTK m. 531'de zikredilen iki şartın yerine getirilmesi gerekli ve yeterlidir. Bunlardan biri, davacının azınlık pay sahibi olması; diğeri ise ortada fesih için haklı bir nedenin bulunmasıdır.

III. İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİNİN VERDİĞİ KARARLARDAN BAZILARI

TTK'ya alınan İsviçre Borçlar Kanunun 736. maddesine dayanılarak verilen birçok İsviçre Federal Mahkeme kararı bulunmaktadır. Biz, incelememizde fesih davasında haklı neden kavramını ortaya koyabilmek için bazı kararları ele alacağız. Kararların geneline baktığımızda Federal Mahkemenin bazı vakıları haklı sebep olarak benimsediğini görüyoruz. Bunlar:

- Şirketin sürekli kötü yönetimi,

⁶ **MOROĞLU Erdoğan**, Anonim Ortaklıkta Azınlık Pay Sahiplerinin Korunması Ve Haklı Nedenle Fesih, Makaleler I, İstanbul, 2001, s. 93.

⁷ **RÜZGAR Eser**, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Yeni Türk Ticaret Kanununda Azınlık Hakları, sayı 73-74, 2010, sayfa 83-98.

⁸ Her ne kadar çoğunluğun azınlığa tahakkümünden bahsedilse de, günümüzde azınlığın kanun kendine tanınmış azlık haklarını kullanarak, çoğunluğun haklarını kullanmasına engel olduğu yönünde görüşler ortaya çıkmıştır. Azlığın kendine tanınmış hakları ortaklık faaliyetlerine engel olmak amacıyla kullanıldığı iddiası, MK m. 2 uyarınca hakkın kötüye kullanılması yasağı ışığında denetime tabi tutulmaktadır. Nitekim *Helvacı* azınlık haklarını: "..., hakkın kötüye kullanılması denetimine tabi talep haklarıdır." şeklinde tanımlamıştır. (**HELVACI**, s.299; **AYDIN Alihan**, Anonim Ortaklıkta Çoğunluk Pay Sahiplerinin Azınlığa Karşı Korunması, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2001, s. 29 vd.).

- Şirketin belirli bir ivme ile zarar etmesi ve bir süre sonra şirketin iflasın eşiğine gelecek olması,
- Aile şirketlerinde, aile içi kavgaların veya bazı aile bireylerinin aileden dışlanması,
- Şirketin uzun yıllar kar etmemesi veya/ve kar dağıtmaması (kronik karsızlık),
- Yönetim Kulunun uzun yıllar huzur hakkı almaması,
- Şirketin amacını yerine getiremez durumda olması ve/veya uzun süre de durumun böyle devam edeceğinin anlaşılması olarak sıralanabilir.
- Doktrine ve uygulamaya ışık tutması açısından İsviçre Federal Mahkemesinin verdiği kararlar aynen tercüme edilerek, aktarılmıştır. Karar ile ilgili yorumlar da aynı başlık altında yapılmıştır.

A. 6. Becker aleyhinde Villamont S.A Gayrimenkul şirketi davasında 1.Hukuk Mahkemesinin 17 Ocak 1958 tarihli kararı⁹

1. Karar

Federal Mahkeme

Konu: Bir Anonim Şirketin feshi davası, Borçlar Kanununun 736. maddesinin 4. bölümü

* İstinat ettiği suiistimaller nedeniyle genel kurul kararlarının iptal davası (BK 706.md), BK'nun 754. ve 755. maddelerine göre zarar-ziyan davası aracılığı ile ortadan kaldırılabildiği zaman dava kabul edilemez (1. Mütalaa)

** Haklı gerekçeler (mütalaa 2)

** A- Villamont gayrimenkul şirketi her biri 500 Fr değerinde 200 hisseye bölünmüş 100.000 Fr sermayeli bir anonim şirkettir. Kuruluşu sırasındaki amacı Neuchatel'de kiraya verilen bir evin satın alınmasıydı.

1948 Şubat ayına kadar Hisselerin tamamı dul Bayan Adele Zumbach'a aitti. O sırada, yani Bayan Zumbach'ın vefatından sonra, hisseler eşit paylar halinde dört çocuğu arasında paylaştırıldı, bunlardan doğumdaki soyadı Zumbach olan Bayan Aimée Becker elli hisseyi hala elinde bulundurmaktadır. Diğer yüz elli hisse "Lugano'da Carlo Caimi isminde bir kişinin eline geçmiştir, bu kişi de hisseleri daha sonra oğlu Pio Caimi'ye ve damadı Ermano Pianta'ya devrettiği sanılmaktadır. Devir alan bu kişiler beraberce sahip oldukları yüz elli hisseyi elinde bulunduran kişiler olarak genel kurullarda hazır bulunmuşlardır.

⁹ ATF 84 II 44, (Swisslex veri tabanından alınmıştır. 17.06.2013).

1950’de yönetim kurulu Bay Pozzi, Bellasi, Pio Caimi ve Bayan Becker’in temsilcisi addedilen Bern’li avukat Zumstein’den meydana gelmişti. 1954’de, yönetim kurulu Pio Caimi, Pianta ve Avukat Zumstein’den meydana geliyordu. Avukat Zumstein 5 Aralık 1955 tarihli mektupla istifasını verdi. 1950’ye kadar, bina noter Baillod tarafından yönetiliyordu, onun vefatı ile yerine Neuchatel’de noter H-jean_Paul Bourquin geldi. Bu kişi şirketin hesaplarını ve yönetim kurulunun raporlarını hazırlıyordu.

27 Aralık 1954’de, şirket binayı satabilecek şekilde amacını değiştirdi. Nitekim bina şirket merkezi Lugano’da bulunan Asteria anonim şirketine aynı ayın 30’unda satıldı, satış fiyatı 560.000 Fr idi, bunun 455.802,50’si ödenmiş, ipotek alınmış ve bakiyesi en geç 15 Şubat 1955’de ödenecekti.

**** B-** 16 Ocak 1956 tarihli talep ile, Bayan Becker Tessin’li yöneticilerin şirketi yönetme tarzlarından şikayet ederek şirketi kendi menfaatleri yönünde sürdürdüklerini iddia ederek şikayetçi oldu, Villamont şirketine mahkemeden celp göndererek Neuchatel Cumhuriyeti ve Kantonu mahkemesinde dava açtı, talepleri şöyle sıralanabilir :

- 1) Şirketin feshedilmesine karar verilmesi,
- 2) Şirketin feshinin emredilmesi ve tarafsız bir tasfiye memurunun tayin edilmesi,
- 3) Davalı şirketin yargı masraflarını ve harçlarını ödemeye mahkûm edilmesi.

Davacı kadın iddialarına destek olarak, “Caimi Grubu” olarak adlandırdığı bir hissedarlar çoğunluğunun birkaç yıldan beri şirketi bu grubun menfaatleri doğrultusunda işletmekten geri kalmadığını ve bu haklarının bu grup tarafından tamamen hiçe sayıldığını kanıtlama yönünde bir dizi olay ileri sürüyordu.

**** C-** Davalı şirket talebin reddedilmesini ve davacı Bn. Becker’in mahkeme masraflarını ve harçlarını ödemeye mahkûm edilmesini talep etti.

Davalı şirket Caimi grubunun varlığına itiraz etti. Şirkete göre yönetim kurulu daima usulüne uygun şekilde ve şirket menfaatlerini gözeterek hareket etmişti. Davacı Bn. Becker BK’nun 736. maddesinin 4. bölümü gereğince şirketin feshini talep etmede haklı gerekçeleri kanıtlama durumunda değildi.

**** D-** 7 Ekim 1957 tarihli karar ile Mahkeme Villamont gayrimenkul şirketinin feshedilmesi kararını verdi ve tasfiyesini emretti, talebin ikinci iddiasını yetkisizlik sebebiyle kabul edilemez olarak ilan etti ve yargı masraflarını ve harçlarını davalı şirkete yükledi.

**** E-** Villamont gayrimenkul şirketi kendi serbest bırakıcı iddialarını ele alarak

ve Bayan Becker'in yargı masraflarını ve harçlarını ödemeye mahkûm edilmesini talep ederek karar tashihi talebinde bulundu.

Bayan Becker tashih başvurusunun reddedilmesini, itiraz edilen kararın onanmasını ve yargı masraflarının tahsisini talep etti.

***** Hukuken dikkate alarak:**

***** 1-** İstinaf mahkemesine başvuruyu yapan şirket, hisselerin beşte birinden fazlasını temsil etmekte olan savunmacı tarafın BK'nın 736. maddesinin 4. Bölümü tarafından öngörölmüş eylemi yapma yetkisine sahip olduğuna - makul şekilde - itiraz etmiyor. (bkz. RO -Federal Kararlar Derlemesi - 67-II-163).

Buna karşılık, **şirket bu davanın kabul edilemez olduğunu iddia eder. Zira davacı Bn. Becker'in şikayet sebepleri genel kurul tarafından kabul edilmiş bilançonun iptali davasının mesnedi olarak ileri sürölebilirdi. Bu neden haklı değildir. Anonim şirket fesih kararını iptal davasının “tamamen istisnai bir hak nedeni oluşturduğu ve genel kural olarak ne ana sözleşmenin ne de yasanın azınlığa yeterli korunma sağlamadığı durumda açıldığı” yukarıda sözü edilen istinaf mahkemesi kararında ifade edilmişti.**

Fakat, yine aynı istinaf mahkemesi kararında ifade edildiği gibi, dava genel kurul kararları aleyhinde BK'nın 706. maddesine göre açılmış iptal davasının sonuç vermemesinden sonra yer almıyor ise muhakkak kabul edilemez olduğu anlamına gelmez: bu sadece, hedeflenen amacın, yani iddia edilen suüstimalin ortadan kaldırılmasının, o yol ile ulaşılacağı zaman davanın haksız olduğu anlamına gelir. Oysa konumuz davada istinafa başvuran şirketin iddia ettiğinin aksine, davacı tarafından eleştiri konusu yapılan işlemler İsvç. BK'nın 706. maddesine istinat eden bir davanın konusunu oluşturamazdı.

İstinafa başvuran şirketin bu konuda Eleketrische Nahn SteffisburgThun-Interlaken aleyhinde Wischi kararını ileri sürebileceğine inanması yerinde değildir (RO -Federal Kararlar Derlemesi - 72-II-293). İstinaf mahkemesinin bu kararı esasen farklı bir sorun ile bağlantılıdır. O zamanki davacı şirketin farklı maddelerini ve özellikle 401.296 Fr'lık bir tutarın yenileme fonlarında zarar olarak kaydedilmesini eleştiriyordu. Kanton yargı makamlarının fikrinin aksine, Federal Mahkeme bilançonun yasa veya ana sözleşme gereklerine veya sağlıklı bir mali politikanın ilkelerine uyup uymadığının belirlemede son sözün genel kurula ait olduğuna hükmetmişti, bu da “şirketin servet durumunun, dâhili mali yapısının, hayati kapasitesinin ve ekonomik imkânlarının her yıl incelenmesine imkân sağlıyordu ve tamamen doğal olarak şöyle ilave ediyordu: şayet bir hissedar bu farklı hususlarda alınmış kararın yasaya veya ana sözleşmeye aykırı olduğunu

düşünüyor ise, bilançonun “kendisinin tamamen mali haklarına” hanel getiriyor olmasından veya olmamasından bağımsız olarak bu karara karşı BK’nun 706. maddesi gereğince adalete başvurabilir. Oysa konumuz davada tamamen başka bir şey söz konusudur. Son bilanço yapılmış işlemlerden kaynaklanan duruma tekabül ediyordu; bir bilançonun düzenlenmesi konusunda yasa ve ana sözleşme gereklerine uygundu. Davacının bazı yönetim kurulu üyelerini eleştirdiği husus hem şirketin hem kendisinin aleyhinde mali işlemlere girişmeleri idi ve açıktır ki bu işlemler BK’nun 706. maddesinin davasına yol açamazlar. Bu dava o işlemleri hiçbir şekilde değiştiremediği gibi, yönetim kurulunun yetkileri dâhilinde yönetim kurulu tarafından kararlaştırılmışlardı ve genel kurul huzurunda eleştirilsin veya eleştirilmesin şirketi bağlıyorlardı.

BK’nun 754 ve 755. maddeleri tarafından öngörülmüş zarar-zıyan davası konusunda, atfedilen olaylardan biriyle ilgili olarak bu dava bir mahkûmiyet ile sonuçlanıyor olsa bile bu mahkûmiyet davacı kadının aynı tür olayların tekrarından korunmasını engellemezdi. Mağduru olduğu suiistimalleri durdurması için davacının sahip olduğu tek imkân şirketin iptal edilmesi davasını açmak olacaktı.

*** 2- Davanın esasının şartları konusunda, bu olayda gerçekleşmemiş olduklarına ciddi şekilde itiraz edilemez.

Kanton mahkemesi davacı kadın tarafından ileri sürülen olayların doğruluğunu genel olarak kabul etti ve olayları aşağıdaki şekilde açıkladı :

“Caimi Grubu Carlo Caimi’ye birkaç bin Frank ödedi. Bu ödemeler kanıtlanmadı. Kanıtlanmaya teşebbüs bile edilmedi. Çoğunluğa sahip hissedarlar böylece şirketin zararına ve kendi menfaatlerine veya yakınlarının menfaatine hizmet edecek şekilde hareket ettiler ki bu aynı anlama gelir. Caimi Grubu önemli tutarları şirketten borç aldı. Menfaat çatışmasında vahim bir problem yaratan böyle işlemleri objektif olarak kanıtlamak gruba düşerdi. Avukat Zumstein’in protestolarından bağımsız olarak, Tessin’li yönetim kurulu üyeleri en küçük her hangi bir kanıt sunmaksızın ve borçları yazılı olarak teyit etmeksizin şirketin parasını ödünç almaya devam ettiler. Bayan Becker’e borç vermeyerek Bayan Becker ile kendileri arasında eşitliği sağlamayı da reddettiler. Binanın satışı sırasında, Caimi Grubu Asteria’nın teklifinden 10.000 Fr daha yüksek teklifte bulunan Avukat Zumstein’in teklifini yersiz bahanelerle reddetti. Böylece davacı kadının aleyhinde ve tabii ki sıkı ilişkiler içinde olduğu Asteria’nın lehinde hareket etti. Satış işlemi Villamont şirketinin aleyhinde, Asteria’nın ise lehinde olan alışılmamış bir madde ihtiva eder. Lugano’lu yönetim kurulu üyeleri kendi içlerinden birinin yönettiği Fidentia’ya 75.000 Fr borç vermişlerdir. Tekrar bir

menfaat çatışması yaratan bu işlemi el altından gerçekleştirdiler ve yasa dışı bir madde ile donattılar.” Diğer taraftan, şahitliğini güvene layık bulduğu Avukat Zumstein’in ifadesini dikkate alan kanton Mahkemesi Caimi Grubunun şeklen Avukat Zumstein’e danıştığını veya hiç danışmadığını, tüm kararları yönetim kurulu oturumları dışında aldığını kabul etti.

İster ipotek tesisi, ister hissedarlara ödünç para, binanın tamir işleri verilmesi, Asteria SA şirketi ile görüşmeler, Carlo Caimi’ye muhtelif tutarlar verilmesi olsun, davacının temsilcisi devamlı olarak bir oldu-bitti karşısında bırakıldı. Sonuç olarak, hiçbir şeyden artık haberdar edilmedi. Her şeyin önceden kararlaştırıldığı oturumlara katılmaktan kaçındı ve istifa etti.

İstinafa başvuran şirketin doğruluğunu tartışmadığı bu olaylar karşısında istinafa başvuru haksız olarak gözükmektedir.

Birinci hâkimlerin doğru şekilde ortaya koydukları gibi, bundan ortaya çıkan sonuca göre Bayan Becker sadece çoğunluğa sahip hissedarları temsil eden yönetim kurulunun şu veya bu kararları konusunda şikâyetçi değildir, aynı zamanda belirli bir yıldan bu yana, daha doğrusu şirketin amacının değiştirilmesinden bu yana bu aynı kişilerin, tekrarlanan bir dizi eylemin kanıtladığı gibi, şirket fonlarını kendisinin yasal menfaatlerini tamamen göz ardı ederek yönetim kurulu üyelerinin yakınlarının veya yabancı şirketlerin menfaatleri yönünde kullanmalarından ve şüphesiz bunlardan menfaat elde etme sebepleri olduklarından şikâyetçidir.

Böyle olaylar şüphesiz duruma göre farklı yansımalarla sahiptir. Fakat bunlar, **hissedarlarının muhakkak surette kişisel ilişkilere sahip oldukları özellikle küçük bir anonim şirket söz konusu olduğu dikkate alındığında, konumuz davada özellikle vahimdir.** Oysa çoğunluk grubun temsilcilerinin şirket malları üzerinde tasarrufta bulunma kolaylığı ve hatta hafifliği dikkate alındığında, istinaf mahkemesi önünde davalı durumunda olan kişinin uzun vadede şirket mali dengesini bozma riskini taşıyan ve buna bağlı olarak kendisine dikkate değer bir zarara yol açabilecek bu tür olayları hoş göremeyeceğine hükmetmesi tamamen anlaşılabilir bir durumdur.

Olayın gerçeği şirketin dâhili işleyişinde bozukluk olması ve bu şartlarda Bayan Becker’in fesih talep etmede haklı olduğudur (RE 67-II-165).

Bu gerekçelerle, Federal Mahkeme

İstinafa başvuruyu reddeder ve itiraz edilen kararı onar.

2. Kararın Değerlendirmesi

İsviçre Federal Mahkemesinin Becker kararında iki önemli husus dikkati çekmektedir. Bunlardan **ilki**, şirketin feshine ilişkin bir davanın ikame edilebilmesinin başkaca hukuki yollarla ulaşılabilecek bir amacınveya önlenebilecek bir aykırılığın olmaması gerektiğidir. Yani **anonim şirketin feshinin dava edilebilmesinin MK m. 2 anlamında hakkın kötüye kullanma teşkil etmemesi için, fesih için haklı neden olarak öne sürülen vakıaların başkaca bir hukuki yolla önlenebilmesi veya giderilmesi mümkün olmamalıdır**. Zira sermayenin korunması ilkesi uyarınca, sermaye şirketini ayakta tutmak kural; feshi ise istisnadır. Şu halde feshin son çare olması ilkesi göz önüne alınarak, ortaklığın sürmesi önündeki engelin ancak ve ancak fesih ile aşılabiliyor olması gerekir. Aksi halde azlığın fesih hakkını kötüye kullanması gündeme gelebilir. Örneğin, şirketin aldığı bir kararın iptali ile azlık menfaatinin himayesi mümkün iken, şirketin feshinin dava edilmesi hakkın kötüye kullanılması anlamına gelebilir. Elbette **kronik karsızlık** gibi uzun bir vade sonucunda oluşan vakıaları ayırık tutmak gerekir.

İkinci önemli nokta ise, **“hissedarlarının muhakkak surette kişisel ilişkilere sahip oldukları özellikle küçük bir anonim şirket söz konusu olduğu dikkate alındığında, konumuz davada özellikle vahimdir.”** ifadelerinden anlaşıldığı gibi kişisel özelliklerin de istisnai olarak göz önünde bulundurulması hususudur. Bilindiği gibi anonim şirket bir sermaye şirkettir ve bu nedenle ona karşı kişisel ilişkiye dayalı fesih sebepleri sürülmesi beklenmez. Ancak yayın olduğu üzere, küçük aile ortaklıklarında, aile içindeki bazı özel gelişmeler de ortaklığın sürekliliğini çekilmez hale getirebilir. Nitekim halihazırda görülmekte olan bir davada, aile içindeki dini ve hastalığa dayalı mülahazalar şirketin fesih konusunda haklı neden olarak ileri sürülmüştür.

İsviçre Federal Mahkemesinin Becker kararında,¹⁰ çoğunluk lehine olacak şekilde şirket malvarlığını kullanan, kredi ve faaliyet giderleriyle şirketi zarara uğratan bir anonim ortaklığın feshini hukuka uygun bulmuştur. Şunu hemen belirtelim ki, mehz İsviçre BK düzenlemesi 1991 yılında tadil olmuştur. Bu tarihten önce, şirket feshine İsviçre’de daha katı bakılmaktaydı. Anılan karar 1958 tarihli olmasına ve Federal Mahkemenin katı görüşüne rağmen, Federal Mahkeme, çoğunluk ortağın kötü niyetle azınlığı ekonomik olarak ezmesini haklı nedenle feshe gerekçe yapmıştır. Hâlihazır TTK’nın ise işbu gerekçelerle feshe cevaz verdiği evleviyetle bellidir.

¹⁰ BGE 84 II 44.

B. Togal AG – Schmidt'in 22 Mayıs 1979 tarihli 1. Asliye Hukuk Mahkemesinin Kararının Temyizi Davası¹¹

1. Karar

Federal Mahkeme

Borçlar Kanunu 4. Maddesi, 736. Paragrafı. Haklı nedenlerden dolayı bir anonim şirketinin feshinin davası.

- *** Azınlık hissedarların kontrol haklarına ağır ve devam eder şekilde riayet edilmemesi** (E.2,3)
- *** Ağır finansal zararın varlığı. Sadece kâr paylarının kesilmesi nedeniyle de olabilir.** (E.4,5).
- **** a) Fesih davası sadece şirket finansal olarak boşalmışsa açılabilir** (E.6a).
- **** b) Fesih davasının yetki ikamesi ve orantılılık ilkesi:**

Davacı azınlık hissedarının Hakim aracılığıyla ortaklık haklarını kullanmak istemesi, çoğunluğun riayet etmeyen davranışı devam ettiği sürece ve davacının ileride de haklarını sadece dava yoluyla elde edebileceği beklenmekteyse, fesih davasını kaldırmaz (E.6d).

4. ***** a) Önemli nedenlerin bulunmasıyla ilgili olarak bir çıkar değerlendirmesinin yapılması gerekmektedir** (E.6a,b). Bunun için somut durumlar dikkate alınacaktır (E.7).

***** b) Aile şirketlerinde ortakların şahsi ilişkileri, tamamen göz ardı edilemez** (E.7b).

***** c) Azınlığın fesihte önemli ilgisinin bulunması** (E. 7b, c).

Togal Şirketler Grubu Lugano, Viyana ve Münih'teki Togal AG ve togal işletmelerinden oluşmaktadır. Togal AG otuzlu yıllarda, faaliyet alanı olarak “genel anlamda, özel olaraksa Togal için ilaç alanında şirket finansmanı ile birlikte iştiraklerin yönetimi” için Zürih'te kurulmuştur.

1965 yılından beri Togal AG'nin 2/3 hisseleri yönetim kurulu başkanı Gerhard Smith'te ve geri kalan üçte bir hisse kardeşi Günther Schmidt'te bulunmaktadır. Togal AG Togalwerk Lugano'nun ve –Togalwerk Lugano üzerinden- Togalwerk Viyana'nın tek hissedarıdır. Günther Schmidt Togalwerk Münih'in tek hissedarıdır.

Atmışlı yılların başından beri, Günter Schmidt ve Gerhard Smith arasında anlaşmazlıklar yaşanmış, 1965 ten itibaren Togal Werk AG'nin azınlık hissedarı

¹¹ BGE 105 II 114, (Swisslex veri tabanından alınmıştır. 17.06.2013).

Günter Schmidt'in haklarının yeterince korunup korunmadığı tartışma konusu olmuştur. 1970 yılında Günther Schmidt Zürih Kantonu ticaret mahkemesinde borçlar kanununun 736. Maddesi, 4. Paragrafına göre Togal AG'nin feshedilmesi için dava açmıştır. 31 Ekim 1978 tarihli kararda ticaret mahkemesi davayı kabul etmiştir. Davalı tarafından açılan temyiz davasını Federal Mahkeme aşağıdaki görüşten dolayı reddetmiştir:

- Borçlar Kanunu 736. Maddesi, 4. Paragrafına göre bir anonim şirket, şayet sermayenin en az beşte birini temsil eden hissedarlar önemli bir nedenden dolayı fesih talebinde bulunurlarsa, mahkeme kararıyla feshedilir.

Federal mahkemece ihtilaflı olan, ticaret mahkemesi tarafından tespit edilen nedenlerin davalının feshi için önemli nedenleri haklı çıkarıp çıkaramayacağıydı.

Bildirilen karar bir taraftan davacının hissedar olarak kontrol haklarına riayet edilmemesine ve hissedarlar toplantısına çağrı düzenlemelerine ve diğer taraftan Gerhard Smith'in kendi finansal yararına ve davacının zararına hisse çoğunluğunu kötüye kullanmasına dayanmaktadır. Bu iki durumla ilgili olarak 1965 yılından 1974 yılına kadar olan birçok olay söz konusudur. Davalı ticaret mahkemesinin Nisan 1970 te dava açılmasından sonraki olayları dikkate almasına itiraz etmemektedir. Bu konuda Pof. W.Bürgi'nin bildirilen kararı eleştiren birçok yazısını eklemiştir. Bu açıklamalardan sadece, Bürgis'in bilimsel yayınlarının arka planı teşkil ettiği temyiz ifadeleri anlaşılmaktadır.

2.- İhtilaflar genel kurul toplantısına çağrı ve bununla ilgili olarak hissedarların ortak yönetim ve kontrol haklarına değinen düzenlemelerle (borçlar kanunu 699 ve 700)bağlantılı olarak ortaya çıkmıştır.

a) Davalının iş yılı, takvim yılı itibarıyla bittiğinden, borçlar kanunu madde 699, paragraf 2'ye göre genel kurul toplantısının en geç sonraki yılın Haziran ayı sonuna kadar yapılması gerekmekteydi. Smith tarafından çoğunluk hisselerinin alınmasından sonraki ilk yıllarda, bu düzenlemeye uyulmamıştır, bu şekilde 1965-1968 yılları arasındaki dört iş yılında toplantı çağrıları Zürih Bölge Mahkemesinin kararıyla yapılmıştır. 1969-1971 iş yıllarında bir itiraz bulunmazken, bu itirazlar 1972 yılında artmıştır:

Birinci genel kurul toplantısı için zamanında davet çıkarılmamış, bu nedenle davacı ticaret mahkemesinde iptal davası açmıştır. Davalı bu davada kararlaştırılan genel kurul toplantısının yeniden yapılması kararına uymadığı için, davacı mahkemeden ilgili kararın çıkması talebinde bulunmuştur. Ancak bu talep yerine getirilmemiş, icra davasında mahkeme genel kurulun yetkili noter tarafından yapılmasına ve Smith için 100 Frank para cezasına karar vermiştir. Davalı karara

ve uygulanmasına karşı üst mahkemeye gitmiş, ancak genel kurul toplantısını yapmıştır; itirazları kısmen kendi aleyhine sonuçlanmış kısmen de reddedilmiştir. 1973-1976 iş yılları için olağan genel kurul toplantıları zamanında yapılmıştır.

1974 iş yılında, davalı tarafından şirket merkezinin Lugano'ya taşınması üç genel kurul toplantısından sonra yapılmıştır. Bu toplantıların ikisinde gereği gibi çağrı yapılmamış, davacı tarafından iki itiraz davası açılmış ve bunlardan bir kabul edilmiş diğeri gerekçesiz kalmıştır. Bu anlamda, davacı tarafından şirket merkezinin naklinin mahkeme tarafından geçici olarak durdurulması istenmiş, bu durum davalı tarafından kabul edilmiştir.

b) Genel kurul toplantısına gereği gibi çağrı yapılmamasıyla ilgili olarak, on iki dava açılmıştır. Bu davaların tamamı, ticaret mahkemesinin kayıtlarına göre, davacının lehine sonuçlanmıştır. Bu davalarda, davalının feshini gerektirmeyecek şekilde düşük riayetsizlikler söz konusu olmuştur. Durum 1969 yılından beri oldukça düzelmiş, ancak 1972 yılında Smith alışılmamış bir inatçılık göstermiştir.

Davalı temyiz yoluyla küçük aile şirketlerinde şekil düzenlemelerinde genel olarak esnek davranıldığını öne sürmüştür. Bu geçerli olabilir, çünkü bir güven durumunun olduğu yerde, resmiyet gereksiz olarak görülür. Ancak, hissedarlar arasındaki şahsi ilişkilerin bozuk olmasından dolayı güven eksikliğinin olduğu durumlarda, resmiyet bir koruma fonksiyonu yerine getirmektedir. Bu durum, mevcut bu konuda en azından Smith'in 1965 yılında çoğunluk hisselerini almasıyla ortaya çıkmıştır. Davalının bahsedilen belirlemeleri basitçe göz ardı etmesi dikkate alınmalıdır.

3.- a) Özellikle Borçlar Kanunun 696 ve 697. maddelerine göre hissedarın kontrol hakları ile ilgili olarak, 1965 yılından beri birçok dava açılmıştır. Bu şekilde davacı 1965, 1966, 1967, 1969, 1970, 1972 ve 1973 yıllarında kendisine genel kurul toplantılarında verilmeyen ya da yetersiz verilen bilgileri almak için mahkemeye başvurmuştur. 1965, 1966, 1967 ve 1969 yılları için mahkeme kararlarının yerine getirilmemesinden dolayı icra davaları gerekli olmuş, iki ayrı durumda Smith riayetsizlikten dolayı valilikçe cezalandırılmıştır. Tutanak suretlerinin alınması ya da tutanak ve diğer dosyaların incelenmesi amacıyla 1967, 1968 ve 1972 yıllarında başka davalar açılmıştır. Davalı ise davalarda üst mahkemede 1965, 1966, 1967, 1969 ve 1972 yıllarında birçok kez temyize başvurmuştur. Mahkeme ve üst mahkeme başlangıçtan beri davalının itirazlarını detaylı olarak incelemiş, ancak bu durumda daha sonra bir değişiklik olmamıştır. Bu türden anlaşmazlıklar, davacının mahkemedeki uzlaşma davaları neticesinde bilgi istemekten vaz geçtiği ve genel kurul toplantısında bulunmadığı için 1971 ve 1974 yıllarında olmamıştır.

1975 ve 1976 iş yılları için Logano'daki genel kurul toplantılarında davacının Tessin Kantonu avukatlarının sorularına uygun cevapların verilir verilmeyeceği tartışmalıdır. Ticaret mahkemesi davalının ikametgahının Tessin Kantonuna nakli nedeniyle mi davacının dava açmadığı sorusunu açık bırakmaktadır. Davalı böyle bir ilişkiyi kabul etmemektedir. Yine de merkez naklini daha önceden yapmış olsaydı, Zürih'teki mahkemelerle yaşanan sorunların ortaya çıkmayacağını bildirmektedir.

b) 1965-1973 iş yılları için diğer 21 ayrı dava açılmıştır. Bu davaların hepsi yine davalının aleyhine sonuçlanmıştır. Başarısız temyiz başvurularının yanı sıra davalı için bir çok ceza da bunun neticesinde ortaya çıkmıştır. Asliye hukuk mahkemesinin bu nedenle davalının ve çoğunluk hissedarının bu tutumunun davacının haklarını ağır ve sürekli bir şekilde ihlal etmesi olarak görmelidir. Davacı kendisinin farklı şirketlerdeki şahsi ilişkilerini araştırmasından, Smith rahatsız olmuş görünmektedir. Ancak, bu inatçı savunma tutumu ne bir sınırlama olarak görülebilir ne de itirazlarla haklı gösterilebilir. Bu durum hem ön mahkeme hem de üst mahkeme tarafından da bu şekilde değerlendirilmiştir. Aynı şekilde, davacının bu tür çekinceleri kabul etmemesinden ve haklarını korumak istemesinden sonra İsviçre ticaret ve sanayi kuruluşlarının bilgi verme konusunda çekingen davranışları da pek fayda getirmemiştir.

Bu konuda davalı basit bir tutum sergilenmiş olduğunu, davacının Smith'i küçük düşürmek için sistemli bir şekilde üzerine geldiğini düşünmekte, Smith'in de aynı şekilde basit davrandığını, abartılı şekilde kapalı ve şüpheli olduğunu ve bu durumu davacının kullandığını düşünmektedir. Davacı ve Smith arasındaki kardeş anlaşmazlığına geri dönecektir (müteakip E.7b). Ancak mesele davacının çeşitli hukuksal adımlarını ve bu şekilde davalının engel çıkarma tutumunu haklı göstermeye yönelik değildir, ilgili dava gidişatlarının gösterdiği gibi, mahkeme emir ve kararları, davalıyı benzer ihlalleri yapmaktan alıkoymamıştır.

4.- Davacı bilgi edinme haklarına dayalı olarak, davalının çoğunluk hissedarlarının geliri hakkında, Smith finansal alandaki avantajlarını ağır şekilde kötüye kullanmış ve davacı azınlık hissedarı olarak bu durumdan mağdur olmuştur. Davalı kendi ödemelerinin dışında, Lugano ve Viya'daki Tegal işletmelerinden yakınlarına ödeme yaptığını kabul etmektedir.

a) Gerçekte verilen kararda itiraz edilemeyecek şekilde sabittir:

- Lugano Tegal işletmesi 1965 – 1973 yılları arasında Smith'e 700000 Fr sabit gelir ve 440000 Fr. işletme payı ödemiştir. Davalıya ilk olarak kâr payı ödemiş, 1968 den sonra yıllık 3200 Fr. (%4) ödemiştir.

- Aynı 1965-1973 yıllarında davalı (1967 hariç) toplam olarak 575000 Fr. yada yıllık 64000Fr. kâr payı ödemiş, bunun üçte ikisi Smith'e ve üçte biri davacıya ödenmiştir. Ayrıca Smith davalıdan 1970-1973 yılları arasında toplam olarak 250000Fr. işletme payı almıştır.
- Viyana Tegal işlemesi Smith'e 1969-1973 yılları arasında toplam olarak 181000 Fr. ödemiştir.
- Smith'in üç işletmeden elde ettiği gelirler 1970-1973 yılları arasında toplam olarak 1004600Fr. ya da yıllık olarak 251150Fr. olmuştur. Smith'e ödenen kâr payları dikkate alınmamış ve bu üç işletmenin yıllık ortalama 15000 Fr. harcamalarını karşılama bedeli ve davalının Smith'e sadece 1972 yılında 6000 Fr. olan yıllık yönetim ödemeleri de dikkate alınmamıştır.
- 1973 yılından sonraki durumlar hakkında yeterli bilgi bulunmamaktadır ve bu nedenle dikkate alınmamıştır.

b)Temyizden sonra, ağır bir finansal mağduriyetten sadece, yönetimde bulunan çoğunluk hissedarlarına uygun olmayan net kazanç ve kâr payı ödemesi yapılmışsa ve azınlık hissedarlarının eli boş kalırsa, söz edilebilir. Davalı bu nedenle, bu durumu ayrıntılı olarak (s.165) örnek olarak sunan BGE 67-II-162 ye değinmektedir ve aynı durum davalı tarafından bahsedilen literatür için de geçerlidir. Azınlığın mağduriyetinden kâr paylarının ödenmemesinden veya kesilmesinden, sadece çoğunluk hissedarına fazla ödeme yapılmışsa söz edilebilir (bkz.FUNK, Komm. Des Obligationenrechtes, II, N.5 madde 736). Burada Bûrgis'in yazışmalarından, bir hissedarın kâr payından amortisman ve yedek akçe paylarının ödenmesinin şirket adına pay ayrılmasını değil, çoğunluk hissedarlarının şahsi kazançlarını tenkit ettiği ortaya çıkmaktadır.

Davalı, davacının düzenli olarak katıldığı önemli miktarda kâr payı dağıtmıştır, bu ödemeler bu nedenle daha fazla dikkate alınmamaktadır.

Buna karşın Smith'e yapılan şahsi ödemelerin yönetim giderleri ve işletme payı olarak şirketlerin net kazancından ve davalının kâr payı dağıtımından yapılmış olması anlamlıdır.

Bu şeklide Lugano Tegal işletmesi bahsedildiği gibi 1967 yılından beri Smith'e işletme payı olarak toplam 440000 Fr. ödemiş ve kâr payı olarak sadece 19200 Fr. kalmıştır ve buna davacı dolaylı olarak katılmıştır. Ticaret mahkemesi haklı olarak Lugano Tegal işletmesinin 1967, 1969 ve 1971 yıllarında toplam kârın %50-90 ı oranında bir miktarın Smith'e işletme payı olarak ödenmesine itiraz etmiştir. Üç işletmenin yönetimi için Smith 1970-1973 yılları arasında yıllık

olarak ortalama 250000 Fr. tan fazla bir ödeme alırken, her iki hissedarın lehine kâr payı yıllık 60000Fr. ı geçmemiştir.

c) Yönetim üyelerine bu türden ödemeler, şirketin finansal durumunun dışında, yönetim kurullarının çalışmalarına da uygun olmalıdır (BGE 86-II-163, 84-II-553 E.2). Verilen karar bu noktayı özellikle vurgulamaktadır.

Davalının yönetimi Lugano Tocal işletmesi tarafından yürütölmektedir ve büyük bir gereksinim göstermemektedir; Smith bu konuda, daha önce yetersiz veri nedeniyle dikkate alınmayan ek bir yönetim ücreti almıştır. Çalışma, yaklaşık on işçisi bulunan ve Smith'e yapılan ödemenin toplam ücret ödemelerinin üçte ikisini oluşturduğu Lugano'daki küçük işletmede yoğunlaşmaktadır. Smith'in Viyana Tocal işletmesinde yönetim kurulu üyesi ve müdür olarak ne kadar çalışma gösterdiği ne ön mahkeme tarafından ne de temyiz mahkemesi tarafından belirtilmiştir; buradaki gelirleri Lugano Tocal işletmesinden oldukça az olduğu dikkate alınırsa, buradaki çalışmasının oldukça düşük olduğu var sayılabilir.

Davalının düşüncesine göre, Smith'in üç işletmenin yönetiminden aldığı para, İsviçre'deki şirketlerin yöneticilerinin yıllık ortalama 174000 Fr. olan ücretleriyle karşılaştırıldığında fazla değildir. Bahsedilen ortalama 1965 yılından sonraki zamanı kapsasa da, sadece 1970-1973 yılları dikkate alındığında 250000Fr. tutarında yıllık ortalamanın oldukça üzerinde bir miktarı oluşturmaktadır. Diğer şirketlerle bir karşılaştırma, bütün somut verilerin toplanamaması nedeniyle de mümkün değildir. Bundan başka bu karşılaştırma, aynı ölçekteki şirketlerin gereksinim ve yönetimleri dikkate alınarak yapılabilir.

5.- Bu nedenle Smith'in şahsi ilişkileri ne bağı şirketlerin işleri ne de kendi şahsi işleriyle haklı gösterilebilir.

Çoğunluk hisselerine sahip olmanın avantajını kötüye kullanmıştır. Bu durum Smith için sağlanan avantajlar bakımından ön mahkemenin de görüşüdür.

a)Smith Lugano Tocal işletmesine ait, Lugano-Massagno'daki on bir odası bulunan ve 6273 m2 alanındaki bir parkta olan Villa Maria-Luisa'da ailesiyle birlikte oturmaktadır. Yıllık kira bedeli olan 13800 Fr.ın bunun için düşük kaldığı verilen kararda tespit edilmiş ve yeminli mali müşavirin bu değerlendirmeyi kabul ettiği kanıtlanmamıştır. Kira bedeli 1965 ten 1976 ya kadar değişmeden kalmıştır. Ön mahkeme de bu kira ilişkisini önemli olarak görmemiştir.

b) Verilen kararda, Smith 1965 yılında şahsi banka borcu olan 2,4 milyon Frank'ı davalıya devretmiştir. Ancak Smith davacının itirazı üzerine bu krediyi 1966 yılında ödediği için bu işlemin bir anlamı kalmamıştır.

c) Buna karşın Smith o zamanki %4 ½ faiz tutarı üzerinden davalıya 1965 yılından beri 123300 Fr ve 1967 yılından beri 267100 Fr. borçludur. 1967 yılındaki genel kurul toplantısında, bu miktarda bir azaltma düşünülmüş olsa da, bu durum gerçekleşmemiş ve 1973 yılı sonunda 363300 Fr. tutarına yükselmiştir. Bu borç ticaret mahkemesinin görüşüne göre davalının hukuki statüsüne ters düşmekte ve Smith için çoğunluk hisselerini elinde tutmanın getirdiği bir avantaj anlamına gelmektedir. Davalı böyle bir krediyi mevcut koşullar altında normal görmekte ve davacı da bu durumu “mozaığın bir parçası” olarak bir anlam vermektedir.

Burada da bu kredinin Villanın kirası için alındığı ve Smith'in kendi şahsi yararına kullanmadığı için önemli bir davranıştan bahsedilemez.

6.- özet olarak ticaret mahkemesi bu esasta, davalının çoğunluk hissesine sahip olma avantajını, davacının kontrol hakkını ve genel kurul toplantısının yasal olarak çağrılması hakkını ve finansal bakımdan da önemli ve sürekli bir şekilde kötüye kullandığını ve davacıyı azınlık hissedarı olarak mağdur ettiğini açıklamıştır. Smith'in uzun yıllar boyunca yapmış olduğu, ticaret mahkemesinin görüşüne göre, davalının mal varlığını koruyan kararlarla da giderilemez.

Bu nedenle Borçlar Kanunun 736. maddesi, 4. paragrafına göre önemli neden bulunmaktadır.

- Davalı buradaki fesih davasında alışılmamış bir temyiz söz konusu olduğunu söylemektedir. Kendisi tarafından öne sürülen BGE 67-II-62 maddesinden anlaşılacağı gibi, mevcut çıkarların sıkı bir şekilde ölçülmesi ve davacının da ileri sürdüğü gibi yetki ikamesi ve orantılılık ilkesinin korunması gerekir. Şayet bahsedilen karar bir anonim şirketin var olma hakkının kaybına yol açıyorsa (s.165) bu durumda sadece ya da ağırlıklı olarak çoğunluğun şahsi çıkarlarının takip edildiği kararlar verilir. Bu nedenle, şirket finansal olarak boşalmadıkça, bir fesih davası beklenemez. Borçlar kanunun 736. Maddesi 4. Paragrafına göre fesih için önemli nedenler finansal alanda olmamalıdır.

Bu nedenle, davacının hangi rezervlere sahip olduğunun önemi yoktur.

Önemli nedenlerin mevcudiyetine değinen diğer yasal belirlemelerde olduğu gibi, münferit durumda haklılık ve eşitliğe göre karar verilmelidir MK madde 4), burada ön mahkemenin görüşüne göre çıkar değerlendirmesi yapılması gerekmektedir (F.VON STEIGER, İsviçre'de anonim şirketler kanunu 4. Baskı 2. 335; FORSTMOSER/MEIERHAYOZ, İsviçre anonim şirketleri kanuna giriş s. 276, N.18; TERCIER, haklı nedenlerden dolayı anonim şirketin feshi, SAG 46/1974, S.67 ve S.69).

- Bu çıkar değerlendirmesi için borçlar kanununun 736. Maddesi, 4. Paragrafının, azınlığın haklarının çoğunluğun kötüye kullanımını önlemek amacıyla özel bir anlamı bulunmaktadır (Borçlar kanununun 736. Maddesi hakkında BGE 67-II-165; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ, S.275, N.14; BÜRGİ, N.39). Bu değerlendirmeler ışığında, bir azınlık hissedarının şahsi çıkarları da dikkate alınmalıdır.

Azınlık çıkarlarının düşük seviyede olmaması, yasa tarafından bir yeterli sayı (hisse sahipliğinin beşte biri) ile korunmaktadır. Azınlığın bu haklarının korunmasına TERCIER tarafından değinilmiştir (özellikle S.70 ve 72)

- Fesihteki bu azınlık çıkarları şirkette ve çoğunluğun devamında önemli bir yer tutmaktadır. Ticaret mahkemesi de düzenli olarak bir feshin şayet davacı durumu, iptal ya da sorumluluk davası gibi daha başka yollarla ortadan kaldıramazsa, söz konusu olacağı görüşündedir. Bu anlamda, hukuk feshi “son çare” olarak görmektedir (BGE 67-II-165, 84-II-47, 104-II-35; orantılılık hakkında TERCIER S.73).

Bu durumu ticaret mahkemesi temyizden sonra fazla dikkate almamaktadır, çünkü davacı genel kurul toplantılarına, kâr dağıtımı üzerinden itiraz etmesi ve yönetimden tazminat istemesi gerekirdi. Ancak bahsedilen karar kesin bir gereklilikten çok istisnalara imkan tanıyan bir düzenlemeyi içermektedir, bu durum BGE 67-II-166 ve daha sonra BGE 84-II-47 de açık şekilde öne çıkarılmış ve BÜRGİ tarafından bahsedilmiştir (N.43). O da fesih davasını “son çare” olarak tanımlamakta, ancak burada azınlığa karşı güç konumunun kötüye kullanılmasında ek koruma olarak görmektedir.

N.39 ve 49 GUHL/MERZ/KUMMER S.642 ve WILFRIED BERTSCH, Anonim şirketlerin önemli nedenden dolayı feshi, Zürih S.4951).

d) Bu esaslar doğrultusunda davacıya kararların açıkça anlatılıp anlatılmadığı ve olumsuz durumların fesih olmadan ortadan kaldırılabilmesinin söz konusu olup olmadığının incelenmesi gerekir. Davacının bilgi edinme hakkı ve genel kurul toplantısına çağrı için gerekli olan her şeyi yaptığını davalı da kabul etmektedir, bahsedildiği gibi otuzdan fazla dava açılmış, bunlardan üçü iptal davası olmuştur.

Ancak davalı, dava açılmasının davacının haklarını elde etmesine yaradığı için, fesih nedenini kabul etmemektedir. Bu argüman borçlar kanununun 736. maddesi 4. Paragrafına uygun değildir. Fesih davası, anonim şirketteki kabul edilemez durumların başka türlü giderilememesi durumunda açılmalıdır. Mevcut durumda davalının uzun yıllar boyunca hukuksuz olarak durumu kötüye kullanması kabul edilemeyen bir davranıştır. Bazı ihlaller mahkeme yoluyla engellenmiş olsa da,

çoğunluk hissedarlarının azınlık hissedarlarına olan tutumunu değiştirmemiştir. Bu durumda, davacının her yıl yasal yardım olmaksızın haklarını elde edeceği beklentisini haklı gösterecek bir beklenti bulunmamaktadır.

Aynı şekildeki durum çoğunluk hissedarlarının kazançları için de geçerlidir. Bu konuda davalının davacının şimdiye kadar yapmadığı kâr dağıtımı ve ibra ve zarar tazminatı konusunda harekete geçmesi gerekir. Davalının, davacının bilgi edinme hakkı konusundaki tutumu, mahkeme kararına rağmen değişmemiştir.

Smith'e yapılan ödemelere karşı açılan davalar bu nedenle fazla etkili olmamış ve her yıl tekrarlanmak zorunda kalmıştır. Bu türden inatçı ve sürekli bir kötüye kullanma durumu, ileride de bu şekilde önlenemezdi.

Bu nedenle davacıya sadece fesih davası seçeneği kalmıştır (bkz. BERTSCH S.53, 59 ve 61). Burada daha çok davacının bu türden iptal ve sorumluluk davaları için, davalının kendisinden sistematik olarak esirgediği bilgilere ihtiyaç duymaktaydı, bu konuda borçlar kanununun 706. maddesi 4. paragrafındaki iki aylık dava süresine uyması zorlaşmış oldu (BERTSCH S.56). Sonuç olarak davacının davalı şirkette hissedar olduğu ve bu nedenle bağlı şirketlere karşı bir tutumunun olmayacağı da dikkate alınmalıdır (borçlar kanunu 706. ve 755. madde SIEGWRT, giriş N.155 ve 175).

355

7.- davalı şirketin feshi, bu temelde söz konusu somut çıkarların değerlendirilmesini gerektirir. Farklı Tögl kuruluşları arasındaki 1953 tarihli, davacı ve Smith'inde katıldığı dostluk anlaşması, ticaret mahkemesinin görüşüne göre bu duruma karşı değildir ve borçlar kanunu 736. Maddesi, 4. Paragrafının dışında değildir ve katılımcılarına beklenmedik sorumluluklar yüklemeyiz.

a) Davalı, Tessin'de görülen davada çoğunluk hissedarını, davacının kendi hisselerini sattığı iddiasıyla korumak istemektedir. Böyle bir itiraz 1965 iş yılındaki ilk bilgilendirme davasında reddedilmiştir. İddia edilen satış sözleşmesi Smith'in Tessin'de görülen davada davacının hisselerinin sahibi olarak kanıt teşkil etmemektedir.

b) Ticaret mahkemesi "kusur tazminatını" reddetmektedir, ancak çoğunluğun davranışı, azınlığın davranışı dikkate alınmadan değerlendirilemez. Burada bir anonim şirketinde arka planda kalsa bile şahsi konular dikkate alınmalıdır (BGE 67-II-164;91-II-306). Borçlar kanunun 736. maddesi, 4. paragrafına göre, şayet söz konusu küçük aile şirketleriyse bunlar tamamen göz ardı edilemez (BGE 84-II-50 Nr. 6; BÜGI, N.47; TERCIER S.70, satır 3;W.VON SEIGER, ZBJV 103/1967, S.127/8).

Bu anlamda davalı, davacının bir itirafına atıf yapmaktadır; buna göre-- davalının feshi üzerinden—eski firma birliğinin yeniden inşasına çalışmakta, söz konusu olanın azınlığın korunması olmadığını, Münih'teki rakip şirketiyle ilgili olarak, kendisini yok etmek istediğini belirtmektedir. Bu durum Smith'in kardeş kavgası çerçevesindeki kavgacı tutumunu açıklamaktadır. Hissedar esas olarak şirkete karşı olan bağlılık görevini yerine getirmese de (BGE 91-II-305; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ S.254 N.5/6), bu itirazın burada söz konusu olan çıkar değerlendirmesi çerçevesinde incelenmesi gerekir. Davacıya, davalıyı yok etmek istediği konusunda bir ithamda bulunulamaz, çünkü amaç sadece fesih davasıdır.

Bu şekilde davacının ileri sürdüğü fesih nedenlerinin içinde bulunduğu durumu sonlandırmak amacına yönelik olduğu anlaşılabilmektedir. Davacı fesihle birlikte babadan kalma mirasın yok olmayacağını, aksine kurtulacağını söylemektedir. Davacı, Münih Togal işletmelerinin sahibi olarak davalının bir rakibi değil, kardeşi Smith gibi, firma kurucusunun bir varisidir.

- Davacının fesih istemesine karşın, davalının ya da çoğunluğun çıkarı şirketin devam etmesi yönündedir. Burada, fesihten üçüncü şahısların da etkilenebileceği ekonomik ve sosyal sonuçların da dikkate alınması gerekir (BGE 104-II-35, 95-II-164). Ancak bu kolektif çıkar azınlığın çıkarının üstünde tutulmamalı, esas olarak aynı seviyede olmalıdır (BÜRGI, N.86-89, Borçlar Kanunu madde 698, SAG 38/1966, S. 70 ve SAG 29/1956/57, S. 89).

Çıkar değerlendirmesi yapılırken büyük yayın şirketlerinin değil, davalının somut durumu, şirketin ve üçüncü şahısların, yani çalışanların çıkarları dikkate alınmalıdır (TERCIER, S.73; JOHN NENNINGER, İsviçre hukukuna göre anonim şirketlerde azınlığın korunması, Basel 1974 S.53). Davalı kendi personeli bulunmayan küçük bir aile işletmesidir. Fesihle birlikte hangi ekonomik ve sosyal çıkarların etkileneceği konusunda somu iddialar bulunmamaktadır. Bir şirketler grubuna ait olmanın neticeleri neden özellikle düşündürücü hale getireceği de aynı şekilde belirsizdir. Davalı şirketin grup şirketi olarak feshi, bağlı şirketlerin varlığını etkilemeyeceği için (Borçlar Kanunu madde 743, paragraf 1), bu tür ağır neticeler söz konusu değildir.

Bu tür yanlışlıklar nedeniyle bir şirketin feshinin İsviçre ekonomisine büyük zararlar vereceği ve geçerli anonim şirketleri yasasının temel yapısını sorgulamaya açacağı argümanı da geçersizdir. Bu anlamda azınlığın ihtiyatlı olarak federal mahkemenin uygulamalarıyla korunmasının doktrinde farklı eleştirilere yol açmış olduğuna dikkat çekmek gerekir (bkz. KUMMER, ZBJV 114/1978, S.227, BGE 102-II-265 ve DERS, ZBJV 111/1975, S.137, BGE 99-II-55). BÜRGI'ye göre

de geçerli yasada azınlığın korunması, federal mahkeme değerlendirmeleriyle oldukça azaltılmış durumdadır (SAG 38/1966 S.70); Ona göre, mevcut yasa azınlığa daha fazla koruma sağlamalıdır (N.49 borçlar kanunu madde 736). Burada olduğu gibi azınlığın korunma gereksinimi, genel kaygılardan dolayı toplumun çıkarlarını zedelemeyiz.

Smith'in çoğunluk hissedarı olarak konumunu davalı şirkette birçok kez ve yaklaşık on yıl boyunca ağır şekilde kötüye kullanmış olmasından ve azınlık hissedarını mağdur etmesinden sonra ve durumunu düzeltmesi beklenmiyorken, çıkar değerlendirmesi sonucu olarak fesih davasının korunması ve verilen kararın onaylanması gerekir.

2. Kararın Değerlendirmesi

Anonim ortaklığın haklı nedenle fesih sebeplerinden biri de, şirketin uzun zaman kar dağıtmamasıdır. Yargıtay¹² ve İsviçre Federal Mahkemesi uygulaması¹³ ile sabit olduğu üzere, bir anonim ortaklığın amacı kar dağıtmaktır. Bu nedenle, uzun yıllar kar dağıtmayan bir şirketin artık varlık amacı ortadan kalkmış olacaktır. Kar payı hakkı, pay sahibinin bertaraf edilemeyecek nispi müktesep bir hakkıdır.¹⁴ Bir anonim şirketin kar dağıtmaması şeklinde tavrı mahkeme kanalıyla da düzeltilememektedir. Zira **Türk Usul Hukukunda, Alman ve İsviçre Usul Hukukunda var olduğu gibi irade beyanı yerine geçen mahkeme ilamı mevcut değildir. Bu nedenle mahkemeler, bir şirketin kar dağıtımına ilişkin karar veya belirli bir konuda karar alınmasına şeklinde hüküm verememektedir. Tüm bu nedenlerle, bir anonim ortaklığın uzun yıllar kar dağıtmaması onun haklı nedenle feshi için gerekli ve yeterlidir.**

İsviçre Federal Mahkemesinin 12 Mart 2000 tarihli *Grumser*¹⁵ kararına konu olayda, babasının ölümünden sonra %78'lik bir payı temsil eden Marianne Galluser-Grumser'in, kısa zamanda şirketi iflasın eşiğine getirmesi, şirketin içinde **bulunduğu ekonomik darlıktan çıkmak için hiçbir plan veya çaba ortaya koymaması ve şirketi sürekli kötü yönetmesi fesih için haklı sebep**

¹² Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 26.03.1998 tarih, 1997/9240 E. ve 1998/2211 K. sayılı ilamında: " **Bütün Ticari ortaklıklarda ve bu arada, anonim şirketlerde, kar elde edilmesi ve bu karın paylarına göre ortaklara dağıtılması asıl amaçtır.**"(Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları, 20.01.2014).

¹³ BGE 84 II 44 (Swisslex veri tabanından alınmıştır. 17.06.2013), BGE 126 III 266 (Swisslex veri tabanından alınmıştır. 17.06.2013); **ARSLANLI Halil**, Anonim Şirketler IV, İstanbul, 1961,s. 138.

¹⁴ **ERDEM**, s. 120-121; Eski TTK m. 385/f. 2 uyarınca, kar payı dağıtımının müktesep bir hak olduğu Yargıtay tarafından da benimsenin bir görüşüdür. Bu nedenle iptal edilen şirket genel kurul kararları da bulunmaktadır.

¹⁵ BGE 126 III 266 (Swisslex veri tabanından alınmıştır. 17.06.2013).

olarak kabul edilmiştir. Anılan kararda Federal Mahkeme, sürekli eriyen malvarlığının kurtarılması, çoğunluk gücünün kötüye kullanılması ve basiretli bir tacir gibi yönetilmeyen şirketin feshinin haklı nedene dayandığına hükmetmiştir.¹⁶ Hatta kararda, şirket çalışanları açısından dahi iflasa sürüklenen bir şirketin feshinde görülen fayda ifade edilmiştir.

Doktrinde, kar payının hiç dağıtılmamış olması olmasının kabul edilemez olduğu ve mütesep hakka tecavüz edileceği belirtilmiştir.¹⁷ İsviçre Federal Mahkemesi, aşağıda incelenecek **Grumser kararı** da dâhil olmak üzere, verdiği birçok kararında, uzun süre kar payı dağıtılmamış ortaklıkların artık paydaşların menfaatlerini karşılayamaz duruma gelmekle feshini hukuka uygun bulmuştur.¹⁸

İsviçre Federal Mahkemesi Togonal kararında, azınlık pay sahiplerinin haklarının uzun bir süre göz ardı edilmesi, eşit işlem ilkesine aykırı davranılması, şirket genel kurullarının usulüne uygun yapılmaması gibi nedenlerin varlığını haklı nedenle feshe gerekçe yapmıştır. TTK m. 531'in madde gerekçesinde de, şirket içindeki işlemlerde usulsüzlüğün haklı nedenle feshe yol açacağı şu şekilde ifade edilmiştir: "İsviçre öğretisinde genel kurulun birçok kez kanuna aykırı bir şekilde toplantıya çağırılmış olması, azlık hakları ile bireysel hakların devamlı ihlali, özellikle bilgi alma ve inceleme haklarının engellenmesi, şirketin sürekli zarar etmesi, dağıtılan kâr payının düzenli azalması, haklı sebep sayılmıştır." Kar dağıtımının pay sahibinin mütesep bir hakkı olduğu hususu Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 7.4.1983 gün, 1983/1687 E. ve 1983/1790 K. sayılı ilamında ilke olarak benimsenmiştir.¹⁹

¹⁶ ERDEM Nuri, Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi -6102 Sayılı Yeni TTK. Hükümlerine Göre-, İstanbul, 2012, s. 34, dn. 82.; STOFFEL Walter, "İsviçre Şirketler Hukukunda Yeni Eğilimler", İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunun Alınışının 80. yılı, İstanbul, 2007.

¹⁷ İMREGÜN Oğuz, Anonim Ortaklıklar, İstanbul, 1989, s. 124; TEKİNALP Ünal (POROY Reha/ ÇAMOĞLU Ersin): Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku, İstanbul, 2000, N., 907.

¹⁸ Ayrıca bakınız: BGE 84 II 44.

¹⁹ "...TTK'nun 385 maddesi gereğince kar payı şirket ortaklarının mütesep haklarındandır. Şirketin devamlı kar dağıtmaması hususundaki kararı objektif, hüsnüniyet kurallarına aykırı olduğundan bu yolda alınan genel kurul kararının iptali gerekir...." ve "Kar payı hakkının pay sahibinin mütesep haklarından olduğunu, Anonim şirketlerinde diğer ticaret şirketleri gibi amaçlarının kar dağıtmak olduğunu, TTK. 469. Maddesi hükmü ortaklığa ihtiyacı var diye ilarihaye kar dağıtılmaması yetkisini vermediğini, en azından asgari temettü payı dağıtmak durumunda olduğunu, bu dağıtımın şirketin bünyesinde yapacağı olumsuz etkinin başka yollarda örneğin, sermaye artırarak giderilebileceği, kar dağıtmamak suretiyle oto finansman yoluna gidilmesi bir yerde kanuna karşı hileyi oluşturacak ve Devlet kardan vergi alma hakkından yararlanamayacak ve şirketin devamlı kar dağıtmama yolunda almış olduğu kararın yasaya hatta objektif hüsnüniyet kurallarına uygun olmadığı sonucuna varılarak, 1980 yılına ait karın dağıtılmamasına ilişkin genel kurul kararının iptaline, sair istemin reddine karar verilmiştir...." ifadeleriyle de kar dağıtımının anonim şirketler açısından önemi net biçimde ortaya koyulmuştur (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları, 20.01.2014).

Anonim şirkette hâkimiyetin kötüye kullanımının tespit edilebilmesi için azınlık pay sahibinin haklarının veya menfaatlerinin ihlal edilmiş olması gerekli ve yeterlidir. Ortaya herhangi bir zararın çıkması ve kusurlu olunması gerekmez. Pay sahibinin özellikle müktesep haklarının kullanmasının engellenmesi veya mali varlığının zarara uğrama tehlikesinin bulunması pay sahibi menfaatlerinin ihlal edildiği anlamına gelebilir.²⁰ Şirketin karını sürekli ve tamamen yedek akçeye ayırması veya şirket menfaatini hiçbir menfaat sağlamadığı bir teşekküle özgülemesi de örtülü olarak pay sahiplerinin kar payı hakkının elinden alınması anlamına gelebilir.²¹

Özellikle pay sahibinin kar payına olan menfaatinin an ve an devam ettiği şirket ana sözleşmesi ilişkilerinde, azlığın, şirket menfaatlerine aykırı sistematik uygulamaları (kronik karsızlık ve/veya kötü yönetim) seyirci kalarak kar payı hakkının gaspına itiraz etmesi tabidir. Şirketin makul ölçüde kar dağıtması gerekir. Aksi halde azlık pay sahibi, çoğunluk pay sahiplerinin insafına terkedilmiş olur. Bu ise kar amacından başka bir amacı olmayan bir birliği tamamen anlamsızlaştırır.

Şunu hemen belirtelim ki, “kar dağıtmama” vakiasının değerlendirilmesi her somut olaya göre ayrıca yapılmalıdır. Örneğin, sadece bir yıl kar dağıtmayan veya iki yılda bir kar dağıtan bir şirketin feshinin istenmesi hakkın kötüye kullanılması teşkil edebilir. Diğer yandan 10 yıldır kar dağıtan ancak dağıtılan karın şirket kazancı ve azlığın bundan yararlanma oranına göre büyük oranda ölçüsüzlük gösterdiği durumlarda şirketin feshinden ve azlığın şirketten çıkmasına izin verilmesinden söz edilebilir. Tüm bu farklı ihtimallere rağmen hangi hallerde kar payı ile bağlantılı olarak bütün bir şirketin feshine neden olabileceğine yönelik bazı ilke yaklaşımlar da benimsenmelidir. İlk olarak kar payının uzun süre dağıtılmaması vakiasının incelenmesi gerekir. İkinci olarak kar payının hangi oranlarda azlığa verildiği ve şirketin kanuni ve ihtiyari akçelerinin durumu kontrol edilmelidir.²² Üçüncü olarak şirketin aktif ve pasif durumu incelenmelidir. Şirketin çoğunluk hissedarları, şirket varlıklarını bir yandan satıp bir yandan da bilançoda “pembe”

²⁰ ŞAHİN Ayşe, Anonim Ortaklığın Haklı Nedenle Feshi, İstanbul, 2013, s. 149.

²¹ ŞAHİN, s. 162.

²² “Sürekli hale gelmiş kar dağıtmama olgusunun haklı sebep olarak değerlendirilmesinde belirleyici olan, bu durumun kar payı hakkını ağır bir şekilde ihlal etmesi, dağıtmamanın ekonomik veya ortaklık menfaati ile ilgili sebeplerle meşru kılınmamış olması ve kötüye kullanımın söz konusu olmasıdır. **Karın dört veya beş yıl boyunca dağıtılmaması özellikle TTK m.523 hükmünde öngörülen şirketin devamlı gelişmesi gibi amaçlar ile meşru kılınmadığı takdirde, azınlık pay sahibinin kar payı hakkını sınırlandırarak kar payı hakkını ağır bir şekilde ihlal ettiğinden ve ekonomik menfaatlerine önemli ölçüde zarar verdiğinden haklı sebep olarak kabul edilmek gerekir. Ayrıca kar dağıtmama olanakları kötüye kullanılmak suretiyle, özellikle azınlık pay sahibinin ortaklıktan ayrılmasını sağlamak amacıyla dört veya beş yıl boyunca kar dağıtılmaması durumunda, kötüye kullanımın söz konusu olması, ihlali ağır ve çekilmez kılarak ona haklı sebep niteliği kazandıracaktır.**”(ŞAHİN, naklen, 164.)).

bir tablo da çizebilir. Son olarak, şirketin iş planına bakılması yararlı olacaktır. Nasıl iflas ertelemeye ilişkin davalarda, şirketin nasıl iyileştirileceğine ilişkin proje yapılıyorsa, uzun süre kar dağıtmayan ve kronik olarak kötü yönetilen bir şirketin karlı hale gelebileceği ispatlanmalıdır. Şirketin feshine ilişkin davada ispat yükü her ne kadar azlığın üzerinde ise de, çoğunluğun da delil ikame yükü kapsamında şirketin mali durumun ümit verici olduğunu inandırıcı biçimde kanıtlaması gerekir. Eğer içinde bulunulan durum ortaklık içinde bulunulmasını çekilmez hale getiriyorsa, artık ortaklığın devamında azlığın hiçbir menfaatinin kalmadığı anlaşılmış demektir. Örneğin, şirket eTTK m. 469 (TTK m. 523) uyarınca tüm genel kurullarda kar dağıtmamaya ilişkin karar alabilir. Her sene kendini tekrarlayan bir şekilde kar dağıtmama kararının alınması ve sonrasında kararın iptaline ilişkin yargısal bir sürecin gündeme gelmesi, kanaatimizce artık şirketin devamını çekilmez kılabilir. Zira kar dağıtılmamasına ilişkin genel kurul kararının iptali ile şirket kar dağıtmaya başlayamamaktadır. Bu nedenle, şirketin sürekli olarak kar dağıtmama kararına azlığın iptal davası açmasının hiçbir sonuç getirmeyeceği durumlarda da yine şirketin devamının çekilmez hale geldiği söylenebilir.

360

Uygulamada çoğu zaman “Karın dağıtılmaması” ve “yönetim kurulu üyeleri veya çoğunluk lehine çeşitli maddi menfaatler tanınması” vakıalarının bağlantılı şekilde ortaya çıktıkları görülmektedir. Özellikle küçük aile tipi şirketlerde aile içi dengelerin de ticari hayata yaptığı etkiler net biçimde görülmektedir. Bu tarz şirketlerde çoğunluk pay sahipleri (yönetim kurulu) kendi lehlerine olacka şekilde ücret, ikramiye ve huzur hakkı gibi menfaatler sağlamakta, ancak şirket bilançosunda şirketin durumunu zarar ediyor şekilde gösterebilmektedirler. Böylece azlık ne hissesini satabilmekte ne de şirketten bir menfaat elde edebilmektedir. Hal böyle olunca azlık, şirketin vergi de dahil tüm yükümlülüklerini yüklenmekte ancak şirketten herhangi bir yarar elde edememektedir. Tabiri caizse, sefayı süren çoğunluk olurken cefayı çeken hep azlık kalabilmektedir. Her somut olayda MK m. 2’nin objektif ölçütleri ile hakkın kötüye kullanımı engellenmelidir.

C. 45. Pierre Grumser aleyhinde P. Grumser S.A şirketi davasında 1. Hukuk Mahkemesinin 12 Mayıs 2004 tarihli karar Özeti²³

1. Karar

Federal Mahkeme

Bir Anonim Şirketin haklı gerekçelerle feshi (Borçlar Kanununun 736. maddesinin 4. Bölümü)

²³ BGE 126 III 266 (Swisslex veri tabanından alınmıştır. 17.06.2013).

1- Çoğunluğa sahip hissedarın hâkim konumunun suiistimal edilmesi BK'nun 736. maddesinin 4. bölümü gereğince bir anonim şirketin feshini haklı kılacak tek gerekçeyi oluşturmaz. Duruma göre, tedrici şekilde yok olmaya yol açan kalıcı bir kötü yönetimin sürdürülmesi azınlığa sahip hissedarlara dayatılamaz (1.mütalaa).

2- Fesih davasının tali oluşu ve Federal Mahkemenin takdir yetkisi (2.mütalaa).

A- Pierre Grumser (aşağıda davacı olarak anılır) P.Grumer SA şirketinin (aşağıda davalı şirket olarak anılır) azınlık hissedarıdır, şirketin merkezi Lozan'dadır ve amacı mücevher, kuyum ve saat ticaretidir. Davacının büyük babası tarafından 1926 yılında kurulmuş, şirket daima Grumser ailesinin elinde bulunmuştur. 70'li yılların sonunda, davacının babası olan ve o zaman çoğunluk hissedar olan André Grumser Lozan'da Saint François sokağı 11 numarada bulunan mücevher ticareti işletmesinin devamını sağlamak amacıyla üç çocuğu arasında -Marianne Galluser-Grumser, Jacques Grumser ve davacı- bir çözüm aramış fakat başarılı olmamıştır. 30 Mayıs 1979 tarihli mektupla, davalı şirket davacının iş akdini 30 Eylül 1979 itibarıyla geçerli olacak şekilde feshetmiştir. Davacı bu durumda rakip bir dükkânı Lozan'da Bourg sokağı 10 numarada kendi hesabına açmıştır.

Marianne Galluser-Grumser, Jacques Grumser ve davacının hissedarı oldukları Grumser SA şirketi

4 Aralık 1979'da ticaret siciline kayıtlı ; 1 Ocak 1980 ile 31 Temmuz 1991 arasında Saint-François sokağında 11 numarada mücevher-saat işini sürdürdü. Daha sonra, davalı şirket işletmeyi devraldı. André Grumser 1991'de vefat etti. Marianne Galluser-Grumser davalı şirketin tek yöneticisi, sonra 1994'de yönetim kurulu başkanı oldu.

B- Kız kardeşinin % 78 hissesine karşılık, şirketin % 22 hissesini elinde bulunduran davacı 19 Nisan 1996'da davalı şirket aleyhinde dava açtı, şirketin feshini ve tasfiyesini talep etti. Somut olarak, ona göre müessesenin verimli olmamasının sebebi kötü yönetimden kaynaklanmaktadır, bu da er veya geç aşırı borçlanmaya ve sonunda iflasa yol açacaktır.

Davalı şirket talebin reddedilmesini talep etti.

6 Temmuz 1999 tarihli kararla, Vaud kantonu kanton Mahkemesinin Hukuk Mahkemesi davalı şirketin feshine karar verdi, bir tasfiye memuru atadı ve tasfiye masraflarını feshedilmiş şirkete yükledi.

C- Karar tashihi yoluyla hareket eden davalı şirket kanton kararının iptal edilmesini ve fesih kararını reddedilmesini talep etti.

Davacı istinafa başvurunun reddedilmesini talep etti.

Federal mahkeme istinafa kabul edilebilir olduğu ölçüde başvuruyu reddetti ve itiraz edilen kararı onadı.

Mucip sebeplerden özet :

1- Davalı şirket temel olarak BK'nun 736. maddesinin 4. bölümünü ileri sürüyor. **Şirkete göre, bir anonim şirketin feshi bu hüküm gereğince, şayet çoğunluğa sahip hissedarlar azınlık hissedarların haklarını iyi niyet kurallarına aykırı olarak ağır ve müteaddit defalar ihlal ederek hâkim konumlarını suiistimal ederlerse devreye girebilir. Oysa konumuz davada davacı fesih davasını sadece sözde berbat yönetime ve verimlilik kusuruna dayandırmaktadır, bu olaylar hiçbir durumda şirketin feshini haklı kılmaz. Geri kalanı için, itiraz edilen karar hâkim konumun belirgin bir suiistimali yoluyla düzenli bir ihlalin en küçük belirtisini göstermez. Davalı şirketin iki hissedarı arasında şirket faaliyetini sürdürmeyi imkânsız kılacak kişisel ilişkiler olmadığı ve aksine basit rekabet ilişkileri olduğu sürece bir fesih daha az önemde ileri sürülebilir.**

362

a) BK'nun 736. maddesinin 4. bölümü hükümlerine göre şirket hisselerinin en azından yüzde 10'unu temsil eden hissedarlar haklı gerekçelerle fesih talep ederse anonim şirket bir mahkeme kararıyla feshedilir. Konumuz olayda mahkemenin hâkimi duruma uyarlı ve ilgililer için kabul edilebilir başka bir çözüm benimseyebilir.

Sözü edilen hüküm azınlık hissedarların menfaatlerini korumayı amaçlar. İstisnai tedbir olarak, fesih olayı müessese çalışanları gibi diğer sınıftaki kişilerin menfaatleri dikkate alınarak bile şirketin sürdürülmesinin objektif ve makul olarak azınlık hissedarlara dayatılamayacağı, davacının genel kurul kararlarını iptal davası veya sorumluluk davası gibi daha az basiretli diğer imkânlar ile elde etmek imkânına sahip olmadığı noktada devreye gireceğini kabul eder (ATF 109 II 140 müt.4 s.142 a; 105 II 114 müt.6 s.124 ss ve referanslar). Çoğunluğa sahip hissedarın hakim konumunu sürekli suiistimal etmesi feshin tipik bir gerekçesini oluşturuyor olması bir gerçek ise, BK'nun 736. maddesinin 4. bölümünün uygulama alanı azınlık hisseye sahip hissedarların çoğunluğa sahip hissedarın haksız rekabete karşı korunması ile sınırlı kalmaz (FORTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht. N. 60 ve 82 ad § 55; PHILIPPE HABERGER, die Auflösung der Aktiengesellschaft aus wichtigen Gründen, Tez, Zürich 1996, s. 71 s.; WILFRIED BERTSCH, Die Ausflösung der Aktiengesellschaft aus wichtigen Gründen, tez Zürich 1947, s.118 ve 129 ss). Böylesine kısıtlayıcı bir yorum BK'nun 736. maddesinin 4. bölümünün metnine istinat edemez, bu metin bu kavramın kapsamının ne olduğunu belirtmeksizin adli tasfiyeyi

haklı gerekçelerin varlığına bağlar. Dolayısıyla, çoğunluk hissedarın hâkim konumunu suiistimal etmesi dışındaki olaylar sebebiyle şirketin sürdürülmesinin azınlık hissedar için dayanılmaz olması tamamen düşünülebilir bir olaydır (bkz. HABEGGER, op.cit. s. 93 ss). Bu bakımdan, özellikle aile hüviyetine sahip küçük şirketlerde, kişisel unsurlar menfaat ölçümünde bir rol oynayabilirler, en azından şirket ilişkilerinin sürdürülmesini kalıcı ve objektif şekilde dayanılmaz kıldıkları zaman (ATF 105 II 114 müt. 7b s. 128; 84 II 44 müt. 2 s. 50).

b) Adli bilirkişinin raporu temel alınarak, hukuk Mahkemesi davalı şirketin 1991'den, yani söz konusu şirketin mücevher ticaretini Grumser SA'dan devir aldığı andan itibaren bu yana kötü yönetildiğini dikkate alır. Nitekim, ciro 1991'den bu yana bir önceki on yıllık devreye göre % 40 civarında düşmüştür ve davalı şirket her yıl işletme zararı göstermektedir. **Kanton mahkemesine göre, biriken bu zararlar davalı şirketin yaptığı mücevher ticaretinin artık kârlı olmadığını kanıtlar. Konjonktürün sebep olduğu düşüşü kesin olarak belirlemek şüphesiz mümkün değildir, buna karşılık, davalı şirketin yönetim kurulunun konjonktür krizine önlem almadığı ve şirketin yapısını ekonomik duruma uyarlamadığı kesindir. Personel masrafları çok yüksektir ve işletme giderlerini azaltma yönündeki tüm önlemler alınmamıştır. Müessesenin işletmesinde bir değişiklik yapmaksızın, şirketin yedek akçeleri ve sermayesi çok çabuk yutulacaktır. Hâlbuki davalı şirket yönetimini değiştirdiğini ne göstermiş, ne iddia etmiş, ne de yapmayı düşündüğünü ifade etmiş, üstelik sonuçları iyileştirmek amacıyla önlemler almamıştır. Aksine, öngörülen prosedüre göre çoğunluk hissedarının ve yönetim kurulu başkanının Saint-François sokağında bulunan ve davacıya ait olan binayı alacakları ile takas ederek ve ipotek borcunu devralarak ödemek yoluyla satın almaya karar verdikleri anlaşılmaktadır. Oysa böyle bir alış-veriş şirketi temel faaliyetinden yoksun bırakmak anlamında olacağından bunun gerçekleşmesi düşüşü hızlandırmaktan başka bir şey yapmayacaktır. Birinci hâkimler burada bu noktadan itibaren, davalı şirketin yönetici organının şirketin belirsiz durumunu düzeltmeye yönelik önlemler almakta irade noksanlığına dair bir ek işaret görürler. Onların düşüncesine göre bu şartlarda, davalı şirketin amacı ile uygun, yani kâr yapma yönünde bir faaliyet geliştirdiğini düşünmek artık mümkün değildir. Tüm olaylar gerçekte şirketin aşırı borçlanmaya ve sonra iflasa mahkûm olduğuna inandırmaktadır. Dolayısıyla, davacı kişi davalı şirketin yönetiminden uzak tutulmuş bir azınlık hissedar olarak, şirketin mahvolmasını önlemek için fesih davasından başka etkili imkânlara sahip değildir.**

c) Davalı şirketin düşüncesine aykırı olarak, Kanton mahkemesi tarafından dikkate alınmış şartlar BK'nun 736. maddesinin 4. bölümü anlamında haklı bir gerekçe oluşturmaya uymuyor değildir. Yukarıda evvelce altı çizildiği gibi (mütalaa 1a),

sözü edilen hüküm tarafından azınlık hissedarlara sağlanan korumanın etkili olması için, bu hükmün uygulama alanının sadece hakim konumun suiistimali ile sınırlamamak gerekir (FORSTMOSTER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, op. cit.n.82, ad § 55). Karar verici kıstas daha çok şirketin sürdürülmesinin azınlık hissedarlara objektif olarak ve makul olarak dayatılabileceğini bilmek noktasında yatmaktadır. Ticari faaliyet veya kâr gerçekleşmesi söz konusu olduğunda, şartlara göre, şirketin amacına artık ulaşamaz olduğu zaman durum böyle olmayacaktır (HABEGGER, op.cit.s.95; BERTSCH, op.cit.s.132; CHRISTOPHLÜSCHER, Die Auflösung von Handelsgesellschaften aus wichtigen Gründen, tez, Bern 1992, s.175). Şirketin mahvolmasına tedricen yol açan kalıcı bir kötü yönetim halinde de aynı şekilde gidebilir (HABEGGER, op.cit.s. 95; BERTSCH, op.cit.s.140; LÜSCHER, op.cit.s.128). Bu iki varsayımda, azınlık hissedarların korumaya değer ekonomik menfaatleri tehlikeye düşürülmüştür. Şirketi bu sebeple feshetmenin uygun olup olmadığını veya daha az ciddi önlemler alınmasının mümkün olup olmadığını bilmek somut vakanın şartlarına bağlantılı olarak ve bir menfaat ölçümü temelinde çözümlenmiş olması gereken bir sorundur. Bu bakımdan, bir feshin üçüncü kişilerin, özellikle bu yola gitmeyen hissedarların ve şirket çalışanlarının durumuna yansımaları dikkate almak da önemlidir.

364

Davalı şirkette kalıcı kârlılığın var olmayışının ve sürüp giden kötü yönetimin, şirketin BK'nun 736. maddesinin 4. bölümü gereğince feshini ilke olarak kanıtlayabilecek şartlar olduğunu dikkate alarak Hukuk mahkemesi federal hukuku hiçbir şekilde ihlal etmemiştir. Buna karşılık çoğunluk hissedarı ile davacı arasındaki yakın kişisel ilişkilerin yokluğu demekle davalı şirketin bu ortamda neyi ifade ettiği anlaşılmıyor.

2- Öte yandan, davalı şirket, şirketin yönetim şekli konusunda davacının her hangi bir şikâyet **sebebi ifade etmediğinin, davalı şirketin yönetim kurulu veya genel kurul kararlarına karşı çıkmak istemediğinin ve dolayısıyla hissedarların korunması için yasa tarafından öngörülmüş yollardan her hangi birini kullanmadığının altını çizerek** Hâlbuki diye devam eder, şirketin feshi tali bir hüviyete sahiptir ve daha düşük güçteki önlemler düşünülen sonucu elde etme imkânını sağlamadığı zaman sadece son aşamada ifade edilebilir. Temel olarak, aynı delillere istinat ederek, davalı şirket birinci hâkimleri orantısallık ilkesini ihlal etmiş olmakla kınar. Fazlası için, zararlarının bir sermaye şirketinin hissedarının maruz kalacağı normal risklere tekabül ettiğini ve fesih davasının bu tür risklere karşı koymak için açılmadığını ileri sürer.

a) Bir anonim şirketin BK'nun 736. maddesinin 4. bölümü anlamında haklı gerekçelerle feshi azınlık hissedarların yasal menfaatlerini korumaya yönelik köklü bir önlemdir. Bu sebeple, **fesih işlemi sadece daha uygun önlemler azınlık**

hissedarları korumaya yetmediği zaman devreye girer. Bu anlamda, böyle bir önlem bazen “son aşama” olarak nitelendirilir ve aynı zamanda fesih davasının tali olay olması söz konusudur. Bununla birlikte, her durumda, azınlık hissedarın genel kurul kararlarını iptal davası veya sorumluluk davası gibi hukuk yollarıyla kendi menfaatlerini korumaya teşebbüs etmelidir sonucunu çıkarmamak gerekir (ATF 105 II 114 müt.6d s.126 s; FORTMOSER/MEIER-HAYOZ-NOBEL, op.cit.n.110 ad § 55; STAUBLI, Bern yorumları, n.20 ad BK md.736 ; BÜRGI, Zürih yorumları, n.43 ad BK md.736). Burada da belirleyici olan, haklarını başka şekilde geçerli kılmasının azınlık hissedara makul şekilde dayatılıp dayatılamayacağını bilmektir. Böylece, fesih davasının tali hüviyeti oransallık ilkesinin ifadesinden başka bir şey değildir (ATF 105 II 114 müt.6a s.124; TERCIER, anonim şirketin haklı gerekçelerle feshi, İsviçre anonim şirketi 46/1974 s.67 ss, 73; STAUBLI, op.cit,n.22 as BK md. 736). Dolayısıyla, davacı tarafından ileri sürülen gerekçe veya gerekçelerin şirketin feshini haklı kılıp kılmadığını kararlaştırmaktan önce ilgili farklı kişilerin birbirine zıt menfaatlerini itina ile tartmak görevi hâkime düşer. Dolayısıyla, benzer bir önlemin her varsayımda ancak diğer hukuk yollarının uygulamaya konmasından sonra emredilebileceği yönünde davalı şirketin kesin ifadesi yanlıştır.

b) Konumuz davada, davalı şirket menfaatlerin tartılmasında Hukuk mahkemesinin hangi konuda federal yasayı ihlal ettiğini somut olarak göstermemektedir. Kalıcı kötü bir yönetimin veya müessesenin **kronik kârsızlık hatasının ilke olarak BK’nun 736. maddesinin 4. bölümü anlamında haklı gerekçeler oluşturacağı** daha önce belirtilmişti zira bu gerekçeler azınlık hissedarların malvarlığı menfaatlerine zarar verecek türdendir. **Yine, fasih yoluna gitmeden önce şirketin mahvolmasını beklemleri onlardan istenemezdi** (ATF 105 II 114 müt.6a s.124). Öte yandan, kanton mahkemesinin amir fiili müşahedelerinden, davalı şirketin birçok yıldan beri zarar ettiğini, bunun sebeplerinin en azından bir kısmının kötü yönetim içinde araştırılması gerektiği ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla davalı şirket tarafından ileri sürülen ve maddi güçlüklerin geçici olduğu ve sadece konjonktür durumundan kaynaklandığı iddiası kabul edilemez (OJ md.63, fıkra 2). Aynı görüş davacının personelin bir kısmını 1979’da işten çıkardığını ve kart arşivini suiistimal derecesinde kullanmış olduğunu söylemek isteyen davalı şirketin ifadelerine göreceli olarak uygulanır. Nihayetinde, şirketin mali durumu bozulmaya devam ettiği sürece davacının hangi etkili fakat daha az köklü önlemleri özel durumda istiyor olabileceği görülüyor. **Hisselerin % 78’inin yönetim kurulu başkanının elinde bulunduğu bir şirkette davacının yönetime nasıl etki edebileceğini davalı şirket belirtmiyor.** Zaten itiraz edilen karardan işlerin gidişatı hakkında davalı şirketin organlarına bazı sorular sorduğu fakat sadece eksik cevaplar aldığı ortaya çıkıyor. Üstelik davacının defterleri ve yazışmaları inceleme talebi reddedilmiştir. Dolayısıyla müessesenin yönetimini

en azından tartışma konusu yapmıştır. Kanton mahkemesinin kesin gözlemlerine göre yönetim kurulu başkanının ve çoğunluk hissedarının şirket yönetim şeklini değiştirmeye ne arzuları ne imkanları olduğu, bunun sonucunda davacının daha destekli eleştirilerinin şimdiki durumu hangi şekilde olursa olsun değiştireceğinin gözükmediği buna eklenir.

Bunun ötesinde, Hukuk mahkemesi davacının hisselerinin davalı şirket tarafından satın alınması veya şirketin sermayesinin azaltılması gibi daha az dirayetli önlemlerin konuya uygun yasal hükümler tarafından konumuz olayın dışında tutulduğunu haklı olarak gözlemler (BK. md 659 ve 732, 5. bent). Davalı şirket bu kanıtı karar tashihi için yaptığı istinaf başvurusunda eleştirmez. Davacının hisselerinin satın alıp şirketin tek hissedarı olmak amacıyla, çoğunluk hissedarın davacıya teklifte bulunduğunu da ileri sürmez. Kanton mahkemesinin tespitine göre, her şekilde, davacı kuyumculuk ticaretinin kurucusunun torunu olarak şirketin batmasına son vermek ve aile varlığının tamamen parçalanmasını engellemek için hareket etmektedir. Oysa kapsamı inkâr edilemeyecek bu kişisel menfaat (ATF 105 II 114 müt. 6b s. 125 ve 7b s. 128), azınlık hissedarın şirketten çıkışı ile yeterince korunamaz.

366

Öte yandan, üçüncü kişiler söz konusu olduğunda, bilirkişinin ifadesine göre, davalı şirketin işletmeye devam etmesinin işten çıkarma yoluyla veya en azından çalışma saatlerinin azaltılması yoluyla maaş yükünde önemli bir düşüşe yol açması gerektiği kanton mahkemesi tarafından müşahede edilir. Mahkeme, personelin işletmeye devam etmesinin konumuz davada belirleyici olmadığı sonucunu bundan elde eder, davalı şirketin kendi çalışanlarının sayısı, maaşları ve çalışma şartları konusunda iddia ileri sürmediğini ekler. Şirketin alacaklıları konusunda, birinci hâkimler alacaklıların davacı şirketin mali bozgununa derhal son vermedeki menfaatlerinin davacının davasının açmaktaki menfaati ile birleşmekte olduğunu ifade ederler. Davacı şirket fesih işleminin üçüncü kişilerin durumu üzerindeki yansımaları ile ilgili bu mütalaaları dokunmadan bırakır.

Nihayet, bir anonim şirketin harklı gerekçelerle feshi için başvurulmuş hâkimin hukuk ve hakkaniyet kurallarını uygulamak zorunda olduğunu hatırlamak gerekir (Madeni Kanun md. 4; ATF 105 II 114 müt. 6a s.124 sonu). Oysa federal Mahkeme kanton makamları tarafından alınmış hakkaniyet kararını çekince ile ele alır. Kanton makamı serbest değerlendirme konusunda doktrin ve içtihat tarafından düzenlenmiş kurallardan sebepsiz yere ayrıldığı veya özel durumda hiçbir rol oynamaması gereken olaylara dayandığı veya aksine, muhakkak dikkate alınması gereken unsurları dikkate almadığı zaman federal mahkeme müdahale eder (bkz. ATF 123 III 246 müt.6a s.255, 275 müt1a/cc, 122 III 262 müt.2a/bb, 121 III 64 müt.3c). Konumuz davada, yukarıda ifade edilenlerin ışığında, birinci hakimlerin davalı şirketi fesih kararlarını bu bakımdan hiçbir önem

arz etmeyen durumlara dayandırdıkları, belirleyici unsurları dikkate almayı unuttukları gözükmemektedir. Bu sebeple Federal Mahkemenin müdahalesine yol açacak bir unsur yoktur.

2. Kararın Değerlendirmesi

Federal Mahkemenin Grumser kararında yukarıdaki durum şu şekilde özetlenmiştir: “*Davalı şirkette kalıcı kârlılığın var olmayışının ve sürüp giden kötü yönetimin, şirketin İsv. BK’nun 736. maddesinin 4. bölümü gereğince feshini ilke olarak kanıtlayabilecek şartlar olduğunu dikkate alarak Hukuk mahkemesi federal hukuku hiçbir şekilde ihlal etmemiştir.*” Sürekli borç doğuran bir akit olarak ortaklık sözleşmesinde akit taraflarının ifaya olan menfaatinin an ve an devam etmesi gerekir. İfaya olan menfaatin artık kalmadığı veya beklenmesi için hiçbir haklı gerekçe olmadığı hallerde, sürekli borç ilişkisinin haklı nedenle feshinden söz edilebilir. Ortaklık ana sözleşmesi de, paydaşların ortaklığa karşı sürekli bir borç yükledikleri sözleşmeler olarak, haklı nedenle feshi mümkün sözleşmelerdir.²⁴ Bu durum MK m. 2’nin anonim şirketler açısından görünüm şeklidir.

Kararda ayrıca kronik karsızlık durumunda azınlığın şirket içinde kalmasının beklenemeyeceği açıkça ortaya koyulmuştur. Bir an için şirketin feshinden önce kısıtlının şirket paylarını satması düşünülebilirse de, **sürekli zarar eden ve öz sermayesini kaybetmeye yaklaşmış bir şirkete ait hisselerin satışının hayatın olağan akışına aykırı olduğunu belirtmek gerekir.** Şunu hemen belirtelim ki, **ana sözleşmedeki pay devrini anonim ortaklığın onayına bağlayan hükümler de böylesi bir çözümü son derece etkisiz kılmaktadır.** Bu nedenle kronik karsızlık ve azlık haklarının sürekli hiçe sayılması halinde tek çözümün ortaklığın feshi ve tasfiyesi olduğu ortadadır. TTK m. 531’in ve gerekçesinin de açıkça ifadesiyle, azınlık paydaş açısından ortaklıkta kalmanın hiçbir menfaati bulunmadığı hallerde haklı sebep ortaya çıkmış kabul edilmelidir. Örneğin şirket kısa bir süre içinde batacağı varsayılırsa, şirketin devamında hiçbir menfaati yoktur.

Grumser kararında paydaşlar arasındaki kişisel durumların da göz önüne alındığını görüyoruz. Uygulamada limited ve şahıs şirketlerinin feshi için gerekçe yapılan kişisel durumların bazı hallerde anonim şirket için de gündeme gelebileceğini kabul etmek gerekir. Bilindiği gibi, anonim ortaklıklar birer sermaye şirkettir ve sermaye şirketlerinde kural olarak sadece paya bağlı değerlendirmeler esas alınır. Ancak gerek Türk ve İsviçre Doktrininin gerekse Yargıtay ve İsviçre Federal Mahkemesinin kabul ettiği üzere, özellikle aile şirketlerinde ve küçük anonim

²⁴ **SELiçi Özer**, Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sonra Ermesi, İstanbul, 1977, s. 205; **ERDEM**, s. 51.

şirketlerde kişi ortaklıklarıyla önemli benzerlikle mevcuttur. Böyle ortaklıklarda paydaşlar arasındaki kişisel ilişkiler de son derece önem kazanır.²⁵

IV. UYGULAMADAKİ SORUNLAR VE ÖNERİLER

A. Şirket Amacına Ulaşmanın İmkânsız Hale Gelmesi Vakıyası Haklı Gerekçe Olabilir Mi?

Eski TTK döneminde, yeni TTK m. 531'in boşluğunu doldurma çalışmaları esnasında ortaya atılmış bir fikir olarak “*ortaklığın amacına ulaşmasındaki imkânsızlık*”, konumuz açısından da önem taşımaktadır. Zira şirketin maksat ve amaçlarından biri ve biricigi kazanç elde edip ortaklara dağıtmak olduğuna göre, bu amaca ulaşamaz hale gelmiş veya kazanç elde etmekle beraber ortaklar arası uyumsuzluk nedeniyle kazanç dağıtılamaz bir duruma düşmüş bir anonim şirketin, bu veya buna benzer haklı sebeple feshedilebilmesi doğaldır.”²⁶

İmkânsızlık tespitinde önemli olan, çoğunluğun, ortaklığın devamını çekilmez hale getiren, ortaklığın genel olarak kazanç elde etmesini ve paylaşım amacını ortadan kaldıracı faaliyetleridir. Bu bağlamda, şirketin, hâlihazırda asıl faaliyet alanında çalışmadığı, şirket malvarlıklarının şirketi esas sermayesinden yoksun bırakacak şekilde satışının yapıldığı gibi vakıalar sübjektif olarak amacın imkansızlaştığı noktasında kullanılabilir. Böyle bir anonim ortaklığın ayakta tutulması, ne azınlık pay sahibinin ne de ülke ekonomisinin yararınadır. Bu nedenle, ortaklığın devamının objektif veya sübjektif olarak imkansız olduğu durumlarda azlığın fesih davası ikame etme hakkını kullanması makul görülmektedir.

B. İkame Edilecek Fesih Davasında eTTK ve Yürürlükteki TTK Dönemindeki Tüm Vakılara Dayanılması Mümkün Müdür?

Anonim şirketlere yönelik haklı nedenle fesih imkânının Yeni TTK ile kanunlaşması 2012 yılı itibariyledir. Bu nedenle, fesih davasına bu tarihten sonraki vakıaların esas alınmasının sonra mümkün olacağı düşünülebilir. Ancak böyle bir yorumun kanunun lafzına ve ruhuna aykırı olması nedeniyle benimsenmemesi gerektiği kanaatindeyiz. Aksi yorum, yeni TTK yürürlükte değil iken şirketin uzun yıllar karsız bırakılması ve ortaklığın iflasa sürüklenmesi gibi vakıaların himaye edilmesi anlamına gelir. Şüphesizdir ki, kanun koyucu işbu hükmü bir azlık hakkı olarak ihdas ederken, eski kanun döneminde –tabiri caizse– şirketi perişan eden yapıların bundan muaf olması amacını taşımadığını kabul etmek gerekir. Mülga TTK döneminde de şirketin haklı nedenle feshine yol açan vakıaların varlığı kanun

²⁵ ERDEM, s. 104, 154 vd.; İsviçre doktrini açısından ayrıca bakınız: ERDEM, s. 156, dn. 428’de zikredilen yazarlar.

²⁶ ARSLANLI Halil/ DOMANIÇ Hayri, Ticaret Kanunu C: III, Limited ve Hisseli Komandit Şirket, İstanbul, 1989, s. 754.

koyucu tarafından himaye edilmiyordu. Sadece bu vakıalara şirketin feshi gibi ağır bir sonuç bağlanmamıştı. Mülga TTK dönemindeki şirket yöneticilerinin fesih yaptırımına uğramayacaklarını bilerek icra ettikleri kötü niyetli fiillerin kanun koyucu tarafından himaye edilmesi MK m. 2 anlamında dürüstlük kuralına da aykırıdır.

Diğer yandan, dava malzemesini HMK uyarınca vakıaların oluşturulduğu ve TTK uyarınca haklı nedenin ispatının da süreklilik arz eden bir takım vakıalara bağlandığı düşünüldüğünde, geçmişe dönük vakıaların davaya esas alınması gerektiği ortaya çıkacaktır. Eğer kanun koyucunun muradı eski kanun dönemindeki vakıaların 2012 sonrasını etkilememesi yönünde olsaydı, buna ilişkin özel bir yürürlük maddesi olası gerekirdi. Oysa ortada böyle bir normatif dayanak bulunmamaktadır.

Yukarıda arz edilen durum, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesince düzenlenen “Ticaret Hukuku Günleri – VI”de de tartışılmıştır. Bu konferansta Sn. Prof. Dr. Arslan KAYA'nın verdiği bir örneği nakletmek isteriz. Kanun koyucunun eski kanun dönemindeki vakıaları göz önüne almama noktasında bir iradesi söz konusu olamayacağına ilişkin şu örnek verilmiştir: Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 42. maddesinin (c) bendine göre: “c) 14 üncü maddeye aykırılık. (Ancak, 5 yılın dolması ile davanın açıldığı tarih arasında ciddi biçimde kullanma hükümsüzlük nedeni sayılmaz. *Dava* açılacağı düşünülmekle kullanma gerçekleşmiş ise, mahkeme davanın açılmasından önceki üç ay içerisinde gerçekleşen kullanmayı dikkate almaz.”) Bilindiği gibi HMK uyarınca dava, dava tarihi itibarıyla var olan vakıalara göre hüküm kurar. Oysa kanun koyucu yukarıdaki ifadeleriyle, bir hakkı kötüye kullanan kişilerin yaptığı muvazaalı işlemlerin göz önüne alınmaması gerektiğini ortaya koymuştur. Aynı şekilde, fesih iddiasında sadece 2012'den sonraki yıllara ait ticari kayıt ve defterlerin incelenmesi, ortaya çok yanıltıcı bir bilanço çıkararak ve şirketi iflasın eşiğine getiren kişilerin davranışları da himaye edilmiş olacaktır. Her iki ihtimalin de maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ve hakkaniyetli bir çözüme ulaşmak için yeterli bir çözüm sunmayacağı kanaatindeyiz.

C. Fesih Davasında Terditli Taleplerde Hangi Talep İlk Olarak Dinlenmelidir?

Uygulamada tereddüt yaratan bir husus da, fesih davası ile birlikte talep edilen terditli talepler halinde hangi talebe ilk olarak cevap verilmesi gerektiğine ilişkindir. Genel olarak, azlığın şirketin feshini ve bunun aksi halinde kendisinin şirketten çıkarılmasına izin verilmesini talep ettiği görülmektedir. Kanaatimizce ilk olarak madde metninin lafzına uygun olarak şirketin feshi hususu incelenmelidir. Zira eğer şirketin feshi için haklı neden yoksa o zaman azlığın ortaklıktan ayrılmasına ilişkin yasal gereklilik de ortadan kalkmış olur. Hâkim, somut

olayda şirketin feshine ilişkin haklı sebeplerin varlığı halinde öncelikle şirketin feshine karar vermeli, sonrasında sermayeyi koruma ilkesi çerçevesinde azlığın ortaklıktan ayrılması hususunu veya diğer çözümleri düşünmelidir. Göz önünden kaçırılmamalıdır ki, feshine karar verilmiş bir şirket malvarlığından azlığın payının karar tarihindeki değerini alması, şirketin geriye kalan malvarlığını kullanılamaz hale getirebilir. Şu halde azlık payın gerçek değerine ulaşırken, şirketin çoğunluğu elindeki payları elinden çıkaramayacağı için çok zor durumda kalabilir. Bu nedenle, azlığın payının gerçek değerini alması sonrasında şirketin de işleyebilir bir şekilde kalması; aksi halde şirketin tamamen feshedilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

SONUÇ

Mülga TTK döneminde anonim şirket içerisindeki azlığın haklarının aktif olarak korunması mümkün değildi. Yürürlükteki TTK ile azlığın haklarını aktif olarak koruması yönünde güçlü bir adım atılmıştır. Kimi çevrelerde azlığın çoğunluğa tahakkümü olarak da nitelendirilen bu durumun olumsuz bir durum yaratmadığı kanaatindeyiz. Tıpkı limited şirkete ilişkin fesih davasında olduğu gibi MK m. 2 anlamında hakkın kötüye kullanılması denetimi ile şirket içi dengeler korunabilir.

Özellikle ülkemizde yaygın biçimde rastlanılan aile şirketlerindeki paydaş kavgaları açısından da bu dava türünün önemli olduğu kanaatindeyiz. Şirket çoğunluğunun sürekli azlığı –tabiri caizse- zapturapt altında tutma çabaları, bu hükümle bir ölçüde engellenmiştir. Şirketin sürekli kötü yönetimi, şirketin belirli bir ivme ile zarar etmesi ve bir süre sonra şirketin iflasın eşiğine gelecek olması, aile şirketlerinde, aile içi kavgaların veya bazı aile bireylerinin aileden dışlanması, şirketin uzun yıllar kar etmemesi veya/ve kar dağıtmaması (kronik karsızlık), yönetim Kulunun uzun yıllar huzur hakkı almaması ve şirketin amacını yerine getiremez durumda olması ve/veya uzun süre de durumun böyle devam edeceğinin anlaşılmasının haklı neden olarak kabul edilmesi gerekir. Her durumun davanın özel somut koşulları içinde incelenmesi ve buna göre hakkaniyetli bir karar verilmesi gerekir. Bazı hallerde azlığın şirketten ayrılmasına izin verilmesine karar verilmesi de birçok sorunu çözeceği kanaatindeyiz. Bu hükmün en azından çoğunluk ile azlık arasında bir uzlaşma zemininin yaratılması hususunda büyük etkisi olacaktır.



KAYNAKÇA

Arslanlı Halil, Anonim Şirketler IV, İstanbul, 1961.

Arslanlı Halil/ Domaniç Hayri, Ticaret Kanunu C: III, Limited ve Hisseli Komandit Şirket, İstanbul, 1989, s. 754.

Aydın Alihan, Anonim Ortaklıkta Çoğunluk Pay Sahiplerinin Azınlığa Karşı Korunması, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2001.

Domaniç Hayri, Türk Ticaret Kanunu Şerhi Cilt II, Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, İstanbul 1988.

Erdem Nuri, Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi -6102 Sayılı Yeni TTK. Hükümlerine Göre-, İstanbul, 2012.

Helvacı Mehmet, Anonim Ortaklıkta Ticaret Kanunundan Kaynaklanan Azınlık Haklarının Hukuki Niteliği ve Tanımı, Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul 1998.

İmregün Oğuz, Anonim Şirketlerde Pay Sahipleri Arasında Umumi Heyet Kararlarından Doğan Menfaat İhtilafları Ve Bunları Telif Çareleri, İstanbul 1962.

Karahan Sami/Coşgun Özlem Karaman, Şirketler Hukuku, Konya, 2012, s. 342.

Moroğlu Erdoğan, Anonim Ortaklıkta Azınlık Pay Sahiplerinin Korunması Ve Haklı Nedenle Fesih, Makaleler I, İstanbul, 2001.

Tekinalp Ünal, Otuz Yıllık Uygulamanın Işığında Azınlık Hakları Sistemi Ve Uygulamasının Değerlendirilmesi, Türk Ticaret Kanunun 30. Yıl Semineri -İstanbul Sanayi Odası, İstanbul 1988, s. 231.

Poroy Reha (Tekinalp Ünal/Çamoğlu Ersin), Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku, İstanbul 2000.

Rüzgâr Eser, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı *Hakemli* Hukuk Dergisi, Yeni Türk Ticaret Kanununda Azınlık Hakları, sayı 73-74, 2010.

Seliçi Özer, Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sonra Ermesi, İstanbul, 1977

Stoffel Walter, "İsviçre Şirketler Hukukunda Yeni Eğilimler", İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunun Alınışının 80. yılı, İstanbul, 2007.

Şahin Ayşe Anonim Ortaklığın Haklı Nedenle Feshi, İstanbul, 2013.