

Karar Çevirisi

GENEL KURULUN ANONİM ORTAKLIĞI FESİH KARARINI GERİ ALMASI

İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİNİN 18 HAZİRAN 1997 TARİHLİ YENİ İÇTİHADI*

Çeviren: Müge TEKİL**

Tasfiye Halindeki Stratton Industrie Holding Anonim Ortaklığı'na karşı
Argovie Kantonu İçişleri Dairesi ve Argovie Kantonu Ticaret Sicili Ofisi

“Bir anonim ortaklığı fesih kararının genel kurulca geri alınması, ortaklık akti-
finin paylaşımı henüz başlamadığı sürece kabul edilebilir” (İçtihat değişikliği).

Olaylar:

A. - Merkezi Waltenschwil'de bulunan Stratton Industrie Holding Anonim Ortaklığı 20 Mart 1987'de kurulmuş ve 9 Nisan 1987'de Argovie Kantonu Ticaret Siciline kaydolunmuştur. Ortaklığa egemen olan iki pay sahibi arasında uyuşmazlıkların ortaya çıkması üzerine, genel kurul 21 Ekim 1992'de ortaklığın feshine ve arkasından tasfiye edilmesine karar vermiş; iki de tasfiye memuru tayin etmiştir. Ortaklığın feshi 18 Kasım 1992'de ticaret siciline tescil olunmuş; 1 Aralık 1992'de İsviçre Ticaret Resmi Gazetesi'nde (*Feuille officiel suisse du commerce*) ilan edilmiştir.

Daha sonra, pay sahiplerinden biri pay senetlerinin tümünü diğerine devrederek -ki o böylece tek pay sahibi haline gelmiştir¹- ortaklıktan çıkmıştır. Bunun üzerine genel kurul oybirliği ile fesih kararının geri alınmasına ve ana sözleşmesel faaliyetin “tasfiye halinde” eki olmaksızın sürdürülmesine karar vermiş, tasfiye memurlarını da azletmiştir. Karar resmi bir senette zikredilmiştir².

B. - 8 Temmuz 1994'de ortaklık, Argovie Kantonu Ticaret Sicili Ofisi'nden, 21 Ekim 1992 tarihli fesih kararının geri alındığının tescilini ve iki tasfiye memurunun

* Karar ATF (BGE) 123 (1997) 473 ile *La Semaine Judiciaire* 120 (1998) 16 (28. 4. 1998) 253'de yayınlanmış olup aşağıdaki çeviri son anılan dergideki *Fransızca* metinden yapılmıştır.

** İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

¹ İsv. BK. m. 625/I'e göre, anonim ortaklığın kuruluşu sırasında yönetim kurulu ile revizyon organını ana sözleşmeye uygun olarak oluşturmaya yetecek kadar pay sahibinin bulunması gereklidir; ancak pay sahibi sayısı üçün altında olamaz. Çevirisini yaptığımız kararda, uyuşmazlık içinde bulunan iki pay sahibinden birinin paylarını diğerine devrettiği, böylece devralanın tek pay sahibi olarak kaldığı söylenmiş ise de, daha önce bunların “ortaklığa egemen” pay sahipleri oldukları belirtilmiş ve biraz aşağıda genel kurulun oybirliği ile karar aldığından bahsedilmiş olduğu için, burada geçen “tek pay sahibi” (*actonnaire unique*) terimini “egemen pay sahibi” olarak değerlendirmek gerekecektir (çevirenin notu).

² İsv. BK. m. 736/b. 2'ye göre, genel kurulun fesih kararının geçerliliği resmi yazılı şekilde düzenlenmiş olmasına bağlıdır (çevirenin notu).

(kayıtlarının) silinmesini talep etmiştir. Talebe ekli belgelerden, alacaklılara yapılan çağrı sonrasında sadece bir alacaklının (Involve Anonim Ortaklığı) ortaya çıktığı ve onun da fesih kararının geri alınmasına razı olduğu anlaşılmaktadır. Tasfiye memurlarının, alacaklılara çağrı dışında hiçbir tasfiye işlemine girişilmemiş olduğu yolundaki, revizyon organının bir yazısı ile doğrulanmış beyanı da kayıt talebine eklenmiştir.

2 Ağustos 1994 tarihli kararı ile Argovie Kantonu Ticaret Sicili Ofisi, feshi geri alma kararının tescili ve tasfiye memurlarının terkinini talebini reddetmiştir. Argovie Kantonu İçişleri Dairesi (ise) bu red kararına karşı yapılmış itirazı 27 Nisan 1995 tarihinde geri çevirmiştir.

C. - Tasfiye halindeki Stratton Industrie Holding Anonim Ortaklığı idare hukuku yönünden yaptığı itirazında Federal Mahkemenin, Ticaret Sicili Ofisi'nin 2 Ağustos 1994 ve Argovie Kantonu İçişleri Dairesi'nin 27 Nisan 1995 tarihli kararlarını iptal etmesini istemiştir. Ortaklık, Argovie Kantonu Ticaret Sicili Ofisi'ne, genel kurulun feshi geri alma ve ticaret unvanının "tasfiye halinde" eki olmaksızın devamı konusundaki kararının tescilini ve iki tasfiye memurunun terkinini gerçekleştirmesi emrinin verilmesini de talep etmiştir.

Federal Mahkeme itirazı kabul etmiş, Argovie Kantonu İçişleri Dairesi'nin kararını bozmuş ve yeni bir karar vermesi için dosyayı kendisine geri göndermiştir.

Hukuk:

1. - İdare hukuku itirazı yoluyla sadece Argovie Kantonu İçişleri Dairesi'nin kararı dava edilebilir (art. 5. ORC [RS 221. 441], art. 98 lit. OJ). Şu halde, itirazda bulunanın Argovie Kantonu Ticaret Sicili Ofisi kararının iptaline yönelik talebi dikkate alınamaz.

2. - Argovie Kantonu İçişleri Dairesi kararında, genel kurulun fesih kararını geri alma hususundaki yetkisini, Borçlar Kanununun böyle bir geri alma olanağını öngörmediği gerekçesi ile reddetmektedir. Daire kararını Federal Mahkeme tarafından 1965'de (ATF 91 I 438, JT 1966 I 366) verilmiş bir hükme dayandırmaktadır.

Bir kooperatif ortaklık ile ilgili olan bu hüküm aşağıdaki şekilde gerekçelendirilmişti. Federal Mahkeme öncelikle Federal Adalet ve Zabıta Dairesi ve Federal Konsey tarafından, Borçlar Kanununun 24 ilâ 33 ncü fasıllarının revizyonuna ilişkin 18 Aralık 1936 tarihli federal kanunun 1 Temmuz 1937'de yürürlüğe girmesinden önce dile getirilmiş olan görüşe yollama yapıyordu ki, bunlar bir anonim ortaklık genel kurulunun fesih kararının, bu sonucusunu bir ticaret ortaklığı olarak sona erdirme etkisine sahip bulunduğunu ve bunun neticesinde ortaklığın sadece tasfiyenin gereksinimleri için varlığını sürdürdüğü düşüncesinde idiler. Bundan, genel kurulun sadece sınırlı yetkilerini koruduğu ve tasfiye amacına yönelik önlemlerin icrası ile ilgili olmayan kararları almaya ve özellikle tasfiyeyi iptale karar vermeye artık yetkili olmadığı sonucu çıkıyordu (Gerekçe 3, ATF 91 I 441, JT 1966 I 366, 369 vd.). Federal Mahkeme, bundan sonra, İsv. BK. m. 739'un³ tarihsel analizine girişmiş ve kanun koyucunun feshi geri almanın kabul edilebilirliği hakkında tekanlamlı (*univoque*) bir tavır aldığı sonucunun çıkartılamayacağını kabul etmişti (Gerekçe 3 ATF 91 I 442, JT 1966 I 366, 370 vd. ve

³ Bu hükmün Türk hukukundaki karşılığı TK. m. 440/I'dir (çevirenin notu).

gerekçe 5c, JT 1966 I 366, 375). Mahkeme ayrıca 14 Eylül 1938 tarihli, *Recueil officiel*'de yayınlanmamış bir karara da yollama yapıyordu ki, burada mahkeme, geçmişte zaten tanınmış olan ilkeleri derlemiş bulunan kanunun açık metni gözönüne alındığında, tasfiyenin geri alınması ve ortaklığa devam kararının kabul edilebilir olmadığına hiçbir şüphenin kalamayacağını gözlerönüne sermişti (Gerekçe 3 ATF 91 I 442, JT 1966 I 366, 371). Federal Mahkeme, daha sonra, bu konuya ilişkin İsviçre öğretisini anıyor ve görüşlerin paylaşıldığını saptıyordu (Gerekçe 3 ATF 91 I 443, JT I 366, 371 vd.). Komşu devletlerin -Almanya, Avusturya, Fransa ve İtalya- düzenlemele-ri, herbirinin öğretisi ve yargısal içtihatları tarafından önerilmiş çözümler ile yapılan bir karşılaştırma (ise) benzeşik (homojen) bir manzara sunmaya hiç olanak tanımıyordu (Gerekçe 3 ATF 91 I 443, JT 1966 I 366, 372 ve gerekçe 5c ATF 91 I 447, JT 1966 I 366, 375). Federal Mahkeme öğretide (*W. Von Steiger, Commentaire zurichois, n. 29 ad art. 820 CO*) savunulmuş olan, İsv. BK. m. 739/II'nin sadece tasfiye ile ilgili ortaklık organlarının yetkilerini ele aldığı ve ortaklığın "geriye etkili kuruluşu" (*fondation rétroactive*) sorununu aşmak için yeterli bir temel sunmadığı yolundaki görüşü de yine reddediyordu ve 14 Eylül 1938 tarihli yayınlanmamış kararda geliştirilmiş olan, İsv. BK. m. 738/739'un açık metni uyarınca ortaklık organlarının genel kurulca alınmış fesih kararını geri almaya yetkili bulunmadıkları fikrini koruyordu (Gerekçe 5b, JT 1966 I 366, 375). Nihayet, Federal Mahkeme fesih kararını geri almanın kamu yararını ihlal etmeyeceği hallerin olabileceğini fakat bunun kanunun açık metninden ayrılan bir yorumu haklı kılmaya yetmeyeceğini kabul ediyordu.

3. - ATF 91 I 438, JT 1966 I 366'daki kararın, görüşlerin öğretilerde paylaşıldığına ilişkin saptaması veya daha açık olarak hiçbir egemen görüşün ileri sürülemediğine işaret etmesi, 1965'den sonra ortaya çıkmış yayınlar için doğru değildir. *W. von Steiger*'in (RSJB/ ZBJV 103/1967 122/123'de tekrarlanmış olan) bir fesih kararını geri almanın ilke olarak kabul edilmesi gerektiği yolundaki düşüncesi 1965'den bu yana yazarların çoğunluğunca sürdürülmüştür: *von Greyerz* (Schweizerisches Privatrecht, cilt VIII/2, 279), *Bürgi* (Commentaire zurichois, n. 20 ad. art. 736), *Robert Heberlein* (Die Kompetenzausscheidung bei der Aktiengesellschaft in Liquidation unter Mitberücksichtigung der Kollektivgesellschaft nach schweizerischem Recht, Zürich tezi 1969, 12 vd), *Lutz Mellinger* (Die Fusion von Aktiengesellschaften im schweizerischen und deutschen Recht, Zürich tezi 1971, 24 vd.), *Peter Staehelin* (Die Rückgründung aufgelöster Gesellschaften oder Genossenschaften, BJM 1973, 217 vd.), *Böckli* (Schweizer Aktienrecht, 2nci bası, 1027 no. 1955d), *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Schweizerisches Aktienrecht, § 55 no. 189 vd.; aksi yönde, *Forstmoser/Meier-Hayoz*, Einführung in das schweizerische Aktienrecht, 3ncü bası 1983, § 41 no. 9) ve *Walter Stoffel* (FJS, Fiche de remplacement no. 403, La société anonyme, XV, Dissolution, liquidation et surendettement, 2 no. 6). Bununla birlikte, sorun hakkında bir tavır almış olan tüm bu yazarlar geri almaya tasfiyenin ilerlemiş bir aşamasında izin verilemeyeceği görüşündedirler; bu yazarların çoğunluğu için sınır, Alman veya Avusturya hukukunda olduğu gibi, ortaklık aktifinin paylaşımının henüz başlamamış bulunduğu anda sabitlenmelidir. Bu bağlamda, Federal Mahkemece ATF 91 I 438, JT 1966 I 366'da anılanlardan başka yazarların da geri alma ilkesinin kabul edilebilirliği yönünde görüş bildirdiklerini ayrıca belirtmek uygun olur (söz konusu olanlar *R. Goldschmidt*, Grundfragen des neuen schweizerischen Aktienrechts, St. -Gall 1937, 60 vd.; *Fritz Funk*, Kommentar des Obligationenrechts, cilt 2, "Das Recht der Gesellschaften", 1951,

n. 1 ad art. 736 CO; *Walter R. Schluep*, Die Wohlerworbenen Rechte des Aktionärs und ihr Schutz nach schweizerischem Recht, St. -Gall tezi 1955, 74; *Charles Metzler*, Die Auflösungsgründe im Bereich der Aktiengesellschaft, Bern tezi 1952, 5/6). *Robert Patry* (Précis de droit suisse des sociétés, cilt II, La société anonyme, les sociétés mixtes, 1977, 267), *Guhlfür* dir.) *Kummer/Druey* (Das Schweizerische Obligationenrecht, 8nci baskı, 696) ve *Stäubli* (in: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, n. 6 ad art. 736 CO) ATF 91 I 438, JT 1966 I 366'daki eleştiriye katılmamışlardır.

ATF 91 I 438, JT 1966 I 366'nın hakim öğretisi tarafından eleştirilmesi olgusu, bu çözümün kabulünden bu yana hukuki anlayışların geliştiğini ortaya koymaktadır; başka bir ifade ile, işin içindeki menfaatlerin değerlendirilmesinde, yargısal içtihadın değiştirilmesini haklı kılabilecek bir dönüşüm meydana gelmiştir (ATF 107 V 79, gerekçe 5a ve orada anılan yollamalar; *Meier-Hayoz*, Commentaire bernois, n. 512 ad art. 1 CC). Bu, Federal Mahkeme'ye içtihadını bir daha gözden geçirmesini öneren Ticaret Sicili Federal Ofisi'nin takındığı tavır ile doğrulanmıştır ve hiçbir kamu yararının ve üçüncü kişilerin hukukun korunan hiçbir yararının mevcut içtihadın muhafaza edilmesini zorunlu kılmadığını ortaya koymaktadır. O halde, İsv. BK. m. 739/II'nin ATF 91 I 438, JT 1966 I 366'da verilmiş yorumunu sürdürmenin gerekip gerekmediğini incelemek uygun olur.

4.- Anonim ortaklık hukukunun 1992'deki revizyonu sırasında değiştirilmemiş olan İsv. BK. m. 739 (bkz. 4 Ekim 1991 tarihli Federal Kanun, RO 1992 733 vd., 776) şöyledir:

“Tasfiye sırasında ortaklık organlarının yetkileri, bu iş için gerekli olan ve nitelikleri gereği tasfiye memurlarının yetkilerine hiç girmeyen işlemler ile sınırlıdır”.

Bu düzenlemenin lafzına -ki bu, yorum sırasında öncelikle dikkate alınmalıdır (ATF 116 II 525 gerekçe 2a, JT 1991 I 367, 368 vd. ; ATF 114 II 404 gerekçe 3, JT 1990 I 636, 639) - göre, ortaklık organlarının yetkileri tasfiyeye giriş sırasında iki bakımdan sınırlıdır. Bir yandan, ortaklık organları tasfiyenin yürütülmesi için gerekli işlemleri artık yapamamakta; diğer yandan, ancak bu işlemler nitelikleri gereği tasfiye memurlarının yetkisine girmediği ölçüde yetkilidirler. İşte ATF 91 I 438, JT 1966 I 366'da yetkilerin bu çifte sınırlanması üstün tutulmuştur. Bununla birlikte, işlemlerin “niteliğine” ve, giderek, kanunun sistematığına başvurarak, hükmün metninden organlar ve tasfiye memurları arasındaki işbirliği ile (bunların) karşılıklı yetkilerine ilişkin bir bilgi de elde edilebilir. Aslında, tasfiye memurlarının tasfiye için gerekli tüm yetkilerden yararlanamadıkları, fakat diğer ortaklık organları ile, sürdürüleceği önceden farzedilmiş, bir işbirliğine tabi oldukları anlaşılmaktadır. Organlar, “nitelikleri gereği tasfiye memurlarının yetkisine hiç girmeyen” işlemler için yetkili kalmaktadırlar. (almanca metin: “nicht ihrer Natur nach von den Liquidatoren vorgenommen werden können”; italyanca metin: “...e che per la loro natura non possono essere eseguiti dai liquidatori”⁴). Böylece, ortaklığın örgütsel yapısı ve ortaklık organlarının, ortaklık örgütünün korunmasına hizmet eden faaliyetlerine atıf yapılmaktadır. Bu durumda, kanun tasfiye aşaması için yetkilerin özel bir düzenlemesini öngörmemektedir.

a) Tasfiye sırasında genel kurul ortaklığın üst organı kalır ve pay sahiplerinin ira-

⁴ Fransızca metin: “actes qui (...) de par leur nature, ne sont point du ressort des liquidateurs” (çevirenin notu).

desini dile getirmeye devam eder (*Bürgi/Nordmann*, Commentaire zurichois, n. 9 ad art. 739 CO; *Stäubli*, op. cit., n. 5 ad art. 739 CO). Genel kurul yönetim ve revizyon organını tayin ve azle yetkili kalır (art. 698/II, 2; art. 705 CO). Ara yıllık bilanço (bilan annuel intérimaire)⁵ ve kapanış bilançosunu, ki ortaklık aktifinin dağıtımına buna dayanacaktır, onaylamak ona düşer. Genel kurul yönetim kurulunu ve revizyon organını ibra etmeye de yetkilidir (*Bürgi/Nordmann*, op. cit., n. 23 ad art. 739 CO). Genel kurulun üst organ niteliği, nihayet, tasfiye memurlarına pazarlıkla satışı yasaklamak (İsv. BK. m. 743/IV) ve tasfiye aşamasında, tasfiye faaliyeti ile bağdaştığı ölçüde, ana sözleşmeyi değiştirme yetkisinde kendini gösterir (*Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, op. cit., §56 N. 66).

Revizyon organı da tasfiye süresince yetkilerini muhafaza eder (*Bürgi/Nordmann*, op. cit., n. 34 ad art. 739 CO). Yükümlülükleri fesih kararından önce kendisine düşen görevlerle büyük ölçüde aynı kalır. Böylece o, bilançoların -tasfiye açılış bilançosu, ara bilanço ve kapanış bilançosu- gerçekliğini denetlemeli ve bu konuda raporlar düzenlemelidir (*Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, op. cit., § 56 N. 76). Aşikâr bir aşırı borçlanma halinde, yönetim kurulunun ihmali söz konusu ise, İsv. BK. m. 729b/II'e uygun olarak hakimi (bu durumdan) haberdar etmelidir. Bu görev, ortaklık bir kere fesholunduktan sonra, sadece tasfiyenin yönetim kurulunca gerçekleştirildiği hallerde değil, tasfiyenin özel tasfiye memurlarına bırakıldığı ve bunların hakimi aşırı borçlanmadan haberdar etmeyi ihmal ettikleri durumlarda da ona düşmek gerekecektir. Revizyon organına düşen hakime ihbarda bulunmak şeklindeki tali yükümlülük, çoğunlukla ekonomik sebeplerle- feshi ilan edilmiş bir ortaklıkta, faaliyetine devam eden fesholunmamış bir ortaklıkta olduğundan daha az önemli değildir (*Manuel suisse de révision 1992, Chambre fiduciaire, élaboré par Pius Bachmann & al., adaptation française par Philippe Berdoz-& al., cilt I, s. 512/513: aksi yönde: Stäubli, op. cit., n. 14 ad art. 743 CO*).

b) İsv. BK. m. 739/II'nin ayırım yapmaksızın "ortaklık organları" ile ilgili olan ve metni tüm organlara benzer sınırlamalar koyan hükmü etkilerini esas itibariyle yönetim kurulunun konumu üzerinde göstermektedir. Bununla birlikte, hükmün yeterince ayırım yapmaksızın kaleme alındığı ve bu sebeple birden fazla yoruma konu oluşturduğu açıktır. Tasfiye yönetim kuruluna bırakıldığı takdirde, onun yetkilerinin sınırlanmasının anlamdan yoksun bulunduğu doğrudur. Buna karşılık, tasfiye özel olarak bunun için belirlenmiş veya tayin edilmiş tasfiye memurlarına bırakılmışsa, yönetim kurulu yetkilerinde, genel kurul ve revizyon organında olduğundan çok daha fazla sınırlamaya maruz kalır (*Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, op. cit., § 56 n. 72 vd.; *Bürgi/Nordmann*, op. cit., n. 33 ad art. 739 CO; *F. von Steiger*, Rechtsfragen betr. die Aktiengesellschaft in Liq., in: La société anonyme suisse/Die schweizerische Aktiengesellschaft 1949/50 cilt 22, s. 40 vd.). Ortaklığın feshinden önce yönetim kurulu ortaklığın işlerinin çekip çevrilmesine ve bu işleyişin gözetimine yetkili ise de (İsv. BK. m. 716, 716a ve 716b), fesihe karar verildiği andan itibaren ortaklığın başlıca faaliyeti - ki bu tasfiye faaliyetidir- artık tasfiye memurlarının elindedir (İsv. BK. m. 742 ilâ 745).

⁵ Tasfiye sürecinde, kapanış bilançosu yapıncaya dek geçen her faaliyet yılı sonunda hazırlanan bilanço "ara bilanço" niteliğindedir. Bkz. İsv. BK. m. 743/5; TK. m. 446/II (çevirenin notu).

Aşırı borçlanma halinde hakime ihbarda bulunmak yönetim kuruluna değil tasfiye memurlarına düşer (İsv. BK. m. 743/II). Aynı şekilde, ortaklık işlerinin yürütülmesindeki özene dayalı olarak yönetim kurulunun sorumluluğuna gidilebiliyorsa da, fesih sonrası takip edilecek olanlar tasfiye memurlarıdır (İsv. BK. m. 754/I). İsv. BK. m. 739/II yönetim kurulu ile tasfiye memurları arasında yetkileri -ve buradan hareketle sorumlulukları- sınırlandırma işlevine sahip olup kesinlikle emredici bir hükmün (varlığı) söz konusudur. Tasfiye, bu konuda görevli olmayan yönetim kurulunun yetkilerinde genel kurul ve revizyon organının yetkilerine göre daha önemli etkiler doğursa da, ilke olarak fesih ve bunun sonucu olan tasfiyeye giriş kararı ortaklığın temel yapısını değiştirmektedir. Ortaklık tüzel kişiliğini korur (İsv. BK. m. 739/I), feshedilmemiş bir ortaklık ile özdeştir (ATF 91 I 438, gerekçe 4; JdT 1966 I 366, 372 vd.) ve kanuni organlarını muhafaza eder. -Tasfiyeye karışmayan yönetim kurulunkiler hariç olmak üzere- organların yetkileri ilke olarak varlıklarını devam ettirirler ve sadece ortaklığın yeni amacına uydurulmuşlardır. Bu, genel kurul ve revizyon organının yukarıda tasvir edilmiş yetkileri için doğrulanmaktadır. Bu organlarla ilgili olarak, zaten İsv. BK. m. 739/II'nin metninden çıkan "nitelikleri gereği tasfiye memurlarının yetkisine girmeyen işlemler" böylece doğrulanmış olmaktadır; kanun, esas itibarıyla tasfiyenin icrasından ve böylelikle tasfiye memurlarının yetkisinden kaynaklanan işlemlerden *başka işlemleri* kastedmektedir. Şu halde, kanunun metni ve sistematigi anahtar sorun olan, genel kurulun fesih kararını geri almaya ve tasfiye faaliyetini durdurmaya yetkili olup olmadığı konusunu kesin biçimde çözümlenmeye izin vermemektedir. Öyleyse hükmün anlamı başka yorum unsurları dikkate alınarak ortaya çıkarılmalı; kapsamı kanuna temel oluşturan değerler dikkate alınarak teleolojik (amaçsal) yorum yoluyla belirlenmelidir (ATF 114 V 220 gerekçe 3a; 110 Ib gerekçe 2c/cc, JT 1985 I 483, 490; ATF 121 219, gerekçe 1d/aa sh. 225, JT 1996 I 162, 167 vd⁶).

5. - Buraya kadarki yorum, ortaklık organlarının işlemleri ile tasfiye arasında (kurulmak) istenen bağın, İsv. BK. m. 739/II'nin metninin kaldırabileceğinden daha esnek olduğu sonucuna ulaşmamızı sağlamıştır. Bu durum özellikle genel kurul için doğrulanmaktadır. Şimdi ise, İsv. BK. m. 739/II hükmünün tasfiye memurları ile genel kurul arasında yetkilerin sınırlanması açısından özel bir işleve sahip olup olmadığı, genel kurulun ilke olarak tasfiye amacı ile bağlı bulunup bulunmadığı ve dilediği zaman -ki buraya tasfiyenin ilerlemiş bir aşaması da dahildir- fesih kararını geri alma hakkının olup olmadığı hususlarını teleolojik yorum yoluyla belirlemek söz konusudur.

a) Ekonomik gerekçelerle veya iç çekişmeler nedeniyle fesihe karar vermiş olan pay sahipleri öncelikle tasfiyenin en iyi şekilde sonuçlanması ile ilgilidirler. Bu amacı gerçekleştirmek için tasfiye usulünün düzenlenmesinde tasfiye memurları atayarak veya gerekirse bunları azlederek etkili olabilirler (İsv. BK. m. 741/I); ayrıca İsv. BK. m. 743/4'e uygun olarak, tasfiye memurlarına aktifleri pazarlıkla satma yetkisi tanınması gerekip gerekmediğine karar verirler. Ortaklığın tasfiye sonucunu mümkün olan en iyi duruma getirmesi için, bir alıcı bulununcaya dek işletmenin faaliyetinin sürdürülmesi

⁶ ATF 121 III 219/JT 1996 167 (162-186)'nin Türkçe'ye çevirisi için bkz. "Yeni İsviçre Anonim Ortaklıklar Hukukuna Göre Kayıtlı Sermaye Artırımında Yeni Pay Alma Hakkının Kaldırılması-Federal Mahkemenin 25 Nisan 1995 tarihli Kararı, çeviren: Müge Tekil, Yasa Hukuk Dergisi, Yıl:20, Cilt:16, Sayı:182 -Şubat 1997-, sh. 41-60).

menfaatler gereği ve akla uygun bir çözüm olarak ortaya çıkabilir (*Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, op. cit., § 56 N. 106 ve § 57 N. 30 ad art. 739 CO*). Koşulların değişmesi, mesela genel kurulu ortaklığı feshetmeye götürmüş olan ekonomik gerekçeler veya iç çekişmelerin ortadan kalkması halinde, feshi geri alma ve eski durumun iadesi pay sahiplerinin menfaatine olabilir. Öğreti burada ortaklık amacının değiştirilmesi ile karşılaştırılabilir bir yöntemin söz konusu olduğu düşüncesindedir, çünkü ortaklık bir ticari faaliyeti içeren ana sözleşmesel amacına yeniden kavuşmak için tasfiye ile sınırlı gayesini terketmektedir (*Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, op. cit., § 55 N. 194*). Oysa böyle bir karar genel kurulun münhasır yetkisi içindedir. Ortaklık amacının değiştirilmesine dair devredilemez yetki ona aittir (İsv. BK. m. 698/II, b. 1; 704/I, b. 1). Bu ayrıcalık onun ortaklığın üst organı olmasından ileri gelmekte ve nihayet korporasyonların özerkliği ilkesinin sonuçlarından, hatta ortaklıklar hukukunun temellerinden biri olmaktadır (*W. von Steiger, RSJB/ZBJV 103/1967 123*).

Tarafların ortaklığın durumundaki bu değişikliğe yönelik menfaatleri, ortaklığın iflasının kaldırılması halinde varolan çıkarlar ile karşılaştırılabilir. Böylece öğreti, İsv. İİK. m. 195⁷ ve İsv. BK. M. 939/II'e uygun olarak iflasın kaldırılması olanağı ile olan benzerliğin genel kurulun fesih kararını ve buna bağlı olarak tasfiyeyi geri alma yetkisini tanımayı zorunlu kıldığını saptamaktadır (*Böckli, op. cit., § 1027 N. 1955d; Bürgi, op. cit., n. 20 ad art. 736 CO*). bununla birlikte benzerlik sadece ilkeseldir; İsv. İİK. m. 195/II iflasın kaldırılmasına iflas kapanıncaya kadar izin verdiği için (bu benzerlik) anlamlı değildir. Tasfiye aşamasındaki menfaatlerin farklılığı dikkate alınır, bu düzenleme bir anonim ortaklığın tasfiyesine kıyasen uygulanamaz (bkz. aşağıda gerekçe 5b ve c). Kaldı ki bu pratik bir faydayı da karşılamayacaktır: Pay sahipleri fesih kararını geri almayı sadece ortaklığın devamı, mevcut taraflar için bir menfaat sunuyorsa isteyeceklerdir, ki bu, kural olarak, tasfiyenin ilerlemiş bir aşamaya ulaştığı durumda artık söz konusu olmayacaktır.

b) Tasfiye usulünün yasal düzenlemesi geniş ölçüde alacaklıların korunması amacına yöneliktir. Bilançonun düzenlenmesine (İsv. BK. m. 742/I), alacaklıların davetine (İsv. BK. m. 742/II), aktiflerin paraya çevrilmesine ve ortaklık taahhütlerinin ifasına (İsv. BK. m. 743/I), mahkemeye yapılan tevdi (İsv. BK. m. 744) ve özellikle aktifin pay sahipleri arasında paylaşılmasına (İsv. BK. m. 745) ilişkin hükümler esas itibarıyla, hatta münhasıran alacaklıların korunmasına hizmet etmektedirler. Ortaklık aktifi ancak tüm alacaklar ödenmiş veya teminat altına alınmış ise pay sahipleri arasında paylaşılabilir: Böylelikle kanun ortaklığın fesih öncesindeki "teminat yastığı"nın (*coussin de garantie; Haftungssubstrat*) tasfiye veya, daha açık olarak, ortaklık aktiflerinin paylaşılması sonucu meydana gelen kaybının yerini doldurmaktadır. Sermayenin iadesi İsv. BK. m. 680/II'de yasaklanmış olduğuna göre, ortaklık faaliyette olduğu sürece alacaklıları bu teminat yastığından yoksun tutamaz. Bu yasak ortaklık tasfiyeye girince düşer; yerini alacaklılara teminat sağlamak yükümlülüğü doldurur. Oysa ortaklık, ancak hâlâ pay sahiplerine dağıtılmamış aktiflere sahip ise teminat sağlayabilir. Ortaklık aktiflerinin dağıtımından sonra, o artık ticari faaliyetle uğraşamaz (*Peter Staehelin, op. cit., 221*).

⁷ Türk hukukundaki düzenleme için bkz. İİK. m. 182.

Bu düzenlemeden, alacaklıların olaydaki menfaatlerinin, alacaklarının fesih kararının alındığı anda mevcut olması veya feshin geri alınmasından sonra doğmuş olmasına göre başkalaştığı sonucu çıkmaktadır. İlk halde, alacaklıların korunması tasfiye usulü içinde sağlanmıştır. Aktifin dağıtımından sonra meydana gelen geri alma artık alacaklıların menfaatlerini ihlal etmez, çünkü bu aşamada bunlar ya ödenmiş ya da teminata bağlanmış olacaktırlar. Tasfiye kanuna uygun olarak yürürse, talepleri bundan böyle tehlikeye düşemez (*Robert Heberlein*, op. cit., 16). İkinci halde iş değişir (bu konuda bkz. *Peter Staehelin*, op. cit., 223 ve *Goldschmidt*, op. cit., 61/62). Fesih kararını geri alma kararından sonra ortaklık alacaklısı olan kişi sadece bu anda mevcut olan bir "teminat yastığından" faydalanır. O halde, tasfiye süreci boyunca ortaklık aktiflerinin paylaştırılmamış olmasında menfaati olacaktır. Bu ara aşamadaki bir dağıtım alacaklıların korunmasında bir boşluğa yol açacaktır ki, koruma ya ortaklığın feshinden önce varolan "teminat yastığı" na ya da fesihten sonra alacaklılara bunun yerine geçecek teminatı sağlama yükümlülüğüne dayanacaktır. Kanun koyucu alacaklıların boşluksuz korunmasını öngörmüş olduğundan ve koruma ancak tasfiyenin, aktiflerin paysahiplerine dağıtımının ardından, sonuna dek götürülmesi ile sağlanabildiğinden, feshi geri alma kararı alacaklıların korunmasına ilişkin hükümlerin dolanılmasına malolacaktır. Dahası, sermayenin paysahiplerine iadesi yasağı dolanılmış olabilir (Alman hukuku için bkz. *Hüffer*, in *Gessler/Hefermehl/ Eckardt/Kropff*, Aktiengesetz, cilt V, ad § 274 n. 21). Paysahiplerinin böyle bir kararı haklı gösterebilecek olan menfaatleri, bu gibi bir durumda alacaklıların kanun tarafından korunmuş olan çıkarları ile çatışmaktadır. Şu halde, tasfiye bu kadar ilerlemişse, tasfiye süreci artık genel kurulun bir kararı ile durdurulamaz, fakat sonuna kadar götürülmelidir.

c) Böylece, İsv. BK. m. 739/II'nin lafzi, sistematik ve teleolojik yorumu, feshi geri almanın ortaklık aktifinin paylaşımını henüz başlamadıkça ve başlamadığı sürece kabul edilebilir olduğu sonucunun çıkarılmasına izin vermektedir. Bu çözüm bugün egemen olan öğretinin görüşüne uygundur. İsv. BK. m. 739/II'nin tarihi yorumu ile bağdaşmaktadır (bkz. yukarıda gerekçe 2; ATF 91 I 438, gerekçe 3, sh. 442, JT 1966 I 366, 370 vd.) ve Almanya'da (§ 274/I AktG 1965) ve Avusturya'da (§ 215/I AktG 1965) mevcut olan düzenlemelere yaklaşmaktadır. Daha önce anılmış olan 14 Eylül 1938 tarihli ATF'de (bu karar *La société anonyme suisse/Die schweizerische Aktiengesellschaft 1938/39*, s.69'da da yayınlanmıştır) özellikle dile getirilmiş olan, vergi hukukuna dayalı, fesih kararını geri alma yetkisi sayesinde pay senetleri örtüsünün (*manteaux d'actions*, *Aktienmantel*) devri yoluyla vergi kanunlarının dolanılması olasılığına ilişkin tereddüt de akla yatkın değildir. Bir yandan, aslında, bu sorun bugün vergi kanunları tarafından düzenlenmiştir (bkz. Damga resmine ilişkin federal kanunun 5nci maddesinin 2 nci fıkrası; RS 641. 10; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, op. cit., § 55 n. 192); diğer yandan, bu durumda kabul edilen çözüm paysenetleri örtüsünün devrinin hukuka aykırılığı ile çelişki içinde değildir. "Paysenetleri örtüsü"nden kasıt, ekonomik yönden tamamen tasfiye edilmiş, ilgililerce terkedilmiş, fakat henüz hukuken sona ermemiş bir ortaklıktır (ATF 55 I 134, JT 1930 I 53; 64 II 361 gerekçe 1, JT 1939 I 235, 241; SJ 1990 108'de yayınlanmış olan Federal Mahkemenin 4 Eylül 1989 tarihli kararı, gerekçe 1b). Bu aşamada feshi geri alma artık kabul edilemez. Tam aksine, böyle bir geri alma, ortaklığın hâlâ paysahiplerine dağıtılmamış aktiflere sahip olmasını, ortaklığın ticari faaliyetine devam edilmesinde bir menfaat bulunmasını ve sonuç olarak

bir paysenetleri örtüsünün söz konusu olmamasını gerektirir.

6. - Mevcut olayda, genel kurul feshi geri almaya, alacaklılara davet hariç, henüz hiçbir tasfiye işlemi gerçekleştirilmemiş iken karar vermiştir. Federal Mahkemenin bu hüküm ile değiştirilmiş olan içtihadına göre, karar hukuka uygun olarak alınmıştır.

Resmi yazılı şekilde düzenlenmiş ve tescil için ticaret siciline tebliğ edilmiş (bu konuda bkz. *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, op. cit., § 55 n. 198) olan karar oybirliği ile alınmıştır; şu halde bu kararın alınması için gerekli yetersayının tartışılmasına lüzum yoktur. Ortaklık alacaklılarının muvafakati -olayda verilmiştir- aranmaz; çünkü alacaklıların alacaklarının teminata bağlanmasına ilişkin menfaatine karar ile hanel gelmiş değildir. İsv. İK. m. 195/I, 2'nin kıyasen uygulanması, iflasın kaldırılması halinde mevcut olan koşulların farklılığı dikkate alındığında haklı bulunmamaktadır. Buna karşılık, ortaklığın geri alma kararı anında ortaklık aktiflerinin paylaşımının henüz başlamamış olduğunun delilini getirmesi zorunludur. Uygulanabilir yasal hükmün yokluğu nedeniyle, bu delilin ticaret siciline hangi organ tarafından ve nasıl getirileceğini söylemek, hukuk yaratma yetkisini (İsv. MK. m. 1/II ve III) kullanacak olan hakime düşmektedir. Tasfiye faaliyeti ve özellikle ortaklık aktifinin paylaşımını tasfiye memurlarının yetkisinde olduğuna göre (İsv. BK. m. 742 ilâ 745), tasfiye memurlarının veya İsv. BK. m. 740/I'e uygun olarak tasfiye ile görevli yönetim kurulunun buna uygun yazılı bir tasdik vermeleri akla yatkın görünmektedir. Özel olarak incelenen olayda bu koşul gerçekleşmiştir: Tasfiye memurlarının, alacaklılara davet dışında başka hiçbir tasfiye işleminin yapılmadığını doğrulayan yazılı beyanları ticaret sicili memuruna teslim edilmiştir.